

"Le donne osservavano i mariti, per vedere se questa volta era proprio la fine.

Le donne stavano zitte e osservavano.

E se scoprivano l'ira sostituire la paura nei volti dei loro mariti,

allora sospiravano di sollievo...

Non poteva ancora essere la fine...

Non sarebbe mai venuta la fine finché la paura si fosse tramutata in furore"

J. Steinbeck, Furore

Indice

Introduzione.....	4
Capitolo 1	8
1.1 <i>Dell'evoluzione dell'istituto concordatario nella legge fallimentare.....</i>	8
1.2 <i>La fattispecie di concordato.....</i>	20
1.3 <i>Prime riflessioni di dottrina e giurisprudenza sulla qualificazione del concordato ante riforma (cenni).....</i>	23
1.4 <i>Il dibattito circa la natura negoziale del concordato: teorie valorizzanti la convergenza degli interessi dei creditori</i>	26
1.5 <i>Dibattito circa la natura negoziale del concordato: teorie contrarie alla visione dei creditori come collettività omogenea, e loro limiti</i>	39
1.6 <i>Le proposte concorrenti come possibile insidia alla natura negoziale</i>	48
Capitolo 2	52
2.1 <i>La dialettica tra autodeterminazione dei creditori e poteri dell'autorità giudiziaria.....</i>	52
2.2 <i>La consapevolezza del ceto creditorio: gli oneri informativi in capo al debitore</i> 54	
2.2.1 <i>Il contenuto degli oneri informativi nei concordati liquidatori e in quelli in continuità</i>	62
2.2.2 <i>La qualità dell'informazione dall'angolo prospettico della buona fede.....</i>	65
2.3 <i>Il lemma fattibilità e i tentativi di riconduzione del termini ai requisiti di struttura della fattispecie concordataria.....</i>	67
2.4 <i>Il giudizio di fattibilità e i contrasti interpretativi registrati nella giurisprudenza</i> 76	
2.5 <i>La questione al vaglio delle Sezioni Unite: l'introduzione di una distinzione e l'apertura alla causa concreta del concordato preventivo</i>	79

Capitolo 3	87
3.1. <i>La causa concreta del concordato: questioni introduttive</i>	87
3.2. <i>Il giudizio di fattibilità nell'orbita del giudizio causale: l'assoluta e manifesta irrealizzabilità della causa concreta del concordato.....</i>	97
3.3. <i>La causa concreta e il soddisfacimento minimale dei creditori: la riproposizione in sede concordataria della vexata quaestio tra prezzo vile e prezzo meramente simbolico.....</i>	100
3.4. <i>La ragionevolezza dei tempi di esecuzione del piano nella prospettiva causale aperta dalla sentenza delle Sezioni Unite</i>	107
3.5. <i>Il richiamo alla causa concreta e le prospettive aperte dal giudizio di meritevolezza: considerazioni conclusive</i>	110
 Conclusioni.....	 115
 Bibliografia	 118

Introduzione

Il decreto legge 35 del 2005 convertito con modificazioni dalla legge 80 del 2005, ha dato il via alla stagione delle riforme della legge fallimentare. A far corso da tale data, a cadenza quasi annuale e con moto incessante, si sono susseguiti numerosi interventi correttivi, che hanno inciso e non poco sulla struttura del concordato preventivo. La mancanza di organicità nella disciplina del tipo “concordato” non è mai stata celata, tuttavia questa continua decretazione di urgenza, fatta di tagli e di aggiunte, non ha permesso neppure agli interpreti di disegnarne faticosamente i contorni, non fornendo mai ai tribunali il tempo necessario per poter elaborare una casistica puntuale anche a fronte di un dato normativo non organico. Tale mancanza di coerenza ha portato, a seguito della Riforma, ad interrogarsi sul confronto dialettico o dialogico tra l’autotutela dei creditori e l’eterotutela offerta dal giudice. Proprio tale questione risulta essere il dato di partenza delle riflessioni che seguiranno nel presente elaborato. Occorre sottolineare sin da ora che il metodo utilizzato nel presente lavoro, si priva di ogni sovrastruttura ideologizzata, e tenta di sindacare il problema in tutta la contraddittorietà che la normativa di riferimento ci ha consegnato.

Così abbandonata ogni visione polarizzante della fattispecie concordataria, si procede nel corso del **primo capitolo** ad un’analisi di tipo qualificatorio del concordato. La *vexata quaestio* sulla natura giuridica della fattispecie qui in commento, non ha mai abbandonato gli studiosi che in ogni epoca si sono imbattuti in essa, arrivando a formulare giudizi che pur logicamente corretti non di meno risultavano monchi di uno o più profili connotanti il tipo. L’impossibilità di appiattare il concordato ora sul solo aspetto procedurale del suo incedere - e quindi di concordare con la teorizzata natura processual-pubblicistica della fattispecie - ora sul suo pur presente ed importante momento negoziale - in aderenza con la teorizzata natura contrattual-privatistica - ci ha fatto giungere alla conclusione che forse la questione risulta del tutto mal posta. Consapevoli che solo un’interpretazione capace di valorizzare e non frustrare le più “anime del concordato”, mediante il ricorso virtuoso tanto alle categorie della dogmatica

civilistica quanto alla stessa disciplina concorsuale di riferimento, consente di evitare di cadere in aporie nelle quali inevitabilmente si incorrerebbe nel tentare di raggiungere un perfezionismo sistematico in questo contesto francamente impossibile. Fatte queste premesse il lavoro procede e si concentra nell'analisi del momento propriamente negoziale, *si licet* contrattuale, della fattispecie concordataria. In particolare, ci si domanda quale sia il nuovo equilibrio tra gli assetti degli interessi delle parti in gioco e quali poteri di sindacato siano rimasti ancora in capo al giudice nonostante l'intervenuta "privatizzazione" della procedura. La difficoltà di pensare ad un sistema tutto chiuso e finito tra le sole parti direttamente coinvolte nella crisi dell'impresa (debitore da un lato, e massa dei creditori dall'altro), risiede tutta nell'anomala struttura dell'accordo concordatario. Poiché quest'ultimo è accordo disposto a maggioranza e non all'unanimità, e nondimeno capace di vincolare anche soggetti ad esso formalmente estranei mediante l'estensione dei suoi effetti diretti ai creditori dissenzienti o semplicemente iscienti. Nonostante l'anomalia della struttura, la più avveduta dottrina ha ricondotto l'accordo concordatario ad un contratto perfettamente legittimo facendo dell'omogeneità degli interessi dei soggetti votanti la chiave di volta per poter spiegare la facoltà della maggioranza a disporre anche per la minoranza dissenziente. La visione del concordato quale atto di autonomia determina la necessità di applicare nella sua interezza, e nei limiti di compatibilità, la disciplina di quest'ultima. Poiché nessun atto di autonomia può esser riconosciuto e quindi tutelato se non all'interno e nei limiti imposti dalla Legge stessa. Pertanto, il concordato non si presenta quale luogo di una libertà incondizionata, ed anche la Legge nel richiedere al giudice di verificare - durante il giudizio di omologazione privo di opposizioni di sorta - la regolarità della procedura e l'esito della votazione, non fa altro che ribadire la necessità di un controllo di quelle che potrebbero essere definite le precondizioni di validità dell'atto stesso. Anzi, è proprio partendo dall'oggettiva difficoltà di regolare e tutelare i molteplici interessi - tanto di natura individuale quanto di natura collettiva - che vengono in gioco nell'ambito della crisi d'impresa, che occorre ribadire che all'allargamento delle maglie dell'autonomia negoziale debba corrispondere inevitabilmente un innalzamento della "soglia di attenzione" del giudice verso possibili abusi dello strumento predisposto

dall'ordinamento. Su questo sottile equilibrio tra autonomia ed eteronomia si innesta in maniera vigorosa il tema trattato nel **capitolo secondo** dell'elaborato, ossia quello degli oneri informativi. L'informazione che nel nostro ordinamento è tema di peculiare importanza, anche e soprattutto per i tanti risvolti che la questione pone a livello di diritto dei consumatori e dei contraenti deboli in generale, risulta di non minore interesse anche nel contesto concordatario. Il tema è stato affrontato dalla particolare angolazione dell'obiettivo finale della stessa: ossia rendere edotto il ceto creditorio sulla reale portata della proposta presentata. Per questo motivo, si è tentato di mettere in evidenza quanto - a livello di implementazione dell'informazione da veicolare ai creditori - ciascun soggetto coinvolto nella procedura risulti svolgere un ruolo essenziale e non pretermisibile. Si è inoltre messo in evidenza non soltanto l'aspetto quantitativo dell'informazione, inteso come elenco di informazioni che il creditore deve ricevere per ritenere soddisfatta la finalità sopra enunciata, ma anche l'aspetto qualitativo di essa, richiedendo che l'informazione non sia solo veritiera ma anche chiara e corretta, in base a quella necessaria trasparenza – quale implicazione del più generale principio di buona fede – richiesta al debitore durante lo svolgimento dell'intera procedura concorsuale. All'interno del tema dell'informazione si è poi dato particolare rilievo all'analisi della questione fattibilità. Quest'ultima correttamente intesa quale concreta realizzabilità nei fatti del piano presentato, si presenta come momento primo, nel senso di anteriore, del giudizio di convenienza che ciascun creditore compie al momento di formulare il proprio assenso/dissenso alla proposta concordataria. Pur essendo dalla legge inequivocabilmente ricondotta ad elemento del piano che, unitamente alla veridicità dei dati aziendali, il professionista attestatore è chiamato ad asseverare nella propria relazione, quella della fattibilità è stata da sempre ritenuta porta di ingresso per un giudizio del Tribunale anche sul contenuto della proposta e del connesso piano proposto. Sul punto si è cercato di dimostrare l'estraneità del lemma ad un requisito di struttura della fattispecie concordataria e di mettere in luce quali gli orientamenti seguiti, nell'interpretazione della questione, dalla giurisprudenza tanto di legittimità quanto di merito nel periodo precedente l'arresto nomofilattico delle Sezioni Unite. L'intervento dei Supremi Giudici ha dato i natali alla celebre distinzione tra una fattibilità giuridica e

una fattibilità economica del piano e della proposta presentata dal debitore, rendendo tale distinzione la matita per disegnare il perimetro dell'intervento dell'autorità giudiziaria nelle varie fasi lungo le quali si dipana la procedura (ammissione, revoca e omologazione). Non particolarmente concordi con una simile frantumazione del requisito, pur normativamente unitario della fattibilità, nel corso del **terzo capitolo** ci si è soffermati sulla verifica che, sempre per quanto affermato dalle Sezioni Unite, è necessario che il giudice compia, ossia della non assoluta e manifesta impossibilità del piano a realizzare la causa concreta della procedura, individuabile caso per caso in base al tipo di proposta concretamente formulato, seppur all'interno di una cornice volta al superamento della crisi dell'impresa, da un lato, e alla soddisfazione, ancorché minimale, dei creditori dall'altro in tempi ragionevolmente contenuti. Individuata la causa del concordato nello scambio tra l'esdebitazione del debitore e la soddisfazione pur minimale dei creditori, si è tentato di dar conto degli orientamenti formati dalla giurisprudenza a seguito della "prospettiva funzionale aperta dal richiamo alla causa concreta". In particolare ci si è soffermati, scomponendo la formula sopra riportata, sulla ricerca fatta dai Tribunali nel contesto concordatario, di quel giudizio che tradizionalmente risulta essere strumento di controllo della contrattazione dei privati all'interno del nostro ordinamento. Per arrivare a giungere alla conclusione che il richiamo alla causa concreta dell'accordo concordatario - operato dai Supremi Giudici - se correttamente inteso, consente di non cadere in sterili questioni nominalistiche quali fattibilità giuridica e fattibilità economica - ovvero controllo di sola legittimità e controllo di merito - ma consente, mediante il richiamo che necessariamente un controllo causale sottende, di rifarsi alla regola di meritevolezza degli interessi perseguiti in concreto dalle parti per bloccare l'ingresso a proposte sfornite di una ragionevole idoneità a soddisfare gli obiettivi predisposti. Pur nella consapevolezza che un sindacare per clausole generali possa portare a quella che è stata definita la "giustizia del singolo tribunale", si ritiene tuttavia che le possibili storture dell'utilizzo della causa concreta da parte dei tribunali non possano considerarsi elementi capaci di minare l'intrinseca virtuosità della stessa.

Capitolo 1

1.1 Dell'evoluzione dell'istituto concordatario nella legge fallimentare

A più di dieci anni dalla così detta “rivoluzione copernicana”¹ che ha investito la materia fallimentare, non pare tuzioristico analizzare - seppur brevemente - l'evoluzione normativa che ha coinvolto la procedura concordataria, al fine di meglio comprendere l'obiettivo perseguito dal Legislatore negli innumerevoli interventi che si sono succeduti sino ad oggi.

Data l'innegabile valenza sanzionatoria² che il fallimento aveva nella legislazione del '42; il concordato preventivo si presentava come una sorta di “istituto premiale” per l'imprenditore “onesto e sfortunato”, consentendogli di evitare il fallimento e, talvolta, di proseguire l'attività di impresa (ferma la possibilità di prevedere un concordato meramente liquidatorio) mediante l'estinzione definitiva dei propri debiti.

Perché il debitore potesse accedere alla procedura era necessario che questi fosse, non solo meritevole, ma anche in grado di assicurare ai creditori il soddisfacimento minimo previsto dalla legge, ossia il pagamento integrale dei crediti privilegiati ed il quaranta per cento di quelli chirografari. Si permetteva, così, di mantenere in vita un'impresa che poteva ancora svolgere un ruolo di utilità per la collettività e per l'economia nazionale³ in generale.

¹ In questi termini S. Ambrosini, “Sub. Art. 160”, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di S. Ambrosini e P.G. Demarchi, Milano, 2005, pp. 5.

² Così A. Maisano, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, Milano, 1989, pp. 24.

³ Per una elencazione delle diverse definizioni date dalla dottrina al concordato cfr. G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p. 149, il quale riporta quella di: “una proposizione tra l'effetto e la causa, la sanzione e l'illecito, se è consentito così esprimersi, tra il rimedio e il male” (A. Cadian, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937, p. 6), o quella di “una sistemazione amichevole di un dissesto commerciale sostituita alla dichiarazione di fallimento” (L. Bolffio, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinari*, Torino, 1932, p. 1), o ancora “un beneficio per il debitore, nel senso che egli aveva diritto (potestativo) di proporlo ai creditori, dando luogo ad una procedura autonoma

Con il variare della situazione economico-politica del paese, tuttavia, anche l'istituto del concordato è mutato nei suoi contorni, emancipandosi dalla figura dell'imprenditore "onesto e sventurato" e, con esso, da ogni visione che tenesse conto del comportamento tenuto dall'imprenditore nella gestione della propria attività, nell'illusione che le nuove regole avrebbero consentito maggiore competitività nel mercato produttivo.

Tale mutamento nelle finalità, ma anche nei presupposti e nel contenuto, è stato inserito dal Legislatore della riforma sullo scheletro del concordato del '42, secondo la prassi dell'interpolazione, mai sopita nella legislazione fallimentare, che ha portato inevitabilmente a contrasti interpretativi e applicativi delle norme introdotte. Con la riforma l'aspetto premiale, come prima si diceva, ha perso di rilievo portando ad una oggettivizzazione dei presupposti di accesso alla procedura e ad una valorizzazione del carattere negoziale dell'istituto⁴.

Le modifiche apportate dal D.L. n. 35/2005, prima, e dal d.lgs. n. 169/2007, poi, hanno riguardato, per il profilo che qui maggiormente interessa, i presupposti per l'ammissione alla procedura, eliminando ogni riferimento ai requisiti soggettivi⁵, e modificando anche quelli oggettivi; si è stabilito, infatti, che bastasse il mero stato di crisi perché il debitore potesse presentare domanda di concordato, non essendo più necessaria l'insolvenza⁶

accanto al fallimento" (S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 8), ed infine "il concordato preventivo consisteva in una esenzione dal fallimento: concessione che non era ispirata soltanto, come poteva a prima vista sembrare, al particolare riguardo che si era inteso accordare al debitore, ma, anche e soprattutto, a considerazioni di interesse pubblico" (R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 2007).

⁴ Si veda M. Fabiani, "Concordato preventivo", in *Fallimento e concordato preventivo*, volume II, *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2014, p. 33.

⁵ Con il D.L. n. 35/2005 si è riscritto completamente il testo dell'art. 160, l. fall. Il testo originario prevedeva che l'imprenditore in stato di insolvenza potesse accedere al concordato purché: "1) [fosse] 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 [fosse] stato dichiarato fallito o non [fosse] stato ammesso a una procedura di concordato preventivo; 3) non [fosse] stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio".

⁶ Infatti in base alla legge del '42 lo stato di insolvenza veniva ad essere il requisito oggettivo per entrambe le procedure, fallimentare e concordataria, pur avendo, le stesse, finalità oltremodo diverse. Tuttavia, per l'impostazione data dal Legislatore si capisce bene che il concordato finiva per essere semplicemente un modo, per il debitore meritevole, di adempiere alle proprie obbligazioni, almeno nella misura minimale del quaranta per cento dei crediti chirografari, mantenendo l'amministrazione della

irreversibile. Le difficoltà interpretative su cosa dovesse intendersi per stato di crisi e l'ostilità nel tracciarne un discrimine netto con l'insolvenza vera e propria, ha portato il Legislatore a ritornare sul punto mediante normativa di interpretazione autentica⁷.

E' stato così chiarito come per stato di crisi dovesse intendersi sia la fase precedente all'insolvenza, il che equivale a dire il suo iniziale manifestarsi, sia l'insolvenza conclamata, consentendo di accedere alla procedura anche ad un debitore in situazione di "temporanea difficoltà ad adempiere". Alcuni Commentatori della riforma hanno ritenuto oltremodo scorretto ricomprendere nell'alveo dello stato di crisi anche quello dell'insolvenza, essendo la loro identificazione "*contraria a tutti i principi posti dalla letteratura economica in materia e denota[n]te una scarsa attenzione del Legislatore ai principi ispiratori di una ricerca scientifica che dovrebbe precedere qualsiasi tipo di riforma legislativa*"⁸. Indipendentemente dalle critiche mosse alla tecnica legislativa utilizzata, resta da sottolineare come l'apertura allo stato di crisi, che non sia ancora divenuta insolvenza vera e propria, consenta, ancora oggi, di affrontare lo stato di difficoltà in cui versa l'impresa prima che la stessa divenga irreversibile.

Altra novità introdotta dalla riforma è stata la facoltà⁹, data al debitore concordatario, di suddividere i propri creditori in classi "*secondo posizione giuridica e interessi economici*

propria impresa e garantendo la soddisfazione dei creditori in tempi notevolmente più contenuti rispetto alla liquidazione fallimentare.

⁷ Si tratta del D.L. 30 dicembre 2005, n. 273, convertito con modificazioni dalla L. 23 febbraio 2006, n. 51

⁸ In questi termini G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., p. 165.

⁹ Sul tema della disputa nata in dottrina e mai sopita, stante una non alterazione del dato normativo a seguito della riforma del 2015, circa la facoltà o la obbligatorietà della formazione delle classi tutte le volte in cui la massa dei creditori non si presenti omogenea. Si veda, per il primo indirizzo - che tiene maggiormente in conto la lettera della legge - Sacchi, "Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria", in *Fallimento*, supplemento 1/2009, pp. 30; Catalozzi, "Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori "deboli"", in *Fallimento*, 2007, pp. 339; D'Attorre, "Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati", in *Giur. comm.*, 2010, I, pp. 419; Macri, "Il sindacato del tribunale sul corretto utilizzo dei criteri di formazione delle classi", in *Fallimento*, 2010, pp. 958; Proto, *Le classi dei creditori nel concordato preventivo*, Milano, 2010, pp. 42; A.M. Perrino, "I limiti del controllo giudiziale tra classamento e voto", in *Fallimento*, 2010, pp. 1290; Minutoli, "Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente "classamento" dei creditori: il punto nella prassi e in dottrina", in *Fallimento*, 2010, pp. 55; Censoni, "Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi", in *Fallimento*, 2010, pp. 328; Ambrosini, "Autonomia negoziale e controllo giudiziale nel concordato preventivo", in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di Di Marzio e Macario, Milano, 2010, pp. 542; Galletti, "Classi obbligatorie? No grazie", in *Giur. comm.*, 2010, II, pp. 352. Riconducibili a tale indirizzo in

omogenei” (art. 160, comma 1, lett. c, l. fall.) e di prevedere, conseguentemente, “trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse” (art. 160, comma 1, lett. d, l. fall.) derogando, in tal modo, al principio della *par condicio creditorum*¹⁰ formale. I trattamenti differenziati però non possono mai “alterare l’ordine delle cause legittime di prelazione” (art. 160, comma 2, l. fall.). Ancora, il riformato art 160, comma 2, l. fall.¹¹, ha consentito che la proposta potesse prevedere anche il soddisfacimento non integrale dei creditori privilegiati a condizione che la stessa ne prevedesse la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, in base al valore quantificato ed attestato dal professionista nella propria relazione.

Il Legislatore riformatore ha voluto, inoltre, eliminare l’antica dicotomia tra concordato con garanzia e concordato con cessione dei beni, le uniche forme di concordato ammesse dal vecchio art. 160 l. fall.¹², per far spazio ad un piano caratterizzato dalla più assoluta atipicità, stabilendo che il debitore potesse provvedere alla ristrutturazione dei propri debiti e al conseguente soddisfacimento dei propri creditori mediante qualsiasi forma compresi accollo, cessione dei beni o altre operazioni straordinarie, ma anche

giurisprudenza Trib. Monza 7 aprile 2009 e Trib. Milano 4 dicembre 2008, entrambe in *Giur. comm.*, 2010, II, pp. 332; Trib. Piacenza 18 settembre 2011, in *Fallimento*, 2012, pp. 1377; Cass. 10 febbraio 2011 n. 3274, in *www.ilcaso.it*; Cass. 4 febbraio 2009, n. 2706, *ibidem*; della necessità, e non della facoltà, di provvedere alla formazione delle classi dei creditori e di sanzionarne, conseguentemente, la mancanza solo nell’ipotesi limite dell’abuso del diritto App. Torino 21 maggio 2013, in *www.ilcaso.it*. Per l’obbligatorietà del classamento lì dove non vi sia una omogeneità di posizioni giuridiche e di interessi economici, Fabiani, *Il concordato preventivo*, cit., pp. 213.

¹⁰ Il potere di derogare al principio della *par condicio* deve comunque essere bilanciato dalla necessità che quando questo accada, tale potere, venga esercitato in modo conforme alla legge, secondo quanto disposto dall’ art 160, comma 1, lett. c) l. fall., e su tale potere si esercita in sede di ammissione il sindacato del giudice ex art 160 e 163 l. fall. Questo implica che la suddivisione in classi non possa tendere al perseguimento di interessi solipsistici del debitore, ma al contrario rispecchiare, le diverse caratteristiche economiche e giuridiche della classe creditoria. In questo senso; D. Galletti, “La formazione di classi nel concordato preventivo: ipotesi applicative”, in *www.ilcaso.it*; F. Marotta, “Il nuovo concordato preventivo”, in *Riforma fallimentare lavori preparatorie obiettivi*, a cura di M. Vetti, F. Marotta e F. Di Marzio, Torino, 2008, pp. 230.

¹¹ Articolo modificato dal d.lgs. n. 169/2007, tale decreto aveva inoltre provveduto all’ eliminazione della soglia di accesso alla procedura: consistente nel pagamento di almeno il quaranta per cento dei crediti chirografari, soglia ad oggi reintrodotta dal d.l. n. 83/2015, anche se diminuita nel *quantum* (il venti per cento e non più il quaranta) e con l’esclusione dei concordati disciplinati dall’ art. 186bis l. fall.

¹² Ammesso era anche il c.d. concordato misto, ossia una sorta di commistione tra le due forme sopra elencate

mediante attribuzione della attività ad un assuntore o creazione di una nuova società con attribuzione delle quote della stessa ai creditori.

Sottratto ad ogni vincolo di tipicità il piano è venuto, e viene ancora oggi (almeno secondo la dottrina maggioritaria), a configurarsi come mezzo di attuazione di una proposta altrettanto flessibile, potendo il debitore presentare ai propri creditori una proposta avente natura meramente liquidatoria, o dilatoria o anche partecipativa (mediante conversione dei crediti in capitale di rischio)¹³.

Attestatore della fattibilità del piano, così come analiticamente delineato nella domanda di concordato, è, in base alla riforma, un soggetto dotato dei requisiti di professionalità e d'indipendenza (di cui all' art. 67, comma 3, l. fall.), designato dal debitore stesso, il cui ruolo è quello di attestare, appunto, la veridicità dei dati aziendali allegati e la possibilità che la proposta presentata possa essere nel concreto adempiuta secondo le forme e i tempi indicati dal proponente.

Da questa nuova configurazione del concordato, pur brevemente qui delineata, si comprende agevolmente come la procedura in commento abbia, con le riforme del 2005/2007, conquistato margini di maggiore applicabilità nel concreto, divenendo di fatto la procedura più importante per il superamento della crisi d'impresa. Tale risultato lo si deve senza dubbio alla privatizzazione, per usare un termine d'uso nei commentatori dell'istituto, che ha subito la procedura, divenendo di fatto luogo di composizione degli interessi di debitore e creditori, i soli chiamati a stabilire le concrete modalità di risoluzione della crisi.

Il *favor* accordato dalla legge alla regolazione negoziale della situazione di crisi è stato ulteriormente ampliato con l'intervento legislativo del 2012¹⁴, il c.d. "decreto sviluppo"¹⁵, il quale ha provveduto ad introdurre le figure del concordato preventivo con

¹³ Così S. Bonfatti, "Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale della crisi", in *www.ilcaso.it*

¹⁴ La modifica al concordato preventivo è avvenuta ad opera dell'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83

¹⁵ Tra i commentatori della riforma si vedano *ex multis*: L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2012, pp. 321; F. Lamanna, "Il c.d. " decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale", in *www.fallimentarista.it*, sez. Focus, 27 giugno 2012; U. Apice e S. Mancinelli, *Il*

riserva e quello con continuità aziendale, rispettivamente agli articoli 161, comma 6, e 186 *bis*, l. fall.¹⁶.

Per quanto attiene alla prima delle due tipologie ora elencate, il Legislatore ha previsto la possibilità per il debitore di depositare il ricorso contenente la domanda di concordato, unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, e di riservarsi di presentare proposta e piano successivamente, entro il termine fissato dal giudice, e comunque compreso tra i 60 e i 120 giorni. Ciò che rende tale introduzione particolarmente vantaggiosa per il debitore è, l'anticipazione degli effetti della domanda di concordato, primo fra tutti il blocco delle azioni esecutive e cautelari dei singoli creditori, con il semplice deposito del ricorso. Inoltre, il mantenimento della gestione dell'impresa in capo al debitore decotto e la possibilità di compiere atti di ordinaria amministrazione (per quelli di straordinaria amministrazione, invece, vi è la necessità dell'autorizzazione da parte del tribunale), mette in risalto come a fronte del rischio, per la platea dei creditori, di un ulteriore depauperamento della loro garanzia patrimoniale, per un periodo non esiguo, non vi sia alcun ritorno in termini di serietà del ricorso presentato.

fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi, Torino, 2012, pp. 431; F. Lamanna, "La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale", in *www.ilfallimentarista.it*, sez. Focus, 26 novembre 2012; S. Ambrosini, "Appunti flash per una "miniriforma" del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti", in *www.ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 293/2012; S. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano alla luce della riforma del 2012*, in *www.ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 306/2012; M. Fabiani, "Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l.83/2012 e sulla conversione)", in *www.ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 303/2012; G. Schiano Di Pepe, "Il concordato preventivo "con continuità aziendale" nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni", in *Riv. dir. fall.*, 2012, I, pp. 482; A. Munari, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012; G. Lo Cascio, "Percorsi virtuosi e abusi del concordato preventivo", in *Fall.*, 2012, pp. 891; N. Rondinone, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2012; L.A. Bottai, "Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale", in *Fall.*, 2012, pp. 924; G. Nardecchia, "L'art. 179 l. fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano", in *www.ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 315/2012; A. Penta, "Il concordato preventivo con continuità aziendale luci e ombre", in *Riv. dir. fall.*, 2012, I, pp. 673; P. Vella, "L'accrescimento dei controlli giudiziari di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo", in *www.ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 320/2012; G. Terranova, *Le nuove forme di concordato*, Torino, 2013.

¹⁶ Tra le altre novità apportate dal decreto si segnalano: l'obbligatorietà della pubblicazione del ricorso introduttivo nel registro delle imprese (art 168 l. fall) e sempre nel medesimo articolo, l'inefficacia, nei confronti dei creditori anteriori la domanda, delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la pubblicazione del ricorso.

Così come originariamente conformato, il concordato con riserva si prestava a non poche critiche ed abusi, ed è per questo che a fronte di un ricorso amplissimo all'istituto nei suoi primi mesi di vita, molti dei quali "immeritevoli" degli effetti prenotativi previsti dalla legge, si è deciso di tornare nuovamente sulla materia nel tentativo di porre rimedio ad usi distorti della procedura.

Con il decreto del 21 giugno 2013, n. 69 sono stati modificati i commi sesto, settimo e ottavo dell'art. 161, l. fall., prevedendo un aumento dell'elenco dei documenti necessari per accedere alla procedura prenotativa e un conseguente ampliamento degli obblighi informativi successivi al deposito del ricorso. Inoltre, maggiori poteri di intervento sono stati assegnati al tribunale: come la possibilità di nominare un commissario giudiziale, con il compito di vigilare, nelle more del termine fissato giudizialmente, sul comportamento del debitore al fine di segnalare al giudice possibili abusi o anche di ridurre, di ufficio, il termine precedentemente concesso all'imprenditore, quando *"risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano"* (art. 161, comma 8, l. fall.).

Maggiormente equilibrata, nell'ottica del bilanciamento degli interessi di creditori e debitore, è la disciplina introdotta con il "decreto sviluppo" di un altro istituto, vale a dire il concordato con continuità aziendale di cui all' art. 186 *bis*, l. fall. La possibilità di continuare direttamente o indirettamente l'attività d'impresa, connessa alla previsione di una serie di norme di favore atte ad incentivare la presentazione di concordati in continuità¹⁷, viene difatti bilanciata dalla necessità di una più rigorosa predisposizione del piano presentato per l'accesso alla procedura, nonché dall'attestazione - ad opera del

¹⁷ Ci si riferisce alla previsione di una moratoria fino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori privilegiati, nel caso di liquidazione dei beni o diritti sui quali insiste la prelazione; alla prosecuzione dei contratti in corso di esecuzione, compresi quelli pubblici, che non si risolvono, neppure in presenza di clausole contrattuali di senso contrario; e infine la possibilità per il debitore di partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici, fermo quanto richiesto ai sensi del comma 4 dell'art. 186 *bis*, l. fall.. Inserite nel novero possono essere anche quelle disposizioni dettate dal Legislatore, tanto per il concordato preventivo quanto per gli accordi di ristrutturazione, volte ad incentivare una più efficiente regolazione della crisi; infatti ex art. 182 *quinquies* l. fall. sono prededucibili i finanziamenti contratti con l'autorizzazione del tribunale, indispensabili per la prosecuzione dell'attività d'impresa, e comunque sempre finalizzati alla migliore soddisfazione del ceto creditorio. Sempre nella stessa norma e sempre alle medesime condizioni di cui sopra, il debitore può chiedere al tribunale di autorizzarlo al pagamento, fuori dal concorso, dei creditori anteriori per beni o servizi essenziali per il prosieguo dell'attività.

professionista designato - di come la prosecuzione dell'attività d'impresa risulti funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori, e infine, dall'eterotutela svolta dal giudice, il quale provvederà alla revoca dell'ammissione al concordato nel caso in cui l'esercizio dell'attività risulti manifestamente dannoso per i creditori.

Se ampi spazi di intervento all'autonomia privata sono stati predisposti dalle norme introdotte dal 2005 al 2013, l'ennesimo intervento legislativo nell'agosto del 2015 è sembrato abbia portato indietro le lancette dell'orologio ad una fattispecie concordataria per certi versi più affine a quella precedente le riforme di cui sopra. Come autorevole dottrina ha prontamente sottolineato, anche con questo intervento legislativo si è persa l'occasione per prendere posizione, una volta per tutte, sul tipo di sistema della crisi d'impresa adottato: se un sistema *debtor o creditor oriented*¹⁸. Se si guarda ai numerosi contributi letterari sul punto, che dalla riforma del 2005 in poi si sono susseguiti, ciò che ha preso il sopravvento nella procedura concordataria è l'autonomia delle parti in gioco (debitore-creditori)¹⁹. Tuttavia, la decisione di un ritorno all'eteronomia non può essere criticata *a priori*; ciò nonostante è necessario venga presa una chiara e manifesta posizione in tal senso.

Sull'utilità della decisione di tornare ad un sistema ad eteronomia prevalente, come reazione alla stagione dei mille concordati, si può francamente discutere, infatti pensare che il proliferare di concordati abbia portato più guai che utilità non tiene conto del grande appesantimento della macchina della giustizia che si avrebbe con l'aumento dei fallimenti.

Irrigidire le regole di accesso al concordato, come previsto dalla novella del 2015, al fine di reagire alle storpiature della fattispecie, non tiene debitamente conto di come i veri problemi legati alla procedura non siano stati le scarse percentuali di soddisfacimento promesse ai creditori, ma le molte risoluzioni verificatesi, ed era forse su questo dato che

¹⁸ In questi termini M. Fabiani, "L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche", in *www.ilcaso.it*.

¹⁹ Per una delineazione esaustiva del decennio di riforme si veda: Jorio, *Introduzione generale alla disciplina della crisi d'impresa*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, I, Milano, 2014, pp. 3 ss.; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2015, pp. 1 ss.

bisognava intervenire. Illuminanti risultano le parole del Fabiani sul punto: “è [...] un vizio domestico porre delle barriere per esprimere una prevenzione generale, anziché reprimere le condotte non corrispondenti al modello legale”.

Così l’aggiunta di un nuovo ultimo comma all’art. 160, l. fall. (ossia la previsione dell’obbligatorietà, nei concordati liquidatori, di proposte che prevedano il pagamento in misura non inferiore al venti per cento dei crediti chirografari) ha portato, dopo la detipizzazione del concordato avvenuta nel 2005, ad una nuova tipizzazione che senza dubbio svigorisce il principio della prevalenza dell’autonomia delle parti²⁰.

Possiamo dire, con uno sguardo d’insieme sulle norme introdotte, che l’obiettivo del Legislatore del 2015 è quello di riequilibrare il rapporto debitore/creditori ritenuto sbilanciato nella legislazione del 2012. Mezzo per raggiungere tale fine, come si ricava inequivocabilmente dalla Relazione illustrativa al disegno di legge, è la contendibilità dell’impresa in crisi. Contendibilità ricavabile dalla disciplina delle proposte e delle offerte concorrenti, rispettivamente art 163 e 163 bis, l. fall., il cui scopo “[è] quello di massimizzare la recovery dei creditori concordatari e di mettere a disposizione dei creditori concordatari una possibilità ulteriore rispetto a quella di accettare o rifiutare in blocco la proposta del debitore”²¹. Sulla legittimità costituzionale dell’art 163 si dubita in dottrina poiché si consentirebbe ad un terzo “di appropriarsi dell’azienda e dell’impresa altrui, attuandosi, in violazione dell’art. 42 Cost., un esproprio a favore di un privato non collegato ad un pubblico interesse”²².

²⁰ La reintroduzione della percentuale minima comporterà come già sopra specificato un aumento dei fallimenti e un appesantimento della giustizia civile, e il tutto senza che vi sia alcun vantaggio per i creditori, i quali, anzi, si vedranno costretti a rinunciare, per ipotesi, a concordati che prevedano una forbice di pagamento che arrivi nel massimo al 19,99%. Inoltre, non si è provveduto neppure a distinguere tra concordati con cessione di beni e concordati che prevedono apporti provenienti da soggetti terzi.

²¹ In questi termini, la Relazione illustrativa al disegno di legge presentato alla Camera dei deputati il 27 giugno 2015, la relazione dimostra chiaramente come ciò che si vuole ottenere è che il debitore presenti proposte che rappresentano il valore reale dei propri beni, ma soprattutto che vengano gettate le basi per la nascita di un mercato dei *distressed debts*. Ascrivibilità delle due norme alla tutela concorrenziale nel mercato anche nello scritto di Savioli, “Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d’impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo”, in www.ilcaso.it.

²² Così Bozza, “Brevi considerazioni su alcune norme della ultima riforma”, in *Fallimenti e società.it*, pp. 12, il quale aggiunge: “Se ciò può essere giustificato nel concordato fallimentare, che presuppone la dichiarazione di insolvenza del debitore e lo spopolamento dello stesso proprio ai fini della liquidazione

Ulteriore novità introdotta dalla "miniriforma" del 2015, avente un grosso impatto pratico, è l'abrogazione del meccanismo del silenzio-assenso; abrogazione che sicuramente sottolinea un *minor favor* per il concordato²³ rispetto alla precedente disciplina ma che comunque sembra essere la sola forma di voto compatibile con l'ipotesi delle proposte concorrenti. Forse più corretto sarebbe stato prevedere che l'inerzia dei creditori non avesse valenza alcuna (né di assenso né di diniego), e che pertanto i voti dei "creditori silenti" non venissero calcolati ai fini del *quorum*, anche perché una forma di silenzio simile non ha oggettivamente significato alcuno.

Modifiche sono state apportate anche alla disciplina dei contratti pendenti e a quella della finanza interinale. Con la nuova formulazione dell'art 169 *bis*, rubricato oggi "contratti pendenti", si è cercato di risolvere i dubbi interpretativi registrati in dottrina e giurisprudenza, prevedendo, almeno secondo il tenore letterale del primo comma - sulla cui decisività ai fini esegetici sia consentito dubitare - che la norma faccia riferimento ai soli contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti²⁴, prevedendo per questi la possibilità di sospensione o scioglimento ad opera del debitore e previa autorizzazione del tribunale²⁵.

Per quanto riguarda l'art. 182 *quinquies* due sono le novità introdotte: la possibilità per il tribunale di autorizzare, già in fase c.d. prenotativa, la contrazione di finanziamenti prededucibili e l'introduzione dei finanziamenti necessari e urgenti per l'esercizio

dei suoi beni, non lo è altrettanto nel concordato preventivo, ove manca l'accertamento dell'insolvenza e il debitore, che potrebbe anche versare in uno stato di crisi reversibile, dispone ancora del suo patrimonio, pur se sotto la vigilanza del commissario, e la legge gli concede la libertà di gestire la crisi nel modo che crede più opportuno".

²³ Critico sul punto M. Fabiani, *L'ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche*, cit., pp. 13, il quale infatti sottolinea che "tornare al sistema del voto esplicito per manifestare il consenso rappresenta un chiaro indirizzo della sfiducia verso i concordati e, ancora una volta, una soluzione distonica col concordato fallimentare; di sicuro vi saranno molti concordati che non risulteranno approvati perché ai creditori apatici tornerà comodo andare al traino dei creditori più importanti".

²⁴ Sulla riconducibilità del novellato art. 169*bis* a quanto previsto nel fallimento dall'art. 72 l. fall., e di qui ai soli contratti ineseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti vedi: A. Patti, *Contratti bancari nel concordato preventivo tra bilateralità e unilateralità di esecuzione*, in *Il Fallimento*, 2015, p. 557.

²⁵ Il Legislatore ha inoltre introdotto all'ultimo comma dell'art. 169 *bis* una disposizione *ad hoc* per l'ipotesi di scioglimento di un contratto di leasing, disponendo i medesimi principi previsti nel fallimento dall'art.72 *quater*.

dell'impresa. Quest'ultimo tipo di finanziamento risulta essere la novità di maggiore rilievo, ispirato senza dubbio dalla disciplina statunitense dei c.d. *frist day orders*²⁶, si caratterizza per il fattore dell'urgenza, ribadita in maniera pleonastica, tanto in riferimento all'autorizzazione quanto all'esigenze dell'impresa. Non a caso ciò di cui bisogna dare atto nel ricorso è proprio "il pregiudizio imminente e irreparabile" che subirebbe l'impresa in caso di mancato accesso ai finanziamenti.

Muovendo dalle parole della Relazione illustrativa ove si sottolinea che "[...] [il] concordato, non deve essere dimenticato, costituisce la procedura di maggiore portata e rilievo per la ristrutturazione e il recupero del credito verso l'impresa in crisi", si comprende come ad un'affermazione di principio siffatta abbia fatto seguito l'introduzione di norme che sembrano in apparenza contrastare con tale ruolo preminente del concordato come il ripristino della soglia-sbarramento nei concordati liquidatori e del silenzio-diniego nella disciplina del voto dei creditori.

Tuttavia proprio tenendo presente la proposizione sopra enunciata, e tentando una riflessione di sintesi e a contenuto generale, si può affermare, senza paura di smentita, che l'attuale novella, lungi dall'essere una "controriforma" vera e propria, o in altre parole un *revirement* strutturale, sia in realtà una semplice "correzione di rotta". Infatti sono rimasti fermi, fino ad oggi, i profili caratteristici delle riforme susseguitesesi dal 2005 al 2012, ossia la proponibilità del concordato ad iniziativa del solo imprenditore in crisi, la possibilità di presentazione di concordati "in bianco", l'attestazione della fattibilità del piano ad opera del professionista designato dal debitore, un'eterotutela giudiziale dei creditori comunque arretrata rispetto al passato, il sempre maggior *favor* per la presentazione di concordati in continuità²⁷, e la possibilità di chiedere la risoluzione ad opera dei soli creditori.

²⁶ In due occasioni ormai celeberrime, infatti, la rapidità d'intervento consentita dall'ordinamento statunitense ha permesso la non dispersione del valore delle aziende coinvolte nella crisi vedi: Peck, "Il caso Lehman Brothers", in AA.VV., *Grandi e piccole insolvenze: dal caso Chrysler alle crisi del consumatore*, Torino, 2010, pp. 27; Gonzales, "Il caso Chrysler", *ivi*, pp. 35.

²⁷ A conferma di ciò basti guardare il DDL Governativo C3671/*bis*, il quale prevede che possano avere ingresso nel nostro ordinamento solo concordati con continuità dell'attività d'impresa. Su quelle che sembrano essere le linee di tendenza del nuovo concordato si veda il recete scritto di M. Fabiani, "La

Da queste considerazioni si evince come la vera intenzione del Legislatore sia stata quella di riportare in equilibrio la tutela accordata agli interessi delle due parti in gioco, ritenuta, nella previgente disciplina troppo sbilanciata a favore del debitore, e forse anche un minor *favor* verso lo strumento concordatario in generale e liquidatorio in particolare. La speranza, per ora disattesa, è che le future innovazioni legislative portino realmente alla creazione di un mercato delle imprese in crisi e dei *distressed debts*, e non a sovrastrutture che non facciano altro che irrigidire i concordati e far aumentare i fallimenti²⁸.

rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo”, in *www.ilcaso.it*.

²⁸ Così S. Ambrosini, “Il nuovo concordato preventivo alla luce della “miniriforma del 2015””, in *Il dir. fall.*, I, 2015, pp. 360 ss.

1.2 La fattispecie di concordato

Dal quadro delineato, seppur brevemente nel paragrafo precedente, si evince come la rilevanza del concordato nell'ambito della crisi d'impresa sia andata crescendo di pari passo con l'idea, sposata dal Legislatore negli innumerevoli interventi legislativi susseguitisi, che la fase di decozione dell'impresa possa essere meglio affrontata mediante procedure negoziate tra debitore e creditori. In altri termini la legge fallimentare ha *“favori[to] la conclusione di accordi tra l'imprenditore e i suoi creditori allo scopo di prevenire/superare/sistemare la situazione di crisi dell'impresa, alla condizione che tali tentativi siano perseguiti attraverso uno dei possibili modelli procedurali appositamente ideati”*²⁹.

Così le riforme hanno portato, da un lato, all'introduzione di nuovi strumenti negoziali di gestione della crisi (piano di risanamento attestato e accordi di ristrutturazione dei debiti), e dall'altro hanno ridisegnato i confini dell'autonomia negoziale, estendendoli, e del potere dell'autorità giudiziale, riducendolo, nelle procedure concorsuali esistenti (ossia concordato preventivo e fallimentare).

Infatti, l'idea di fondo che ha animato le novelle legislative sino al 2015 è stata, senza dubbio, la considerazione della giurisdizione come un fattore anticompetitivo³⁰ (di fatti un motivo di freno alla celerità delle procedure concorsuali e conseguentemente dei tentativi di ripresa dell'impresa), e della necessità, pertanto, di valorizzare l'autonomia negoziale e gli accordi tra le parti coinvolte, in altri termini di vedere nel contratto lo strumento da preferire per la regolazione della crisi. E, di qui, nella visione che i

²⁹ In questi termini: V. S. Bonfatti, “Gli incentivi alla composizione negoziale della crisi d'impresa: uno sguardo d'insieme”, in *Le procedure di composizione negoziale della crisi e del sovra indebitamento*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2014, p. 11.

³⁰ Affermazione difficilmente contestabile, questa, se si tiene presente le ben note lungaggini delle procedure concorsuali, anche in considerazione del conflitto - *ex lege* Pinto - con la ragionevole durata del processo, e le difficoltà, sempre per via di queste, nel recuperare i crediti e nell'aumentare i costi, si veda in tal senso: D. Masciandaro e F. Riolo, *Crisi d'impresa e risanamento. Ruolo delle banche e prospettive di riforma*, Milano, 1997.

creditori siano i migliori tutori dei propri interessi e della *par condicio*, in un sistema in cui l'autotutela di questi assume maggior peso dell'eterotutela del giudice³¹.

Tale approdo legislativo, frutto dello “*sdoganamento di quel fenomeno di composizione negoziale della crisi d'impresa*”³² di cui la prassi, specie quella bancaria, aveva già fatto esperienza ma con risultati incerti, vista la mancanza di strumenti di protezione giuridica nel caso di successiva dichiarazione di fallimento³³, ha in sé, a ben vedere, una nuova concezione del fenomeno della crisi d'impresa, che porta - inevitabilmente - ad interrogarsi sul nuovo ruolo dei protagonisti della crisi e soprattutto sul rapporto, dialettico o dialogico, fra autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale. L'autonomia negoziale ha visto in questi ultimi anni assumere sempre maggior peso all'interno della fattispecie concordataria, mediante l'amplia flessibilità³⁴ della proposta e l'assoluta atipicità del piano. Tuttavia, occorre sottolineare, che tale flessibilità o

³¹Si riteneva che il traguardo dell'equilibrio tra interessi dei creditori e interesse del debitore potesse essere raggiunto autonomamente dalle parti, senza un intervento del giudice, che così tornava ad assumere il ruolo di maggiore terzietà che da sempre gli è proprio, potendo intervenire solo quando i negoziati tra le parti non avessero raggiunto i risultati sperati. Cfr. P. Vella, “L'atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora delle interazioni tra giudice, debitore e creditori nella crisi d'impresa”, in *www.ilcaso.it*; così anche S. Bonfatti e P. F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2004, p. 42; S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 54; A. Jorio, *Le crisi d'impresa - Il fallimento, Trattato di diritto privato*, a cura di Judica e Zatti, Milano, 2000, p. 244.

³² Così G. Minutoli, “L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o meritevolezza)”, in *Il Fallimento*, 2008, p. 1047; cfr. S. Ambrosini, “Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti”, in *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2008, p. 157; D. Galletti, “I piani di risanamento e di ristrutturazione”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, p. 1202; A. Patti, “Crisi d'impresa: definizioni stragiudiziali”, in *Il Fallimento*, 2003, p. 477; E. Scicutella, “Crisi d'impresa: soluzioni stragiudiziali e ruolo delle banche”, in *Riv. dott. comm.*, 2000, p. 243; A. Dimundo, “Pactum de non petendo ed insolvenza”, in *Il Fallimento*, 1996, p. 905.

³³ Le criticità di tali accordi stragiudiziali, nella vigenza delle legge fallimentare *ante* riforma, valevano tanto per i creditori “forti” come le banche, che per i creditori “deboli”, infatti se per i primi il rischio risiedeva - in caso di successiva dichiarazione di fallimento - in possibili incriminazioni per concorso in bancarotta preferenziale e ricorso abusivo al credito, oltre naturalmente all'esperibilità delle azioni revocatorie; per i secondi l'utilizzo di tali accordi stragiudiziali rischiava di essere fortemente pericoloso per la tutela del proprio credito, viste le asimmetrie informative tra le parti contraenti e soprattutto la mancanza di un soggetto terzo che controllasse veridicità e attendibilità di quanto prospettato dal debitore.

³⁴ Ex multis: G. Jachia, “Il concordato preventivo e la sua proposta”, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia-Panzani, III, Torino, 2009; G. Canale, “Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma”, in *Giur. comm.*, 2010, I, p. 358; F. Santangeli, “Auto ed eterotutela dei creditori nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa (il piano di risanamento, l'accordo di ristrutturazione, il concordato preventivo) - Le tutele dei giudiziali dei creditori nelle procedure ante crisi”, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 616; A. Patti, “Il giudice nella crisi d'impresa: le ragioni di una presenza”, in *Fallimento*, 2011, p. 261.

“liberalizzazione”³⁵, che dir si voglia, non implica necessariamente quella che, parte della dottrina, ha definito privatizzazione o degiurisdizionalizzazione del concordato.

Il profilo della libertà negoziale massima (anche se di tale estensione sia oggi consentito dubitare visto l’ingresso della soglia di sbarramento del 20% prevista nell’ultimo comma dell’art. 160 l. fall.) nella formulazione della proposta non incide necessariamente sul ruolo demandato al giudice³⁶, ben potendosi immaginare un sistema che, a fronte dell’ampia libertà lasciata al debitore, preveda un pervasivo controllo da parte dell’autorità giudiziaria e viceversa. Conseguentemente il richiamo ad una “privatizzazione” del concordato non sottrae, a ben vedere, nulla ai poteri di controllo del giudice, anzi forse qualcosa va aggiungendo sul piano della “meritevolezza” degli interessi perseguiti.

Il concordato non più vincolato a tipologie predefinite, comunque prendeva, e prende ancora nell’oggi, avvio da una domanda rivolta al tribunale e quindi si sostanzia in un accordo, si tra privati, ma che si forma all’interno di una procedura e che comunque necessita dell’omologazione del giudice per spiegare tutti i suoi effetti.

Questa natura ibrida del concordato ha portato in dottrina, già dall’inizio del Secolo scorso³⁷, ad un acceso dibattito sulla natura giuridica della fattispecie in questione. Due gli orientamenti contrapposti, uno definito “privatistico–contrattuale” e l’altro “pubblicistico–processuale”, due tesi valorizzanti, rispettivamente, una delle due anime del concordato. L’esercizio di indagine da parte di giurisprudenza e dottrina sulla natura dell’istituto (questione, senza alcun dubbio, dagli innumerevoli risvolti pratici), risulta

³⁵ Così M. Fabiani, *Le riforme delle procedure concorsuali*, a cura di A. Didone, I, Milano, 2016, p. 1685

³⁶ Contra D. Galletti, “La revoca dell’ammissione al concordato preventivo”, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 731, il quale, come non manca di sottolineare Fabiani, (v. nota precedente) confonde mescolandoli “privatizzazione e degiurisdizionalizzazione con il contrattualismo”, ma a ben vedere le regole dei contratti, se gestite in maniera corretta risultano funzionali al governo della crisi d’impresa.

³⁷ Per una completa elencazione e trattazione delle varie teorie interpretative succedutesi nel tempo si veda G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., p. 74 e ss. L’Autore ripercorre le diverse soluzioni, offerte dalla dottrina alla questione. Antecedentemente all’entrata in vigore del r.d. n. 267/1942, in letteratura si parlava della fattispecie concordataria in termini contrattualistici. Contraria all’assimilazione del concordato ad un contratto era, invece, la giurisprudenza dominante (si veda in tal senso Cass. 1 aprile 1960, n. 723, in *Giust. civ.*, 1960, I, p. 1142; Cass. 26 ottobre 1961, n. 2405, in *Foro it.*, 1961, I, p. 1602. Discordante con le pronunce sopra riportate, e pertanto, propendente per una visione contrattualistica dell’istituto Cass., 20 luglio 1954, n. 2593, in *Giust. civ.*, 1954, p. 1798).

esercizio anacronistico e forse anche inutile, se compiuto tentando di ricercare una sua presunta natura giuridica unitaria, poiché così procedendo inevitabilmente si finirebbe per svilire uno dei due aspetti che concorrono a formare la fattispecie, con una presa di posizione dal sapore più ideologico che sistematico. Tuttavia, non vi è stato chi non abbia ritenuto l'operazione dogmatica necessaria non solo, e non tanto, per una migliore delineazione dell'oggetto di studio, ma anche per la risoluzione di tutti i problemi esegetici e applicativi posti dalla legge riformata³⁸.

1.3 Prime riflessioni di dottrina e giurisprudenza sulla qualificazione del concordato ante riforma (cenni)

Le indagini compiute dalla dottrina in tal senso sembravano tutte, in un primo momento, assestarsi sulla natura privatistica del concordato³⁹. Tuttavia, un'assimilazione dello stesso con la figura del contratto aveva trovato non pochi autorevoli oppositori nella vigenza del precedente diritto positivo. Si era puntualmente osservato che, pur tralasciando la questione della facoltà data alla maggioranza di disporre di un diritto

³⁸ Così F. Di Marzio, *Superamento della crisi e la conclusione delle procedure*, in *Trattato delle Procedure Concorsuali*, A.A. V.V. L. Ghia, F. Severini, C. Piccininni, 2011, p. 217

³⁹ In particolare si riteneva che il concordato potesse essere letto come una transazione tra debitore e suoi creditori, essendone ravvisabili gli elementi caratterizzanti il tipo. Presenti erano sia (i) le reciproche concessioni (*l'aliquid datum e l'aliquid retentum*), ravvisabili nell'offerta di ristrutturazione del passivo da un lato e nella remissione del debito nella percentuale accettata dall'altro, (ii) sia la volontà di prevenire una lite, in questo caso rappresentata dal fallimento (si riteneva che il richiamo generico alla lite di cui all'art. 1965 c.c. comprendesse anche la lite esecutiva), (iii) mentre la *res dubia* era da rintracciare nella incertezza dei creditori su tempi e quantità della soddisfazione dei propri crediti. Così impostata la questione, l'accordo raggiunto dalle parti concordatarie veniva ad essere il vero fulcro dell'intera fattispecie, relegando l'omologazione del tribunale a mera *condicio iuris*, prevista dal legislatore al solo scopo di garanzia nei confronti di creditori assenti e dissenzienti. Pronte furono le critiche a tale assimilazione. In particolare, si riteneva che nel concordato mancasse qualsiasi forma di lite e che anche le reciproche concessioni non costituissero il vero fulcro della procedura che il più delle volte aveva solo carattere remissorio. Cfr. A. Micheli, "Amministrazione controllata, concordato preventivo e fallimento (per la nozione di processo concorsuale)", in *Riv. Trim.*, 1960, p. 1404. Anche nell'attuale quadro normativo l'accostamento tra concordato e transazione sarebbe insostenibile, a tacer d'altro, per l'introduzione delle proposte concorrenti dei creditori di cui all'art. 163, proposte che se intercettano la maggioranza dei voti, portano in sostanza, all'esclusione dal contratto concordatario di una parte della "lite" provocando un difetto causale dell'asserita transazione.

appartenente ad altri⁴⁰ (potendo la stessa configurarsi come scelta insindacabile del Legislatore⁴¹), si poteva facilmente confutare la tesi contrattualistica ponendo mente ai controlli effettuati dal Tribunale in sede di omologazione del concordato. Infatti, da questo punto di vista, il potere previsto in capo al giudice non si limitava ad un mero controllo sulla regolare formazione della *voluntas* maggioritaria, ma anzi, ad essere valutati, erano anche ulteriori elementi di natura squisitamente pubblicistica, che non potevano appiattirsi sulla sola verifica dell' accordo raggiunto tra le parti. Così il Tribunale veniva ad esprimere una propria volontà concorrente con quella dei paciscenti e capace di porre nel nulla l'eventuale accordo raggiunto anche all'unanimità. Proprio dalla visione del concordato come il frutto del concorso di due volontà, una di diritto

⁴⁰ La letteratura ha da sempre avvertito la difficoltà di conciliare l'approvazione della proposta concordataria a maggioranza con i principi vigenti in materia contrattuale. Per un tentativo in tal senso Cfr. Roco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1905, p. 360. L'A. riteneva pienamente giustificabile il principio maggioritario per l'espressione dell'approvazione dei creditori, poiché mediante il provvedimento del giudice - capace di sospendere gli atti esecutivi sul patrimonio incapiente - si creava fra i creditori «*uno stato di comunione tra le parti per la tutela collettiva dei loro diritti sulla base dell'uguaglianza*», ed era proprio per il soddisfacimento di questi diritti di credito diventati comuni, che si costituiva un diritto di pegno generale sull'intero patrimonio del debitore. La visione della costituzione di una comunione tra i creditori per effetto del provvedimento di ammissione al concordato, consentiva, secondo il Nostro, una perfetta corrispondenza tra i principi vigenti in materia contrattualistica con gli schemi di funzionamento della materia concordataria. Infatti, era pacifico sostenere che lì dove vi fosse una comunione di diritti, ivi la volontà collettiva venisse espressa mercè il principio maggioritario, poiché la maggioranza dei partecipanti era perfettamente legittimata a «*decidere sulla conservazione e sul godimento dei diritti stessi che sono oggetto della comunione vincolando la minoranza assente o dissenziente*».

⁴¹ La dottrina in commento intendeva criticare proprio la tesi di quanti (cfr. nota precedente) predicavano la possibilità di far discendere dalle norme proprie del contratto, la giustificazione del potere concesso alla maggioranza nel concordato. Infatti ciò che poteva risultare incontestabile, guardando alle norme di diritto comune, era la sola facoltà della maggioranza di decidere sulla conservazione e sul godimento delle attività comuni (dove per attività comuni, in questo contesto, ci si intende riferire a quelle proprie del debitore, oggetto di un pignoramento generale a favore della massa dei creditori a seguito del provvedimento dell'autorità giudiziaria). Tuttavia, nel contesto concordatario, i creditori di maggioranza dispongono del diritto dei creditori di minoranza provocando - discrezionalmente - la riduzione della quota loro spettante e la conculcazione di un diritto di azione esecutiva sul patrimonio decotto, esulando, così, da quanto previsto in tema di comunione, che limita il potere della maggioranza all'amministrazione e al godimento della cosa comune. Pertanto nella fattispecie concordataria ad essere esercitato è un potere frutto di una norma eccezionale che non può essere vista come «*corollario dell'applicazione del diritto comune, sibbene come istituto eccezionale che prende norma indivisibilmente, dalla natura giuridica del maggiore e complesso istituto nel quale la concessione funziona quale mera particolarità*». Quindi la questione della formazione del consenso dei creditori alla proposta concordataria non è rilevante per il problema di cui si sta trattando, essendo frutto di una precisa scelta legislativa, scelta che inoltre sembra allontanarsi più che conformarsi a quanto previsto dallo stesso Legislatore nel diverso contesto contrattuale. Così D. M. Perretti Griva, «Sulla natura giuridica del concordato preventivo secondo Aurelio Candian», in *Foro it.*, 4, 1937, p. 3450

privato e una di diritto pubblico, discendeva quale logico corollario l'impossibilità di vedere nella prima la volontà assorbente della fattispecie (vista la sua «*inferiorità ideale*») e quindi incapace di influenzare la natura giuridica del risultato di tale concorso. Dominanti sarebbero stati, per tale filone interpretativo, gli elementi pubblicistici presenti nella fattispecie, capaci, come tali, di influenzarne il *nomen iuris* e quindi le conseguenze giuridiche della stessa⁴². Da questo penetrante ruolo dell'organo giudiziario doveva ricavarsi più che una identità del concordato con il contratto, una sua vicinanza istituzionale al fallimento⁴³ e di qui una sua qualificazione in termini di procedura esecutiva⁴⁴. Anche se con argomentazioni differenti, larga parte della dottrina e la quasi unanimità della giurisprudenza, sembrava concordare con la valorizzazione del profilo processuale e pubblicistico del concordato pur non registrandosi, tuttavia, altrettanta unicità nell'accostamento di tale fattispecie ad uno schema legale tipico; ora ricondotto al procedimento cautelare ora a quello esecutivo ora alla volontaria

⁴² Neppure persuasive sembravano essere le considerazioni di chi come il Bollaffio (*Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932, p. 114) vedeva nel provvedimento di omologazione del tribunale un semplice "nulla osta" al programma concordato tra le parti, assimilando l'omologazione concordataria alle autorizzazioni rilasciate, in tema di volontaria giurisdizione, alle persone incapaci. Anche tale sovrapposizione, come le altre variamente proposte dai teorici della qualificazione contrattuale, svilivano il ruolo, la portata e l'indipendenza dell'intervento dell'autorità giudiziaria, chiamata a perseguire finalità proprie dello Stato quali la tutela della moralità e della pubblica economia, non svolgendo quindi una semplice funzione tutoria degli interessi patrimoniali dei creditori.

⁴³ Entrambe le procedure, infatti, prendevano avvio dalla cessazione dei pagamenti ad opera del debitore, che così facendo provocava una lesione e dell'interesse dello Stato e di quello dei creditori. La tutela di tali interessi, in entrambe le fattispecie, passava attraverso l'intervento di autorità statuali, capaci di limitare i poteri dispositivi del debitore sul proprio patrimonio, provocando una parziale sostituzione di questi con tali autorità. Infatti, anche nel concordato preventivo era previsto per una serie numerosa di atti di disposizione del patrimonio decotto, «*il necessario concorso di un organo dello Stato e precisamente un organo dell'autorità giudiziaria*», non discostandosi così da quanto previsto in tema di pignoramento individuale o collettivo. Ciò che differenziava le due procedure, per la teoria qui riportata, non era la qualità dell'intervento dell'organo giudiziario, ma la quantità di tale intervento, massima nel fallimento, di minore intensità nel concordato preventivo. Così A. Candian, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937.

⁴⁴ Nello specifico veniva qualificato il concordato come: «*un processo di natura esecutiva concorsuale, aperto,[...] su domanda di un commerciante, avente per obiettivo la esenzione di questi dalla espropriazione fallimentare, attraverso un pagamento - eguagliatario e garantito - di particolare vantaggio per i creditori partecipanti*», in questi termini, A. Candian, cit.. Anche se validamente posto, tale inquadramento sistematico, non poteva andare esente da critiche poiché la procedura concordataria si sviluppava attraverso una serie di atti difficilmente riscontrabili nella procedura esecutiva disciplinata dal codice di rito, pertanto una semplice somiglianza di talune fasi procedurali con quelle proprie dell'esecuzione forzata non consentiva *sic et simpliciter* un appiattimento dello scheletro di un tipo su quello dell'altro.

giurisdizione⁴⁵, contribuendo a creare una vasta letteratura sul punto senza riuscire a metter la parola fine sull'annosa questione⁴⁶. Pur in presenza di ipotesi ricostruttive differenti, opinione comune era il ritenere la volontà del singolo debitore e della maggioranza dei creditori assolutamente incapace di realizzare un effetto impattante come la falcidia concordataria dei crediti. A tale dirompente effetto poteva giungersi solo tramite l'intervento del giudice, intervento che si snodava lungo il corso dell'intera procedura e in special modo nella fase finale dell'omologazione, garantendo, la presenza di questo, la tutela giurisdizione degli interessi di quanti non fossero parte della maggioranza disponente la crisi.

1.4 Il dibattito circa la natura negoziale del concordato: teorie valorizzanti la convergenza degli interessi dei creditori

I dubbi interpretativi registrati nella vigenza della legge del '42 hanno assunto connotati affatto nuovi con la riforma della legge fallimentare, data dalla avvenuta «*negoziabilità degli interessi connessi con la situazione di crisi*». A ben vedere però i dubbi interpretativi germinati dalla questione dell'inquadramento sistematico della fattispecie concordataria, registrati nel passato, si sono assestati nel presente sul tema della

⁴⁵ L'insostenibilità di un'assimilazione del concordato preventivo ad una procedura di volontaria giurisdizione, e di qui, l'impossibilità di guardare all'omologazione del tribunale quale mera *condicio iuris* capace di rendere efficace l'accordo intervenuto tra le parti, era da rintracciare prevalentemente nel pregnante ruolo demandato al giudice nella vigenza della legislazione del '42 (si veda nota 41). A conferma di ciò, basti guardare la forma giuridica rivestita dal provvedimento di chiusura del vecchio concordato preventivo, ossia una sentenza. Questo tanto nel caso di omologazione dell'accordo raggiunto quanto nel caso opposto mediante sentenza di dichiarazione di fallimento. Si tenga presente inoltre che nella vigenza della vecchia normativa, il giudice avrebbe potuto mettere nel nulla l'accordo raggiunto tra le parti anche all'unanimità a tutela di interessi di carattere generale prescindendo dalle opposizioni proposte dalle parti. Ancora va ricordato, come nel vecchio giudizio di omologazione il Tribunale dovesse svolgere un sindacato non solo di legittimità ma anche di merito; dove per sindacato sul merito si intendeva un giudizio che guardava alla convenienza del concordato proposto rispetto ad un eventuale fallimento per tutta la massa dei creditori.

⁴⁶ Tutte queste teorizzazioni presentavano, chi più chi meno, evidenti forzature, tali da non poter essere taciute, e pertanto ciascuna di esse fu incapace di intercettare il consenso di larga parte della letteratura e della giurisprudenza. Inoltre stante il diverso tessuto normativo disciplinante il concordato, un esercizio di attenta analisi delle varie ipotesi teorizzate in passato risulterebbe sterile nel contesto del presente lavoro.

fattibilità del concordato preventivo. La questione riguarda ancora una volta la difficoltà di delineare una precisa linea di confine tra l'atto di autonomia privata - come sembra ora potersi definire l'accordo concordatario - e i poteri dell'autorità giudiziaria. Le difficoltà sono sia di carattere prettamente dogmatico (il negozio concordatario sembra infatti sfuggire ai principi che regolano gli atti di autonomia), ma anche connesse alla costante preoccupazione di evitare possibili abusi⁴⁷ nell'utilizzo dello strumento concordatario ad opera delle parti; abusi che nel passato venivano azzerati dall'operare del controllo del giudice sulla meritevolezza soggettiva del debitore, ma soprattutto sulla convenienza di quanto da questo proposto ai creditori.

Nonostante le difficoltà sopra menzionate, si ritiene di poter condividere l'opinione di autorevole dottrina nel distinguere tra *“concordato inteso come insieme di regole disciplinari e il patto di concordato inteso come l'accordo che si forma tra debitore e creditori su come il concordato (quale procedura) deve essere regolato. Il patto di concordato è un contratto che per produrre tutti i suoi effetti necessita dell'intervento del giudice”*⁴⁸.

Per poter definire contratto l'accordo concordatario, è necessario pensare che lo stesso si formi tra due parti di cui una sia complessa⁴⁹. La correttezza dell'assimilazione tra il concordato e il contratto non ha mancato di sollevare proteste in quanti hanno visto in tale accostamento la creazione di una nuova figura giuridica, del tutto improbabile, quale i *“contratti concorsuali”*⁵⁰.

⁴⁷ Sul possibile utilizzo distorto della procedura e sui possibili rimedi a tale abuso vedi: R. Sacchi, “Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza”, in *Fallimento*, 2009, p. 1063; F. D'Alessandro, “La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali”, in *Giust. civ.*, 2006, p. 333; A. Nigro, “«Privatizzazione» delle procedure concorsuali e ruolo delle banche”, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, p. 359.

⁴⁸ Così M. Fabiani, *Le riforme delle procedure concorsuali*, cit., p. 1686

⁴⁹ Secondo l'insegnamento della dottrina classica, la bilateralità del contratto non è sconfessata dalla complessità soggettiva della parte.

⁵⁰ L'improbabilità sarebbe data, per questa parte della letteratura, dalla diversità dei principi che regolano la materia contrattuale (la quale appunto si basa su una tendenziale libertà contenutistica, come sancito nell'art. 1322 c.c. e dal consenso espresso dalle singole parti coinvolte) e quelli che regolano la materia concorsuale, retta invece dalle norme imperative della garanzia patrimoniale del debitore come delineata nel nostro ordinamento dall'art. 2741 c.c. Altra finzione giuridica alla quale addiverrebbe l'assimilazione di cui sopra sarebbe da rintracciare nella creazione, come soggetto giuridico, “dell'ente massa”, la cui

In verità, sostenere che l'accordo raggiunto tra debitore e creditori sia un accordo di tipo contrattuale porta con sé evidenti forzature specie se si pensa ai principi che regolano l'autonomia contrattuale (che è autonomia individuale), e quelli che regolano una procedura concorsuale⁵¹, quale continua ad essere quella concordataria.

esistenza non sarebbe riconducibile né ad un accordo preventivo dei creditori né ad una norma di legge, e pertanto non capace di esprimere il consenso necessario per la stipulazione di un accordo contrattuale. Secondo questi autori, il modo migliore per esaltare il nuovo profilo negoziale senza giungere a forzature di sorta, risiederebbe nella valorizzazione dell'elemento della proceduralità. Per tale ragione il concordato sarebbe definibile: procedura concorsuale deliberativa, dove l'aggettivo "deliberativo" è espressione del carattere negoziale costituente la procedura, ma anche del principio organizzativo per la produzione dell'azione della "collettività" dei creditori. Tale qualificazione sarebbe in grado di spiegare tanto l'utilizzo della regola maggioritaria quanto la necessità dell'omologazione del giudice. Così F. Di Marzio, "Condizioni per l'ammissione al concordato preventivo", p. 222, in AA.VV. L. Ghia, C. Piccinini, F. Severini, *Trattato delle procedure concorsuali*; cit.; Id., "I contratti non sono concordati, i concordati non sono contratti", in *www.Ifallimentarista.it*; Id., «Contratto» e «deliberazione» nella gestione della crisi", p. 92, in AA. VV., *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* (a cura di F. Di Marzio e F. Macario), Milano, 2010. Si ritiene maggiormente condivisibile la tesi di chi come il Fabiani (in *Il concordato preventivo*, cit., p. 73) vede nella deliberazione della maggioranza «*il momento preliminare di formazione della volontà di una parte. Il debitore si esprime con una proposta che trasmette ai creditori che sono chiamati ad accettarla [...]; facendo confluire la volontà individuale in una volontà di gruppo*». Neppure merita di essere condivisa la riserva espressa da Di Marzio sulla mancanza di un atto di volontà di accettazione della proposta del debitore come invece un perfetta assimilazione con la fattispecie contrattuale richiederebbe, in quanto l'atto di volontà è ravvisabile «*nella sintesi dei voti espressi e formalizzata nel verbale di approvazione della proposta*».

⁵¹ Non esiste una definizione precisa di procedura concorsuale il Nigro ne elenca quelle che sono le caratteristiche tipologiche: l'universalità, la generalità e l'officiosità. Particolarità del concordato preventivo è il suo essere una procedura concorsuale negoziata e non imposta, luogo di attuazione della garanzia patrimoniale del debitore. Infatti il nostro ordinamento contempla l'attuazione della garanzia generica anche con mezzi spontanei e non solo coattivi. Da questo punto di vista facile esempio è la *cessio bonorum* di cui all'art. 1977 c.c., figura che per molti versi si avvicina alla cessione concordataria nell'ambito di un concordato liquidatorio. In realtà i due tipi potrebbero essere avvicinati, *mutas mutandis*, solo quando la proposta di concordato preveda la cessione dei beni non come forma "reale" di soddisfazione delle pretese creditorie (in questo caso sarebbe più corretto l'assimilazione con la figura civilistica della *datio in solutum*), ma quando con la proposta sia conferito un mandato *in rem propriam* agli organi della procedura o al soggetto indicato dal debitore (vedi art. 182 l. fall.) di provvedere alla liquidazione del proprio patrimonio e alla liquidazione avvenuta alla soddisfazione dei creditori. Una sovrapposizione tra le due figure almeno a livello strutturale non può essere predicata, poiché rilevanti risultano le differenze riscontrabili tra i due tipi di cessioni. Non solo e non tanto, in tema di vincolatività per tutti i creditori anteriori alla presentazione della domanda (nella cessione concordataria) per i soli creditori aderenti (in quella ordinaria); ma anche in tema di liquidazione dei beni ceduti: liquidazione condotta nell'esclusivo interesse dei creditori (quella concordataria) nell'esclusivo interesse del debitore (art. 1983 c.c. quella ordinaria). Anche le modalità di liquidazione sono affatto differenti, mentre in sede concordataria le stesse sono indicate nel decreto di omologazione del tribunale e di norma affidate ad un liquidatore sotto la vigilanza del commissario giudiziale e del giudice delegato, la liquidazione disciplinata dal codice viene affidata ai creditori cessionari come anche l'amministrazione dei beni ceduti, mentre il debitore concordatario mantiene l'amministrazione del proprio patrimonio anche in pendenza della procedura. La grande differenza tra le due figure è però di tipo sostanziale, mentre nella *cessio bonorum* di diritto civile il debitore risulta essere liberato sono ed esclusivamente nella misura di quanto ottenuto dai creditori mediante la liquidazione, nel concordato, anche se sul punto non si registra unanimità di

In particolare ostica appare una giustificazione, a livello sistematico, dell'assoggettamento dei creditori contrari alla *voluntas* maggioritaria⁵², poiché insito nel concetto di autonomia c'è tanto «*il darsi da sé la regola*» quanto «*il non subire regole stabilite da altri*»⁵³, entrambi difficilmente riscontrabili nella disciplina del concordato. Risulta pertanto necessario un esame sull'*an* ed il *quomodo* della supposta assimilazione. La relatività degli effetti del contratto - che ha forza di legge tra le sole parti contraenti (art. 1372 c.c.) - si scontra, senza dubbio alcuno, con quella «*efficacia anomala e pericolosa*»⁵⁴ del “contratto concordatario”. Vi è, però, nello stesso secondo comma di tale articolo del codice, la possibilità di un'espansione degli effetti del contratto anche oltre le parti stipulanti, ma soltanto alla presenza di un'espressa previsione di legge in tal senso. Ciò implica, che quando la legge consente un effetto espansivo nella sfera giuridica di soggetti altri estrani al negozio, il carattere contrattuale di quest'ultimo non è, per ciò solo, negato. Nel contesto di cui si tratta, tale previsione di legge potrebbe essere riguardata nell'art. 184 l. fall., che rende efficace il concordato omologato per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle

pensiero, la liberazione del debitore dovrebbe avvenire con la messa a disposizione dei beni facenti parte del proprio patrimonio, esenti da vizi occulti materiali o giuridici. Infatti, sarebbe questa l'obbligazione assunta dal debitore e approvata dai creditori, e non la percentuale di soddisfazione indicata nella proposta. A ben vedere se a livello strutturale le due figure non possono essere assimilate, se si propende, come anche nel prosieguo della trattazione si tenterà di fare, per una lettura funzionale degli atti di autonomia allora le difformità si diradano fino quasi a scomparire. In tal senso, non si vedono difficoltà nell'accostare il concordato preventivo ad altre tradizionali figure di cessioni liquidative. In particolare, oltre alla cessione dei beni ai creditori, ci si riferisce: (i) al rilascio dei beni con l'eredità accettata con beneficio di inventario (art. 507 c.c.), (ii) alla cessione dei crediti pro-solvendo (art. 1198 c.c.), (iii) al rilascio del bene ipotecato da parte del terzo acquirente (art. 2858 c.c.). Tutte queste figure, secondo la dottrina tradizionale, presenterebbero il medesimo profilo causale da intendersi come: «*il fornire al creditore, a un gruppo di o a tutti i creditori, uno, più o tutti i beni da liquidare e dal cui risultato questi possano trarre il denaro necessario a soddisfarsi in tutto o in parte delle loro ragioni creditorie, così come sarebbe avvenuto se quei beni fossero stati sottoposti ad espropriazione forzata*». (cfr. M. Spinelli, *le cessioni liquidative*, vol. I, Napoli, 1959, p.2.).

⁵² Sul punto cfr. A. Gentili, “Autonomia privata ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato”, in *Giur. comm.*, 2007, I, p. 349, in particolare l'A. afferma come un simile assoggettamento rischi di «*apparire eccezionale ed irrazionale in due opposti sensi: per un verso come forzatura della libertà ed autonomia dei creditori dissenzienti, e per l'opposto verso come inutile rafforzativo del criterio di maggioranza e dei suoi naturali effetti estensivi sulla minoranza*».

⁵³ P. Rescigno, voce *Contratto*(in generale), in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1988

⁵⁴ In questi termini F. Carnelutti, “Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo”, in *Riv. dir. proc.* 1924, I, p. 65; cfr. anche A. Cardian, *Il processo di concordato preventivo*, cit.

imprese⁵⁵. Tuttavia, non si ritiene corretto tale approccio sistematico, poiché porrebbe sulla stessa logica l'espropriazione del diritto che viene a subire il creditore di minoranza (o assente o comunque insciente la procedura), con le ipotesi indicate dallo stesso art. 1372 c.c. al suo secondo comma⁵⁶. Si ritiene maggiormente pertinente la ricostruzione di quanti partono, per spiegare l'efficacia "anomala" di cui si tratta, da una diversa concezione "di parte" coinvolta nel negozio concordatario⁵⁷. Infatti si conviene, in adesione alla migliore dottrina, che non possa qualificarsi terzo, il soggetto che pur formalmente estraneo al negozio giuridico, risulti essere parte del rapporto con quest'ultimo o modificato o estinto, «*avendo una posizione giuridica subordinata a quella che dispone per lui*». Il fenomeno di cui si tratta è tipico delle collettività organizzate di diritto comune, la cui assimilazione con la massa dei creditori coinvolti nella crisi, passa attraverso l'individuazione dell'interesse comune che tutti li avvince, per la tutela del quale, risulterebbe legittimata ad operare la maggioranza di questi⁵⁸.

⁵⁵ Così V. Confortini, "Interessi di classe e autonomia concorsuale", in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 1234.

⁵⁶ La figura contrattuale alla quale rimanda l'art. 1372 c.c. è quella del contratto a favore di terzi (art. 1411 c.c.), qui però, e a differenza di quanto accade nel concordato, si tratta di un contratto, sì stipulato tra altri, ma che risulta efficace nei confronti del terzo (ferma comunque la possibilità di questo di dichiarare di non volerne profittare) solo, ed in quanto, si tratta di effetti vantaggiosi per il soggetto estraneo. Sulla possibilità di prevedere, quale regola e non quale eccezione, un'efficacia diretta nella sfera giuridica altrui degli effetti favorevoli di un contratto tra altri stipulato, fermo il diritto di rifiutare del terzo, vedi: G. Benedetti, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969. Non si riscontra invece nel nostro ordinamento la figura del concordato stipulato a sfavore del terzo, almeno secondo l'interpretazione che ad "effetti sfavorevoli" del contratto ricollega i soli effetti direttamente provenienti «*dall'atto di autonomia sostanziale dal regolamento negoziale*» e non a quelli «*derivanti dall'operatività delle regole volte a disciplinare situazioni di conflitto*», come nel caso di acquisti *a non domino* o delle doppie alienazioni di un medesimo bene. Diversamente V. Roppo, *Il contratto*, Torino, 2001, p. 568, il quale ritiene che il principio della relatività degli effetti (sfavorevoli) del contratto tra le sole parti stipulanti valga esclusivamente per le ipotesi «*di imposizione di obblighi*» e non per quelle «*di privazione dei diritti*», categoria, quest'ultima, alla quale appartengono le ipotesi sopra menzionate del contratto *a non domino* e delle doppie alienazioni di un medesimo bene.

⁵⁷ In questo senso A. Azzarro, "Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza", in *Fallimento*, 2007, p. 744.

⁵⁸ Così: E. Betti, "Teoria generale del negozio giuridico", in Trattato Vassali vol. XV, tomo 2, Roma, 1953, p. 261 e ss., L'A. afferma, infatti, che: «[...] questo fenomeno di subordinazione della posizione giuridica di chi – ancorché estraneo al negozio o alla delibera di assemblea – è tuttavia parte del rapporto, o del complesso di rapporti in discussione, si verifica in una forma di notevole importanza nei casi in cui la legge organizza una posizione di competenza collettiva (dei partecipanti) per la tutela di una comunione di interessi. In tale comunione, la legge dispone che le deliberazioni prese dalla maggioranza degli interessati sono impegnative per gli altri interessati: questi in vero pur essendo estranei alla deliberazione (assenti o dissenzienti), non sono estranei rispetto all'interesse di cui si tratta (terzi indifferenti), ritenendosi la maggioranza fornita di legittimazione ad agire nell'interesse della totalità degli interessati».

Infatti ciò che avviene per la massa dei creditori, non risulta dissimile da ciò che accade nei casi di comunione incidentale tra coeredi o per la comunione forzosa del condominio negli edifici⁵⁹, in questi casi, infatti, il presupposto di applicazione del principio di maggioranza⁶⁰ risiede «nella convergenza degli interessi dei soggetti coinvolti⁶¹». A tutta prima, in realtà, non risulta facile individuare l'interesse comune che unisce i creditori dell'imprenditore decotto, ed anzi ciò che emerge - con chiarezza - è una conflittualità più che una convergenza; poiché ciascuno è in concorso con gli altri per la soddisfazione della propria pretesa creditoria⁶². Tuttavia, è «proprio l'unicità del

⁵⁹ Quella che è stata definita dai civilisti «l'intima contraddizione» tra il principio di autonomia individuale, proprio del diritto privato, e il principio che impone «la subordinazione dei singoli ai più» è stata per lo più spiegata in dottrina, attraverso la valorizzazione del preventivo atto di accettazione da parte del singolo, di rimettersi alla deliberazione maggioritaria, nel momento stesso in cui aderendo al gruppo, si aderisce anche alle regole che disciplinano il suo funzionamento. Tale spiegazione che potrebbe risultare anche corretta nelle ipotesi di società, associazioni, e comunioni volontarie, risulta difficilmente utilizzabile nelle ipotesi riportate sopra nel testo, nelle quali solo attraverso uno sforzo immaginifico si potrebbe configurare un preventivo atto di adesione alla *voluntas* maggioritaria dei soggetti coinvolti. Stesso sforzo dovrebbe farsi nell'ipotesi dei creditori concorsuali, trovatisi a subire la regolazione del proprio credito da altri decisa, per la sola ragione di «*essersi imbattuti in un debitore insolvente, già fallito o in procinto di fallire*». Non potendosi intravedere, nel caso *de quo*, l'accettazione implicita, nel momento stesso della concessione del credito all'imprenditore come sostiene, invece, M. Fabiani, «Dalla votazione al voto nel concordato preventivo», in *Giur. comm.*, 2011, p. 572. L'A. ritiene che la concessione del credito «*costituirebbe la manifestazione di volontà preventiva di accettare che, nel caso di dissesto, alle regole del diritto privato delle obbligazioni si sostituiscano le regole del concorso*». *Contra* e per il virgolettato in nota, F. Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007, p. 204.

⁶⁰ Il problema legato al presupposto di applicazione della regola maggioritaria nel diritto civile, ha storia antica, che può essere riassunta in questa nota necessariamente per sommi capi e prendendo in considerazione il solo ambito concordatario. Per lungo tempo la dottrina ha identificato tale presupposto di applicazione nell'organizzazione collegiale dei creditori, prima della legislazione del '42, infatti, in letteratura non si dubitava che fosse proprio l'esistenza di questa, il dato capace di giustificare la regola di maggioranza. Con la legge del '42, viene meno qualsiasi riferimento all'organizzazione collegiale dei creditori, infatti si parla di «deliberazione a maggioranza» senza porre alcun riferimento al metodo collegiale. Si è pertanto preferito parlare dell'esistenza di un interesse comune che avvince tutti i creditori come l'elemento capace di spiegare l'utilizzo del principio di maggioranza. Si è fatta strada, cioè, tra gli studiosi nazionali l'idea elaborata dalla dottrina tedesca che la comunione di interessi, tanto forzosa quanto volontaria, possa essere definita come il presupposto al legittimo utilizzo della regola maggioritaria, capace di rendere pienamente comprensibile e giustificabile la sottomissione dei meno alla decisione dei più. Per una trattazione di carattere generale sul tema si veda: E. Betti, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 262; tra i più risalenti contributi in ambito concordatario si veda F. D'Alessandro, «Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e alcuni loro limiti», in *Scritti di Floriano D'Alessandro*, Milano, 1997, p. 911; più di recente G. D'Attore, «Il voto nei concordati ed il conflitto di interessi fra i creditori», in *Fallimento*, 2012, p. 761.

⁶¹ Cfr. F. Galgano, *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007.

⁶² La natura tipicamente conflittuale degli interessi dei creditori coinvolti in una crisi d'impresa è ben sottolineata dalle parole di P. G. Jaeger, «Par condicio creditourum», in *Giur. comm.*, 1984, p. 99, il quale afferma che: «*la conflittualità è ravvisabile proprio a livello di interessi tipici, perché qualsiasi soddisfazione maggiore che uno di essi riesca ad ottenere si risolve in un danno per gli altri*».

patrimonio del debitore e la pluralità delle pretese che v'insistono a legare tra loro i pretendenti», ai quali, inibita la proposizione o la continuazione di azioni esecutive e cautelari (art. 168 l. fall.), non resta che percorrere l'unica via rimasta per poter soddisfare le proprie ragioni creditorie⁶³. Per l'individuazione del contenuto positivo di questo interesse che lega tutti i creditori⁶⁴, e la cui fonte è schiettamente legale, occorre rifarsi alle stesse regole del tipo, ossia guardare alla stessa causa tipizzata dal Legislatore nel predisporre la fattispecie concordataria⁶⁵. L'articolato normativo predisposto nella legge fallimentare individua il concordato quale procedura volta alla ristrutturazione del debito in uno con la soddisfazione dei creditori, infatti a norma dell'art. 160 l. fall. il piano può prevedere «*la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma*» ferma comunque, la possibilità di prevedere una deroga alla *par condicio creditorum* (*stricto sensu* intesa) solo in presenza di classi di creditori aventi uguale posizione giuridica ed interessi economici omogenei. Date queste premesse, l'interesse che accomuna tutti i creditori (e nel caso di suddivisione in classi l'interesse di ogni creditore all'interno di ciascuna di esse) potrebbe essere individuato «*nella più vantaggiosa soddisfazione delle singole pretese in condizione di parità*»⁶⁶. Una simile impostazione consentirebbe non solo di giustificare l'utilizzo della regola maggioritaria nell'ambito del “contratto di concordato” ma fornirebbe anche “il metro” per risolvere possibili abusi ad opera dei creditori di maggioranza nell'espressione del

⁶³ Puntuale è l'immagine proposta da F. Di Marzio, “Introduzione al concordato preventivo”, in *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Assago, 2011, p. 248, che parla di «*comunità di perdita*» riferendosi alla massa dei creditori.

⁶⁴ L'interesse che lega tutti i creditori per avventura coinvolti nella crisi del loro debitore, ha carattere propriamente relazionale, infatti la comunanza ha a che fare con la relazione tra gli interesse di un soggetto con l'interesse individuale di altro soggetto appartenente al gruppo, e non è, invece, una «*qualità dell'interesse*», così P. G. Jaeger, *L'interesse sociale*, Milano, 1964, p. 11. Esprime in modo chiaro tale concetto, L. Mengoni, “Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni”, in *Riv. soc.*, 1957, p. 433, quando definisce l'interesse sociale come «*l'interesse appartenente ai soci come tali, la cui realizzazione si risolve in una proporzionale soddisfazione dell'interesse individuale di ciascun socio*».

⁶⁵ Vedi in questo senso M. Azzarro, “Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza”, in *Il Fallimento*, 2007, p. 745, il quale ha ritenuto che la presenza di un interesse comune a tutti i creditori non fosse di per se bastevole per legittimare l'uso della regola maggioritaria, essendo altresì necessario che il contratto «*votato dalla maggioranza risponda a tale interesse comune e quindi svolga la funzione (tipica) ad esso assegnata dalla legge*».

⁶⁶ Vedi: V. Confortini, “Interesse di classe e autonomia concorsuale”, cit., p. 1236.

voto⁶⁷, in analogia con quanto avviene nel contesto delle delibere societarie⁶⁸. Infatti, se non è più revocabile in dubbio che spetti ai creditori sindacare se la proposta loro presentata soddisfi o meno l'interesse della classe di appartenenza, lasciando la decisione al gioco della regola di maggioranza, tuttavia il limite al legittimo perseguimento dell'interesse di ciascuno nell'espressione del proprio voto sarebbe dato dal necessario rispetto della parità di condizione nel concorso concordatario. Il perseguimento di un interesse diverso da quello comune alla massa dei creditori di per sé legittimo, smetterebbe di essere tale qualora comportasse un sacrificio per la massa, in ragione del soddisfacimento che il votante conseguirebbe *aliunde*, determinando così una violazione del presupposto di uguaglianza, nel concorso sul patrimonio del debitore⁶⁹. L'ingresso dell'interesse comune (così come sopra individuato) nella disciplina della fattispecie concordataria è senza dubbio suggestiva ma trova non poche aporie se confrontata con quello che sembra essere il nuovo assetto degli equilibri all'interno dello strumento concordatario, poiché si sta assistendo ad una costante disgregazione del principio della *par condicio* sacrificata in nome di un miglior soddisfacimento (per l'intero ceto creditorio) che il concordato potrebbe offrire rispetto

⁶⁷ Chiarissimo sul punto P. Rescigno, il quale afferma che: «*nel diritto privato è l'uguaglianza reciproca il criterio di legittimità delle posizioni autoritarie*».

⁶⁸ Risalenti quanto eterogenee sono le qualificazioni del limite dell'interesse comune nell'ambito societario. Se per illustre dottrina l'esercizio del diritto del voto deve tendere sempre al perseguimento dell'interesse comune di tutti i soci, essendo tale interesse limite funzionale al voto (così T. Ascarelli, "Interesse sociale e interesse comune nel voto", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951, p. 1160), non vi è chi non ritenga assente nel nostro ordinamento l'obbligo di perseguire un interesse altro rispetto a quello che accomuna tutti i soci, ma che comunque si configura limite esterno al perseguimento di fini egoistici del singolo, quando tali interessi ponendosi in contrasto con il primo, comportino un sacrificio delle ragioni dei soggetti appartenenti al gruppo (in questo senso L. Mengoni, "Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni", in *Riv. soc.*, 1957, p. 442). Ci pare che questa seconda impostazione sia quella seguita dal nostro codice nelle norme dettate per il conflitto di interessi tra soci nelle deliberazioni dell'assemblea agli articoli 2373 e 2441 c.c. Maggiormente significativo, per il nostro campo di indagine, è la qualificazione di tale limite come un limite specifico, e come tale non capace di spiegare un'efficacia generalizzata anche al di fuori delle norme codicistiche sopra riportate, oppure quale limite generico e quindi di portata più ampia rispetto ai casi espressamente positivizzati dal Legislatore.

⁶⁹ Un esempio in tal senso ci viene fornito da F. D'Alessandro, "Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti", in *Fallimento*, 1990, p. 915. L'A. si riferisce al caso del creditore che voti una proposta di concordato temendo l'esperibilità di una possibile azione revocatoria nei propri confronti nel caso di dichiarazione di fallimento del debitore. Una simile espressione di voto si porrebbe in contrasto con l'interesse comune alla soddisfazione in condizione di parità, provocano un ingiusto sacrificio delle ragioni della massa dei creditori.

all'alternativa fallimentare⁷⁰. Resta inoltre da sottolineare come indipendentemente dal contenuto positivo che a questo interesse comune si voglia attribuire, la sua stessa esistenza è un punto ancora oggi fortemente contestato tanto in dottrina quanto in giurisprudenza⁷¹. Si sostiene, infatti, che la teorizzazione della natura contrattuale del concordato non possa essere spiegata con l'utilizzo della struttura propria dei gruppi organizzati privatistici, poiché a difettare, nel contesto di cui si tratta, sarebbero le stesse condizioni minime che legittimano l'utilizzo del principio maggioritario nell'ambito delle collettività organizzate ossia: (i) una comunanza di interessi tra i membri della collettività, (ii) limiti al potere della maggioranza nei confronti della posizione del singolo, e infine (iii) un generale rispetto delle clausole di correttezza e buona fede

⁷⁰ Il pensiero va alle tante ipotesi di prededuzione previste nell'attuale legge fallimentare, le quali non risultano legate alla sola ipotesi della continuità aziendale (vedi art. 182 *quinquies* comma 5 l. fall.) ma anche al semplice accesso alla procedura (art. 182 *quinquies* primo comma l. fall), o alla sua esecuzione (art. 182 *quater* l. fall). Date le tante e vistose eccezioni si potrebbe arrivare a concludere che la regola, propria della procedura fallimentare, risulti essere recessiva rispetto alla clausola generale del miglior soddisfacimento dei creditori. Da questo punto di vista si concorda con l'affermazione di chi sostiene che nell'attuale concordato preventivo si sia giunti «ad una distribuzione sempre più asimmetrica delle risorse purché, nel complesso, la ricchezza generata vada a beneficio di tutti. Al fondo è come se si dicesse che se tutti stanno meglio rispetto ad un confronto con la dissoluzione dell'impresa, non importa che alcuni stiano meglio di altri», così M. Fabiani, "La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione nel concordato preventivo", cit. pag. 16. La par condicio è intesa quale valore-mezzo e non quale valore-fine anche per F. Di Marzio, "Introduzione al concordato preventivo", cit., il quale precisamente parla del contenuto positivo dell'interesse comune alla massa dei creditori come: «l'interesse alla regolazione razionale della crisi di impresa [...] giacché nessuno preferirebbe una gestione irrazionale se non per il proprio vantaggio illecito o comunque non meritevole di tutela, e come tale non ostensibile nel discorso giuridico», e definisce la regola dell'uguaglianza come il mezzo «per assicurare il perseguimento dell'interesse comune e dunque la genuinità del voto».

⁷¹ Icastica la Corte di Cassazione del 10 febbraio, 2011, n. 3274, in *Giust. civ.*, 2012, p. 516 nell'affermare: «[...] ogni creditore è legittimamente (nell'ambito delle regole procedurali) homo homini lupus nel senso che può valutare esclusivamente il proprio interesse rappresentando unicamente se stesso». La Corte ritiene non configurabile un interesse comune alla massa dei creditori, tra le alte cose, per l'impossibilità di configurare un soggetto giuridico (autonomo dai suoi membri) a cui tale interesse vada imputato. Su questo ultimo punto, si preferisce, tuttavia, aderire all'idea di quanti sostengono che anche in presenza di un soggetto giuridico autonomo, l'interesse ad esso facente capo, sia solo una convenzione linguistica, in quanto risulta essere interesse delle persone fisiche facenti parte del gruppo. Da questo punto di vista emblematiche risultano le figure per certi versi affini a quella della massa dei creditori, già citate nel testo, quali la comunione ereditaria o il condominio, entrambi non costituenti un soggetto giuridico autonomo distinto dai singoli eredi o dai singoli condomini, ma per i quali non è stata mai messa in dubbio la presenza di una comunione di interessi. Concorde con la sentenza della Cassazione, almeno sotto il profilo dell'impossibilità di configurare un interesse comune alla massa dei creditori, e di qui all'impossibilità di utilizzare in via analogica quanto previsto nella disciplina del conflitto di interessi in ambito societario, A.M. Perrino, "Abuso del diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio della giustizia contrattuale?", in *Foro it.*, 2011, p. 2218.

nell'esercizio del voto⁷². Il presupposto *sub* (i) è da sempre stato il più contestato, non tanto e non solo per la difficoltà di inquadrarne il contenuto positivo, quanto piuttosto nel superare l'idea dell'immanenza del conflitto tra gli interessi dei creditori concorrenti. In verità la possibilità di prevedere la formazione di classi anche all'interno di crediti aventi stessa natura giuridica e l'eliminazione del binomio silenzio-assenso per l'approvazione della proposta, potrebbero in qualche modo aiutare a superare le difficoltà avvertite in letteratura. Tuttavia resta incontestabile che la previsione di suddivisioni in classi, se da un lato favorisce la possibilità di pensare ad un consenso espresso da soggetti aventi interessi affini (i.e. comuni), comunque la stessa non potrebbe essere eccessivamente enfatizzata, essendo stata delineata quale mera eventualità, lasciata alla libera scelta del proponente⁷³, come si ricava dalla lettera dell'art. 160 l. fall., e sulla quale il tribunale non avrebbe comunque alcun potere di

⁷²Vedi L. Stanghellini, "Creditori forti e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali", in *Fallimento*, 2006, p. 381. Sul tema anche R. Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, p. 287. L'A. in questo suo risalente scritto, contesta l'assimilazione tra contratto e concordato affermando che l'unico modo perché principio maggioritario e contratto possano convivere è che il primo risulti riferito ad una collettività a struttura non aperta e che vi sia la presenza di un nesso di strumentalità tra gli interessi appartenenti ai componenti di tale collettività. Nel concordato mancherebbe sia la struttura chiusa, poiché lo stesso risulta essere obbligatorio per tutti i creditori anteriori, sia il rapporto di strumentalità tra i reciproci interessi. Per tale motivo, l'A. riteneva corretto parlare, riferendosi alla massa dei creditori, di "serie", da tenere distinta dall'altra specie appartenente al *genus* collettività ossia: i "gruppi". Mentre la prima è caratterizzata da una struttura aperta e per così dire dinamica, i cui componenti sono indefiniti e indefinibili, propria dei secondi è invece, una struttura chiusa, una collettività individuata e definita, e proprio per questo i suoi componenti hanno la piena disponibilità della tutela degli interessi collettivi del gruppo. Mancava inoltre tra gli interessi dei creditori concordatari un necessario rapporto di strumentalità reciproca, o almeno lo stesso non sempre era presente, vista la diversa natura giuridico-formale dei debiti facenti capo ad uno stesso imprenditore. In realtà l'A. è tornato più di recente sul tema, ribaltando le conclusioni negative a cui era giunto (come dimostrato nel testo) nel contesto della precedente normativa fallimentare, ritenendola oggi superabile grazie all'introduzione della suddivisione di creditori in classi. Ancora particolarmente critico sull'utilizzo del principio maggioritario nel contesto concordatario: F. Lanfranchi, "Visione costituzionale del credito e critica all'autotutela", in *Cor. giur.*, 2007, p. 877.

⁷³ La necessità di una suddivisione dei creditori in classi, le quante volte tra gli stessi vi siano diversità di posizioni giuridiche o economiche, è espressa da quanti ritengono assolutamente superabile il dato letterale presente nell'art. 160 l. fall., poiché questo sarebbe «l'unico modo per rendere accettabile l'opzione negoziale del concordato». E così, anche la proposta che non presenti suddivisione alcuna, dovrebbe essere vista come una proposta con classe unica che potrebbe andare esente da un giudizio negativo dell'autorità giudiziaria solo quando la stessa si giustifichi per via di una reale identità di posizione giuridica e di omogeneità degli interessi economici tra tutti i creditori. In questi termini M. Fabiani, "Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati", in *Fallimento*, 2009, p. 440.

integrazione o correzione⁷⁴. Se si ritiene che nel contesto di una collettività accidentale e del tutto involontaria possa operare correttamente il principio maggioritario, una volta che il giudice abbia verificato l'omogeneità degli interessi facenti capo ai creditori di ciascuna classe, ovvero controllato che la formazione di un'unica classe risulti legittima nel caso concreto, resta comunque problematica la delineazione di meccanismi correttivi alla regola maggioritaria a tutela della minoranza (*sub (ii)*). La difficoltà è maggiormente avvertita se si guarda alla disorganicità della legge fallimentare, che se da un lato ha

⁷⁴ Risulta ovvio che il controllo del giudice sulla decisione presa dal proponente nella predisposizione della propria proposta risente della lettura che a monte si decide di dare all'art. 160 l. fall. Infatti per i sostenitori dell'obbligatorietà della suddivisione in classi quando le circostanze del caso concreto lo rendano necessario, il giudice è chiamato ad esercitare un controllo «*non solo sulla correttezza dei criteri di formazione delle classi, ma anche sulla decisione del debitore di non procedere ad alcuna suddivisione*», così P. Catalozzi, «Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori deboli», in *Fallimento*, 2006, p. 339. L.A. continua affermando che «*secondo questa impostazione il giudice svolgerebbe il proprio ruolo di garante del corretto svolgimento del processo di formazione della volontà delle parti in modo attivo [...], intervenendo solo nei casi in cui rileva l'assenza delle condizioni per l'operatività del principio maggioritario*». Mentre per quanti ritengono la suddivisione, una mera facoltà lasciata alla libera scelta del proponente, le maglie del controllo giudiziario sono inevitabilmente più strette e si limitano a quanto letteralmente espresso nell'art. 163 l. fall., a tenore del quale il giudice - in sede di ammissione - ha il dovere di valutare la sola correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi, così: L. Abete, «La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione», in *Dir. fall.*, 2013, p. 209. Della stessa opinione L. A. Bottai, «Il principio maggioritario e l'equivoco nel controllo sulla formazione delle classi», in *Fallimento*, 2012, p. 1380, il quale afferma che: «*nel caso in cui la proposta prevede [...] almeno due classi il tribunale dovrà esprimersi sulla sussistenza della omogeneità degli interessi, ma al di là di una moral suasion) non potrà disporre la formazione di ulteriori classi –seppure lo ritenesse necessario–, né lo spostamento di un creditore in un altro gruppo, neppure in presenza di opposizioni (all'omologa), non avendo poteri conformativi della domanda*». Se non risulta contestabile che il giudice non possa modificare le classi per come predisposte dal debitore, poiché in ossequio a quanto stabilito in via generale dall'art. 2908 c.c., un simile potere, di sicura natura costitutiva, necessiterebbe di una esplicita attribuzione in tal senso da parte della legge, che invece sul punto si fa muta. Tuttavia non è difficoltoso pensare, anche in un contesto disorganico come l'attuale legge fallimentare, che il giudice possa dichiarare l'inammissibilità della proposta ovvero non omologare l'accordo quando ritiene disomogenei gli interessi dei creditori facenti capo ad una stessa classe, ovvero quando la mancata suddivisione impatta sulla genuina formazione del consenso alla stessa. Ferma comunque la possibilità, per il Tribunale, di concedere al debitore un periodo (non superiore a quindi giorni) per integrare la domanda presentata anche sotto l'aspetto di cui si tratta, tentando così di rendere la stessa perfettamente rispondente ai criteri legali. Concordiamo con quanto affermato da N. Nivivoccia, «Impugnazione dei decreti resi nel giudizio di omologazione: autonomia privata e poteri del giudice», nota a Cass. 15 luglio 2011, n. 15699, in *Fallimento*, 2011, p. 1294, il quale sostiene che: «*a) il tribunale è sempre dotato del potere di integrare la proposta di concordato, quando ciò appaia necessario al fine di consentire il rispetto delle prescrizioni di legge e l'assetto negoziale voluto dalle parti non ne risulti stravolto nella sostanza (secondo un apprezzamento necessariamente di merito); b) diversamente il tribunale dovrà negare l'omologazione*». In giurisprudenza in questo senso cfr. Trib. Treviso 11 febbraio 2009, in *Fallimento*, 2009, p. 1439, con nota di G. Bozza «L'utilizzo di nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti»; Trib. Firenze 28 aprile 2010, in *Fallimento*, 2010, p. 999; *contra* Trib. Piacenza 1° settembre 2011, in www.ilcaso.it.

lasciato alle parti ampia libertà nella disposizione della crisi, dall'altro non ha previsto meccanismi di tutela a presidio delle parti "deboli" del rapporto concordatario. Tali strumenti potrebbero essere ricercati proficuamente, fermo un esame di compatibilità, nei principi e nelle garanzie vigenti nel diritto civile quali: *«la buona fede, l'effettività del consenso e le reazioni ai conflitti d'interesse»*⁷⁵. L'operazione risulta particolarmente complessa ma oltremodo necessaria perché se la "pace sociale" non può più essere garantita dal controllo officioso del giudice sul "merito" della proposta allora la stessa deve essere perseguita mediante l'uso virtuoso delle regole del contratto e delle delibere societarie. Non più un giudizio sostitutivo ed integrativo di volontà mancanti ad opera del giudice, ma la predisposizione di platee o sotto-platee votanti a tal punto omogenee da risultare nei fatti legittimate a disporre anche per le parti dissenzienti o assenti, poiché esprimenti un voto sterilizzato da ogni forma di inquinamento della propria genuinità. Tale omogeneità potrà essere garantita solo mediante un controllo pervasivo del giudice sui criteri di formazione delle classi, e sulla necessità che si addivenga alla suddivisione anche quando non vi sia una diversità di trattamento tra le diverse classi ma gli interessi dei vari creditori risultino non omogenei. Pertinente risulta la definizione data da attenta dottrina, che in tale contesto parla di un'autotutela dei creditori che *«si oggettivizza a tal punto da risultare, nei fatti anch'essa una forma, spuria di eterotutela»*⁷⁶. La conculcazione del diritto del dissenziente sarebbe allora perfettamente legittima perché disposta da sotto-platee identicamente motivate, in assonanza con quanto avviene nel contesto deliberativo della società⁷⁷. Lì però, a differenza di quanto è accaduto nell'ambito concordatario, il dibattito sulla tutela delle minoranze ha portato alla positivizzazione delle norme sui conflitti di interessi e all'utilizzo da parte della giurisprudenza della buona fede in senso oggettivo quale rimedio a delibere prese

⁷⁵ In questi termini, M. Fabiani, "Concordato preventivo", cit., p. 224

⁷⁶ Cfr. M. Fabiani, "Concordato preventivo", cit., p. 218.

⁷⁷ Cfr. M. Fabiani, "Autonomia ed eteronomia nella soluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale", in *Fallimento*, 2008, p. 1098, *«il postulato dell'obbligatorietà della formazione delle classi si traduce in due risultati positivi: (i) se vi sono classi dissenzienti, il creditore dissenziente può sottoporre al tribunale il giudizio di convenienza della proposta concordataria; (ii) se tutte le classi sono consenzienti, il creditore dissenziente può chiedere al tribunale di verificare l'inesistenza di conflitti di interesse e una corretta suddivisione di creditori in classi, con l'effetto che se questi giudizi sono positivi, diviene allora tollerabile che il suo dissenso non possa determinare l'introduzione della valutazione di convenienza che è affidata alla volontà dei creditori identicamente motivati»*.

mediante abuso della regola di maggioranza⁷⁸. L'applicabilità delle soluzioni *aliunde* positivizzate o sperimentate, sembra scelta obbligata se si ritiene che il controllo del giudice non possa e non debba oltrepassare gli angusti limiti che la legge pare avergli assegnato, pena: l'illegittimità dell'intera fattispecie⁷⁹. Non è tuttavia peregrino sottolineare come anche aderendo all'impostazione sopra riportata molteplici restino i punti oscuri, infatti lo stesso parametro dell'omogeneità degli interessi, chiave di volta per la teoria sopra riportata, risulta formula alquanto ambigua non avendo ricevuto dal Legislatore alcun criterio per la sua identificazione in concreto. La stessa si atteggierebbe ad una sorta di clausola generale e come tale capace di generare incertezze ed oscillazioni in sede applicativa, essendo lasciata alla piena discrezionalità dell'interprete. Inoltre guardando alla normativa prevista in ambito societario la tutela ai diritti della minoranza sembra davvero non potersi riassumere nella sola norma dettata dall'art. 2373 c.c.. Basti guardare a quanto previsto dall'art. 2252 c.c., il quale, in tema di società semplice, detta la seguente regola: «*il contratto sociale può essere modificato soltanto con il consenso di tutti i soci, se non è convenuto diversamente*»⁸⁰. Ciò implica che anche in un contesto di assoluta omogeneità tra gli interessi dei partecipanti alla collettività, vista la natura volontaria della stessa, a presidio della posizione del singolo è stata prevista comunque, dalla legge, la garanzia dell'unanimità. Conseguentemente la portata normativa dell'art. 2252 c.c. potrebbe essere così parafrasata: il principio maggioritario necessita del correttivo dell'unanimità, ove non sia stabilito diversamente, quando ad essere minato è lo scheletro stesso della società. In altri termini, vi è la necessità del consenso di tutti i soci quando ad essere compromessi sono i «*diritti e la misura dei diritti di ogni socio nei confronti dell'organismo collettivo cui abbia inteso*

⁷⁸ Il tema è alquanto risalente in giurisprudenza cfr. Cass., 12 maggio 1951, n. 1177, in *Foro it.*, I, p. 694, ed ha portato più di recente all'emersione dell'orientamento dell'annullabilità di delibere prese con abuso del principio maggioritario in quanto contrastanti con il principio di buona fede in senso oggettivo. Cfr. Cass. 20 gennaio 2011, n. 1361, in *Soc.*, 2011, p. 345; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Soc.*, 2006, p. 580 e Cass., 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Soc.*, 1996, p. 295

⁷⁹ Sul se e in che termini la disciplina dettata dall'art. 2373 c.c. o dell'abuso della regola di maggioranza possa essere applicata in via analogica nel concordato preventivo si veda R. Sacchi, "Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza", in *Fallimento*, 2009, p. 1063; così come M. Fabiani, "La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo, in *Giur. comm.*, 2012, p. 298.

⁸⁰ Le modifiche al contratto sociale non si discosterebbero da quanto previsto per le modifiche di qualsiasi altro contratto (art. 1372 c.c.)

aderire»⁸¹, mentre il principio di maggioranza sarebbe bastevole nelle decisioni attinenti alla gestione dell'impresa. Inoltre anche nelle società per azioni, il correttivo alla regola di maggioranza per quelle delibere capaci di minare l'assetto della società, alla quale si era inteso aderire, è data dalla possibilità per il socio dissenziente di uscire dalla stessa recuperando (anche solo parzialmente) il capitale investito (art. 2437 e 2497 *quater*)⁸². Portando il discorso al tema di cui si tratta, sembra difficile ignorare la portata sistematica degli articoli in questione, specie in un contesto come quello concordatario, in cui ad essere decisa dalla maggioranza è la stessa misura di soddisfazione del diritto di credito altrui⁸³. Si manifesta con tutta evidenza le problematicità che una simile ricostruzione sistematica apporta, non tanto per la mancanza totale di un apparato a tutela della posizione del singolo, quanto forse per una sua insufficienza.

1.5 Dibattito circa la natura negoziale del concordato: teorie contrarie alla visione dei creditori come collettività omogenea, e loro limiti

Il problema della qualificazione giuridica del concordato in termini negoziali e la legittimità costituzionale dell'istituto a seguito della perdita di centralità del ruolo del giudice, è stata affrontata in termini affatto differenti, da quanti abbiano ritenuto una forzatura della *littera legis* la previsione del classamento obbligatorio, e prima ancora,

⁸¹ Cfr. L. Abete, “La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione”, cit., p. 218.

⁸² Che il diritto di recesso positivizzato negli art. 2437 e 2497 *quater* c.c., abbia quale fine il riequilibrio della posizione del singolo avverso il potere della maggioranza è stato sottolineato di recente dalla Cass., 8 novembre, 2005, n. 21641, secondo la quale: «il recesso non costituisce la naturale esplicazione di un diritto partecipativo del socio, bensì un estremo rimedio di tutela che la legge, in certi casi, gli riconosce come contrappeso del principio maggioritario da cui è retto il funzionamento della società.» e inoltre che il recesso «realizza una forma (in certo senso estrema) di tutela del singolo socio, altrimenti tenuto a subire il potere soverchiante della maggioranza».

⁸³ Vedi L. Stanghellini, “Creditori «forti» e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali”, in *Fallimento*, 2006, p. 381, il quale afferma che: «occorre [...] affrontare il nuovo sistema fallimentare partendo da un dato di fatto: la regola di maggioranza è basata sul presupposto, ormai non più messo in discussione da nessuno, che la maggioranza, almeno per quanto riguarda le decisioni sulla creazione di ricchezza (non sulla sua distribuzione, che richiede regole inderogabili a presidio della minoranza) abbia i corretti incentivi ad operare nell'interesse di tutto il gruppo».

una forzatura logica l'assimilazione della massa dei creditori ad una comunità con interessi convergenti. L'ontologica disomogeneità tra gli interessi dei creditori coinvolti nella crisi dovrebbe portare alla formazione di tante classi quanti sono i creditori, specie in un sistema nel quale non si ha la possibilità di accertare l'*an* e il *quantum* del credito vantato, con efficacia di giudicato nel corso dell'intera procedura⁸⁴. Per tali autori la caratterizzazione in termini rigorosamente "contrattualistici" della fattispecie concordataria non può prescindere dalla considerazione della compressione, che avviene nei fatti, del diritto del creditore dissenziente di «impegnarsi verso gli altri secondo le proprie scelte» e di «disporre *ex se* dei propri beni»⁸⁵.

Quello dell'autonomia privata è un valore costituzionalmente garantito, anche se solo indirettamente, che trova il proprio riferimento normativo nell'art. 41 comma 1 della Costituzione, il quale tutelando la libertà di iniziativa economica tutela anche l'autonomia privata che è strumento necessario per l'attuazione della prima⁸⁶. Tuttavia

⁸⁴ Pur essendosi provveduto a modificare la disciplina della maggioranza richiesta per l'approvazione della proposta, non si è intervenuto su quella in tema di accertamento dei crediti contestati. Infatti il controllo esperito dal commissario giudiziale, prima, e dal Tribunale, poi, sull'elenco dei creditori fornito dal debitore, non avrà valore che per l'ammissione al voto e per il calcolo delle relative maggioranze. In particolare quanto stabilito dal giudice in sede concordataria non potrà mai formare giudicato sull'ammontare o sul rango del credito contestato, che potrà essere accertato al di fuori della procedura concorsuale in un giudizio ordinario. A norma dell'art. 176 l. fall., infatti, il giudice delegato provvederà alle – eventuali - contestazioni in materia "ai soli fini del voto"; tale provvedimento potrà poi essere contestato in sede di omologazione, dai creditori ingiustamente esclusi dalla votazione, solo qualora l'inclusione fosse stata in grado di influire sulle maggioranze formatesi. Dal tenore della disposizione ora citata si evince un ulteriore profilo di criticità della fattispecie, in quanto si consente solo al creditore "escluso" la possibilità di contestare in sede di omologazione il provvedimento del giudice, e non anche al creditore ammesso per importo o rango inferiore - posizione che nei fatti (almeno stando al tenore letterale dell'art. 176 l. fall) - sarebbe privata di tale tutela.

⁸⁵ Entrambi i virgolettati sono riconducibili a C. M. Bianca, *Diritto civile, 3 Il contratto*, Milano, 2000, p. 31

⁸⁶ Non è questa la sede per affrontare *funditus* il tema della tutela costituzionale dell'autonomia privata. Dalla lettura del dettato normativo della Costituzione, si ricava, *sic et simpliciter*, l'assenza di un articolo dedicato espressamente a questa. Ciò nonostante, da questo riscontro non discende, come corollario, un'unanime opinione dottrinale che ritenga che tale libertà sia protetta solo per via incidentale dalla Carta, cioè attraverso la tutela di altri diritti fondamentali, la cui lesione, indirettamente può provocare anche quella dell'autonomia stessa (cfr. Rodotà, *Le fonti d'integrazione*, Milano, 2004, p. da 45 a 49; Gazzoni, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, p. 218 e219; in entrambe le opere rinvengono interessanti osservazioni favorevoli a sostenere che la Costituzione tuteli l'autonomia privata soltanto indirettamente). Esistono, infatti, anche teoriche (altrettanto autorevoli) che riconoscono una diretta previsione costituzionale dell'autonomia dei contraenti, qui configurata come diritto di libertà. I sostenitori di questa impostazione prendono le mosse dalla convinzione secondo la quale il concetto di libertà contrattuale andrebbe a coincidere con diritti espressamente contemplati dalla Costituzione, segnatamente dagli articoli

tale libertà espressamente sancita nel primo comma, trova nel prosieguo dell'articolo, il proprio naturale limite dato dall'utilità sociale, infatti - come recita il secondo comma - l'iniziativa economica "*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale*". L'utilità sociale, o meglio il limite che questa rappresenta per l'esercizio dell'attività d'impresa, è da intendersi secondo la giurisprudenza costituzionale, come la necessità che la stessa «*non contraddica gli interessi che fanno capo mediatamente o immediatamente alla collettività nazionale e non esclusivamente a singole categorie di operatori economici*»⁸⁷.

Nel contesto di cui si tratta, l'utilità sociale sarebbe da intravedere, allora, nell'adozione di una soluzione concordata della crisi d'impresa e come tale "meno traumatica" per l'intera collettività, capace di legittimare il funzionamento del concordato mercè il principio maggioritario e la sua efficacia "anomala e pericolosa"⁸⁸. Tale spiegazione consentirebbe di prescindere da qualsivoglia disquisizione sull'omogeneità degli interessi dei creditori appartenenti alle varie classi, così come della obbligatorietà di una suddivisione, trovando la forza legittimante necessaria per teorizzarne la natura contrattuale nello stesso art. 41 comma 2 della Costituzione. Tuttavia la forza legittimante data dall'utilità sociale, potrebbe - di contro - non bastare quando ad essere

2, 3, 41 e 42 cost. (così G. Benedetti, "Negozio giuridico e iniziativa economica privata", in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi, Atti del Congresso dei civilisti italiani tenuto a Venezia 23 - 26 giugno 1989*, Padova, 1989, pag. 316). Non si ritiene condivisibile l'impostazione in base alla quale gli art. 2 e 3 comma 2 cost. tutelino direttamente l'autonomia negoziale privata, ritenendo più corretta l'impostazione che vede in detti articoli il perseguimento di un fine diverso e cioè quello di garantire l'utilità sociale all'interno del sistema giuridico. Per quanto riguarda l'art. 41 cost. si ritiene che il concetto di libera iniziativa economica possa coincidere solo indirettamente con quello di autonomia privata, ossia quando di questa se ne da una definizione generica ed atecnica.

⁸⁷ Così Corte cost. 10m giugno 1969, n. 97, in *Giur. cost.*, 1969, p. 1243.

⁸⁸ Vedi C. M., *Diritto civile, 3 Il contratto*, cit., p. 34, l'A. ritiene che parlare di ridimensionamento della volontà contrattuale implichi parlare di tre fenomeni ben distinti «*il primo è quello del restringersi del ruolo dell'accordo di fronte alla regolamentazione imperativa del contratto (pubblicazione del contratto) [...]*» e continuando su questo aspetto aggiunge che «*non si tratta semplicemente di riscontrare un numero crescente di limitazioni pubblicistiche alla libertà contrattuale, ma di prendere atto della crescente esigenza di subordinare tale libertà all'utilità sociale*». Così anche G. Stella, "Il contratto e i contratti", in *Enc. It., Appendice 2000, Eredità del Novecento*, II, Roma, 2001, p. 747, secondo il quale «*le nuove tensioni sociali, che le due guerre mondiali contribuirono senza dubbio ad accentuare, hanno generato esigenze inconsuete cui la disciplina del contratto si è trovata a dover rispondere: in particolare, la "funzione o utilità sociale". Se prima, nell'ottica dell'ideologia liberale ed individualistica, il contratto doveva servire semplicemente agli interessi delle parti [...], ora il contratto mira a perseguire anche un'utilità generale, e gli interessi particolari dei singoli contraenti vengono a trovarsi in una posizione subordinata rispetto a quelli della società*».

conculcato non è il solo diritto di valenza meramente strumentale di «*impegnarsi verso gli altri secondo le proprie scelte*», ma anche quello di portata sostanziale di «*disporre dei propri beni secondo le proprie scelte*». Una lettura costituzionalmente orientata della fattispecie concordataria, infatti, non potrebbe non tener conto di quanto previsto dal 3° comma dell'art. 42 Cost. ove è prevista la necessità dell'indennizzo quando si addivenga ad una espropriazione, per ragioni di interesse generale, del diritto di proprietà. L'espropriazione, di cui si tratta, sarebbe da rintracciare nella differenza tra quanto il creditore dissenziente potrebbe ottenere – in termini di soddisfazione del credito – nell'ambito concordatario, e quanto, di maggiore, in ipotesi conseguibile dallo stesso in sede fallimentare⁸⁹. Per tentare di superare l'impasse, o meglio la sicura incostituzionalità del “contratto concordatario”, si è dovuto ricorrere inevitabilmente, come si illustrerà alla fine di questo paragrafo, alla figura del giudice e al suo ruolo di garante della “giustizia” all'interno della procedura.

L'analisi della soluzione concordataria in termini contrattualistici potrebbe essere condotta guardando alle stesse norme che presiedono il tipo, a come queste risultino di ausilio ad una qualificazione nei medesimi termini.

Non si riscontrano particolari difficoltà interpretative quando si esamina l'ipotesi di creditori che pur non avendo accolto la proposta concordataria, e quindi formalmente dissenzienti, non si siano costituiti e non abbiano proposto opposizioni nel successivo giudizio di omologazione. Infatti nel caso *de quo*, dato il disposto normativo dell'art. 180 l. fall, i creditori dissenzienti hanno l'onere di costituirsi e di proporre le eventuali eccezioni (i. e. le opposizioni) al decreto di omologa, poiché a norma del suo 3° comma, in caso di mancata formulazione di opposizioni «*il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto non soggetto a gravame*», pertanto mai il tribunale potrà attendere alla verifica della

⁸⁹ Come si evince chiaramente nel testo, si fa riferimento ad una lettura sostanzialmente “patrimonialistica” del diritto di credito. Per le teorie patrimoniali, infatti, «*il diritto di credito è fondamentalmente quel diritto sul patrimonio del debitore che può essere realizzato in via esecutiva*», cfr. C. M. Bianca, *Diritto civile, 4 L'obbligazione*, Milano, 1990, p. 36.

convenienza della proposta approvata dalla maggioranza, in mancanza di una formale opposizione in tal senso.

La mancata costituzione e opposizione circa la convenienza della proposta sarebbe così in grado di neutralizzare la precedente manifestazione di volontà (di segno opposto) espressa in seno all'assemblea. Quindi nel caso *de quo* ben potrebbe essere affermata la natura contrattuale della fattispecie, poiché l'efficacia del concordato nei confronti dei dissenzienti non oppositori altro non è che la conseguenza del loro mancato agire. Una simile lettura, valorizzante il mancato assolvimento dell'onere di costituzione ed opposizione, sarebbe da ricondurre al più generale obbligo di buona fede in senso oggettivo.

Secondo l'illustre insegnamento della giurisprudenza della Cassazione⁹⁰ la buona fede in senso oggettivo, da intendersi quale autonomo dovere giuridico, che presiede tanto alla fase di formazione quanto a quella di esecuzione ed interpretazione del contratto, deriva dagli stessi doveri solidaristici di cui l'art. 2 Cost. è espressione. Sicché si potrebbe affermare che l'espressione del mero dissenso al quale non faccia seguito lo specifico onere processuale previsto dall'art. 180 l. fall. possa tradursi «*in un esercizio abusivo*⁹¹, *emulativo, del diritto di voto*»⁹².

⁹⁰ In questo senso Cass. 5 marzo 2009, n. 5348, in *Mass. Giur. it.*, 2009, che espressamente parla del dovere di buona fede oggettiva come derivante dal generale principio di solidarietà che informa il nostro sistema giuridico. Vedi anche Cass. 4 maggio 2009, n. 10182, in *CED Cassazione*, 2009, la Corte testualmente afferma che: «*la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna parte di tenere quei comportamenti che, a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere del *neminem laedere*, senza rappresentare un apprezzabile sacrificio a suo carico, siano idonei a preservare gli interessi dell'altra parte. Lo stesso canone della buona fede in senso oggettivo non impone ai soggetti un comportamento a contenuto prestabilito, ma rileva soltanto come limite esterno all'esercizio di una pretesa, essendo finalizzato al temperamento degli opposti interessi, componendoli nell'ambito delle rispettive pretese*».

⁹¹ Cfr. A. Gambaro, "Abuso del diritto II) Diritto comparato e straniero", in *Enc. Giur.*, Roma, 1988, p.2: «*il divieto di abuso si fonda teoricamente sull'idea che non si deve indulgere alla malizia [...]. Più precisamente vieta di arrecare danni ad altri là dove il costo di previsione che il danneggiante deve sopportare per evitare di nuocere è negativo. Ovvero il danneggiante non deve affrontare spese e sacrifici per prevenire possibili danneggiamenti, ma, al contrario, rinunciando a creare una fonte di danni per il prossimo evita costi a suo carico*».

⁹² Così L. Abete, "La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione", cit., p. 228.

Il dissenziente che abbia espresso voto contrario alla proposta concordataria senza aver poi specificatamente allegato in udienza gli eventuali, per sé, maggiori vantaggi conseguibili con il fallimento del debitore, sembrerebbe assumere un comportamento meramente ostruzionistico all'esercizio del diritto (potestativo) del debitore di vedere regolata la propria crisi nella forma concordataria⁹³. La sanzione prevista per tale "abusivo" esercizio del voto sarebbe, nella ricostruzione sistematica delineata, la neutralizzazione del voto precedentemente espresso in assemblea⁹⁴. Inoltre, vista la non contestabile natura delle opposizioni proposte dai creditori dissenzienti, come "mere questioni di fatto" - perché non modificano l'oggetto del giudizio - si potrebbe anche sostenere, mantenendo la questione su di un piano squisitamente processuale, che la mancata riproposizione di quanto precedentemente dichiarato in sede di voto configuri una «presunzione di abbandono, di rinuncia alla precedente manifestazione di volontà»⁹⁵.

Il discorso si complica quando ad essere preso in esame è il caso dei creditori dissenzienti ed oppositori nel merito. Qui occorre discriminare ulteriormente tra l'ipotesi

⁹³ Si veda Cass., 11 gennaio 2006, n. 264, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 1, secondo cui «La buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia in un generale obbligo di solidarietà che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*, trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico». Così anche V. Roppo, *Il contratto*, Milano, 2001, 497 ss.

⁹⁴ Si riporta qui la teoria che colloca l'abuso del diritto tra i vizi che possono comportare una tutela reale e non solo risarcitoria, si vedano in tal senso le parole di A. Gambaro, "Abuso del diritto II) Diritto comparato e straniero", in *Enc. Giur.*, I, cit., p. 3, il quale specificatamente afferma che: «si è spesso sostenuto che la repressione dell'abuso del diritto non dovrebbe consistere nel trasformare in illecito un comportamento lecito, ma nel denegare effetti giuridici ad atti che, prima facie, sarebbero in grado di produrli. Seguendo questa impostazione il tema dell'abuso non dovrebbe costituire un capitolo della responsabilità civile, ma un capitolo del problema generale dell'inefficacia [...]. Quando ci si riferisce all'abuso come capitolo della responsabilità civile gli istituti e le regole limitrofe riguardano la responsabilità per immissione [...]. Quando ci si riferisce all'abuso come capitolo del tema dell'inefficacia i principi e le regole limitrofe saranno il criterio della buona fede, il limite dell'ordine pubblico, il principio dell'interesse ad agire».

⁹⁵ Così L. Abete, "La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione", cit., p. 230. L'A. riporta a sostegno di quanto sostenuto nel virgolettato di cui sopra la sentenza della Cassazione del 26 gennaio 2007 n. 1754. Nella sentenza la Cassazione afferma che «la mancata riproposizione, in sede di precisazione delle conclusioni definitive, soprattutto allorché queste siano prospettate in modo specifico, di domande o eccezioni precedentemente formulate, implica normalmente una presunzione di abbandono o di rinuncia alle stesse».

in cui l'opposizione provenga da una minoranza non qualificata (meno del 20% dei crediti ammessi, nel caso di mancata suddivisione in classi), e quella in cui tale soglia venga raggiunta. Nel primo caso, la preclusione al giudice di un giudizio sulla convenienza del concordato, potrebbe portare, in ipotesi, anche alla omologazione di un concordato meno conveniente, per tale minoranza non qualificata, rispetto all'alternativa fallimentare. Tali creditori di minoranza, verrebbero nei fatti compromessi nella loro stessa sfera patrimoniale, in contrasto con quanto stabilito dal 3° comma dell'art. 42, come sopra riportato. Ma perché si possa non riscontrare una palese violazione della norma costituzionale è necessario qualificare «*la posizione sostanziale che il dissenziente-opponente, se del caso vanta in rapporto [...] al fallimento*»⁹⁶. Senza dilungarsi eccessivamente sul punto, basti qui evidenziare, che se si parte da una concezione “patrimonialistica” del credito, il valore da attribuire a quello vantato dal singolo creditore non è il valore nominale, ma il valore identificabile “con il margine di concreto realizzo”, come - a ben vedere - confermato dallo stesso comma 2 dell'art. 160 l. fall.. Così identificato il valore del credito, la posizione degli oppositori sotto soglia, non potrebbe essere assimilata a quella di una aspettativa in senso tecnico⁹⁷, ma neppure identificabile con quella posizione sostanziale descritta dalla giurisprudenza «quale concreta ed effettiva occasione favorevole di conseguire un determinato bene o risultato, intesa [...] come entità patrimoniale, a sé stante, giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma valutazione». Nel caso della minoranza di creditori “sotto soglia” si potrebbe parlare semplicemente di una aspettativa di fatto, poiché si configurerebbe una presunzione assoluta, per legge, di inconsistenza e quindi di mera potenzialità di ottenere in sede fallimentare il supposto *quid pluris*. Pertanto quando ad essere raggiunto, è un accordo con più dell'80% dei creditori (*rectius* dei crediti) ammessi al voto, non vi è conculcazione di alcuna posizione sostanziale essendo

⁹⁶ Cfr. L. Abete, “La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione”, cit. p. 230

⁹⁷ Cfr. F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, p. 77, il quale afferma che «*aspettativa non è né la mera speranza di un futuro diritto soggettivo, né, d'altra parte, lo stesso diritto soggettivo: è quella posizione di attesa del soggetto cui l'ordinamento attribuisce rilevanza giuridica, favorendone la conservazione e l'attitudine a trasformarsi nel diritto soggettivo (aspettativa giuridica in contrapposizione all'aspettativa di fatto), esempio tipico di aspettativa giuridica si ha nella posizione di chi acquisti un diritto sotto condizione sospensiva o l'alieni sotto condizione risolutiva [...]*».

l'aspettativa della minoranza aspettativa di mero fatto. Inoltre, anche la limitazione del proprio diritto di «impegnarsi verso gli altri secondo le proprie scelte» troverebbe nello stesso comma 2 dell'art. 41, come visto sopra, la propria legittimità⁹⁸. Nell'ipotesi in cui la soglia limite del 20% venga raggiunta, allora l'aspettativa di conseguire il *quid pluris* in sede fallimentare, prende “concretezza e consistenza”, lasciando che sia il giudice, quale soggetto terzo ed imparziale ad esprimersi sull'eventuale compressione di posizioni sostanziali, come tali giuridicamente rilevanti. Infatti sarebbe il giudice con la propria statuizione, acclarato - se del caso - la mancanza di concretezza ed effettività della *chance* del *quid pluris*, a modificare, dilatandolo, l'ambito di efficacia soggettivo dell'accordo concordatario. La presenza del giudice, che si ispirerà per la propria decisione ai principi di buona fede e correttezza, e di qui, all'inderogabile dovere di solidarietà tra i consociati, porterà ad un temperamento e un rinnovato equilibrio tra gli interessi dei soggetti coinvolti, contribuendo a reprimere forme di abuso. Nel caso di minoranza sopra soglia si dovrebbe parlare quindi di un contratto, imposto sì, ma non più *ope legis*, ma *ope iudicis*. La ricostruzione e giustificazione della natura eminentemente contrattualistica qui riportata, sembra entrare in contraddizione se si pensa all'ipotesi del creditore dissenziente di classe consenziente. La posizione di questi sarebbe ingiustamente pretermessa se non si facesse ricorso proprio alla teoria della legittimazione della maggioranza dei creditori di ciascuna (classe in condizione di parità gli uni con gli altri), di disporre anche del credito del dissenziente. Delle due l'una: (i) o si ritiene che la posizione del singolo possa essere disposta da maggioranze omogenee, valorizzando i profili della genuinità del consenso espresso dalla omogeneità della posizione dei creditori all'interno di ciascuna classe; (ii) oppure, se si ritiene che di collettività e di omogeneità non possa mai parlarsi, allora occorre pensare ad una tutela

⁹⁸ La logica sarebbe sostanzialmente la stessa di quella prevista per i c.d. contratti imposti. Si fa riferimento a quelle realtà nelle quali l'ordinamento prevede un obbligo a contrarre: si tratta, evidentemente, dell'obbligo posto a carico di chi esercita un'impresa in condizione di monopolio (art. 2597 c.c.); nonché di chi esercita un servizio pubblico di linea per il trasporto di persone o cose (art. 1679 c.c.); ovvero, l'obbligo posto a carico di chi è proprietario di autoveicoli e natanti a motore (art. 122 e 123 cod. ass. private); da ultimo, si può considerare la realtà della locazione di immobile ad uso diverso da quello abitativo, segnatamente sotto il profilo del diniego di rinnovo, decorsi sei anni dalla stipulazione del contratto (possibile solo in casi tassativamente previsti dagli art. 27 e 28 della l. 392/78).

giudiziale affidata al singolo⁹⁹ che sempre potrà lamentare una ingiusta e irragionevole compressione delle proprie ragioni, evitando così che la fattispecie concordataria venga tacciata di incostituzionalità per violazione degli articoli 3, 24 e 41 Cost..

A seguito dell'analisi compiuta nelle pagine di questo capitolo si ritiene che un rigida categorizzazione in termini negoziali o in termini processuali, della fattispecie concordataria porti ad uno sforzo dogmatico eccessivo e forse inconcludente. Sembra invece più opportuno non domandarsi se un atto di autonomia possa essere considerato tale *tout cour*, ma tentare di comprendere in quale contesto l'atto si inserisca e quali siano gli interessi in gioco, essendo esso «*condizionato dalle situazioni iniziali dalle quali il negozio prende origine e dalla situazione finale che si intende realizzare*»¹⁰⁰. Si preferisce, pertanto, propendere per una lettura funzionale e teleologica dell'istituto; un simile approccio funzionale, che ci pare sia stato seguito anche dalle Corte di Cassazione a Sezioni unite in un suo recente intervento¹⁰¹, «*induce alla possibile attenuazione delle distinzioni legate alla struttura (negozio o procedimento)*»¹⁰² e consente di utilizzare proficuamente la disciplina, e del negozio, e del procedimento, in maniera osmotica piuttosto che conflittuale.

⁹⁹ Così I. Pagni, “ Il controllo del tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo”, in *Fallimento*, 2008, p.1091.

¹⁰⁰ Così P. Perlingieri, *Il diritto dei contratti fra persone e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 60

¹⁰¹ Cass. sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Dir. fall.*, 2013, p. 1

¹⁰² Cfr. E. Migliaccio, “Risoluzione negoziale della crisi d'impresa”, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obb.*, 2014, p. 401.

1.6 Le proposte concorrenti come possibile insidia alla natura negoziale

Una delle maggiori novità introdotte con la riforma del 2015 è rappresentata dalle proposte concorrenti, una declinazione nostrana di quel fenomeno noto oltreoceano come mercato dei *distressed debts*; concetto che cova in sé la volontà di rendere appetibile l'impresa in difficoltà attraverso meccanismi competitivi.

L'inutilità di cercare una natura giuridica unitaria del concordato - come si diceva in apertura di questo capitolo - risulta ancora più evidente in questo contesto. Infatti la natura negoziale del concordato, almeno nella sua accezione di accordo tra debitore e massa dei creditori, sembrerebbe essere compressa dalla possibilità offerta ai creditori, che rappresentino almeno il 10% dei crediti ammessi¹⁰³, di presentare una proposta¹⁰⁴ con relativo piano concorrente a quella del debitore. Un simile patto non potrebbe esistere al di fuori della procedura concordataria in quanto, con la proposta concorrente, non si fa altro che disporre della crisi e quindi del patrimonio altrui (quello del debitore), con una fattispecie difficilmente accostabile a quella disciplinata dall'art. 1478 c.c. Qui il ruolo dell'omologazione e quindi della procedura è massimo, poiché consente non solo di superare la volontà degli eventuali creditori dissenzienti alla proposta concorrente, ma anche di superare quella del debitore stesso, che verrebbe nei fatti espropriato della propria impresa.

La questione della tenuta costituzionale di una simile espropriazione è facilmente superabile con la riflessione, alquanto pacifica in dottrina, di come in un'impresa, una

¹⁰³ Nel computo della percentuale del 10% non possono essere annoverati i crediti di società controllante, controllata o collegata a quella concordataria, si intende evitare così possibili influenze ad opera del debitore che verrebbero nei fatti a privare di *ratio* la fattispecie di nuova introduzione. Inoltre non è necessario che la proposta provenga da creditori anteriori all'apertura della procedura, potendo essere presentata anche da chi divenga tale proprio a seguito di questa e per effetto di acquisti che gli permettano di raggiungere la soglia indicata dall'art. 163 l. fall.

¹⁰⁴ La proposta concorrente può anche prevedere l'ingresso di soggetti terzi in qualità di garanti o finanziatori e, nel caso in cui l'impresa concordataria abbia la forma giuridica di s.p.a. o di s.r.l., potrà anche prevedere, a norma dello stesso art. 163 l. fall., un aumento di capitale con limitazione od esclusione del diritto di opzione. Una simile operazione consentirebbe, non solo, la buona riuscita del piano così come delineato, ma anche un rilancio dell'impresa nella fase successiva all'esecuzione della proposta. Inoltre la possibilità di limitare o escludere il diritto di opzione consentirebbe di comprimere i poteri della vecchia compagine societaria, di fatto, responsabile della crisi in atto.

volta bruciato gran parte dell'attivo patrimoniale, il capitale di rischio risulti fornito, nei fatti, dai creditori stessi ai quali, quindi, dovrebbe spettare il controllo dello stesso, piuttosto che al debitore, ridotto al rango di mero "proprietario formale"¹⁰⁵.

Lodevole pertanto risulta la fattispecie disciplinata dai commi da 4 a 7 dell'art. 163 l. fall. che ha il grande merito di mettere in competizione le proposte provenienti dal "proprietario formale" con quelle provenienti da quelli effettivi, pur continuando ad essere la legittimazione, ad attivare la procedura concordataria, appannaggio del solo debitore.

Ciò che rende interessante queste proposte concorrenti ai fini del presente lavoro è il loro necessitare del giudizio di omologazione concordatario (essendo difficile, se non impossibile, una loro qualificazione in termini meramente contrattuali) eppure - per altro e contrario verso - le stesse proposte sono espressione del fenomeno definito de-concorsualizzazione, proprio del concordato per come si presenta nell'oggi.

Infatti i nuovi inserimenti di cui all'art. 163 l. fall., insieme ad altri variamente sparsi nella legge fallimentare¹⁰⁶, non fanno altro che presentare la fattispecie concordataria come un *unicum* tra le procedure concorsuali, rendendola «strumento più versatile nel quale il patto di concordato è destinato a prendere sempre più spazio»¹⁰⁷.

In altri e più chiari termini le proposte concorrenti, se ad un primo sguardo possono essere in grado di "imbarazzare"¹⁰⁸ anche i più stenui sostenitori della natura contrattuale del concordato, risultano essere, tuttavia, possibili veicoli di una «socializzazione dei profitti», dal momento che contribuiscono, nell'ipotesi di

¹⁰⁵ Infatti perché possano essere presentate proposte concorrenti è necessario che la proposta del debitore preveda il soddisfacimento dei crediti chirografari in una percentuale inferiore al 40% (che si riduce al 30% nel caso di concordato con continuità), soglia che esprime chiaramente la situazione di un attivo per nulla eguagliabile al passivo e che quindi non avrebbe mai potuto portare ad un *quid* di spettanza del debitore dopo che questi avesse adempiuto a tutte le obbligazioni contratte. Pertanto peregrino risulterebbe parlare di espropriazione ad opera dei creditori ed in danno al debitore in una simile ipotesi. Così G. D'Attore, in *La nuova mini-riforma della legge fallimentare* (a cura) di G. D'Attore e M. Sandulli, 2016, p. 147

¹⁰⁶ Si pensi all'art. 182 *quinquies* l. fall.

¹⁰⁷ In questi termini M. Fabiani, "La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo", in *www.ilcaso.it*

¹⁰⁸ L'espressione è utilizzata da G. D'Attore, in cit., p. 145

presentazione di una proposta in continuità da parte del debitore, a distribuire tra tutti (e in misura maggiore) il valore generato dalla prosecuzione dell'attività, e quindi liberano il concordato dalle rigidità che una eccessiva enfaticizzazione del profilo processualistico della fattispecie porterebbe¹⁰⁹.

L'ingresso delle proposte concorrenti ha avuto, pertanto, quale obiettivo quello di portare il mercato (indipendentemente dalla definizione che di questo si voglia adottare¹¹⁰) all'interno della crisi d'impresa. In tale contesto maggiormente *market oriented*, un ruolo fondamentale è assunto dall'autonomia privata nella predisposizione di una proposta alternativa a quella del debitore¹¹¹. Tale considerazione ci permette di indugiare brevemente sul noto dilemma tra "autoregolamentazione ed eteroregolamentazione del mercato"¹¹², che ha alimentato il dibattito precedente le riforme susseguitesi dal 2005 in poi. La possibile questione se il mercato possa da solo governare i rapporti dei soggetti coinvolti¹¹³ - potenzialmente risolvibile in senso affermativo quando i consociati interessati siano le sole imprese poste in posizione non solo formalmente ma anche sostanzialmente uguale - è da risolvere in senso negativo - e quindi propendendo per una non possibile pretermissione di una eteroregolamentazione - nei casi in cui vi sia asimmetria tra i soggetti coinvolti, da intendersi come disparità di potere tra gli stessi¹¹⁴.

¹⁰⁹ Ciò che sarebbero in grado di fare le proposte concorrenti è distribuire le risorse tra tutti i soggetti coinvolti nella crisi, senza ovviamente poter pretendere che tale distribuzione avvenga anche nell'assoluto rispetto della *par condicio*

¹¹⁰ Mancando una definizione univoca del termine tanto in letteratura quanto a livello normativo, il lemma è qui utilizzato in modo del tutto generico e atecnico.

¹¹¹ Le riflessioni che seguono devono intendersi comunque inquadrare nella cornice procedurale del concordato, così come evidenziato nelle righe precedenti (i.e. il decreto di omologazione del giudice)

¹¹² Così, M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 8 ss.

¹¹³ Ci si riferisce al Teorema di Coase (The problem of social cost), il quale sottolineò come l'intervento dello stato o di altre regolamentazioni portassero ad una minore efficienza (intesa come somma netta del benessere sociale) rispetto a quella ottenibile tramite il mercato in ipotesi di assenza di costi di transazione.

¹¹⁴ Vedi sul punto: G. Minutoli, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o meritevolezza)*, cit., p. 1052

Necessario si rende, in tal caso, un intervento altro, individuabile nella legge e di qui nelle “regole per il mercato”¹¹⁵. Portando il discorso dal profilo generale del diritto dell’impresa a quello particolare del diritto della crisi d’impresa, qui in commento, si comprende bene come gli interessi del mercato non possano essere sovrapposti *sic et simpliciter* a quelli propri dei soli creditori. Infatti in contesti di decozione dell’impresa vi è la necessità di prendere in considerazione anche gli interessi di quei soggetti, che pur non essendo creditori, presentino posizioni giuridiche sulle quali il fallimento o la semplice crisi vada ad impattare¹¹⁶.

Pertanto una valorizzazione dell’autonomia privata non può portare alla teorizzazione di un’autoregolamentazione dei rapporti intercorrenti tra imprenditore e creditori, quando questa venga letta come “una sorta di anomia sociale”¹¹⁷. Ed è proprio sul binomio mercato – giurisdizione, all’ interno del quale si inserisce il discorso sul ruolo del giudice nel contesto di crisi dell’impresa, che si soffermerà la presente trattazione nei capitoli successivi, divincolandosi «tra modelli di possibile elezione, quali l’autotutela e l’eterotutela»¹¹⁸.

¹¹⁵ Sulla impossibilità di concepire il mercato come il “luogo della libertà e delle spontaneità”, ma come piuttosto lo stesso vada visto come “un regime normativo di relazioni economiche” si veda: N. Irti, *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 67.

¹¹⁶ Ci si riferisce, tra gli altri, alla posizione dei contraenti *in bonis* (art. 72 e 169bis l. fall.), dei soggetti nei confronti dei quali è possibile esperire azioni revocatorie (art. 64 ss. l. fall.), e dei coobbligati (art. 61-63 l. fall.).

¹¹⁷ Così M. Fabiani, cit., p. 8.

¹¹⁸ Cfr. P. Vella, “L’atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora della interazione tra giudice, debitore e creditori nella crisi di impresa”, in www.ilcaso.it.

Capitolo 2

2.1 La dialettica tra autodeterminazione dei creditori e poteri dell'autorità giudiziaria

Il conflitto, per così dire “para-ideologico”¹¹⁹, delineato nel capitolo precedente, trova territorio fertile anche in quella che sembra essere questione direttamente connessa alla natura giuridica della fattispecie concordataria, ossia il perimetro e i limiti del sindacato dell'autorità giudiziaria a seguito della riforma della legge fallimentare.

L'idea che l'affermata natura negoziale del concordato vada di pari passo con un controllo meramente formale del giudice, ha la sua origine in un altro postulato duro a morire, ossia, nell'idea per la quale, le quante volte il Legislatore consenta alle parti di darsi la regola da sé, esse possano esercitarlo senza alcun vincolo e fuori da ogni controllo. Come invece è stato insegnato, la regola dei privati può esistere solo ed esclusivamente, con, ed entro, i limiti che la stessa legge prevede, ed inoltre è fuor di dubbio che al giudice spetti un controllo «*sull'esistenza dei fatti che l'ordinamento contempla perché il regolamento prescritto dalle parti ai propri interessi nei rapporti reciproci venga assunto nella sfera del diritto ed elevato (...) a precetto giuridico*»¹²⁰.

Pertanto, anche qualora si voglia ricondurre a termini meramente negoziali il concordato, non pare possibile escludere il controllo giudiziale, ma al contrario tale esigenza di controllo pare essersi rafforzata, soprattutto in riferimento alle criticità riscontrate già a partire dal 2009¹²¹ (a seguito della crisi che ha colpito il sistema

¹¹⁹ In questi termini C. Alessi, *Autonomia privata nel concordato preventivo e ruolo del tribunale*, in Giur. comm., 2014, pp. 451

¹²⁰ E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit. pag. 86

¹²¹ Ci si riferisce alle critiche mosse da alcune associazioni degli imprenditori appartenenti a Confindustria, circa l'uso distorto, dagli stessi definito “anticoncorrenziale” che delle “procedure minori” veniva fatto ad opera delle imprese decotte. L'allarme lanciato riguardava soprattutto il ricorrente uso del medesimo schema: la cessazione dell'attività da parte dell'impresa debitrice ed il successivo trasferimento della stessa ad una *newco*, prevedendo un soddisfacimento dei creditori chirografari nella misura variabile che andava dal 10% al 15%.

economico internazionale), quando fu evidenziata la facilità con la quale tale istituto si prestava ad un uso distorto quanto non proprio abusivo.

Emerge in proposito la difficoltà nel delineare un “quadro di controllo” efficiente, capace di contrastare l’uso distorto che del negozio concordatario poteva, e può, essere fatto, senza, tuttavia, frustrare l’utilizzo; tale difficoltà è da ricondursi ancora una volta all’interpretazione non univoca della normativa di riferimento. Il tema dell’ampiezza del controllo attribuito al giudice, nelle diverse fasi lungo le quali si dipana la procedura concordataria, appare, in conclusione, di grande difficoltà anche ad una semplice esposizione in termini meramente descrittivi.

Nonostante ciò, è possibile, tuttavia, attraverso un’operazione ermeneutica, determinare una sorta di “equazione di risanabilità”¹²² riconducibile a tre concetti aperti e tra loro interconnessi sui quali il controllo dell’autorità giudiziaria risulta necessario seppure di non certa perimetrazione:

- i.* veridicità, chiarezza e correttezza dell’informazione offerta ai creditori;
- ii.* fattibilità del piano presentato dal proponente;
- iii.* meritevolezza della proposta concordataria.

In altri e più precisi termini è proprio partendo dall’accertamento della sussistenza dei primi due presupposti (ipotesi *sub (i)* e *(ii)*) che si giunge alla formulazione di un giudizio positivo del requisito *sub (iii)*.

La meritevolezza – occorre specificare – è da intendersi, in tale contesto, in senso oggettivo e potrebbe essere inquadrata come l’evoluzione del giudizio sulla meritevolezza in senso soggettivo che ha costituito il punto nodale della previgente disciplina concordataria. *L’actio finium regundorum* dell’intervento dell’autorità giudiziaria nel concordato preventivo sarà svolto nelle pagine successive soffermandosi su ciascuno dei “termini dell’equazione” e secondo l’ordine sopra riportato.

¹²² L’espressione è di E. Bertacchini, “Clauseole generali e autonomia negoziale nella crisi d’impresa”, in *Contratto e impresa*, 2011, p. 686

2.2 La consapevolezza del ceto creditorio: gli oneri informativi in capo al debitore

Non revocabile in dubbio è l'importanza che ha assunto nell'oggi il consenso accordato dai creditori alla proposta loro presentata. Infatti come si è più volte ripetuto nelle pagine precedenti, il controllo di convenienza del concordato spetta ai soli creditori, le cui posizioni sostanziali sono nei fatti incise dalla crisi del comune debitore. Se il creditore è chiamato a dare il proprio consenso alla proposta di accordo presentata, è necessario che lo stesso risulti pienamente edotto sul tipo di proposta che si accinge ad accettare o rifiutare (alla stregua di qualsiasi contraente di diritto comune). Solo un creditore debitamente informato potrà compiere una scelta consapevole, vagliando nel concreto le diverse possibilità che si presentano per la soddisfazione della propria pretesa. La scelta che questi sono chiamati a compiere deve avvenire «*in un contesto chiaro e privo di asimmetrie informative*»¹²³. Il tema dell'informazione *tout cour* dei creditori, è aspetto che lambisce più profili che vanno dalla completezza della documentazione presentata in sede di ammissione (inerenti la struttura economica, finanziaria e patrimoniale dell'impresa in crisi), alla veridicità della stessa (necessità ad oggi maggiormente avvertita per via della predisposizione di istituti affatto nuovi quali le offerte e le proposte concorrenti¹²⁴), nonché alla capacità, in special modo, del piano predisposto e della relazione attestante la sua fattibilità, a raggiungere le finalità che le sono proprie, ossia rendere pienamente edotti i creditori dei rischi e delle opportunità legate all'accettazione della proposta di risoluzione della crisi così come predisposta. Che l'informazione dei creditori sia cosa oltremodo seria è dimostrabile, infatti, dalla constatazione che a presidio dell'informazione chiara, completa e veritiera è predisposto un apparato vigilatorio / sanzionatorio vasto ed articolato. Come è stato correttamente

¹²³ Cfr. G. Ciervo, "Ancora sul giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo", in *Giur. comm.*, 2015, p. 58, nota a Cass. 6 novembre 2013, n. 24970.

¹²⁴ E' indubbio che perché possano essere presentate proposte ed offerte concorrenti è necessario che i creditori abbiano una precisa informazione sulla situazione economico, finanziaria e patrimoniale del loro debitore. Chiara sul punto la norma contenuta nell'art. 165 l. fall., che indica nel commissario giudiziale il soggetto incaricato a fornire le informazioni richieste, e a valutare la congruità delle stesse rispetto al fine in base al quale tale facoltà è stata concessa dall'ordinamento.

rilevato, «*la corretta informazione somministrata durante la procedura è “valore” che precede ed è in grado quasi di assorbire la convenienza della proposta, potendo persino rendere legittima, e assiologicamente accettabile, la delusione postuma dei creditori* [dove per delusione postuma si intende la mancata verifica di quanto prospettato nella proposta dal debitore quando sul punto vi sia stata comunque completa informazione]»¹²⁵. Nel contesto concordatario il soggetto chiamato a svolgere il ruolo informativo è in primissima battuta, ovviamente, il debitore il quale mediante la predisposizione della proposta e del piano, assieme alla documentazione da allegare in sede di deposito del ricorso¹²⁶, offre un primo bagaglio di informazioni alle quali si sommeranno in vario modo quelle provenienti dagli altri soggetti coinvolti nella procedura concordataria. Primo esempio, in ordine temporale, di un tale ruolo “attivo” nell’implementazione delle informazioni da far giungere ai creditori potrebbe riscontrarsi, già in sede di ammissione, nella possibilità offerta al Tribunale dal comma 1 dell’art. 162 l. fall. di concedere un termine al debitore, non superiore a quindici giorni, per apportare integrazioni al piano e/o alla documentazione depositata, quando si ritiene che questi manchino di chiarezza o di completezza. In verità, prima ancora dell’ammissione particolari oneri informativi sono previsti in capo al debitore nella fase prenotativa propria del concordato con riserva. In questo contesto, la facilità di un utilizzo della domanda di concordato per fini meramente strumentali, non coincidenti con la volontà di presentare una proposta definitiva al termine del periodo concesso, ma semplicemente di beneficiare dell’ “intervallo di respiro” dato dall’*automatic stay*, rende necessario che gli atti compiuti dal debitore in questa fase siano oggetto di particolare attenzione¹²⁷. Tali oneri risultano funzionali, pertanto, ad un controllo da parte del

¹²⁵ Cfr. M. Sciuto, “I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del debito”, in *Dir. fall.*, 2015, p. 546.

¹²⁶ A norma dell’art. 161 il debitore deve depositare con il ricorso anche: a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell’impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l’elenco nominativo dei creditori, con l’indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l’elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili. e) un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta.

¹²⁷ Un ampio sistema di monitoraggio è stato predisposto dal c.d. “decreto del fare” (d.l. 21 giugno 2013, n. 69) per questa particolare ed eventuale fase della procedura. E’ stato infatti previsto sia l’obbligo di deposito, assieme al ricorso, dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e di un elenco nominativo dei

Tribunale del comportamento tenuto dal debitore, ed evitano che del beneficio concesso ne venga fatto un uso distorto in danno alle ragioni creditorie¹²⁸. E' proprio per questo che il tema degli obblighi informativi richiesti nel concordato con riserva, esula, pur non essendogli del tutto estraneo, dal più ampio aspetto dell'informazione dei creditori di cui si sta trattando, finalizzata come più volte sopra specificato, ad un'accettazione consapevole della proposta. Da questo punto di vista ruolo fondamentale è svolto dal commissario giudiziale. Occorre chiarire, in via preliminare alle osservazioni che seguiranno, che soggetto onerato a fornire un'adeguata informazione è il solo debitore (unitamente al suo collaboratore, la cui relazione, infatti, deve essere depositata assieme

creditori e dei loro rispettivi crediti, sia una serie di oneri informativi in capo al richiedente da ottemperare periodicamente in base a quanto stabilito nel decreto del Tribunale. Per quanto concerne tali obblighi non vi è dubbio che questi trovino la propria ratio, non nella volontà di rendere pienamente consapevole il ceto creditorio della proposta loro presentata, poiché nel caso *de quo* non vi è ancora alcun piano e alcuna proposta, quanto piuttosto nell'offrire agli organi della procedura un quadro di informazioni esaustivo, capace di giustificare l'anticipazione degli effetti protettivi propri di una domanda di concordato "completa". Il contenuto positivo di questi oneri è lasciato alla piena discrezionalità del giudice, che dovrà stabilirli tenendo conto della situazione patrimoniale ed organizzativa dell'impresa ricorrente, fermo comunque, perché normativamente previsto, l'onere del deposito – a cadenza mensile – della situazione finanziaria dell'impresa (soggetta a pubblicazione presso il registro dell'impresa entro il giorno successivo al suo deposito). La scelta del Legislatore di specificare, tra gli oneri informativi, la sola relazione concernente le movimentazioni finanziarie e di prevederne, solo per questa, la pubblicazione nel registro dell'impresa (stante nel nostro sistema il principio di tipicità degli atti soggetti a pubblicazione per legge), dimostra come anche in questa fase l'informazione dei creditori non risulti tema completamente estraneo. Come sottolineato dal Trib. di Rovigo 23 giugno 2016: «*la necessaria informazione anche di tutti i creditori e la trasparenza del comportamento dell'imprenditore rappresentano i pilastri dell'istituto protettivo*» ed è proprio per questo motivo che «*l'omissione degli adempimenti imposti dal tribunale implica ex se la dichiarazione di inammissibilità della procedura concordataria, senza alcuna possibilità di surroga o sanatoria tardiva, né pare rilevante accertare che durante il periodo in bianco non oggetto di informativa non siano stati posti in essere atti lesivi delle ragioni creditorie*».

¹²⁸ Chiaro riferimento in tal senso può rintracciarsi nella possibilità data al Tribunale di nominare già a partire da questa fase un commissario giudiziale. Il pre-commissario è chiamato a svolgere una funzione di vigilanza che presenta tratti di originalità con quella svolta da questi nel corso della procedura "ordinaria". Infatti fermo, anche nel concordato con riserva, il potere di denuncia delle condotte rilevanti ai sensi dell'art. 173 l. fall., il pre-commissario sarebbe in questo contesto il referente esclusivo degli obblighi informativi disposti dal Tribunale con decreto. Dato questo suo ruolo di "terminale esclusivo" del flusso informativo, resta da vedere se egli debba limitarsi ad un controllo di mera rispondenza tra quanto richiesto dal tribunale e quanto ottemperato dall'obbligato, oppure possa svolgere una valutazione critica delle informazioni ricevute e quindi ove ritenute insufficienti o non pienamente esaustive richiederne ulteriori, o ancora ove ritenute non veritiere svolgere attività investigativa in tal senso. Sembra potersi affermare, senza troppa difficoltà, che i poteri di tale organo della procedura non possano essere limitati a quelli tipizzati dalla legge, ma vadano inquadrati nella funzione stessa svolta dal commissario che quando, e se, nominato non potrà essere guardato come un mero ausiliario del giudice ma come soggetto «*le cui funzioni e responsabilità (legate alla natura dell'incarico - art. 165 e 38 l. fall), sono parametricate a competenze tecniche che preludono a poteri attivi di indagine, ispezione e riclassificazione*» (cfr. E. Ricciardiello, "Il ruolo del commissario giudiziale nell'era del fallimento del contrattualismo concorsuale", in *Giur. comm.*, 2015, p. 715).

alla domanda), non potendo il commissario giudiziale supplire ad eventuali carenze originarie presenti nella documentazione allegata o nella relazione attestativa, poiché, ovviamente, l'organo della procedura non ha una «*competenza concorrente*»¹²⁹ a quella del debitore nell'adempimento di tale onere. Pertanto, quando ci si riferisce all'implementazione del quadro informativo proveniente dalla relazione del commissario giudiziale¹³⁰ lo si fa tenendo ben a mente tali premesse. La funzione “additiva” svolta dal commissario la si coglie non solo guardando a quegli elementi che lo stesso deve evidenziare nella propria relazione e che non risultano oggetto di un obbligo di specificazione in capo al debitore quali il comportamento tenuto dall'imprenditore e le cause del dissesto, ma anche e soprattutto dalla portata “innovativa” e quindi addizionale che una lettura critica offerta da questo nella propria relazione alla documentazione presentata dal debitore consente di fornire. In altri termini, il commissario svolge le proprie indagini¹³¹ sulla condotta tenuta dal debitore prima e durante la procedura e verificata la documentazione da questi presentata, anche alla luce delle scritture contabili messe a sua disposizione, è in grado di compiere una «*rielaborazione critica [dell'offerta presentata], [...], con l'evidenziazione di prospettive o di trame o di incertezze che l'informazione confezionata dal debitore, per come è presentata, immediatamente potrebbe non rilevare*»¹³². Se si concorda con la distinzione che, nel contesto della comunicazione, una cosa è il “messaggio” inteso come eccipiente, ben altra è “l'informazione”, ossia il *quid pluris* in termini di comprensione e consapevolezza offerto al soggetto destinatario del messaggio, allora a ragione può parlarsi dell'informazione proveniente dal commissario giudiziale come un'informazione aggiuntiva per i creditori non «complementare», quindi, bensì

¹²⁹ Vedi A. Baldini, “Sulla consapevolezza del concordato preventivo (Tra poteri del tribunale e autodeterminazione dei creditori)”, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obb.*, 2014, p. 306. L'A. correttamente afferma che quello del rapporto tra quanto richiesto al creditore e quanto chiamato a fare il commissario sia «*tema in realtà totalmente malposto: la collaborazione - che sempre deve ricorrere in un consesso civile - non può e non deve condurre ad una confusione di ruoli tra debitore e commissario giudiziale*».

¹³⁰ Ci si riferisce alla relazione che a norma dell'art. 172 l. fall. il commissario deve redigere e depositare in cancelleria almeno quarantacinque giorni prima dell'adunanza dei creditori.

¹³¹ Sulla funzione di vero organo di vigilanza del commissario giudiziale anche nella fase prenotativa si vedano le riflessioni svolte nella nota 10.

¹³² Vedi M. Sciuto, “I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del debito”, cit., p. 547.

«supplementare» a quella proveniente dall'imprenditore¹³³. Se per informazione ulteriore, nei termini sopra specificati, pare facile intendere quella proveniente dal commissario, in quanto organo della procedura e quindi indipendente dalle parti “in causa”, in realtà tale qualificazione potrebbe a ragione esser data anche all'informazione proveniente dalla relazione del professionista attestatore. Occorre chiarire, tuttavia, in quali termini si possa qualificare come “ulteriore” l'informazione proveniente da un documento che è alla base del quadro informativo presentato dal debitore. A norma dell'art. 161 l. fall., infatti, la relazione del professionista attestatore (soggetto sì formalmente indipendente ma nondimeno legato da un rapporto di “clientela” con il debitore) ha per oggetto proprio la certificazione della veridicità dei dati aziendali presentati dal debitore e la fattibilità del piano predisposto. La funzione precipua svolta dalla relazione *de qua* è ancora una volta di tipo informativo, non solo dei creditori ma anche dello stesso Tribunale chiamato ad ammettere il debitore alla procedura sulla base di tale relazione, data la nomina solo successiva del commissario giudiziale¹³⁴. Vista la funzionalizzazione dell'attestazione all'informazione degli attori della procedura, si comprende come il giudizio sulla veridicità, pur avendo come referenti “passato” e “presente” dell'impresa decotta o semplicemente in crisi, non è giudizio che si sostanzia nella meritevolezza soggettiva del debitore, ma che guarda (o meglio attesta) che i dati impiegati per il piano siano conformi a quanto risulta dalla contabilità o *aliunde*¹³⁵. La

¹³³ Di avviso contrario A. Blandini, “Sulla consapevolezza nel concordato preventivo”, cit. p. 306, il quale ritiene che «*il commissario giudiziale svolge un'attività di mera verifica: cioè controlla se le dichiarazioni [rese dal debitore] siano, appunto, chiare, veritiere e corrette. In caso di esito negativo del controllo è suo dovere precipuo comunicare al tribunale [...] ai fini della revoca*». A noi pare che la verifica svolta dall'organo della procedura, quando non porti alla rilevazione di condotte, poste in essere dal debitore, fraudolente o decettive, integranti la fattispecie di cui all'art. 173 l. fall., sia in grado di apportare un contributo altro capace di meglio orientare i creditori nell'espressione del proprio voto. Si pensi ad esempio ai rilievi del commissario sulle alee inerenti alle operazioni descritte nel piano, che pur essendo state indicate dall'attestatore nella propria relazione, potrebbero essere oggetto di un differente giudizio nella relazione di cui all'art. 172 l. fall..

¹³⁴ Infatti precedentemente alla riforma della legge fallimentare, tale compito veniva ottemperato da una consulenza tecnica disposta d'ufficio dal tribunale, sulle scritture contabili che obbligatoriamente dovevano essere allegate alla domanda.

¹³⁵ Questo giudizio di veridicità sembrerebbe presentare profili di assonanza con quello che, nella vigenza della passata legge fallimentare, poteva essere effettuato da un consulente tecnico nominato d'ufficio dal tribunale. Il ruolo dell'uno come dell'altro giudizio era, ed è ancora oggi, quello di verificare che vi siano i presupposti minimi per l'ammissibilità, ossia che i dati su cui la proposta si basa siano attendibili e corretti.

certificazione della veridicità dei dati aziendali, in altri termini e conseguentemente, è alla base della formulazione del giudizio prognostico di fattibilità del piano¹³⁶. Un'attestazione non può fermarsi al piano della mera rispondenza formale dei dati messi a confronto, ma necessita che l'indagine compiuta porti ad accertare che i dati posti alla base del piano siano «*effettivamente reali*»¹³⁷. Particolarmente interessante per tentare di dare un contenuto meglio delineato a questo giudizio di veridicità, è l'esercizio di compatibilità effettuata da una corte di merito¹³⁸, la quale, non a torto si ritiene, ha accostato il giudizio di “veridicità” dei dati aziendali a quello di “rappresentazione veritiera e corretta”¹³⁹ di cui all'art. 2423 c.c.. Pertanto, il professionista sarà «*tenuto ad esaminare e verificare i singoli elementi contabili ed extracontabili su cui il piano si fonda, vale a dire tutti i dati di natura contabile, aziendalistica e giuridica rilevanti ai fini dell'attuabilità del piano*»¹⁴⁰, potendo solo in tal modo qualificare come “veritiera” la c.d. “base dati” su cui la proposta del debitore si fonda¹⁴¹. Il giudizio di veridicità dei

¹³⁶ Si rende chiara così la differenza tra il giudizio di veridicità di cui all'art. 161 comma 3 l. fall. e quello del revisore legale dei conti ex art. 2409*bis* c.c.. La distanza tra i due, è infatti, sia di tipo per così dire strutturale, poiché il revisore svolge il proprio controllo in maniera continuativa e non episodica, sia e maggiormente di tipo funzionale, perché il controllo di quest'ultimo guarda alla rispondenza dei bilanci della società revisionata, e del relativo risultato in questo contenuto, con quanto previsto dai principi contabili per la redazione del bilancio, distanziandosi di molto dalle finalità del giudizio del professionista attestatore per come nel testo descritte.

¹³⁷ Cfr. Trib. Napoli 4 dicembre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 372, per il tribunale partenopeo il professionista non può condurre la propria verifica attenendosi a quanto ricevuto, in termini di comunicazione, dal debitore o dai professionisti da questo ingaggiati, senza cioè svolgere indagini di corrispondenza di questi alla realtà. La giurisprudenza è ben consolidata sul punto, vedi in tal senso Trib. Novara 29 giugno 2012, in *Fallimento*, 2012, p. 1257; Trib. Mantova 28 maggio 2012, in www.ilcaso.it; Trib. Firenze 9 febbraio 2012, in www.ilcaso.it.

¹³⁸ Cfr. Trib. Benevento 23 aprile 2013, in *Fallimento*, 2013, p. 1374.

¹³⁹ L'espressione deriva dai principi vigenti in materia di redazione del bilancio di esercizio nelle società e si riferisce ad un bilancio redatto secondo canoni di ragionevolezza nelle stime e attendibilità nell'indicazione dei valori, nel tentativo di fornire una rappresentazione della situazione economico-patrimoniale della società il più chiara e imparziale possibile, priva di manipolazione o occultamenti di sorta.

¹⁴⁰ Si condivide l'assunto in base al quale oggetto dell'attestazione di veridicità siano i soli dati aziendali posti a base del piano, e questo perché una maggiore estensione degli elementi da sottoporre al vaglio del professionista renderebbe la norma di impossibile esecuzione pratica, vista la non compatibilità tra l'ampissimo ambito di indagine/verifica e le limitatezze del tempo in cui le stesse vanno effettuate. In questo senso R. Ranalli, “Il controllo del professionista attestatore: elementi di criticità”, in *Fallimento*, 2013, p. 1375.

¹⁴¹ Per questo motivo l'attività di verifica dovrà tenere conto della tipologia di piano presentata (se meramente liquidatorio o con continuità) oltre che delle dimensioni, e della struttura amministrativa, contabile e di controllo adottata dall'impresa in crisi. Proprio queste caratteristiche orienteranno il professionista verso una verifica diretta dei dati, anche a campione, o verso una verifica del/ dei

dati aziendali è funzionale alla predisposizione del secondo termine della relazione del professionista: ossia la fattibilità del piano. Se quella della veridicità è verifica condotta su dati consuntivi, quella di fattibilità si basa, invece, su dati previsionali che, come tali, presentano profili di maggiore criticità nell'attestazione della loro concreta venuta ad esistenza. Il giudizio di fattibilità si inverte in una valutazione prognostica sulla concreta realizzabilità del piano – per modalità e tempistica – basata su dati contabili ed extra-contabili disponibili al momento dell'attestazione¹⁴². L'importanza che assume tale giudizio nel contesto dell'informazione, richiede che la redazione dello stesso sia condotta con estrema chiarezza e trasparenza, poiché deve permettere e al Tribunale e ai creditori di prendere atto «[del]la completezza dei dati esaminati, [del]la logicità delle argomentazioni svolte e [del]la congruità delle conclusioni con i profili in fatto oggetto di esame»¹⁴³. Si può a questo punto affermare che l'additività dell'informazione proveniente dalla relazione attestativa risiederà, per i creditori, in tutte quelle «riserve» o «cautele» espresse dal professionista all'interno del proprio giudizio, ovvero dalla eventuale descrizione delle condizioni che dovranno verificarsi o non verificarsi perché il piano risulti concretamente fattibile¹⁴⁴. L'indicazione di simili condizioni farà sì che,

processo/processi di rilevazione e contabilizzazione degli stessi. Guardando alla tipologia di piano presentata si comprende come nel caso di piano liquidatorio l'attestatore dovrà necessariamente provvedere alla verifica dei beni oggetto di dismissione, verifica che guarderà tanto allo stato materiale di questi quanto a quello giuridico, che è a dire controllare che i beni risultino effettivamente di proprietà del debitore e che sugli stessi non gravino vincoli capaci di minare gli atti dispositivi programmati. «Egli deve, quindi, accertare che i beni materiali ed immateriali esposti in domanda (diritti di esclusiva, brevetti, giacenze di magazzino, macchinario, beni immobili, ecc.) siano esistenti e correttamente valorizzati, e in caso di dubbio, richiedere apposite stime (senza che ciò lo esima da una valutazione critica della stima); deve accertare che i crediti vantati siano esistenti e “concretamente esigibili”, in quanto relativi a debitori solvibili, effettuando le opportune verifiche» (cfr. nota 20). Nel caso di piano prevedente la continuità aziendale, invece, il professionista si concentrerà soprattutto su dati extra-contabili, di tipo aziendalistico e prima ancora fattuale, non potendo essere pretermesse analisi sul mercato in cui opera l'impresa e sul modello di business adottato.

¹⁴²Al fine di validare le previsioni contenute nel piano l'attestatore potrebbe compiere delle verifiche chiamate “analisi di sensibilità o *what-if analysis*”, mediante le quali sarebbe in grado di testare l'eventuale tenuta del piano al variare delle assunzioni in questo presenti. Tale verifica risulta oltremodo necessaria per gli elementi di maggiore incertezza ma di grande rilevanza all'interno del programma delineato, perché capace di indicare oltre quale variazione delle ipotesi formulate, il piano risulti non più fattibile. In questo modo i destinatari dell'informazione saranno in grado di valutare tanto la portata del rischio inerenti alle varie operazioni, quanto le loro stesse conseguenze.

¹⁴³Così Sez. S.U. 23 gennaio 2013 n. 1321, in www.ilcaso.it

¹⁴⁴Occorre tuttavia chiarire, usando le parole del Trib. Firenze 9 febbraio 2012, in www.ilcaso.it, che «il giudizio di fattibilità non dovrà limitarsi ad una prognosi di “possibilità” o di “probabilità”, ma dovrà esprimere un giudizio di concreta verosimiglianza, nel senso che la situazione (necessariamente futura)

superato il margine di improbabilità di verifica delle stesse, l'attestazione finendo quasi per contraddire se stessa, rende inevitabile un giudizio di inammissibilità da parte del Tribunale già in sede di ammissione. Anche se a vario modo coinvolti nel processo di formazione della consapevolezza del ceto creditorio, quelli si qui elencati, sono solo attori secondari, poiché soggetto principale su cui grava l'onere informativo è in prima battuta e in via primaria il debitore stesso. Proviene da questo la proposta di soddisfacimento diretta ai creditori, così come il piano per mezzo del quale raggiungere l'obiettivo prefisso¹⁴⁵. Assieme a questi il debitore dovrà allegare anche una relazione che fotografi la situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa nel

*prospettata nel piano deve apparire il naturale sviluppo, secondo logiche di esperienza e in base ai dettami delle discipline economiche finanziarie, delle premesse del piano e delle condotte attuative finalizzate alla sua esecuzione.[...]ai creditori [infatti] non interessa la possibilità astratta, ma la concreta praticabilità della soluzione proposta». Risulta essere pratica corretta quella di sottoporre il piano, al fine di attestarne la fattibilità, alle c.d. analisi di sensibilità mediante l'utilizzo degli *stress test*, informando così i creditori anche sull'impatto che eventuali eventi negativi potrebbero avere sulla stessa tenuta del piano, «in modo da individuare lo scostamento massimo accettabile ovvero il livello soglia, superato il quale il piano non è più economicamente fattibile» (così E. Bertacchini, "Diritto societario dell'impresa in crisi", in *Riv. dir. impr.*, 2015, p. 333).*

¹⁴⁵ Si coglie l'occasione per specificare la distinzione, non debitamente messa in risalto nella legge fallimentare tra i concetti di: proposta, piano e domanda concordataria. Per proposta concordataria si intende la proposta negoziale presentata ai creditori dall'imprenditore in crisi, anche se oggi la legge conosce altresì l'istituto delle proposte concorrenti provenienti dai creditori. Con la proposta il debitore si assume un impegno nei confronti del ceto creditorio chiamato a votarla, ma tale impegno diverrà vincolante solo a seguito dell'omologazione da parte del tribunale. Il piano invece rappresenta il mezzo per ottemperare agli impegni presi con la proposta, più precisamente il piano «*rappresenta lo strumento operativo ed organizzativo per formulare la proposta, che si rivela come l'architettura organizzativa (una sorta di pianificazione economica, patrimoniale e finanziaria) per far sì che la proposta appaia ai creditori credibile*» (cfr. M. Fabiani, *Le riforme delle procedure concorsuali*, cit., p. 1710). Poiché il piano deve indicare modalità e tempi di adempimento della proposta, le interconnessioni tra i due concetti sono spesso inevitabili. Basti pensare alle quante volte la previsione di una determinata modalità di adempimento della obbligazione concordataria assunta, non sia solo un mezzo per ottenere le risorse necessarie a soddisfare le pretese creditorie, ma sia modalità di esecuzione dello stesso soddisfacimento (che può avvenire anche con mezzi diversi dal denaro) ed in tal caso diverrebbe elemento stesso della proposta. Discorso simile si può fare per il tempo di adempimento, che può essere oggetto di una precisa obbligazione (ossia la promessa del debitore di far conseguire ai propri debitori il soddisfacimento integrale o parziale delle proprie pretese entro una certa data) divenendo, anche in questo caso, parte integrante della proposta. L'accordo raggiunto tra maggioranza dei creditori e proponente (anche di quello eventualmente concorrente) necessita, per divenire giuridicamente vincolante, dell'omologazione ed è per questo motivo che imprescindibile risulta la presentazione, ad opera del solo debitore, di una domanda giudiziale, rivolta al tribunale competente, di essere ammesso ad una regolazione concorsuale concordata della propria esposizione debitoria. E' proprio con la presentazione della domanda, sotto la forma tecnica del ricorso, che si dà il via a quell'iter procedurale che porterà all'emissione di un decreto di homologazione una volta verificato che la proposta presentata ha ottenuto il consenso dei creditori e che siano stati rispettati i requisiti prescritti dalla legge per l'esercizio di tale facoltà concessa dall'ordinamento.

momento della richiesta di concordato preventivo, nonché i documenti capaci di informare sia il Tribunale che i creditori sulla quantità di massa attiva e passiva inerenti all'impresa in crisi.

2.2.1 Il contenuto degli oneri informativi nei concordati liquidatori e in quelli in continuità

Partendo da un'analisi di tipo per così dire “quantitativo” dell'informazione che necessariamente occorre venga fornita ai creditori, la distinzione da farsi è ancora una volta tra concordati liquidatori e concordati in continuità. Nel caso di concordato puramente liquidatorio degli asset aziendali, per via dell'aggiunta, di recente, di un 4° comma all'art. 160¹⁴⁶, il debitore dovrà assicurare che dalla liquidazione dei propri beni i creditori chirografari ricevano un pagamento non inferiore al 20% dell'ammontare delle loro pretese, mentre nel caso in cui vengano indicate nella proposta percentuali maggiori alla soglia minima qui indicata, allora le stesse non avranno natura vincolante, ma solo probabilistica poiché l'alea connessa all'operazione sarebbe sopportata (tutta) dai creditori¹⁴⁷ una volta approvato il concordato. Anche nell'ipotesi di concordati in

¹⁴⁶ Comma aggiunto dall'art. 4 del D.L. 27 giugno 2015, n. 83 convertito con la L. 6 agosto 2015 n. 132.

¹⁴⁷ L'introduzione di questa nuova soglia non ha mancato di sollevare dubbi sulla sua reale portata sistematica. Infatti, se sembra non revocabile in dubbio che l'introduzione di una soglia “di sbarramento” sia nata dalla volontà di mettere in moto la dispendiosa macchina della procedura concordataria, solo in presenza di proposte non “imbarazzanti”, che sostanzialmente nulla aggiungono in termini di utilità per i creditori, anzi se mai qualcosa sottraggono, alla maggiore delle procedure concorsuali, tuttavia, non altrettanto chiaro è parso il reale significato da attribuire al sintagma “la proposta deve assicurare il pagamento di almeno il 20% dei creditori chirografari”. L'incertezza, riscontrata già in sede di delineazione del perimetro di applicazione della norma (ossia la riferibilità o meno del limite anche a proposte che prevedano continuità indiretta dell'impresa) si è ancora più avvertita sull'interpretazione da attribuire e al lemma “assicurare”. Infatti se per il Tribunale di Firenze 8 gennaio 2016 (in www.ilcaso.it) il termine indica che «*il debitore de[bba] proporre fondatamente il pagamento di almeno il 20% laddove per “fondatamente” deve intendersi una prospettazione a metà strada tra il concetto di garanzia e quello della ragionevole previsione*», per il Tribunale di Ravenna 27 novembre 2015 (in www.ilcaso.it) deve interpretarsi come «*un preciso impegno obbligatorio dell'imprenditore in crisi [...] e non di una semplice prospettazione [ndr per quanto fondata]*» (dell'avviso che si tratti di una vera e propria obbligazione pecuniaria anche E. Sabatelli “La novellata disciplina della domanda di ammissione al concordato preventivo”, in www.ilfallimentarista.it). Concorde con la prima delle corti di merito sopra citate è il Tribunale di Pistoia 29 ottobre 2015 (in www.ilcaso.it) il quale afferma che «*il legislatore del 2015 non ha [...] introdo[tto] un vincolo contenutistico della proposta che possa qualificarsi in termini di promessa di*

continuità, la proposta deve contenere la percentuale di soddisfazione offerta ai creditori perché si ritiene che, in caso contrario, a difettare sarebbe lo stesso requisito di determinatezza che necessariamente deve attenersi all'oggetto concordatario. Un onere informativo aggiuntivo potrebbe configurarsi in ordine alla stessa "convenienza" della continuazione dell'attività rispetto ad un'alternativa concordataria puramente

pagamento di una determinata percentuale del credito. Nessuna traccia in tal senso è visibile nel testo della legge [...], infatti una cosa è l'utilità ceduta, altra è la misura della soddisfazione retribibile rispetto alla quale non vi è impegno da parte del debitore. Quindi la soglia minima di accesso non sta più nella previsione di un pagamento/soddisfazione di almeno il 20% ma nell'assicurare un tale grado di soddisfazione». La questione lungi dall'essere meramente nominalistica si riverbera sulla stessa possibilità di accesso alla procedura, recente è il caso deciso dal Trib. Rovigo 1 agosto 2016 che ha dichiarato l'inammissibilità di una proposta liquidatoria che non assicurava in alcun modo che dalla vendita degli immobili di proprietà della società potesse ricavarsi la liquidità necessaria per soddisfare, nella misura imposta dalla legge, il ceto chirografario. In particolare, il Tribunale riteneva che la mancanza di una obbligazione imprenditoriale da parte della società interessata all'acquisto degli immobili della proponente (non bastevole risultava la semplice lettera di intenti presentata) non consentisse di ritenere soddisfatto quel requisito di certezza che il termine "assicurare" sembra richiedere per l'ammissione a concordati liquidatori. Incertezze si registrano anche in tema di interpretazione della nozione di "pagamento" presente nel dispositivo in commento, infatti se per il Trib. di Pistoia «il termine pagamento non de[ve] intendersi in senso proprio, ma come equivalente di "soddisfazione"», per quello di Bergamo, invece, «il pagamento dell'ammontare del 20% dei crediti chirografari[...] [implica] che il debitore deve assumere necessariamente un'obbligazione di pagamento di carattere monetario» (Trib. Bergamo, circolare operativa 2/2016, in www.ilcaso.it). La tecnicità del termine utilizzato sembrerebbe rifiutare un'interpretazione "estensiva" dello stesso, comprensiva cioè anche di forme di soddisfazione diverse dal pagamento in moneta, come ha ritenuto chi ha teorizzato la necessità di leggere il dettato normativo del 160 comma 4 in uno con l'introduzione, coeva, di cui all'art. 161 comma 2 lett. e) che parla genericamente di "utilità" da fornire a ciascun creditore (cfr. A. Farolfi, "Concordato preventivo: le novità di agosto", in www.ilfallimentarista.it). Indipendentemente se al sintagma "assicurare il pagamento" si voglia o meno attribuire un significato equivalente a quello di assunzione di una obbligazione pecuniaria (che ci pare difficilmente sostenibile almeno se si pone mente al fatto che nello stesso momento in cui il proponente si obbliga mette a disposizione tutti i suoi beni, quindi è proprio quest'ultimi a costituire l'unica e sola garanzia dell'adempimento nei termini indicati), sembra comunque che un punto comune ai vari orientamenti sviluppatosi sul punto si possa trovare. Infatti, non si dubita che l'aggiunta apportata all'art. 160 l. fall. richieda la predisposizione di una documentazione sul punto da parte del debitore (e conseguentemente dell'attestatore) capace di fornire «elementi concreti che rendano certo, in difetto di eventi assolutamente imprevedibili, che il risultato sarà raggiunto. Ciò equivale a dire che il piano e la conseguente proposta non potranno più essere affidati ad una generica previsione di una ripresa del mercato o previsioni fatte sulla base di parametri svincolati dal mercato reale». (cfr. V. Zanichelli, "Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno", in www.ilcaso.it). Naturalmente tutto ciò si riverbererà anche sulla relazione del professionista designato, il quale non potrà limitarsi ad attestare la sola non irragionevolezza di quanto prospettato nel piano e nella proposta, ma dovrà fornire gli elementi dai quali ritiene si possa ritenere fondata la prospettazione fatta. In questo senso si ritiene di concordare con quanti abbiano visto nel requisito de quo una reintroduzione del criterio di meritevolezza soggettiva del debitore, ossia è meritevole del beneficio dell'esdebitazione il solo imprenditore che abbia mantenuto un livello patrimoniale almeno pari a quello necessario per la remunerazione di almeno il 20% del ceto chirografario (così M. Fabiani), «in una logica punitiva per l'imprenditore che non riesca a raggiungerla, destinato per ciò solo al fallimento» (cfr. A. Rossi, "Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni), in www.ilcaso.it).

liquidatoria (c.d. *best interest test*). L'inclusione, sin da subito, nel set informativo presentato dal debitore anche di una simile "informazione comparativa", sembrerebbe essere avvalorata dalla stessa lettera della legge che prevede la necessità per la relazione del professionista di attestare «*che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano concordatario [sia] funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori*»¹⁴⁸. In altre parole, il professionista sarebbe chiamato a valutare ed attestare quanto già espresso dal debitore nella propria proposta e nel connesso piano¹⁴⁹. La necessità di una informazione sulla convenienza della proposta potrebbe essere a ragione sostenuta anche nel contesto di un concordato liquidatorio, ove non è richiesto che la relazione del professionista attesti il c.d. *best interest* dei creditori. Infatti, se all'introduzione dell'onere di cui alla lettera e) dell'art. 161 l. fall.¹⁵⁰ si ritiene di dover dare una lettura diversa dalla semplice ripetizione di quanto già rientri nel concetto di "soddisfazione" dei creditori, allora si potrebbe sostenere che l'informazione aggiuntiva sull'utilità riguardi «*l'utilità comparativamente valutata: dunque come convenienza rispetto ad alternative praticabili*»¹⁵¹. Una simile interpretazione avrebbe anche l'indubbio vantaggio di consentire ai creditori di apprezzare e quindi valutare se quanto a ciascuno proposto, risulti non solo non sconveniente rispetto ad altre alternative concretamente percorribili per la soddisfazione del proprio credito, ma anche se la propria posizione non risulti maggiormente e quindi indebitamente compromessa rispetto a quella di altri creditori. Concludendo, si potrebbe affermare che l'informazione sull'utilità *comparativamente valutata* consentirebbe ai creditori di poter esprimere un voto maggiormente consapevole, così da privare l'ingresso, anche nel nostro sistema, a

¹⁴⁸ Così art. 186bis l.fall. comma 2

¹⁴⁹ L'opportunità dell'anticipazione di questa informazione già nella fase iniziale della procedura, rispetto al suo luogo di elezione e cioè durante il giudizio di omologazione (ovviamente ricorrendone i presupposti richiesti dalla legge di cui all'art. 180 comma 4 l. fall.) si può cogliere anche con un semplice sguardo alla disciplina statutitense, di sicura ispirazione per la nostra, nella quale l'informazione sulla convenienza entra a pieno titolo nel novero delle informazioni veicolate dalla documentazione presentata dal debitore.

¹⁵⁰ L'art. 161 alla lettera e) l. fall. richiede che la proposta indichi «*l'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore*».

¹⁵¹ In questi termini: M. Sciuto, "I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del debito", cit., p. 553. Non risulta che una simile interpretazione, pur a nostro avviso fondata, abbia ricevuto tuttavia l'avvallo di alcun tribunale.

concordati discriminatori pur in assenza dell'attribuzione al giudice di un simile giudizio in sede di omologazione¹⁵².

2.2.2 La qualità dell'informazione dall'angolo prospettico della buona fede

Nel tema dell'informazione concordataria ruolo centrale assume la qualità dell'informazione fornita dal debitore. Infatti se si ritiene che destinatari di tale informazioni siano in primis i creditori, categoria all'interno della quale ben potrebbero esser presenti soggetti definibili in altri contesti contraenti "deboli", o comunque non dotati di particolari competenze tecniche e professionali, si comprende come speciale attenzione vada rivolta alle modalità di rappresentazione dell'informazione. Da questo punto di vista, non può non rilevarsi una certa assonanza con quanto previsto in ambito societario per la redazione delle scritture contabili¹⁵³. Se la completa intellegibilità della proposta concordataria passa attraverso una veritiera, completa, chiara e corretta informazione, allora gli oneri informativi possono anche non limitarsi ai soli espressamente contemplati dalla legge fallimentare, ma poiché estrinsecazione della clausola generale di buona fede, ben potrebbero prevedersene, in capo al soggetto oberato, degli ulteriori ossia *oneri suppletivi* quando ciò risulti necessario al fine sopra

¹⁵²L'impossibilità di omologare proposte contenenti *unfair discrimination* è invece proprio del sistema statunitense e di quello tedesco (cfr. § 245 *Ins*)

¹⁵³Sia nel contesto societario che in quello concordatario, la ricerca di intellegibilità della documentazione (ferme comunque le innegabili differenze tra le due tipologie) risulta necessaria per via della genericità e generalità dei potenziali destinatari dell'informazione veicolata da tali documenti. La clausola generale della chiarezza nel contesto societario ha portato già da tempo ad orientare la giurisprudenza verso la dichiarazione di nullità delle delibere di approvazione di bilanci che pur essendo veritieri, nel senso di veridicità dei dati in essi riportati, nondimeno difettavano di chiarezza nella loro esposizione. Infatti come ebbe ad affermare la Cassazione: «un bilancio poco chiaro pregiudica gli interessi generali tutelati dalla normativa in materia, ancorché i dati in esso riportati non risultino, nella loro espressione contabile, contrari al vero. D'altro canto, il semplice dato numerico è di per sé insufficiente a fornire una informazione leggibile, se non è accompagnato dalla univocità e dalla comprensibilità delle denominazioni delle voci dei conti, non meramente assertive ma dotate di adeguata capacità dimostrativa». Non si vede come analoghe considerazioni non possano non valere anche per l'informazione nel contesto del concordato preventivo, nel quale l'esigenza di una reale consapevolezza di quanto si va a proporre risulta ancora più stringente per via della possibile ablazione delle ragioni dei singoli disposte a maggioranza.

indicato. Da questo punto di vista, si concorda con quanti ritengono che il debitore debba informare gli attori della procedura, ed in particolare i creditori, su qualsiasi circostanza sopravvenuta capace di alterare la rappresentazione dei dati aziendali, così come fornita in sede di ammissione, ovvero la prognosi di realizzabilità della proposta, non solo in termini di assoluta impossibilità di adempiervi, ma anche di sola maggiore difficoltà¹⁵⁴. Così potrebbe sostenersi, come pure si è sostenuto tanto in giurisprudenza quanto in dottrina, che sarebbe contrario alla trasparenza informativa richiesta dalla legge, non solo la mancata esposizione di un fatto o di un atto rilevante, ma anche la mancanza di chiarezza nell'esposizione degli stessi. Non è revocabile in dubbio, che un mero richiamo all'atto o al comportamento risulti insufficiente qualora l'esposizione difetti di un qualsivoglia riferimento di merito, sia sul piano del contenuto sia su quello degli effetti, capace di rendere pienamente intellegibile il comportamento tenuto o l'atto compiuto¹⁵⁵. Il tema della trasparenza informativa visto quale richiamo al più generale obbligo di buona fede¹⁵⁶, ha fatto sorgere l'interrogativo sulla configurabilità di una responsabilità precontrattuale del debitore nel caso di violazione del dovere di correttezza, indipendentemente dalla rilevabilità della condotta ai sensi dell'art. 173 l. fall¹⁵⁷. In particolare, ci si è chiesti se residuasse la possibilità di una responsabilità in capo al debitore, *rectius* agli amministratori (poiché sarebbe alquanto inutile proporre un'azione di responsabilità civile nei confronti del soggetto destinato a fallire) quando

¹⁵⁴ Pur nella consapevolezza che la legge affida espressamente al commissario giudiziale l'onere di fornire ai creditori, e ove integrante fattispecie di cui all'art. 173 l. fall. anche il Tribunale, delle sopravvenienze sopra descritte, tuttavia si ritiene che il debitore, obbligato ad una completa informazione del ceto creditorio, non possa- secondo buona fede- assumere un comportamento reticente e quindi non fornire l'informazione aggiornata potendo, una simile condotta, integrare la fraudolenza richiesta per la revoca dell'ammissione al concordato. Così M. Sciuto, "I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del debito", cit., p. 553.

¹⁵⁵ Cfr. Cass., 26 Maggio 2009, n. 12145, in www.ilcaso.it

¹⁵⁶ Sempre in tema di trasparenza informativa, parte della letteratura ha sostenuto plausibile, in capo al debitore, la configurazione di un dovere di esplicitazione anche degli eventuali elementi di convenienza del fallimento rispetto al concordato proposto; quali ad esempio l'esperibilità di azioni revocatorie o di responsabilità nei confronti dei soggetti coinvolti, pur non essendo questo tipo di informazione espressamente richiesto dalla legge.

¹⁵⁷ Il richiamo alla responsabilità pre-contrattuale, configurabile con maggiore facilità in sede di accordi di ristrutturazione (sul tema F. Di Marzio, "Accordi di ristrutturazione dei debiti. Trattative con i creditori", in www.ilfallimentarista.it), non pare essere interpretazione completamente eterodossa anche in ambito concordatario; sul punto si vedano le considerazioni di M. Sciuto, "I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del debito", cit., p. 555.

questi abbia presentato una proposta contraria a buona fede, in quanto predisposta per fini meramente dilatori, o comunque completamente priva del requisito minimo di serietà. Risposta affermativa viene fornita da quanti ritengono che lo stesso art. 161 comma 9 l. fall., in tema di pre-concordato, non sia che la risposta sanzionatoria dell'ordinamento ad una condotta contraria a buona fede¹⁵⁸.

Occorre tuttavia tenere a mente i problemi che potrebbero sorgere nel caso di una sovrabbondanza di informazioni fornite, infatti come ebbe a sottolineare un'attenta dottrina: «una trasparenza quasi esasperata, rischia di tramutarsi - *ex latere creditorum* - in una sorta di sovrainformazione decettiva»¹⁵⁹. Le considerazioni svolte in questi paragrafi ci consentono di affermare, senza paura di smentita, che quello della correttezza dell'informazione sia bene massimamente tutelato nel contesto concordatario. Basti pensare che l'ordinamento considera, ai fini della meritevolezza dell'esdebitazione, come del tutto indifferente il comportamento pregresso del debitore decotto ovvero l'oggettiva sconvenienza della proposta presentata, ma ha tuttavia considerato sanzionabile ogni vizio inerente all'adeguatezza dell'informazione, in qualsiasi momento della procedura essa venga rilevata, arrivando a poter travolgere persino l'accordo concluso ed omologato mediante l'annullamento dello stesso.

2.3 Il lemma fattibilità e i tentativi di riconduzione del termini ai requisiti di struttura della fattispecie concordataria

La puntualità nel delineare il controllo del giudice in ordine alle modalità di predisposizione delle regole per giungere all'accordo concordatario, diventa del tutto evanescente quando si tenta di definirne il ruolo in ordine al contenuto (*rectius* al merito) del negozio concordatario. Da questo punto di vista gran parte degli sforzi degli

¹⁵⁸ Il comma 9 dell'art. 161 l. fall. prevede l'impossibilità di presentare una domanda di concordato in bianco quando questa faccia seguito ad altra della stessa natura presentata inutilmente nei due anni precedenti.

¹⁵⁹In questi termini P. Vella, "L'atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora della interazione tra giudice, debitore e creditori nella crisi d'impresa", cit. p. 28

interpreti si sono assestati sul tema della fattibilità. Il lemma certo non è dei più chiari, specie se si pensa che non risulta presente in nessun'altra norma del codice civile (essendo anzi lemma proprio del linguaggio aziendale e non giuridico), è stato oggetto di particolari contrasti data la rilevanza sul piano degli effetti che la sua interpretazione comporta. A livello per così dire basico, possiamo constatare come la legge fallimentare parli in più norme del giudizio di fattibilità, prevedendolo: (i) ora come contenuto della relazione del professionista attestatore da allegare alla domanda presentata e ogni qual volta il debitore compia una modifica sostanziale alla propria proposta concordataria (art. 161 comma 3 l. fall.); (ii) ora come contenuto della relazione del commissario giudiziale e del parere motivato da questi depositato prima dell'udienza per l'omologazione dell'accordo raggiunto (rispettivamente art. 172 l. fall. e 180 l. fall.). Il giudizio sulla fattibilità del piano concordatario, che altro non è se non un giudizio sulla realizzabilità dello stesso nei tempi e nei modi indicati dal debitore, è valutazione che normalmente precede la stipulazione di qualsiasi contratto di diritto comune, ma che nel contesto de quo a differenza di quello "generale" assume concretezza giuridica, non restando confinata nel foro interiore delle parti coinvolte nell'affare. In altri termini, il concetto di rischio insito in ogni tipo di obbligazione in capo ad un debitore è legato a quello di fattibilità. L'incertezza, infatti, che accompagna la concreta realizzazione dell'interesse delle parti contraenti, almeno quando tale soddisfazione si collochi in un momento futuro, è rischio duplice: in primis «rischio di inadempimento» in senso tecnico, indipendentemente dalla volontarietà o meno dello stesso, e in secondo luogo «rischio di diminuita soddisfazione economica dell'affare», per via di una serie di circostanze sopravvenute capaci di alterare la struttura economica del negozio stabilito dalle parti, pur non portando ad un inadempimento vero e proprio¹⁶⁰. Si comprende facilmente come la valutazione del rischio, nella duplice accezione sopra riportata, è valutazione che ciascun creditore compie prima della stipula di un negozio, interrogandosi circa la convenienza dell'affare che si sta per concludere. Tale ragionamento diventa affatto diverso nel contesto concordatario, in quanto la valutazione attinente al rischio dell'impossibilità di adempimento della proposta è valutazione che

¹⁶⁰ In questo senso e per il virgolettato nel testo G. Alpa, voce "Rischio", in *Enc. dir.*, XL, p. 1147.

deve essere compiuta precedentemente all'espressione del voto dei creditori ed anche da soggetti diversi dai diretti destinatari della proposta, proprio perché è valutazione preventiva, e potremmo dire orientativa, del consenso che va esprimendo il ceto creditorio. La valutazione de qua trova il suo luogo di elezione nel giudizio di fattibilità, il quale quindi viene a svolgere un ruolo informativo circa il rischio insito nella proposta di accordo presentata. Il ceto creditorio dal canto suo, una volta edotto sul punto, potrà svolgere consapevolmente un personale giudizio sulla convenienza¹⁶¹ “dell'operazione concordataria”, poiché non si può dubitare che il concetto di convenienza e quello di fattibilità siano concetti ontologicamente differenti pur se intrinsecamente connessi. La fattibilità, infatti, rectius il giudizio sulla stessa, è giudizio che guarda alla probabilità di adempimento della proposta nei modi e tempi indicati, mentre il giudizio di convenienza, che del primo è inevitabilmente un posterius, è concetto relazionale poiché si asseta sull'appetibilità di quanto promesso rispetto a quanto conseguibile aliunde, specie in sede fallimentare¹⁶². L'autonomia dei due concetti, che sul piano logico appare facilmente sostenibile, sembra più difficilmente riscontrabile nella prassi, parendo oltremodo capzioso il ragionare su di un concordato non fattibile e pure considerato conveniente dai creditori, ovvero realisticamente fattibile ma non conveniente. In realtà, né la prima né la seconda risultano ipotesi semplicemente di scuola. Basti pensare al creditore che pur consapevole della difficoltà di realizzazione del piano presentato, ritenga il concordato conveniente per via di altra utilità (diversa dalla percentuale di soddisfacimento del credito prospettata) conseguibile mediante questo; oppure al contrario caso del creditore che non giudichi conveniente una proposta pur altamente

¹⁶¹ Osserva correttamente V. Conforti (“Fattibilità del concordato e struttura dell'atto”, in www.juscivile.it), prendendo spunto dalle riflessioni di carattere generale di N. Irti (*L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998) come «l'informazione sia elemento essenziale di regimi normativi, che tutti volgono a ricollegare il rischio alla libertà della scelta. L'informazione si pone, qui [ndr. nel contesto concordatario] come nelle altre discipline del diritto del mercato, a fondamento dell'autoresponsabilità (che è poi null'altro dal rischio della libertà)”.

¹⁶² Da questo punto di vista non vi è chi non ritenga che il giudizio sulla fattibilità non esaurisca la sua funzione nella sola informazione del ceto creditorio, poiché i rilievi espressi sul punto dal commissario giudiziale nel proprio parere, sono funzionali altresì alla decisione del giudice in sede di omologazione. Il giudice, infatti, dovrà tenere conto al fine di esprimere un giudizio sulla convenienza del concordato per il creditore opponente, rispetto ad altra alternativa concretamente praticabile, proprio partendo dal grado di probabilità di realizzabilità della proposta debitoria, i.e. dalla fattibilità della stessa. In questo senso: A. Nigro, D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 354.

realizzabile, per via della possibilità di esperire azioni revocatorie particolarmente fruttuose in sede fallimentare, ovvero estendere il fallimento anche a soci illimitatamente responsabili¹⁶³. Una simile lettura del giudizio di fattibilità sembra confermato dalla rilevanza che ha assunto nell'oggi il consenso dei creditori, che tanto potranno esprimersi sulla convenienza della proposta in quanto consapevolmente edotti "sul rischio di inadempimento" o di "ridotta soddisfazione dell'aspettativa creditoria" espresso nel giudizio di fattibilità compiuto dai soggetti cui per legge compete. Pertanto, poiché ad esprimersi sulla fattibilità non è solo un soggetto legato al debitore ma anche un organo della procedura imparziale e deputato alla salvaguardia degli interessi *in primis* creditori, i rilievi fatti da questo saranno in grado di far percepire e conseguentemente accettare, in caso di voto positivo, il rischio in insito nella proposta. Tale approccio interpretativo consente, inoltre, di comprendere la portata sistematica della norma inerente alla risoluzione di un concordato omologato. La fattispecie di cui all'art. 186 l. fall., disciplinante la risoluzione del concordato per inadempimento del debitore, si presta infatti ad essere esaminata anche alla luce dei rilievi svolti finora sulla funzione del giudizio di fattibilità. Se si concorda con le riflessioni qui riportate, si comprende agevolmente come i creditori che abbiano accettato la proposta del debitore, nonostante eventuali rilievi negativi espressi dal commissario giudiziale nella propria relazione circa la realizzabilità del piano nei termini promessi, avranno anche accettato il rischio di una eventuale soddisfazione inferiore a quella loro promessa dal debitore e pertanto saranno conseguentemente chiamati a sopportarne il peso. La funzione della valutazione di fattibilità, dunque, potrà essere apprezzata non solo nella prospettiva dell'informazione dei creditori per l'espressione di un voto consapevole, ma anche sotto il diverso aspetto «*di grado di tollerabilità dell'inadempimento*»¹⁶⁴, ossia metro per la misurazione della gravità di questo ai fini della risoluzione. Una simile lettura può apparire non particolarmente eterodossa se solo si guarda in combinato alle disposizioni che regolano e l'intervento del commissario giudiziale prima dell'adunanza dei creditori

¹⁶³ Cfr. M. Fabiani, "Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità", in *Fallimento*, 2011, p. 174. L'A. giustamente sottolinea come la diversità dei due concetti si attesti già sull'oggetto dei due giudizi: quello di fattibilità ha ad oggetto il piano mentre quello di convenienza la proposta stessa.

¹⁶⁴ Vedi: V. Confortini, "Fattibilità del concordato e struttura dell'atto", cit..

e la disposizione sulla risoluzione del concordato (rispettivamente art. 172 l. fall. e 186 l. fall.). Quest'ultima in particolare, richiedendo che l'inadempimento non sia di scarsa importanza, si pone in perfetta assonanza con quanto espresso dall'art. 1455 c.c. in tema di risoluzione di un contratto di diritto comune, ma manca, a differenza della norma del codice civile, di indicare la necessarietà che l'inadempimento sia imputabile al debitore e soprattutto quando lo stesso possa definirsi "non grave". Il silenzio della norma sul punto porta ancora una volta a riflettere, al fine di ancorare il concetto di gravità ad un determinabile parametro, sulle modalità di formazione dell'accordo concordatario e in particolare sul fatto che ad esso si accompagni uno «*statuto legale dell'informazione sul rischio di inadempimento*»¹⁶⁵. Statuto dato proprio dalle relazioni sulla fattibilità fornite tanto dal professionista (in sede di ammissione), quanto dal commissario giudiziale prima dell'espressione del voto dei creditori¹⁶⁶. L'aggancio per la valutazione della gravità dell'inadempimento con lo scostamento previsto dal commissario giudiziale ed accettato dai creditori, dovrebbe portare il giudice a considerare non rilevante una minore soddisfazione dei creditori rispetto a quanto loro promesso se tale "minus" non risulti inferiore a quanto comunque dagli stessi precedentemente accettato. Una simile lettura sembra poter trovare conferma ponendo mente a quanto previsto nel codice civile, ove per misurare la "scarsa importanza" si fa riferimento ad un «*inadempimento tale che la parte offesa, se lo avesse previsto, non avrebbe stipulato*»¹⁶⁷. Anche nel diritto comune, quindi, il parametro per l'inadempimento è legato a quanto preventivato dal contraente in bonis, e quindi nel contesto de quo a quanto i creditori abbiano preventivato mediante le informazioni provenienti dall'organo della procedura¹⁶⁸. Il che

¹⁶⁵ Vedi nota precedente

¹⁶⁶ Infatti, se il commissario giudiziale ha nella propria relazione evidenziato quanto di minore in realtà i creditori potranno ottenere mediante le modalità di soddisfazione programmate dal debitore, l'approvazione della proposta indicherà che i creditori hanno consapevolmente accettato la possibilità di un tale scostamento e quindi, andando un po' oltre con il ragionamento, hanno reputato come non grave l'inadempimento compreso nella forbice tra quanto promesso dal debitore e quanto invece risultante dai rilievi del commissario. Da questo di vista si vedano le chiare riflessioni di N. Irti già riportate nella nota 43.

¹⁶⁷ Così R. Sacco, voce *Risoluzione per inadempimento*, in *Digesto delle discipline civilistiche*, sez. civ., XVIII, p. 61.

¹⁶⁸ Nel caso di giudizio di fattibilità privo di rilievi da parte del commissario, il giudice in sede di richiesta di risoluzione del concordato, dovrà necessariamente utilizzare i criteri di riferimento propri dei contratti commutativi ossia quello soggettivo e quello oggettivo, con tutte le difficoltà che un simile accostamento

non implica ovviamente che il debitore possa adempiere per scelta nella minor misura rilevata dal commissario andando esente da conseguenza alcuna. Egli resta impegnato per quanto promesso e non nella misura minore prevista nel giudizio di fattibilità, potendo il suo comportamento, in caso contrario, integrare gli estremi di una condotta contraria a buona fede nell'esecuzione del contratto, e come tale comportare la risoluzione per inadempimento e la connessa tutela risarcitoria¹⁶⁹. Pertanto, impostando così la questione il giudizio di fattibilità avrebbe e una funzione precipuamente informativa (informazione sul rischio di inadempimento della controparte concordataria), rendendo i creditori capaci di esprimere un consenso realmente consapevole, e una funzione rilevante per la misurazione della gravità dell'inadempimento ai fini della risoluzione di cui all'art. 186 l. fall. Dall'impostazione seguita nel testo, si evince come il lemma fattibilità abbia poco o nulla a che fare con la questione, discussa quasi senza interruzioni dal 2005 ad oggi, sul ruolo demandato al giudice nel contesto del nuovo concordato preventivo. Se la legittimazione a reagire

pone già a livello logico prima ancora che applicativo (cfr. G. Faucegna, "Diritto civile e concordato preventivo: una convivenza difficile", in *Fallimento*, 2015, p. 356). Difficoltà che si avvertono soprattutto per l'individuazione dell'interesse creditorio da prendere a parametro per la valutazione del criterio soggettivo, ossia se quello del singolo soggetto richiedente la risoluzione o quello generale della categoria creditoria. Per evitare di cadere in un'impasse di complicata soluzione vi è chi ha ritenuto del tutto irrilevante il criterio soggettivo, ritenendo che l'inadempimento vada guardato solo dal punto di vista oggettivo (vedi anche Trib. Forlì 19 marzo 2014, in *Fallimento*, 2015, p. 349), parametrando però l'inadempimento non all'intera operazione concordataria ma all'obbligo violato, *uti singulus*, e per il quale si è agito in giudizio (vedi G. Rago, "La risoluzione del concordato preventivo fra passato, presente...futuro", in *Fallimento*, 2007, p. 1214). Il problema in realtà non sembra di così semplice soluzione se si riflette sul fatto che pur essendo la legittimazione ad agire concessa al singolo creditore, il concordato resta comunque accordo raggiunto con il voto favorevole della maggioranza dei soggetti coinvolti e in quanto tale la sua risoluzione non può non tenere conto dell'assetto complessivo degli interessi dedotti nell'accordo. Così ragionando, in adesione con la prevalente giurisprudenza, ci si avvicina nei fatti alle considerazioni svolte in tema di inadempimento dei contratti plurisoggettivi, per i quali il discorso risulta in parte affine. Se da questo punto di vista l'interesse del creditore ricorrente, come singolo, non parrebbe rilevare ai fini della risoluzione, un discorso diverso potrebbe farsi nel caso in cui la posizione di questi risulti "essenziale" ai fini dell'accordo omologato, in continuità con quanto previsto dall'art. 1459 c.c. per i contratti plurilaterali (che comunque risultano ontologicamente distinti da quelli plurisoggettivi). Si potrebbe sintetizzare con formula conclusiva che: «il pregiudizio, dedotto quale causa di inadempimento, deve essere dedotto come proprio e come effettivamente subito dal creditore istante, ciò essendo rilevante ai fini della legittimazione, ma l'inadempimento stesso deve essere rappresentato quale elemento caratterizzante il complesso dell'impegno concordatario assunto dal debitore» (vedi G. Faucegna, op. cit.).

¹⁶⁹ L'assunto parte dalla condivisione dell'idea che la buona fede nell'esecuzione del contratto indichi un autonomo obbligo di fonte legale, che va ad integrare quelli contrattualmente previsti dalle parti, e che se violato, potrebbe comportare – configurandosene i presupposti – la dichiarazione di risoluzione del contratto. Per tutti si veda M. Bianca, *Diritto civile*, III, Milano, 2000, p. 503 ss.

contro il fatto dell'inadempimento è dato ai soli creditori, a maggior ragione allora solo a questi dovrebbe spettare la decisione sull'assunzione o meno del rischio ad esso legato¹⁷⁰, nella prassi in verità la soluzione non è porsa così scontata dando vita ad una letteratura tanto vasta quanto eterogenea. Il problema è nato ancora una volta dall'ambiguità del dato normativo, e dalla mai risolta diatriba sulla natura giuridica¹⁷¹ della fattispecie concordataria. Il requisito della fattibilità si presterebbe infatti ad essere apprezzato come autonomo elemento costitutivo della fattispecie concordataria e come tale sindacabile dal giudice in ogni momento della procedura, essendo a questi inevitabilmente demandato il compito di controllare la mancanza di vizi strutturali (e quindi genetici) della fattispecie in formazione. L'espedito utilizzato per l'espressione di una volontà sostitutiva, e non solo integrativa, dell'autorità giudiziaria è stata consentita dall'interpretazione fornita, soprattutto dalla giurisprudenza di merito, ad uno dei presupposti per l'ammissione ossia il deposito della relazione attestante la fattibilità del piano concordatario. Si è ritenuto, infatti, che ad essere requisito di ammissibilità non fosse la sola esistenza materiale della relazione ma la qualità stessa che il professionista era chiamato ad attestare. Da questa interpretazione ne sarebbe derivata quale logica conseguenza che il giudice che avesse ritenuto infattibile il piano presentato avrebbe dovuto negare l'ingresso alla proposta da quel piano supportata e, *a fortiori*, non concederne l'omologazione, anche quando la stessa avesse ottenuto il voto favorevole della maggioranza dei creditori (*rectius* dei crediti). Il primo tentativo in tal senso, ossia di riconduzione della fattibilità ad elemento caratterizzante la struttura stessa del concordato (inteso come patto), lo si deve a quella giurisprudenza che ha ricondotto il lemma alla categoria civilistica della possibilità dell'oggetto¹⁷² del contratto. In base all'art. 1418 c.c., la mancanza, per quanto concerne l'oggetto dei requisiti di cui all'art. 1346 c.c., tra i quali rientra la possibilità dello stesso, determina la nullità del contratto. Traslando il discorso alla materia concordataria, anche l'impossibilità dell'oggetto del patto concordatario dovrebbe determinare la non omologabilità dell'accordo

¹⁷⁰ Così M. Fabiani, "Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato e riflessi sulla fattibilità", cit., p. 179.

¹⁷¹ Sul punto cfr. cap. I

¹⁷² Il riferimento è a Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in www.ilcaso.it

raggiunto¹⁷³. Una sovrapposizione *sic et simpliciter* dei due concetti non sembra in realtà fondata, poiché se la possibilità guarda alla realizzabilità della prestazione¹⁷⁴ contrattuale da un punto di vista oggettivo e per così dire assoluto, la fattibilità (così come sopra indicato) si assesta sul livello di ragionevolezza tra quanto promesso e quanto in concreto realizzabile dal quel determinato promittente in base al piano formulato. I due concetti risultano affatto differenti ma nondimeno si potrebbe sostenere che quella della fattibilità sia una sorta di “possibilità relativa”, quindi cosa altra rispetto a quella di diritto comune e quindi propria del solo diritto concordatario. Ciò implicherebbe che la fattibilità intesa come possibilità *sui generis* rimandi alle caratteristiche di astrattezza ed oggettività della possibilità contrattuale, ma non anche all’assolutezza, poiché i termini di comparazione per la fattibilità della prestazione concordataria sarebbero i mezzi concretamente a disposizione del debitore per come rappresentati nel piano. Anche tale approccio non sembra condivisibile, perché quello di fattibilità è un giudizio che, come tale, non potrà mai essere oggettivo e astratto quanto piuttosto soggettivo e concreto, e naturalmente legato ai criteri preventivamente selezionati dal soggetto che tale giudizio formula. In altri termini la fattibilità e la possibilità sono concetti ontologicamente differenti, non riconducibili ad una matrice comune, perché appartenenti a piani differenti: (i) il primo a quello degli effetti del rapporto (i.e. al suo svolgimento), (ii) il

¹⁷³ Discorso analogo vale anche nella fase precedente dell’ammissione. Alla proposta di concordato, infatti, in quanto atto (unilaterale) avente contenuto patrimoniale, si applicheranno a norma dell’art. 1324 c.c. le regole vigenti in materia contrattuale, per quanto compatibili, comprese quelle dettate in tema di validità di quest’ultimo.

¹⁷⁴ Nel contesto del presente lavoro l’oggetto del contratto viene inteso, pur nella consapevolezza della polisemia che il termine ha raggiunto nella letteratura odierna, come «*la cosa, o più in generale il diritto (reale o di credito) che il contratto trasferisce da una parte all’altra oppure alla prestazione che una parte si obbliga ad eseguire a favore dell’altra*» (cfr. F. Galgano, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010, p. 229). Fatta questa premessa, l’impossibilità della prestazione che rileva ai fini della validità del contratto, si ritiene vada riferita solamente a quella che risulti essere assoluta, originaria e oggettiva (così M. Bianca, *Diritto civile*, Milano, 1984, vol.4, p. 84). Dato incontestabile, almeno stando alla prevalente dottrina e giurisprudenza, è l’ininfluenza (sotto il profilo dell’impossibilità della prestazione) delle condizioni economiche del soggetto oberato, o meglio delle difficoltà di questi nell’adempire alla prestazione, infatti «*quando l’impegno è astrattamente possibile il contratto è valido, anche se, di fatto, la parte non abbia i mezzi per adempiere. In tal caso l’inettitudine della parte si tradurrà in inadempimento della prestazione*» (in questi termini M. Bianca, *Diritto civile*, vol. 3, cit. p. 319; dello stesso avviso anche Cass. 24 aprile 1998, n. 4013 e A. Tabucchi, *istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, p. 627).

secondo a quello della fattispecie (ossia alla struttura dell'atto)¹⁷⁵. Da tale constatazione si evince come il predicato della possibilità sia un *prius*, tanto logico quanto cronologico, della fattibilità, infatti solo dopo aver superato il vaglio della possibilità giuridica e materiale dell'oggetto concordatario, si potrà procedere all'espressione di un giudizio sulle concrete probabilità che il piano possa essere adempiuto nei modi e nei tempi previsti dal proponente. La confusione dei due concetti sarebbe stata generata dalla pretesa di ricondurre l'(in)fattibilità ad un vizio genetico della fattispecie, consentendo così un sindacato officioso del giudice sul punto¹⁷⁶. A ben vedere tuttavia, le ipotesi dalle quali deriverebbe l'assoluta improbabilità di adempimento, ridondante in una nullità per impossibilità dell'oggetto, per come esemplificate dalla giurisprudenza (vedi nota 58), sono riconducibili ad una inesatta rappresentazione dei dati aziendali sui quali il piano si è basato, e sui quali lo stesso consenso dei creditori si è formato. Tuttavia, la scoperta di elementi non presi in considerazione nella relazione del professionista, capaci di rendere sensibilmente differente il giudizio sulla probabilità di successo del concordato, ha viziato il consenso dei creditori, che se correttamente edotti sul punto probabilmente avrebbero espresso un voto diverso, ma non ha reso perciò solo impossibile la proposta. Il vizio di cui si tratta è sì genetico ma afferente al piano della

¹⁷⁵ Consapevole di una simile distinzione è anche quella parte della dottrina che pur riconducendo l'infattibilità della proposta alla categoria dogmatica dell'impossibilità dell'oggetto danno di quest'ultima una definizione non statica ma dinamica, così: A. Di Majo, "La fattibilità del piano: legittimità o merito?", in *Corr. giur.*, 2012, p. 233; I. Pagni, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in V. Buonocore - A. Bassi (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, vol. I, p. 587. In base all'A. «è la possibilità dell'oggetto, infatti, l'elemento nel quale può tradursi con qualche sforzo di adattamento delle categorie civilistiche alla peculiare dimensione del diritto concorsuale, il requisito della (in)fattibilità, che evoca un concetto a metà strada tra ciò che è ab initio impossibile (con la conseguenza della nullità), e ciò che può diventarlo tanto nel corso del procedimento, quanto dopo, in sede di esecuzione, trasformandosi allora nell'inadempimento della prestazione pattuita, con l'esito della risoluzione».

¹⁷⁶ La circostanza risulta particolarmente evidente se si analizza il percorso motivazione di quella giurisprudenza che in maniera più approfondita ha parlato dell'assimilabilità dei due concetti. Infatti, la Cassazione del 2011 (Cass. 15 settembre 2011, n. 18864) ha affermato che la nullità del concordato vada rilevata dal giudice quando si ritiene che questo non potrà essere in alcun modo adempiuto, ferma comunque la differenza che corre tra tale assoluta improbabilità di adempimento e l'alea caratterizzante qualsiasi transazione economica, e come tale, lasciata alla libera apprezzabilità della controparte "contrattuale". Pertanto, «estranea alla sfera di autonomia soggettiva di giudizio resta allora solo l'ipotesi limite, in cui non di vizio funzionale della causa si debba parlare (...) bensì di vero e proprio vizio genetico, accertabile in via preventiva alla luce della radicale e manifesta inadeguatezza del piano - per sopravvalutazione dei cespiti patrimoniali o indebita pretermissione, o svalutazione di voci del passivo - non rilevata ab initio nella relazione del professionista. In tal caso, il difetto di veridicità dei dati non può essere sanato dal consenso dei creditori, che sarebbe inquinato da errore-vizio».

volontà dei contraenti, è vizio, cioè, che integra gli estremi dell'errore – volendo continuare ad utilizzare categorie civilistiche – e che risulta affatto differente dalle cause di nullità tipizzate dal Legislatore civile¹⁷⁷. Nel caso *de quo* i difetti denunciati dalla sentenza della Cassazione («sopravvalutazione dei cespiti patrimoniali o indebita pretermissione o svalutazione, di voci del passivo, non rilevati ab inizio dal professionista») sarebbero vizi riconducibili ad un difetto informativo del ceto creditorio, che solo in via indiretta e consequenziale potrebbero portare ad un piano non fattibile¹⁷⁸, ma che comunque dovrebbero portare ad una dichiarazione di non omologabilità per carenza, per quanto riguarda la relazione, dei requisiti richiesti dalla legge.

2.4 Il giudizio di fattibilità e i contrasti interpretativi registrati nella giurisprudenza

Il problema generato dall'interpretazione del lemma fattibilità nel contesto concordatario, che altro non è se non un problema di perimetrazione del ruolo del giudice nella procedura a seguito delle varie riforme legislative, ha fatto emergere nelle decisioni della giurisprudenza e negli orientamenti della dottrina, una grande difformità, non dissipata neppure dalle pronunce della Corte di Cassazione susseguitesi negli anni,

¹⁷⁷ L'assunto dovrebbe risultare incontestabile almeno da quanti concordino con l'idea che di impossibilità della prestazione si possa parlare solo ove i fatti sopravvenuti rendano l'esecuzione della stessa in assoluto non possibile.

¹⁷⁸ Così ragionando si recupererebbe anche quella distinzione sottolineata *aliunde* tra piano *genetico-formativo* dell'atto (al quale ineriscono le cause di nullità dello stesso) e piano *funzionale-esecutivo*, comportante invece l'eventuale risoluzione del contratto. La fattibilità sarebbe da ricondurre a quest'ultimo mentre la possibilità al primo. Il tema è stato oggetto di acceso dibattito nella materia dell'intermediazione finanziaria, con il quale un certo parallelismo non sembra particolarmente eterodosso. In questo contesto, la giurisprudenza ha sottolineato e ribadito il principio classico di non interferenza tra regole di comportamento e regole di validità, stabilendo che «*la violazione delle prime, tanto nella fase prenegoziale quanto in quella attuativa del rapporto, ove non sia altrimenti stabilito dalla legge, genera responsabilità e può essere causa di risoluzione del contratto, ove si traduca in una forma di non corretto adempimento del generale dovere di protezione degli specifici obblighi di prestazione gravanti sul contraente, ma non incidente sulla genesi dell'atto negoziale, quanto meno nel senso che non è idonea a provocarne la nullità*» (cfr. Cass., Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008, p. 784). Si vedano le considerazioni svolte in tal senso da A. Patti, "La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale", in *Fallimento*, 2012, p. 43.

tanto da aver reso necessario un intervento nomofilattico delle Sezioni Unite già nel 2013.

Tra i giudici di legittimità, era maggioritaria, l'opinione per la quale la fattibilità del piano non fosse requisito direttamente sindacabile dal Tribunale, dal momento che era (ed è) il solo professionista attestatore ad essere espressamente incaricato dalla legge, a certificare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. Contrariamente non pretermisibile era il controllo in ordine all'adeguatezza e correttezza dello snodo motivazionale seguito dallo stesso nella propria relazione attestatrice. Proprio sulla relazione del professionista, infatti, il Tribunale avrebbe dovuto concentrare il proprio vaglio, verificando che la stessa fosse in grado di svolgere la sua precipua funzione – ossia rendere consapevolmente edotta la massa dei creditori sul tipo di proposta loro presentata – lasciando al commissario giudiziale le eventuali valutazioni in ordine alla non fattibilità, intesa come prognosi infausta di non realizzabilità del piano per come predisposto.

Le prime pronunce di legittimità tra il 2010 e 2011¹⁷⁹ avevano fornito non poche indicazioni utili sul punto, ritenendo che il sindacato del giudice avrebbe dovuto dipanarsi sui soli aspetti di legalità di proposta e piano, mediante un controllo indiretto degli stessi, e conseguentemente, senza possibilità alcuna di sovrapposizione del proprio giudizio sulla fattibilità a quello del professionista prima (in sede di ammissione) e dei creditori poi (in sede di omologazione). Di diverso avviso, ci pare, fosse la maggioranza delle giurisprudenza di merito¹⁸⁰, meno incline a flessioni di tipo “privatistico” nella

¹⁷⁹ In questo senso si veda Cass. 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Rep. Foro it.*, 2009; Cass. 23 giugno 2011, n. 13817; Cass. 23 giugno 2011, n. 13818, in *Fallimento*, 2011, p. 933, con nota adesiva di S. Ambrosini, “Il sindacato *in itinere* del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza”; Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fallimento*, 2011, p. 167, con nota adesiva di M. Fabiani, “Per la chiarezza delle idee su proposta, piano, domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità” e nota critica di G. Bozza, “Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo”; Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Fallimento*, 2011, p. 403; Cass. 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Fallimento*, 2011, p. 805; Cass. 29 luglio 2011, n. 16738, in *Fallimento*, 2012, p. 51; Cass. 16 settembre 2011, n. 18987, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 1306.

¹⁸⁰ A titolo non certamente esaustivo si vedano: Trib. Monza, decr. 5 luglio 2011, in www.ilcaso.it; Trib. Napoli, decr. 19 maggio 2010, in www.ilcaso.it; Trib. Latina, 18 ottobre 2012, in www.ilcaso.it; App. Firenze, 28 settembre 2012, n. 1237, in www.ilcaso.it la scelta delle corti territoriali di elevare ad autonomo requisito di ammissione della domanda di concordato, e come tale direttamente sindacabile dal Tribunale, veniva giustificato anche dall'adesione ad una precisa lettura della modifica apportata all'art. 162 l. fall. apportata dal d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169. Il testo dell'articolo riformato, non limita più il

valutazione della proposta concordataria ed allineata a quella che potrebbe definirsi la posizione minoritaria della Cassazione. Si riteneva, infatti, che un controllo esteso anche alla fattibilità del piano fosse dettato dalla non possibile estromissione, anche a seguito della riforma, di una tutela del ceto creditorio, essendo il tribunale l'unico soggetto (ancora) posto «*a presidio della ragionevolezza equitativa delle soluzioni adottate*¹⁸¹». Ad originare il contrasto anche tra i giudici di legittimità, poi sfociato nella rimessione della questione alle Sezioni Unite, fu la pronuncia della Cassazione del 2011 n. 18864, la quale profilava (come già sopra evidenziato) l'ipotesi di una assimilazione della non fattibilità del piano ad una impossibilità dell'oggetto, come tale necessariamente sindacabile d'ufficio dal giudice. La necessità di dare una risposta esaustiva a quello che si presentava come vero e proprio nodo gordiano dell'istituto concordatario, ha portato ad una pronuncia non erratamente definita «*più equilibrata che giusta*»¹⁸², la cui analisi risulta imprescindibile visto il recepimento delle sue linee guida nelle decisioni dell'intera giurisprudenza di legittimità ad essa successiva¹⁸³.

sindacato del giudice, in sede di ammissione, alla sola «*completezza e regolarità della documentazione*» presentata, ma richiede che il Tribunale verifichi che ricorrano «*i presupposti di cui agli art. 160, commi primo e secondo, e 161*», tra i quali rientra anche la fattibilità, rectius l'attestazione di fattibilità. In questo senso cfr.: Trib. di Sulmona, 2 novembre 2010, in www.ilcaso.it; *contra*: Corte d'Appello di Roma, 18 settembre 2010, in *Dir. fall.* 2011, p. 18, con nota adesiva di G. Fauceglia, "Brevi considerazioni sui poteri del tribunale in tema di concordato preventivo"; Corte d'Appello di Torino, 18 ottobre 2010, in www.ilcaso.it; Trib. di Novara, 29 giugno 2012, in www.ilcaso.it; Trib. di Roma, 20 aprile 2010, in *Dir. fall.*, 2011, p. 298.

¹⁸¹ Cfr. V. Conforti, "Fattibilità del concordato e struttura dell'atto", cit.

¹⁸² Cfr. M. Fabiani, "Concordato preventivo e giudizio di fattibilità: le Sezioni Unite un po' oltre la metà del guado", in *Foro it.*, 2013, p. 1573.

¹⁸³ *Ex multis*: Cass. 9 maggio 2013, n. 11014, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv. 626421; Cass. 27 maggio 2013, n. 13083, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv. 626689; Cass. 25 settembre 2013, n. 21901, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv. 627746; Cass. 6 novembre 2013, n. 24970, in *Giur. comm.*, 2015, p. 53; Cass. 31 gennaio 2014, n. 2130, in *Giust. civ. Mass.*, 2014, rv. 629779; Cass. 30 aprile 2014, n. 9541, in *D&G*, 2014; Cass. 22 maggio 2014, n. 11423, in www.GiustiziaCivile.com, 2015; Cass. 23 maggio 2014, n. 11497, in *Foro it.* 2014, p. 3170; Cass. 17 ottobre 2014, n. 22045, in www.ilcaso.it; Cass. 4 maggio 2016, n. 8799 e Cass. 5 febbraio 2016, n. 2320, in *Guida al diritto* 2016, p. 38 e 69; Cass. 9 agosto 2016, n. 16830, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; Cass. 4 maggio 2016, n. 8804, in *D&G*, 2016, p. 5; Cass. 20 dicembre 2016, n. 26332, in www.ilfallimentarista.it, 2016; Cass. 12 agosto 2016, n. 17079, in www.ilfallimentarista.it, 2016; Cass. 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Dejure*.

2.5 La questione al vaglio delle Sezioni Unite: l'introduzione di una distinzione e l'apertura alla causa concreta del concordato preventivo

Lo snodo motivazionale seguito nella pronuncia dalle Sezioni Unite del 2013¹⁸⁴ parte dalla presa d'atto del nuovo volto del concordato visto, a seguito della riforma, come il luogo di composizione degli interessi di creditori e debitore, e necessitante, in quanto tale, di una maggiore economicità e flessibilità nella propria conformazione, possibile solo mediante una valorizzazione dei profili negoziali ad essa inerenti. Tale valorizzazione non permette, tuttavia, ad opinione dei Giudici, un completo svuotamento del ruolo del Tribunale¹⁸⁵ all'interno della procedura, poiché non si può guardare il fenomeno concordatario come un affare privato tra l'imprenditore decotto e la maggioranza dei suoi creditori. Date queste premesse, la Corte sostiene che l'art. 162 l. fall. imponga al giudice di dichiarare inammissibile una proposta carente dei requisiti richiesti dai commi 1 e 2 dell'art. 160 e 161 l. fall, tra i quali rientra anche la fattibilità del piano allegato alla domanda. Il controllo riservato al giudice, non è un controllo di "secondo grado" avente ad oggetto la sola completezza e congruità logica della

¹⁸⁴ La sentenza della Suprema Corte prende le mosse dal giudizio di rigetto della domanda di omologa presentata al tribunale di Cosenza. La proposta formulata dalla società debitrice prevedeva l'integrale pagamento dei creditori privilegiati e di quelli chirografari mediante il ricavato proveniente dalla cessione dei propri beni; in riferimento al quale il commissario giudiziale aveva immediatamente evidenziato delle criticità, rilevando che il ricavato della cessione avrebbe consentito la sola soddisfazione integrale dei creditori privilegiati, mentre per quelli chirografari la percentuale non sarebbe stata superiore, verosimilmente, al 45% del loro ammontare. Nondimeno, la proposta approvata dalla maggioranza dei creditori veniva sottoposta al successivo giudizio di omologa, nel quale il commissario depositando il proprio parere ai sensi dell'art. 180, formulava una rettifica a ribasso delle sue precedenti valutazioni, presumendo una percentuale di soddisfacimento pari al 33,56% dei crediti chirografari ed esprimendo conseguentemente parere negativo all'omologa. Il tribunale di Cosenza, in linea con la tesi maggioritaria nella giurisprudenza di merito, negava pertanto l'omologa condividendo sostanzialmente le criticità emergenti dalla relazione, prima, e dal parere, poi, del commissario giudiziale e ritenendo di avere un autonomo potere di sindacato in ordine alla fattibilità del piano presentato. Su istanza di un creditore, veniva dichiarato quindi il fallimento della debitrice. Entrambi i provvedimenti appellati venivano confermati dalla Corte di Appello di Catanzaro. Avverso tale pronuncia era proposto ricorso per Cassazione, la quale riteneva, per via della rilevanza della questione di diritto sottesa, di rimettere la pronuncia ex art 363 c.p.c. al giudizio delle Sezioni Unite.

¹⁸⁵ Cosa suggerita in special modo «dall'avvertita esigenza di tener conto anche degli interessi di soggetti ipoteticamente non aderenti alla proposta, ma comunque esposti agli effetti di una non condivisa approvazione», cfr. Cass. Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in www.ilcaso.it

relazione, ma un controllo diretto di quello che si ritiene sia presupposto stesso di ammissibilità, e sul quale il giudice ben può formulare opinione contrastante con quella attestata dal professionista vista la sua qualità di “*peritus peritorum*”. La lettura qui offerta si presenta in netto contrasto con quanto affermato precedentemente dalla Cassazione¹⁸⁶ nel 2010: ossia che gli art. 162 e 163 l. fall. avessero per oggetto la sola regolarità e completezza della documentazione allegata alla domanda, e di conseguenza che, anche per la relazione del professionista, il giudizio del tribunale dovesse arrestarsi sulla capacità di quest’ultima di svolgere la funzione affidatale dal Legislatore, vale a dire, fornire elementi di valutazione per i creditori, come era stato sunteggiato correttamente si trattava di «*un giudizio sul giudizio*»¹⁸⁷. A fronte di tale inversione di tendenza ad opera della Suprema Corte si potrebbe giungere alla convinzione di una definitiva risoluzione delle incertezze interpretative registrate sul tema qui in commento. Tuttavia i Supremi Giudici compiono un ulteriore passo in avanti introducendo la distinzione, ormai nota, del profilo giuridico e di quello economico propri dell’unitario concetto normativo della fattibilità, arrivando a parlare di una fattibilità giuridica in contrapposizione con quella economica. In particolare i Giudici, pur continuando a parlare della fattibilità del piano nei termini ormai noti di prognosi circa la possibilità di adempimento nei modi e nei tempi indicati della proposta formulata, introducono il distinguo del tutto nuovo, almeno a livello terminologico, tra una fattibilità giuridica e una economica. La prima oggetto di un sindacato diretto e privo di limiti ad opera dell’autorità giudiziaria, mentre la seconda appannaggio esclusivo del ceto creditorio. Quello della dicotomia tra l’elemento giuridico e quello economico della fattibilità appare un argomentare capace di generare ulteriori dubbi o quantomeno, di non

¹⁸⁶ Cass. 25 ottobre 2010, in Fall. 2011, 167, con note di M. Fabiani e G. Bozza. Così anche Cassazione 2011, nella cui motivazione si legge: «*in tema di concordato preventivo che è caratterizzato da una prevalente natura contrattuale, il controllo del Tribunale, nella fase di ammissibilità della proposta ex art. 162 e 163 l. fall. ha per oggetto la sola completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, nonché l’attestazione effettuata dall’esperto circa la veridicità dei dati esposti [...]. Solo in fase di omologazione, in caso di dissidio fra i creditori circa la fattibilità della proposta di concordato, il Tribunale può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito*» (Cass., 23 giugno 2011, n. 13817; in termini affini anche Cass. 25 ottobre 2010, in *Fallimento*, 2011, p. 167.

¹⁸⁷ Così M. Griffey, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “organica” al decreto correttivo*, (a cura di) S. Ambrosini, Bologna, 2008, p. 526; ancora sul punto A. Jorio, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Commentario (diretto da) A. Jorio, (coordinato da) M. Fabiani, Bologna, 2010, p. 991 ss..

consentire alla sentenza *de qua* di svolgere quella funzione dissipativa di incertezze, alla quale pur avrebbe dovuto tendere¹⁸⁸. La categoria pretoria della fattibilità giuridica si sostanzia, usando le parole dei Giudici, in un controllo sulla non contrarietà delle modalità attuative del piano con norme inderogabili, come ad esempio potrebbe accadere nel caso in cui l'attuazione della proposta debba avvenire mediante una serie di contratti, previsti nel piano, che risultino nei fatti affetti da nullità per contrarietà a norme imperative. La Corte, a tal proposito, fornisce l'esempio di un concordato con cessione di beni altrui. In realtà, tale esemplificazione non pare puntuale atteso che una simile cessione pur non immediatamente traslativa, non potrebbe essere definita giuridicamente non fattibile (essendo quella della vendita di un bene altrui figura nota al diritto civile), quanto piuttosto da considerare inammissibile¹⁸⁹. Nonostante la definizione datane, la fattibilità giuridica sembrerebbe, più verosimilmente, essere formula verbale di sintesi, non circoscritta alla sola inosservanza di norme inderogabili, ma estesa a tutti i profili giuridici che ineriscono alle modalità di attuazione della proposta¹⁹⁰. Alla fattibilità giuridica si è voluto, pertanto, ricondurre ogni riscontro inerente alla liceità e regolarità della procedura, comprensivo del controllo sulla correttezza della manifestazione di volontà dei creditori, nonché del regolare andamento della procedura (con particolare attenzione agli eventuali comportamenti illeciti posti in essere dall'imprenditore in crisi). Ancora, il sindacato sulla fattibilità giuridica potrebbe

¹⁸⁸ Infatti la distinzione sembra portare alle medesime difficoltà applicative di nozioni altrettanto oscure quali sindacato di merito e sindacato di legittimità, da sempre utilizzate per perimetrare il controllo del Tribunale sugli atti di autonomia. Basti pensare che in termini simili si parlava già nella vigenza del vecchio istituto della moratoria, si veda in tal senso R. Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984, p. 316 ss..

¹⁸⁹ L'inammissibilità sarebbe data, anche nel caso di corretta informazione sull'altruità del bene oggetto di cessione, dalla mancanza di un contestuale impegno del terzo in tal senso (cfr. Cass., 6 Novembre 2013, n. 24970, in www.ilcaso.it). Il discorso sarebbe in parte diverso e maggiormente rispondente alla definizione che di infattibilità giuridica da la Corte, se oggetto della proposta fossero stati beni insuscettibili di cessione, quali ad esempio beni demaniali o beni colpiti da confisca. Comunque occorre tenere ben presente la distinzione tra ciò che concretamente si offre ai creditori (la proposta negoziale formulata) e ciò che invece attiene ai mezzi messi a disposizione per adempiere alla proposta.

¹⁹⁰ D'obbligo il riferimento a G. B. Nardecchia, "La fattibilità del concordato al vaglio delle sezioni unite", in *Dir. fall.*, 2013, p. 189. L'A. afferma che: «*appare naturale rimettere al controllo del tribunale la risoluzione di ogni questione di fattibilità dipendenti dalla corretta o quanto meno non manifesta errata applicazione di norme di diritto. Con la conseguenza che il tribunale dovrebbe emettere un giudizio di inammissibilità oltre che nell'ipotesi in cui siano programmate azioni illecite o contrarie ai principi generali dell'ordinamento, anche qualora il piano si fondi su prospettazioni giuridiche manifestamente errate*».

essere definito, utilizzando un linguaggio processuale, come un controllo esteso ai cosiddetti fatti costitutivi della domanda, sui quali inevitabilmente si avrebbe un potere/dovere di verifica del Tribunale¹⁹¹. Maggiore rispondenza con l'utilizzo che del lemma viene fatto nel testo della legge fallimentare, è la definizione fornita di fattibilità economica, intesa come prognosi di adempimento della proposta nei modi e nei tempi indicati dal debitore (risulta chiaro come quella della fattibilità economica coincida con la definizione del termine ricavabile dagli stessi art. 161 e 179 comma 2 l. fall.). L'inevitabile incertezza ed opinabilità che caratterizza una simile previsione, connessa alla possibilità di errore nella sua formulazione, fa sì che dell'aspetto economico della fattibilità unici giudici siano i soggetti chiamati a sopportare gli effetti di una eventuale errata prognosi, senza che su di essa possa aversi alcuna intromissione dell'autorità giudiziaria. La Cassazione correttamente sottolineava, però, come una simile forma di autotutela del ceto creditorio necessiti che il controllo sull'informazione che giunge ai creditori sia oggetto di una puntuale verifica, atteso che solo così i creditori sarebbero forniti dei mezzi necessari per esprimere un giudizio consapevole sulla convenienza e sulla fattibilità di quanto proposto. L'*actio finium regundorum* dell'operato del Tribunale nel concordato preventivo sembrava esser stato tracciato, anche se non con la nitidezza da più parti invocata, comunque con una formula capace di orientare le scelte dei giudici posteriori. Volendo sintetizzare, si richiedeva che dell'aspetto pratico-economico, e quindi delle modalità di soddisfacimento sia in termini quantitativi che in termini qualitativi, fossero chiamati ad esprimersi i soli creditori correttamente informati sul punto. L'insoddisfazione¹⁹² verso un simile approdo interpretativo, capace di limitare

¹⁹¹Così E. Scoditti, "Causa e processo nel concordato preventivo: le sezioni unite alla prova della fattibilità", in *Foro it.*, 2013, p. 1577.

¹⁹² Da questo punto di vista non si può dimenticare che la fattispecie concordataria presenta il proprio tratto distintivo rispetto agli altri negozi sulla crisi d'impresa proprio nella sua efficacia nei confronti dei creditori dissenzienti. La compromissione di situazioni sostanziali di creditori "terzi" all'accordo necessita che venga effettuato un bilanciamento tra le posizioni di tutti i soggetti coinvolti nella crisi d'impresa, bilanciamento attuato per il tramite della necessaria omologazione dell'accordo raggiunto tra debitore e maggioranza dei creditori. Come accade per ogni atto di autonomia la cui efficacia risulti subordinata ad un provvedimento di omologazione, la necessaria presenza del giudice è giustificata proprio dal coinvolgimento di interessi non circoscrivibili alle sole parti dell'accordo. Ciò che muta per ciascuna di queste ipotesi è l'intensità dell'intervento giurisdizionale. Da questo punto di vista particolarmente significativa risultano essere gli accordi di separazione dei coniugi, la cui fattispecie per certi versi risulta affine a quella concordataria. Negli accordi di separazione, infatti, un intervento meno incidente

fortemente l'intervento del giudice nel contesto concordatario, ha portato la Suprema Corte ad analizzare e sviluppare il discorso mediante l'aggancio ad una categoria della dogmatica contrattualistica espressiva (più di altre) del controllo esercitabile dall'autorità giudiziaria sugli atti di autonomia dei privati, ossia la causa in concreto. L'innesto delle categorie contrattuali nel contesto concordatario non risulta nuovo né nel periodare della giurisprudenza di merito né in quello della giurisprudenza di legittimità, ed anzi proprio la natura ibrida dell'istituto sembrerebbe predicarne l'utilizzo, vista la maggiore familiarità che gli interpreti risultano avere con quest'ultime. L'orientamento prevalente, come dimostrato anche nelle pagine precedenti, accostava l'infattibilità del piano concordatario alla categoria dell'impossibilità dell'oggetto del contratto, nella sentenza in commento, invece, l'assoluta impossibilità di realizzazione della proposta ridonda in un difetto causale del procedimento concordatario¹⁹³ rilevabile in ogni fase dello stesso¹⁹⁴. In particolare, la Corte giunge al richiamo della categoria dogmatica della causa nel tentativo di rispondere alla domanda circa la possibilità di un intervento

dell'autorità giudiziaria è giustificato dalla vincolatività limitata ai soli paciscenti. Quando questi, al contrario, hanno ad oggetto anche l'affidamento ed il mantenimento dell'eventuale prole, il controllo del giudice sulla effettiva rispondenza alle esigenze del minore delle condizioni prospettate nell'atto risulta non pretermisibile, stante il ruolo tutorio che questo è chiamato a svolgere (in giurisprudenza, in materia di accordi di separazione cfr. Cass., 20 novembre 2003, n. 17607, in *Giuda al dir.*, 2003, p. 31; Cass., 8 marzo 2001, n. 3390, in *Nuova giur. civ.*, 2002, p. 422). Da questa prospettiva, non si ritiene che il discorso si discosti poi tanto dal tema discusso nel presente lavoro (in questo senso vedi: I. Pagni, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, (diretto da) V. Buonocore, A. Bassi, I. Padova, 2010, p. 586).

¹⁹³ Nella sentenza in commento ci si riferisce espressamente alla causa del procedimento, anche se pare più corretto, sistematicamente parlando, che l'elemento causale venga riferito alla proposta/accordo concordatario e non alla procedura, tuttavia vi è chi ritiene la lettera utilizzata dalla Corte oltremodo significativa in quanto vota ad introdurre «un elemento funzionale nell'ambito del procedimento che dovrebbe invece esaurirsi in una corretta sequenza di atti» (così A. Di Majo, “Il percorso «lungo» della fattibilità del piano proposto nel concordato”, in *Fallimento*, 2013, p. 291; *contra* F. De Santis, “Causa in concreto della proposta di concordato preventivo e giudizio “permanente” di fattibilità del piano”, in *Fallimento*, 2013, p. 279; I. Pagni, “Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva “funzionale” aperta dal richiamo alla causa concreta”, in *Fallimento*, 2013, p. 286; parla invece di “causa del concordato” M. Fabiani, “La questione fattibilità del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite”, in *Fallimento*, 2013, p. 156).

¹⁹⁴ Le Sezioni Unite hanno ribadito «l'identità di posizione [...] e pertanto l'utilizzabilità di un medesimo parametro valutativo» nelle diverse fasi di ammissione, revoca e omologazione ad opera dell'autorità giudiziaria, pur nella consapevolezza che all'avanzare della procedura si amplieranno anche le informazioni delle quali potrà disporre il Tribunale per formulare il proprio giudizio. Cfr. P. F. Censoni, “I limiti del controllo giudiziale sulla «fattibilità» del concordato preventivo”, in *Giur. comm.*, 2013, p. 349; M. Ferro, *Il concordato preventivo, l'omologazione e le fasi successive*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma. Commentario*, (diretto da) A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, p. 1048.

del giudice nel caso di un'assoluta impossibilità di realizzazione del piano non dipendente da aspetti eminentemente giuridici. I Giudici ritengono, infatti, che a monte di tale interrogativo vada di necessità individuata la causa concreta della procedura concordataria (rectius del negozio concordatario) rintracciabile (i) da un lato nel superamento della crisi¹⁹⁵ e (ii) dall'altro nel soddisfacimento, seppure in misura minimale, delle ragioni creditorie (entro tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti). Ciò implica, che non soltanto la proposta dovrà prevedere, ma anche che lo stesso piano dovrà fondatamente far ritenere realizzabile una qualche soddisfazione dei creditori coinvolti. Dall'angolo prospettico della causa allora, una proposta sarà inammissibile solo ove non sia stata prevista o prevedibile alcuna forma di soddisfazione dei crediti concorsuali. In altri e più precisi termini, nel solo caso in cui, per via dell'irrealizzabilità del programma, venga a difettare la ragione giustificativa dell'esdebitazione ottenibile dal debitore un simile concordato, difettando di causa, sarebbe invalido ex art. 1418 comma 2 c.c.. Ragionando in questi termini il "contratto di concordato" si presenta come un negozio oneroso¹⁹⁶; poiché l'esdebitazione del debitore risulta meritevole di tutela solo a fronte di una qualche soddisfazione¹⁹⁷, entro tempi ragionevoli, dei crediti concorsuali¹⁹⁸. Il richiamo ai tempi programmati per l'adempimento della proposta porta a domandarsi in che termini le tempistiche programmate vadano ad impattare sulla causa concreta del concordato, così come sopra delineata. Infatti se la questione tempo lambisce senza dubbio il profilo di convenienza

¹⁹⁵ La Corte parla di superamento della crisi ma si ritiene maggiormente corretto riferirsi alla regolazione della stessa vista la possibilità di presentare concordati meramente liquidatori, prevedenti la disgregazione atomistica dell'azienda e la conseguente estinzione dell'impresa.

¹⁹⁶ Cfr. A. Rocco, *Il concordato prima e nel fallimento. Trattato teorico-pratico*, Torino, 1902, p. 202. L'A. afferma che « il concordato nel quale i creditori rinunzino a parte dei loro diritti senza ottenere in corrispettivo alcun vantaggio dal debitore o da un terzo, non è un concordato, ma un contratto di altra natura. Non può perciò essere consentito dalla semplice maggioranza ed il tribunale deve rifiutarne l'omologazione».

¹⁹⁷ Se è ammesso dalla stessa legge che la soddisfazione dei creditori possa avvenire anche con forme diverse dal pagamento, come ad esempio con l'attribuzione di beni in proprietà o con la conversione dei crediti in capitale di rischio, maggiormente problematico è stabilire se alla stessa possa essere data definizione maggiormente lata comprensiva anche di mere utilità seppure economicamente valutabili. Di parere positivo M. Fabiani, "Guida rapida alla lettura di Cass. s.u. 1521/2013, in www.ilcaso.it.

¹⁹⁸ Si comprende facilmente che ove fosse previsto l'integrale pagamento di tutti i creditori chirografari inevitabilmente la proposta dovrebbe avere ad oggetto una dilazione dello stesso altrimenti a difettare sarebbe l'altro fondamento causale del concordato: la ristrutturazione dei debiti.

della proposta che i creditori sono chiamati a valutare ai fini dell'espressione del proprio voto, la stessa non risulta neppure completamente estranea ad un controllo di ragionevolezza del Tribunale quando l'irrazionalità dei tempi programmati risulti tale da inficiare la stessa causa concreta della proposta (essendo quello dei tempi «ragionevolmente contenuti» elemento caratterizzante la causa concordataria). Provando a tirare le fila dell'arresto nomofilattico, si potrebbe dire con formula di sintesi che nel rapporto di corrispettività tra il diritto dell'imprenditore di regolare la propria crisi e quello dei creditori di essere adeguatamente e compiutamente informati oltre che soddisfatti (ancorché in misura minimale e in tempi ragionevoli), si sostanzia la causa concreta del concordato, sul quale si innesta il potere/dovere di sindacato del Tribunale¹⁹⁹. Tuttavia, l'inidoneità della proposta a soddisfare in qualche misura i diversi crediti rappresentati è dato che deve emergere, ad opinione dei Giudici, “*prima facie*”. Si è fatto giustamente notare in dottrina, come il richiamo all'emersione “*prima facie*” del dato si collochi su di una linea di continuità con quanto stabilito dallo stesso art. 186bis in tema di concordato con continuità aziendale. In quest'ultimo, infatti, la legge richiede un preciso intervento del Tribunale ex art. 173 l. fall., in marcata funzione di eterotutela, nel caso in cui risulti manifestamente dannosa - per le ragioni creditorie - la prosecuzione dell'attività d'impresa. L'assonanza con quanto stabilito dalle Sezioni Unite risulta evidente: non una semplice incertezza sulla convenienza della continuità dell'attività potrà giustificare l'intervento revocatorio del Tribunale, ma una palese e manifesta sconvenienza; allo stesso modo in tema di ammissibilità, non una mera incertezza sulla possibilità di adempimento dell'obbligazione concordataria (nei termini minimali richiesti dal requisito causale), ma solo una «*evidente inidoneità*»²⁰⁰ della proposta e dell'annesso piano a realizzare la causa concreta potrà giustificare il diniego di ingresso alla domanda di concordato. La distinzione all'interno del concetto

¹⁹⁹ La Corte precisa tuttavia, che pure all'interno della cornice di controllo così come sopra delineata risulta comunque impossibile «*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*».

²⁰⁰ Così G. B. Nardecchia, “La fattibilità del concordato preventive al vaglio delle sezioni unite”, in *Dir. fall.*, 2013, p. 193.

normativo unitario della fattibilità²⁰¹, il richiamo ad una categoria della dogmatica civilistica oltremodo controversa quale la causa concreta, unita ad una definizione dell'intervento del Tribunale sunteggiato con la formula oltremodo oscura di sindacato di legittimità ha portato a definire, forse non a torto, la sentenza in commento: *tractatus misteriosoficus*²⁰², alla quale tuttavia la giurisprudenza successiva sembra essersi uniformata, almeno sulla carta, quasi pedissequamente.

²⁰¹ La difficoltà di una definitiva sistematizzazione della questione fattibilità è parsa evidente dallo stesso periodare della Suprema Corte, la quale se in apertura aveva definito il controllo del giudice su tale requisito come un controllo diretto e non di secondo grado, ha poi nella parte finale della motivazione fatto riferimento all'art. 179 comma 2 l. fall. per affermare come la previsione legislativa di una nuova votazione nel giudizio di omologa nel caso di mutamento delle condizioni di fattibilità del piano dopo l'approvazione dei creditori ma prima della chiusura del concordato, « esclude 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». La contraddizione dovrebbe essere tuttavia risolta, per evitare una palese illogicità della motivazione, interpretando i mutamenti delle condizioni di fattibilità oggetto del dovere di comunicazione ai creditori da parte del commissario giudiziale ai fini del rinnovo del voto, come un mutamento inerente a quelle sole condizioni «*sulle quali sono stati chiamati ad esprimere la propria approvazione [...] 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*» (così I. Pagni, "Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio, n. 1521: la prospettiva funzionale aperta dal richiamo alla causa concreta", in *Fallimento*, 2013, p. 290).

²⁰² L'espressione la si deve a D. Galletti, "E' ancora attuale dopo la riforma d'urgenza il *tractatus misteriosoficus* delle Sezioni Unite?", in *www.ilfallimentarista.it*.

Capitolo 3

3.1. La causa concreta del concordato: questioni introduttive

La pubblicazione della pronuncia delle Sezioni Unite, sopra tratteggiata nelle sue linee portanti, ha provocato non poco disorientamento tra gli studiosi della materia. Del resto la difficoltà di adattamento delle categorie della dogmatica civilistica al contesto concorsuale, e di qui ad un “contratto” come quello concordatario, è risultata da subito evidente anche a quella parte della giurisprudenza che aveva tentato di accostare – di certo non senza qualche (evidente) forzatura – il concetto di impossibilità giuridica a quello di infattibilità del piano²⁰³. L’evidente ricerca di un equilibrio tra i vari orientamenti presenti nella giurisprudenza e nella letteratura precedente, ha portato le Sezioni Unite ad una pronuncia per così dire “cerchiobottista”. La stessa infatti sembrerebbe necessitare a mo’ di un testo legislativo, più che giurisprudenziale, di un’interpretazione del non proprio coerente snodo motivazionale seguito e dei principi ivi faticosamente fissati. L’intento tuttavia dei Supremi Giudici risulta evidente: sottolineare la necessità della presenza del Tribunale nella riformata procedura concordataria, poiché chiamato a vigilare non solo sulla formazione del consenso dato dalla maggioranza, ma anche sulla correttezza intrinseca della procedura, da intendersi quest’ultima, in senso ampio e non semplicemente come controllo sulla regolare sequenza degli atti procedurali. Un controllo di correttezza che non può non implicare la necessità di tenere in debito conto, durante ogni fase del concordato, della compresenza di più interessi (non solo quelli dei creditori dissenzienti ma anche dei terzi che pur non essendo parte in senso sostanziale dell’accordo comunque risentono degli effetti di

²⁰³ Il riferimento è a Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *Corr. giur.*, 2012, p. 39. In dottrina si veda: I. Pagni, “Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze”, cit., p. 586; E. Scoditti, “Causa e processo nel concordato preventivo: le sezioni unite alla prova della fattibilità”, in *Foro.it.*, 2013, p. 1576. L’A. in particolare parla di impossibilità dell’oggetto, nel contesto *de quo*, nei termini di una «manifesta impossibilità della proposta di essere adempiuta e non di una mera prognosi di inadempimento», ossia «quando il programma di soddisfazione [predisposto dal debitore] non abbia alcuna probabilità di essere attuato». Per una critica all’accostamento con la nozione civilistica dell’impossibilità dell’oggetto si vedano le considerazioni svolte nel cap. II e *infra* nel testo.

questo). La presenza di questi interessi “altri” fa sì che il negozio sulla crisi dell’impresa non possa essere lasciato al gioco della sola maggioranza, sebbene debitamente informata ed epurata da eventuali conflitti d’interessi. E spiega altresì il perché anche ad accordo raggiunto, e quindi in sede di omologazione, il sindacato del giudice non divenga più o meno profondo a seconda della formulazione (o meno) di opposizioni da parte dei creditori. Il giudizio camerale di omologa dell’accordo concordatario²⁰⁴, infatti, non muta il proprio oggetto²⁰⁵ per via della presenza di opposizioni, non si trasforma – cioè – in un giudizio contenzioso sul diritto di credito degli opposenti. Le opposizioni, che un tempo venivano non a caso appellate eccezioni, sono questioni di mero fatto delle quali il giudice potrebbe venire a conoscenza anche altrimenti – per via ad esempio del parere motivato depositato dal commissario giudiziale ex art. 180 l. fall. comma 2 – e delle quali comunque dovrebbe tenere conto per giungere all’omologazione dell’atto. Ancora, tali questioni, potrebbero essere rilevate durante tutto il corso della procedura mediante le segnalazioni provenienti dal commissario giudiziale, oppure ex officio, come previsto dall’art. 173 l. fall., nel caso in cui siano venute meno le condizioni di

²⁰⁴ Il giudizio di omologazione è uno dei tanti esempi di estensione delle forme camerali in materie tradizionalmente affidate al rito ordinario, e quindi ben capace di produrre, con provvedimenti non aventi la forma della sentenza, effetti giuridici su diritti soggettivi perfetti. Il rito in commento, non avendo una propria disciplina dettagliata si limita a rimandare alle «Disposizioni comuni ai procedimenti in camera di consiglio». Pertanto, non risultano disciplinati, assieme ad altri, neppure i poteri del giudice in merito all’istruzione, trattazione e decisione della questione. L’art. 180 l. fall., infatti, prevede solamente che in assenza di opposizioni il Tribunale verifichi «la regolarità della procedura e l’esito della votazione», in caso contrario, il giudice «assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti di ufficio». Quest’ultimo dato sottolinea come, a differenza di ciò che accade tipicamente nelle procedure camerali, il Tribunale non si limita, nel caso di proposizioni di opposizioni, alla semplice “raccolta” del materiale informativo prodotto dalle parti, ma può svolgere, nel contraddittorio tra queste, attività istruttoria. L’attività istruttoria a rigore potrebbe essere svolta solo nel caso di proposizione di opposizioni, in caso contrario la cognizione del giudice dovrebbe limitarsi a quanto allegato delle parti ed alle eventuali risultanze provenienti dall’attività svolta dal commissario giudiziale (il discorso segue alla nota successiva).

²⁰⁵ L’individuazione dell’oggetto del giudizio di omologazione non può prescindere dall’unico dato positivo rintracciabile nel tessuto normativo. A norma dell’art. 184 l. fall., il concordato preventivo omologato risulta vincolante per tutti i creditori antecedenti all’apertura della procedura. Come ormai più volte chiarito, con l’omologazione si producono gli effetti diretti e riflessi nella sfera giuridica dei soggetti estranei all’accordo concordatario. Mediante le opposizioni, i soggetti interessati non chiedono l’accertamento di un diritto contrario e incompatibile con quello del debitore istante, ma condividono con la richiesta dell’omologazione, l’oggetto: ossia la proposta presentata dal debitore e accettata dalla maggioranza. Di qui la connessione tra le opposizioni e le eccezioni, poiché tra quest’ultime e l’azione intercorre lo stesso rapporto che passa tra le prime e la richiesta di omologazione. In maniera sintetica si può affermare che l’unico oggetto rimesso al sindacato del giudice nel giudizio di omologazione è l’accordo raggiunto tra debitore e massa dei creditori.

ammissibilità dello stesso concordato. Se si concorda con una simile cornice interpretativa dell'istituto concordatario, si comprende anche come quello della diatriba tra esaltazione dell'autonomia negoziale ed esasperata eteronomia giudiziale, sia in realtà un problema mal posto, poiché ciò che conta, e di questo si sono fatti carico anche le Sezioni Unite, è tentare di trovare un giusto equilibrio tra l'applicazione del principio di maggioranza e la tutela degli interessi di tutti i soggetti in vario modo coinvolti nella crisi dell'impresa. Se quanto espresso dalla Cassazione nel 2013 non ha trovato grandi consensi²⁰⁶ (diffuso, in letteratura, lo scetticismo tanto sulla distinzione tra due tipi di fattibilità, quanto sul richiamo operato alla causa concreta del concordato), occorre nondimeno verificare come si sia orientata la giurisprudenza successiva alla storica pronuncia in modo da tentare di comprendere quanto, in termini di effettività, sia stato risolutore l'intervento nomofilattico del problema *de quo*. L'indagine che verrà svolta nelle pagine successive riguarderà proprio la casistica giurisprudenziale formatasi a seguito dell'ingresso del concetto di fattibilità nel novero della causa concreta del negozio concordatario. Senza voler riprendere quanto già abbondantemente riportato nel secondo capitolo, si intende, non di meno, nel presente contesto, sunteggiare gli spunti forniti dalle Sezioni Unite sul controllo causale dell'accordo concordatario come base di partenza per le riflessioni che seguiranno. Il grande merito della pronuncia *de qua*, è quella di aver delineato la funzione economico-sociale²⁰⁷ (= tipica) del negozio

²⁰⁶ Cfr. R. Amatore, "Il giudizio di fattibilità del piano: dubbi interpretativi", commento a App. Venezia 6 marzo 2014, in *Fallimento* 2014, p. 1324; S. Ambrosini, "L'omologazione del concordato", in *Dir. Fall.* 2014, I, p. 504 ss.; F. P. Censoni, "I limiti del controllo giudiziale sulla fattibilità del concordato preventivo" in nota a Cass. sez. un. 23 febbraio 2013 n. 1521, in *Giur. Comm.* 2012, II, p. 343; A. Didone, "Le Sezioni unite e la fattibilità del concordato preventivo", in nota a Cass. sez. un. 23 febbraio 2013 n. 1521, in *Dir. fall.* 2013, II, p. 1 ss.; con nota di G. B. Nardecchia, "La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle sezioni unite", ivi 2013, II, p. 185; ancora Cass. 6 novembre 2013 n. 24970, in *Fallimento* 2014, sub art. 161 n. 1 I. fall., p. 704; G. Giurdanella, "Percentuali e tempi di realizzo nel concordato preventivo e controllo del tribunale", in *Fallimento* 2013, p. 1245 ss.

²⁰⁷ La fortunata formula la si deve a E. Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 175. Storicamente interpretata come una definizione di causa del negozio giuridico che si appiattisce sul tipo, in realtà, come magistralmente messo in evidenza nelle pagine di M. Barcellona (*Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015 p. 88 ss.), quello che il sinallagma bettiano vuole porre in evidenza è la necessità che il negozio posto in essere dalle parti si presenti come socialmente riconoscibile, in quanto astrattamente sindacabile in base a criteri propri della società di riferimento. Quella di Betti è una tipicità sociale prima ancora che giuridica. «Tanto i contratti tipici quanto quelli atipici devono corrispondere ad una funzione social- tipica: con riguardo ai primi, l'intento pratico delle parti deve corrispondere a tale funzione, guardandosi dall'abusare del tipo legale, [...] con riguardo ai

concordatario, rintracciabile nella regolazione della crisi, la quale verrà ad assumere a sua volta concretezza mediante il soddisfacimento dei creditori in tempi ragionevolmente contenuti. A ben vedere, se si guarda il concordato dal solo angolo prospettico dell'accordo tra debitore e massa dei creditori, l'individuazione della sua causa astratta²⁰⁸ consente la differenziazione di tale tipologia (*species*) dagli altri due negozi appartenenti al medesimo *genus*, ossia a quello dei negozi sulla regolazione della crisi d'impresa²⁰⁹. Accanto al concordato preventivo, rispondono alla medesima esigenza, quella di regolazione della crisi dell'imprenditore, tanto gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* l. fall.), quanto il negozio unilaterale previsto dall'art. 67 comma 3, lett. d) l. fall. Ciò che differenzia le tre tipologie ivi indicate sarebbe proprio la loro causa astratta, ovvero la loro funzione economico-sociale. Se la finalità del concordato, come confermato dalla stessa Cassazione del 2013, è chiaramente solutoria²¹⁰ (e su tale base andrà predisposto il piano per la formulazione della proposta), quella degli accordi di cui all'art. 182 *bis* è da rintracciarsi tutta nel lemma "ristrutturazione"²¹¹, mentre per quella del piano attestato occorre guardare alla formula "risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa" e "riequilibrio della sua situazione finanziaria". La linea di differenziazione risulta chiara: se per il piano

secondi, l'intento pratico delle parti deve tradursi in un negozio che riproduca un assetto sperimentato di organizzazione sociale della circolazione della ricchezza» (cfr. S. Mazzamuto, "A proposito del libro di M. Barcellona "Della causa. Il Contratto e la circolazione della ricchezza"", in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 478).

²⁰⁸ Ci si riferisce, ad una causa astrattamente considerata qualificativa del tipo legale.

²⁰⁹ Intesa nell'accezione del modellino astrattamente disegnato e regolamentato dal Legislatore. Come ebbe a specificare F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983, p. 173: «*la causa va intesa con riferimento alla specie e non al genere negoziale*».

²¹⁰ Chiara la lettera della legge sul punto ove al comma 1 dell'art. 160 l. fall. utilizza accanto al sintagma "ristrutturazione dei debiti" la congiunzione "e" per introdurre il secondo termine del binomio causale dato dalla soddisfazione, anche parziale, dei crediti. Cfr. S. Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1957, p. 290, secondo cui «*Il concordato preventivo è una misura di favore accordata dalle legge al debitore insolvente: come tale, il ricorso al concordato costituisce un suo diritto che si oppone a quello dei creditori di richiedere sia l'esecuzione singolare sui beni, sia l'esecuzione collettiva, e prevale su di esso. Con l'esecuzione ha in comune il fine, che è la soddisfazione dei creditori, e con l'esecuzione collettiva ha in comune il mezzo, che è la destinazione di tutto il patrimonio a questa soddisfazione*».

²¹¹ Il termine risulta sconosciuto al linguaggio codicistico, tuttavia non vi è difficoltà nel fornirgli il significato di modificazione di uno, ma anche più, degli elementi di struttura (tanto soggettivi quanto oggettivi) dei rapporti giuridici dell'imprenditore. Chiare sul punto le parole di F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., p.90, il quale afferma che: «*I rapporti giuridici si costituiscono, si modificano, si estinguono. Se la costituzione e l'estinzione riguardano l'intero rapporto, le modificazioni ne investono invece un elemento, lasciando inalterata, per definizione, l'identità del rapporto: questo rimane lo stesso, sebbene muti il soggetto attivo o il soggetto passivo o l'oggetto o il contenuto*».

attestato, infatti, la caratterizzazione del tipo va ricercata nella finalità del risanamento e quindi nel ripristino dell'equilibrio finanziario dell'impresa, negli accordi di ristrutturazione, invece, la finalità parrebbe essere «*esclusivamente interlocutoria*», poiché sembrerebbero ad essa «*estranee e la finalità della soddisfazione dei crediti e la finalità del riequilibrio finanziario dell'attività economica*»²¹². Tornando al concordato preventivo, se si concorda con le considerazioni sopra svolte, allora, il contratto concordatario si presenta come uno scambio tra esdebitazione e soddisfacimento: con la connessa necessità che tale rapporto sia volto al superamento / regolazione della crisi d'impresa. Questo dovrebbe implicare che ove nel piano manchi il momento di ristrutturazione, ovvero non sia proposto alcun soddisfacimento ai creditori, a difettare sarebbe la stessa corrispondenza della fattispecie concreta al tipo astrattamente previsto e regolato dal Legislatore. Il che risulta evidente sotto il profilo logico prima ancora che giuridico. Un concordato, infatti, che proponga ai creditori una soddisfazione priva di un momento propriamente ristrutturativo del passivo, altro non è se non una proposta di adempimento secondo i modi e i tempi originariamente previsti nelle varie obbligazioni. Lo stridio è però evidente: se il debitore è in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni, non si trova in uno stato di crisi e pertanto nella condizione patologica che consente e giustifica l'ammissione alla procedura che, in caso contrario, difetterebbe di qualsivoglia utilità pratica (vedi nota 213). Discorso, in parte affine, andrebbe fatto nel caso in cui non fosse prevista alcuna soddisfazione, neppure minimale, delle pretese creditorie. Anche qui, come per l'ipotesi precedente, mancherebbe la possibilità di sussumere la fattispecie concreta a quella regolata negli art. 160 e ss. l. fall.²¹³. Naturalmente il controllo causale della proposta concordataria

²¹² Cfr. L. Abete, "La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni *a latere* della sentenza n. 1521/2013 delle Sezioni Unite", cit. L'A. chiaramente sottolinea come la suddetta finalità sarà «*verosimilmente e salva l'infesta evenienza del fallimento, destinata a preludere alla soddisfazione dei crediti ristrutturati alternativamente sul substrato della perdurante e risanata attività d'impresa ovvero sul substrato di un'attività ormai cessata e da avviare a meno onerosa liquidazione*»

²¹³ Gli esempi (di scuola) di proposte così deficitariamente formulate, rivelerebbero in maniera riconoscibile la loro inammissibilità perché pacificamente caratterizzate da un mero intento dilatorio, volto ad evitare una dichiarazione di fallimento. Se gli esempi riportati nel testo possono apparire di scarsa verifica nella pratica, tuttavia, un intento meramente dilatorio lo si è potuto cogliere nei casi, non poco frequenti, di rinunce e successive reiterazione di domande di concordato prive di una reale regolazione della crisi ma formulate al solo fine di evitare - a seguito dell'apertura di un eventuale

non può certo fermarsi ad una simile lettura «minimalista»²¹⁴. Quello sulla causa concreta è giudizio che non può non guardare al concreto assetto degli interessi diviso dalle parti²¹⁵. Il richiamo alla causa concreta all'interno del concordato preventivo non può che portare a prendere in considerazione gli interessi sottesi alla procedura concordataria ed al loro necessario punto di equilibrio. Pertanto il giudizio riservato al giudice non può limitarsi ad un mero riscontro di compatibilità tra modellino astratto e modellino concreto ma deve spingersi fino al riscontro di meritevolezza degli interessi sottesi al piano concordatario nonché alla verifica di una coerenza tra gli obiettivi programmati e l'assetto di principi e valori propri del nostro ordinamento. Ed è proprio sulla verifica degli obiettivi prefissati nel piano che occorre soffermarsi. Infatti il concordato preventivo, consentendo all'autonomia privata di programmare una

giudizio di revoca ex art. 173 l. fall (ovvero nel caso di eventuali integrazioni al piano richieste dal Tribunale ex art. 162 l. fall. in fase di ammissione) - una dichiarazione di fallimento e continuare a beneficiare indebitamente del blocco delle azioni esecutive e cautelari dei creditori. Parlano di "abuso" dello strumento concordatario, per casi simili, in giurisprudenza: Cass., 23 giugno 2001, n. 13818; App. Bologna, 25 febbraio 2013; Trib. Milano, 24 ottobre 2012; Trib. Latina, 22 ottobre 2012; Trib. Parma, 2 ottobre 2012; Trib. Forlì, 15 marzo 2013; in dottrina: D. Galletti, "Il sindacato del giudice nel concordato preventivo un anno dopo: prove tecniche di *actio finium regundorum*?", in www.ilfallimentarista.it.

²¹⁴ Così M. Fabiani, "Giuda rapida alla lettura di Cass. s.u. 1521/2013, in www.ilcaso.it; Id., "La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite", in *Fallimento*, 2013, p. 156. L'A. ritiene che l'espressione di un giudizio allargato fino alla causa concreta della proposta/acordo concordatario risulterebbe capace di alterare il già fragile equilibrio tra l'ambito di valutazione spettante ai creditori e quello proprio dell'autorità giudiziale.

²¹⁵ L'idea della determinazione di una ragione giustificativa anche del tipo legislativamente previsto, pur non essendo dotata di un particolare ruolo all'interno della dinamica contrattuale, poiché rileva ai soli fini qualificatori mediante il metodo della "fattispecie", tuttavia può fornire un metro di valutazione anche per la causa (concreta) di un determinato contratto, sancendo la conformità, o meno, del contratto considerato con il modellino strutturale previsto dal Legislatore. Ciò implica però che « *l'individuazione (della causa tipica) è meramente descrittiva della funzione giuridica del negozio astrattamente prefigurato dal legislatore e come tale è priva di rilievo concreto per individuare l'effettiva volontà delle parti*» (cfr. S. Pugliatti, "Precisioni in tema di causa del negozio giuridico", in *Riv. dir. comm.*, 1947, p. 13 ss., ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2010, p. 234). Vedi anche: F. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006, p. 808, il quale afferma che «*il legislatore del 1942 ha chiaramente utilizzato il termine causa come sinonimo di tipo contrattuale, con una commistione concettuale che è fonte di notevoli equivoci, [...] tuttavia, se l'indagine sul tipo è essenzialmente astratta e statica quella sulla causa è esclusivamente concreta e dinamica. Con il tipo si pone un problema di configurabilità dell'operazione, con la causa si pone invece un problema di liceità degli interessi perseguiti. Con il tipo si opera un raffronto statico tra schema costruito dai privati e schema disciplinato dal legislatore, con la causa si opera un raffronto dinamico tra interessi perseguiti dai privati e interessi ritenuti leciti e dunque protetti dall'ordinamento. Con il tipo si deve avere riguardo allo schema astratto, con la causa si deve indagare sui concreti risvolti dell'operazione economica vista nella sua complessità, ivi compresi gli aspetti soggettivi ed oggettivi che sfuggono del tutto ad un'indagine condotta per schemi e tipi*».

differente²¹⁶composizione degli interessi sottesi alla crisi dell'impresa, si sostanzia in un accordo che consente una alterazione del binomio debito/patrimonio²¹⁷, permettendo che «l'efficiente sfruttamento di quest'ultimo» consenta «il superamento della crisi ed il contenimento delle responsabilità per il debito»²¹⁸. Ciò implica che lo strumento concordatario sia istituito volto, nel momento stesso in cui comprime la ragioni creditorie, ad una più efficiente (*rectius* migliore) realizzazione degli interessi dei creditori all'interno di una cornice volta ad evitare, per quanto possibile, il moltiplicarsi di procedure fallimentari. Che il giudice si ponga come garante della possibilità per lo specifico concordato presentato di conseguire un simile risultato, è dato incontestabile, ciò che occorre verificare e se l'aggancio ad un giudizio sulla causa concreta possa di per sé rivelarsi capace di veicolare un siffatto compito dell'autorità giudiziaria. L'idea che sembrava farsi strada a seguito della riforma del 2005 era quella, anche nel contesto concordatario, della vincolatività (*pacta sunt servanda*) di un consenso consapevolmente espresso dai creditori in ordine alla proposta formulata. Il sistema di tutela disegnato ed affidato al controllo dell'autorità giudiziaria sembrava volto al semplice controllo di liceità, e quindi non capace- pena un ritorno nostalgico al passato- di sindacare la meritevolezza intrinseca dell'operazione concordataria presentata. Principio cardine dell'autonomia negoziale, per come ereditato dalla tradizione borghese, non a caso è proprio quello dell'autoresponsabilità. Nel momento in cui tutte le informazioni sulla tenuta del piano sono state fornite, ed anche da soggetti diversi e con ruoli differenti all'interno della procedura, ed il sistema maggioritario è stato epurato da eventuali discrasie (= conflitti di interessi) mediante il gioco delle classi, i creditori ben potrebbero accettare concordati difficilmente realizzabili o con percentuale di soddisfo irrisoria. L'insoddisfazione verso un simile approdo interpretativo, svilente del tutto il ruolo dell'autorità giudiziaria, e la sensazione che anche «una proceduralizzazione del

²¹⁶ Differente rispetto alle regole proprie del diritto delle obbligazioni e di quelle vigenti nella procedura fallimentare

²¹⁷ Cfr. A. Di Majo, "Giustizia e materializzazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura", in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 797.

²¹⁸ Così D. Marcello, "Fattibilità giuridica e fattibilità economica del concordato preventivo. Il ruolo riscoperto della causa in concreto", in *Causa del contratto* (a cura di) F. Alcaro, Milano, 2016, p. 38.

consenso»²¹⁹ (per di più maggioritario e non unanime) fosse in grado di nascondere una perdita economica per i creditori e per il mercato in generale, ha mosso la giurisprudenza, forse non proprio consapevolmente, verso un controllo rivolto all'intrinseca serietà del concordato proposto²²⁰. Il giudizio sulla causa concreta²²¹, intesa quest'ultima quale luogo di elezione degli scopi pratici perseguiti dalle parti del negozio ed in esso obiettivati; nonché sostanziale ragione giustificativa dell'intera attività posta in essere, è giudizio che non può non involgere nel contesto *de quo* anche il programma stabilito nel piano, le circostanze del caso concreto oltre che il contegno tenuto dal debitore²²². Letto assieme alla giurisprudenza più recente, quale « *sintesi degli*

²¹⁹ S. Pagliantini, "I derivati tra meritevolezza dell'interesse ed effettività della tutela: *quid noctis?*", in *Eur. dir. priv.*, 2015, p. 387.

²²⁰ Questa per lo meno pare essere la più convincente lettura da dare al richiamo operato dalle Corti, dal 2013 in poi, alla causa (concreta) concordataria.

²²¹ Il *leading case* in materia va ravvisato nella storica pronuncia di Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. it.*, 2007, p. 2203, in base alla quale: «*la causa del contratto consiste nella funzione economica individuale del negozio posto in essere, è la ragione concreta che persegue il singolo e specifico contratto, a prescindere dalla volontà dei contraenti, e non coincide con il tipo contrattuale astratto scelto dalle parti*». L'orientamento inaugurato con questa sentenza è stato costantemente ripreso dalla giurisprudenza successiva in svariati quanto eterogenei casi: cfr. Cass., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 1582, secondo cui: «*causa del contratto è lo scopo pratico del negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare (c.d. causa concreta), quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato*»; ancora vedi Cass., 9 ottobre 2012, n. 17200, in *Giuda al dir.*, 2012, p. 83, per la quale: «*in tema di dichiarazione di inefficacia degli atti a titolo gratuito, ai sensi dell'art. 64 l. fall., la valutazione di gratuità od onerosità di un negozio va compiuta con esclusivo riguardo alla causa concreta, costituita dalla sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, al di là del modello astratto utilizzato, e non può quindi fondarsi sull'esistenza, o meno, di un rapporto sinallagmatico e corrispettivo tra le prestazioni sul piano tipico ed astratto*»; infine vedi Cass., 3 aprile 2014, n. 7776, in *Giust. civ. Mass.*, 2014: «*l'operazione di erogazione al cliente, da parte di una banca, di un mutuo contestualmente impiegato per acquistare per suo conto strumenti finanziari predeterminati ed emessi dalla banca stessa, a loro volta contestualmente costituiti in pegno in favore di quest'ultima a garanzia della restituzione del finanziamento, dà vita ad un contratto atipico unitario, la cui causa concreta risiede nella realizzazione di un lucro finanziario, da ricondurre ai "servizi di investimento" ex art. 1, comma 5, del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58*».

²²² Da quest'ultimo punto di vista si vuole sottolineare il recente *revirement* della Cassazione in tema di revoca dell'ammissione al concordato per il compimento, ad opera del debitore di atti in frode. Infatti nel giugno 2014 (cfr. Cass., 26 giugno 2014, n. 14552), la Corte afferma che: «*l'accertamento, ad opera del commissario giudiziale, di atti di occultamento o di dissimulazione dell'attivo, della dolosa omissione della denuncia di uno o più crediti, dell'esposizione di passività insussistenti o della commissione di altri atti in frode da parte del debitore determina la revoca dell'ammissione al concordato [...] indipendentemente dal voto espresso dai creditori in adunanza e, quindi anche nell'ipotesi in cui questi siano stati resi edotti di quell'accertamento*». Netta risulta la cesura con quanto stabilito dalla stessa Cassazione precedentemente, infatti prevedendo che gli atti di cui al primo comma del 173 rilevino, ai fini della revoca, a prescindere dalla piena *disclosure* operata dal debitore già nel momento di presentazione della domanda, la Corte del 2014 ha inteso affermare come «*la procedura di concordato preventivo non si risolve in un mero atto di autonomia negoziale delle parti, ma si realizza in un contesto proceduralizzato*

interessi reali che il contratto è diretto a realizzare»²²³, l'elemento causale si presta ad essere apprezzato sotto il profilo funzionale e non solo strutturale²²⁴, in quanto categoria teleologicamente orientata al perseguimento degli scopi delle parti contraenti. Tutto ciò avrebbe dovuto mandare in soffitta ogni sterile questione sulla natura del giudizio riservato all'autorità giudiziaria nel concordato, se di sola legittimità o anche di merito ovvero di legittimità sostanziale. Consapevoli della possibilità di stravolgere, in tal modo, l'intero armamentario retorico fino a quel momento utilizzato nelle decisioni dei Tribunali, nonché di rendere sostanzialmente vacua la stessa distinzione tra una fattibilità giuridica ed una economica, le Sezioni Unite e la giurisprudenza a quest'ultima di poco successiva, hanno tentato di ovviare mediante la compressione del giudizio causale (concreto). Infatti ciò che ci pare si possa affermare senza timore di smentita, è che la predicata verifica della causa concreta del concordato, sia stata nei fatti stemperata mediante la fissazione di una soglia di rilevanza del difetto causale elevato fino all'assoluta impossibilità di realizzazione degli obiettivi fissati nella proposta. Anzi nella pagine di numerose decisioni, specie del Supremo Collegio, ci è parso si possa addirittura osservare un approccio ulteriormente restrittivo, in quanto vi era la possibilità di elevare un difetto causale solo ove il piano si fosse presentato

*ed in un ambito dei controlli pubblici affidati al giudice per garantire il raggiungimento delle finalità perseguite dal legislatore». La linea tracciata da questa sentenza è stata seguita e precisata anche dalla successiva giurisprudenza che ha prontamente sottolineato che « se l'accertamento degli atti in frode ad opera del commissario potesse essere superato dal voto dei creditori, preventivamente resi edotti della frode e disposti ugualmente ad approvare la proposta concordataria, non si capirebbe perché il legislatore ricollega invece immediatamente alla scoperta di atti in frode il potere-dovere del giudice di revocare l'ammissione al concordato» (cfr. Cass., 5 maggio 2016, n. 9027, in *Ilfallimentarista.it.*) Da queste brevi riflessioni si può considerare come la tendenza della Corte sul tema, risulti essere oggi incentrata su di un abbandono della tradizionale visione degli atti in frode come quelli aventi una valenza decettiva nei confronti dei creditori, capaci di minare il consenso informato di questi sulla proposta formulata, e solo per questo rilevanti ai fini della revoca. L'arresto dei Supremi Giudici si traduce in una presa di posizione dal sapore più ampio rispetto alla semplice decisione del caso di specie, infatti dimostra in maniera chiara ed inequivoca come la revoca « a cominciare dal carattere ufficioso da cui è connotata, non appare riconducibile ad una dialettica di tipo meramente negoziale, ma pienamente invece si iscrive nel novero degli interventi del giudice in chiave di garanzia».*

²²³ Cfr. E. La Rosa, *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014, p. 38; così anche Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Giust. civ.*, 2011, p. 497.

²²⁴ Nota da sempre l'ambiguità del concetto di causa, che si muove tanto su di un binario per così dire di sostanza-strutturale, quanto su quello funzionale. Di questo vi è traccia nello stesso codice civile che se all'art. 1325 annovera la causa tra gli elementi essenziali del contratto (ossia quelli di struttura, integranti la fattispecie); nondimeno all'art. 1321, nel fornire la definizione del contratto, ne sottolinea il momento funzionale (poiché lo riconosce diretto a costituire, regolare o estinguere un rapporto giuridico patrimoniale).

assolutamente inadatto, non solo al raggiungimento degli obiettivi fissati, ma alla stessa possibilità di remunerazione minimale del ceto creditorio. Qui però è facile comprendere che il concreto assetto degli interessi delle “parti contraenti”, non spiega efficacia alcuna. Infatti le finalità di creditori che accettino una proposta concordataria che preveda il loro soddisfacimento nella misura, ad esempio, del 40% e nel giro di tre anni, non sono equiparabili alle finalità di creditori che siano magari disposti ad accettare percentuali decisamente più basse e in tempi di realizzo superiori. L’impossibilità di bloccare concordati palesemente non capaci di raggiungere le finalità in esso obiettivate in termini di pagamento in moneta concordataria dei creditori, proveniva dalla presa di posizione delle stesse Sezioni Unite, sulla non rilevanza delle percentuali di soddisfo previste nella proposta senza che ovviamente fosse stata assunta dal debitore una precisa obbligazione in tal senso. Ecco perché si è ritenuto che la mancanza di causa fosse ravvisabile solo ove a fronte dell’esdebitazione del debitore nulla, in base ad una verifica necessariamente concreta, avrebbe potuto essere offerto ai creditori. Per farsi brevi, ci pare si possa affermare, almeno per quanto riguarda la giurisprudenza coeva alle Sezioni Unite, come il richiamo alla causa concreta si sia fermato al solo piano strutturale del giudizio causale²²⁵, i.e. di fattispecie, inteso come verifica in concreto della rispondenza del piano e della proposta formulata al modellino legale disciplinato negli art. 160 e ss l. fall.. Da questo angolo visuale pare, tuttavia, che nell’ultimo periodo qualcosa stia cambiando, la giurisprudenza sembra essersi fatta anticipatrice di quello che *de jure condendo* sarà il nuovo volto del concordato preventivo, e dei soggetti in esso variamente coinvolti. Procedendo con ordine, nel tentativo di tracciare questo “muoversi” delle Corti, si intende partire dall’analisi delle principali pronunce registrate all’indomani dell’intervento nomofilattico del 2013.

²²⁵ Infatti che il concetto di causa fosse da associare a quello di concretezza, era cosa nota già nella Relazione del Ministro Guardasigilli al Re la quale recita che « [...] in ogni singolo rapporto deve essere controllata la causa che in concreto il negozio realizza, per riscontrare non solo se essa corrisponda a quella tipica del rapporto, ma anche se la funzione in astratto ritenuta degna dall’ordinamento giuridico possa veramente attuarsi, avuto riguardo alla concreta situazione sulla quale il contratto deve operare».

3.2. Il giudizio di fattibilità nell'orbita del giudizio causale: l'assoluta e manifesta irrealizzabilità della causa concreta del concordato

Gli sforzi di molti Tribunali si sono concentrati, sin da subito, sul tentativo di dare concretezza ad una distinzione (quella tra una fattibilità giuridica e una economica) che, non diversamente da quella storica tra controllo di merito e controllo di sola legittimità, pare- alla prova dei fatti- dai contorni piuttosto ambigui. In particolare difficoltà si sono riscontrate nel tentare di definire quando ricorresse quell'assoluta e manifesta, le Sezioni Unite parlano di dato emergente *prima facie*, inettitudine del piano presentato a realizzare, nei fatti, gli obiettivi prefissati nella proposta, ossia a realizzare la causa concreta del singolo concordato, da individuarsi caso per caso a seconda delle concrete modalità indicate nella proposta concordataria. Infatti solamente l'inadeguatezza *prima facie* della proposta ad essere attuata comportava un difetto causale (ex art. 1418 comma 2 c.c.) e quindi la nullità del patto concordatario eventualmente raggiunto. L'assoluta irrealizzabilità, nei termini sopra esplicitati, non poteva giungere, ad esempio, dalla semplice improbabilità di adempimento della proposta, data magari da ottimistiche previsioni di vendita degli immobili posti a base del piano, pur in presenza di una grave crisi generale del mercato immobiliare e da una collocazione geografica non proprio ottimale degli stessi, poiché ciò «*ridonda(va) sulla fattibilità del concordato non in termini di certezza ma di mera probabilità*»²²⁶. Neppure “manifesta” poteva ritenersi l'infattibilità economica di un piano che si presentava priva: i) di un cogente impegno da parte delle banche ad apportare la “nuova finanza” necessaria per l'attuazione del piano; ii) di garanzie in ordine alla vendita, nei termini prospettati, di due immobili appartenenti alla società; iii) delle risorse necessarie alla copertura del fabbisogno

²²⁶ Così Cass. 9 maggio 2013, n. 11014, in www.ilcaso.it. Non diversamente Cass. 27 maggio 2013, n. 13083, in www.ilcaso.it, riteneva non irrealizzabile una proposta il cui piano si basava su un'istanza di transazione fiscale con l'amministrazione finanziaria a dir poco irrealistica vista la natura del credito da quest'ultima vantato, unitamente alla vendita di una partecipazione sociale e di un ramo dell'azienda ad altra società avente la stessa compagine azionaria della debitrice proponente e che non aveva fornito adeguate garanzie circa la possibilità di adempiere, nei termini previsti nel piano, alle proposte di acquisto formulate. Nonostante le tante incertezze legate ad un piano così strutturato la Cassazione definiva un illegittimo sconfinamento nel merito quello operato dalla corte territoriale, nel ritenere la proposta supportata da un simile piano manifestamente irrealizzabile.

concordatario. Come ebbero a specificare i giudici della Cassazione una (pur ben argomentata) prognosi di improbabilità di successo di una proposta formulata sulla base di un piano siffatto, non è sufficiente per ritenere assolutamente irrealizzabile la causa concreta del concordato, poiché non si può in assoluto escludere, ad esempio, il verificarsi dell' « *apporto della nuova finanza o (della) vendita degli immobili al prezzo sperato* »²²⁷. L'enfasi rivolta dai giudici all'impossibilità assoluta di realizzazione del piano, e di qui al soddisfacimento minimale dei creditori, dovrebbe implicare che la caducazione dell'accordo raggiunto tra le parti concordatarie possa avvenire solo ove il concluso concordato non sia assolutamente in grado di produrre l'effetto giuridico programmato. Date queste premesse, di impossibilità dovrebbe parlarsi in ipotesi piuttosto limitate (si pensi al caso in cui i beni destinati al soddisfacimento dei creditori siano in realtà da destinare tutti alle pretese dei creditori privilegiati) e che soprattutto non si distanziano di molto dalle ipotesi che trovano risoluzione, nel diritto comune, nella nullità per impossibilità giuridica o materiale dell'oggetto del contratto (ex art. 1346 c.c.). Facile è infatti rilevare che la logica sistemica che sottende entrambe le figure della dommatica tradizionale (ossia quella di causa e quella di oggetto) è per certi versi simile: l'irrealizzabilità della prima e l'impossibilità della seconda infatti rilevano nell'ordinamento in quanto negano la tutela giuridica a contratti nei quali lo scambio tra prestazioni (o beni)²²⁸ sia *ab origine* inattuabile. Come giustamente sottolineato, però la categoria dell'impossibilità dell'oggetto contrattuale risulta riferibile alle sole ipotesi di

²²⁷ Cfr. Cass. 6 novembre 2013, n. 24970, in www.ilcaso.it. Dello steso avviso Cass. 22 maggio 2014, n. 11423, in www.ilcaso.it, la quale riteneva censurabile la decisione della corte territoriale di dichiarare inammissibile una proposta concordataria sulla base di « *dubbi circa la possibilità dell'affittuaria di produrre risultati imprenditoriali sufficienti ad assicurare il pagamento del canone d'affitto occorrente al soddisfacimento delle esigenze del concordato* ». Ciò ancorché l'affittuaria, con una compagine societaria alquanto speculare a quella della società concordataria, si fosse appropriata del ramo più vitale dell'azienda pur difettando della qualifica di imprenditore farmaceutico e delle capacità economiche (avendo un capitale sociale di soli centomila euro) a far fronte, nei cinque anni successivi, ai canoni d'affitto ammontanti a sessantaquattro milioni di euro. I dubbi sulla concreta realizzabilità della proposta formula finiscono, ad opinione dei giudici di legittimità « *per sconfinare nel merito delle valutazioni di fattibilità economica del piano, sul quale il giudice non può direttamente intervenire* ».

²²⁸ « *Per il vero, dal punto di vista della teoria negoziale l'oggetto del contratto ha ricevuto definizioni disparate, che dalla originaria definizione con il bene o con la prestazione [cfr. A. Cautadella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 33] dedotti in contratto ne hanno esteso la comprensione fino a farla coincidere con il contenuto dell'accordo e, per questa via, a renderne impervia la distinzione dalla causa* » così M. Barcellona, cit., p. 267.

materiale inesistenza dell'oggetto²²⁹ ed anzi, non a torto, si è arrivato a sostenere che « *il discorso sulla possibilità (al pari di quello relativo al requisito della liceità) è [...] sostanzialmente estraneo al tema dell'oggetto del contratto, dovendo piuttosto, inerire a quello della causa e quindi al profilo funzionale dell'atto di autonomia privata*²³⁰ ». Ciò consente di affermare come anche le teorie emerse in dottrina e giurisprudenza di una più facile pensabilità dell'infattibilità in termini di impossibilità dell'oggetto, in realtà compiono solo un'operazione nominalistica. Infatti, come dalle stesse sottolineato, perché il richiamo sia realmente efficace è necessario che all'impossibilità dell'oggetto venga dato un significato non circoscrivibile alle sole ipotesi di cessioni di beni inesistenti o extra-commercium, ma venga compreso al suo interno anche l'aspetto funzionale, i.e. teleologico che tradizionalmente gli manca. Così facendo le questioni problematiche resterebbero invariate; a cambiare sarebbe soltanto il nome della categoria di riferimento. Date tali premesse, si ritiene maggiormente convincente anche nel caso *de quo* parlare di difetto causale e non di impossibilità dell'oggetto perché, se non ci si inganna perlomeno, la convinzione della giurisprudenza, specie di legittimità, restava quella di non ammettere o di revocare o di non omologare accordi in base ai quali, a fronte di una sicura esdebitazione del debitore, nulla in concreto venisse offerto²³¹ ai creditori. Ossia di concordati incapaci di dar vita a quella che M. Barcellona definirebbe « *una circolazione vicendevole della ricchezza*²³² ».

²²⁹ Così F. Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, (diretto da) A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1988, p. 105.

²³⁰ Cfr. E. Gabrielli, *Il contenuto e l'oggetto*, in *I contratti in generale*, (diretto da) E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, (diretto da) P. Rescigno, Torino, 2006, p. 634.

²³¹ Emblematica in tal senso Cass., 4 luglio 2014, n. 15345, in www.ilcaso.it, la Corte infatti ribadisce come a seguito dell'approvazione della proposta ad opera dei creditori, al Tribunale non sia consentito verificare le probabilità di successo del concordato. Infatti non potrebbe non omologare, anche nel caso di prevedibile inadempimento. E ancora, che anche se la verifica del giudice abbia fatto emergere l'inedoneità del piano a soddisfare i vari creditori nei modi e nei tempi promessi, comunque il giudice non potrebbe non omologare, poiché tale potere risulta legato alla sola eventualità di una proposta, che pur accettata dai creditori, si basi su di un piano che risulti già *prima facie* non in grado di soddisfare in qualche misura i creditori.

²³² Cfr. M. Barcellona, *op. cit.*, p. 268. Il difetto di causa concreta censurato dalle Corti nel contesto concordatario, si pone in continuità con quanto espresso dalla stessa Cassazione nella sentenza n. 10490/2006. La sentenza, resa celebre per l'affermazione del principio della necessità di un sindacato inerente alla causa concreta (intesa come « *funzione individuale* ») del contratto, tratta del caso di un negozio di consulenza intercorso tra una società e il suo amministratore. Poiché l'incarico da prestare con il contratto di consulenza risultava già compreso nelle incombenze a questo affidate in forza del ruolo di

3.3. La causa concreta e il soddisfacimento minimale dei creditori: la riproposizione in sede concordataria della vexata quaestio tra prezzo vile e prezzo meramente simbolico

Una volta appurato che la causa del “contratto concordatario” risulta essere presente e meritevole di tutela, quando la proposta e l’annesso piano siano in grado, quantomeno, di produrre uno scambio (i. e. una circolazione di ricchezza) tra debitore e suoi creditori, occorre tuttavia compiere un passo ulteriore nell’analisi. Infatti, come si evince chiaramente da più decisioni circolate nell’immediatezza dell’arresto delle Sezioni Unite, non è sufficiente che un soddisfacimento vi sia ma è altresì necessario, come del resto appare logico anche al di fuori del contesto concordatario, che lo stesso presenti quel carattere di riconoscibilità sociale improntato alla razionalità economica (i. e. minimale) e all’interno di una cornice temporale, anche questa, ragionevole. Nel contesto più ampio in cui si esercita l’autonomia privata, ossia nel mondo dei contratti, manca come noto una normativa che sindachi la congruità dello scambio tra le prestazioni dei paciscenti. L’ordinamento infatti tutela le parti contraenti, e l’efficienza del mercato in generale, in maniera indiretta, ossia assicurando che la formazione delle

amministratore svolto nella società, la Corte statuiva la nullità del contratto per mancanza di causa. La pronuncia ha diviso in due la dottrina. Infatti se da un lato è stata considerata innovativa, perché abbandonava la concezione della causa come causa astratta, appiattita su quella tipizzata dal Legislatore, che nel caso di specie risultava presente e lecita; per andare a verificare la presenza di quella concreta, ossia dello scopo pratico del contratto di consulenza stipulato; dall’altro si è sostenuto che di innovativo nella pronuncia ci fosse la sola affermazione di principio, poiché alla medesima soluzione era possibile addivenire anche senza sconvolgere la tratatizia concezione della causa (cfr. F. Besozzi, “La causa in concreto del contratto: un vero *revirement*?”, in *Contratti*, 2007, p. 1007). Infatti dalla stessa analisi della figura contrattuale in commento (il contratto d’opera) si evince che la causa oggettiva (o astratta) risiede nello scambio tra una prestazione di fare e un compenso, poiché la prestazione alla quale si era impegnato il soggetto era già dovuta in base alla carica di amministratore rivestita, pertanto il contratto di consulenza risultava incapace «*di innovare le relazioni reciproche tra contraenti*» e risultava pertanto privo di una sua propria “causa mercantile” (la formula è stata coniata da M. Barcellona, il quale intende la necessità che il contratto sia riconducibile ad una “razionalità/utilità mercantile”). Nel caso de quo, come si ritiene anche nel caso delle sentenze nel testo esaminate si potrebbe osservare che: «*l’invocazione della causa concreta non serve a mettere in opera una diversa, e concreta, nozione di causa ma serve soltanto a ribadire una cosa che è assolutamente giusta ma anche del tutto scontata, e cioè che la causa [...] deve essere riscontrata in concreto, ossia che il giudizio causale richiede che il concreto contratto sia in grado di produrre l’effetto giuridico [che nella specie è quello assolutamente “tipico” di un contratto d’opera (n.d.r. così come di un concordato)] da esso programmato e che per far questo esso deve verificare l’impatto che il programma di innovazione delle qualificazioni giuridiche dei comportamenti reciproci dei contraenti ha sulle loro sfere giuridiche*» (cfr. M. Barcellona, *op. cit.*, p. 271).

volontà avvenga in un contesto votato alla razionalità e all'efficienza economica, risultato ottenibile mediante un controllo sul procedimento di formazione delle stesse²³³. Per farsi brevi l'ordinamento limita il suo intervento alla tutela della sola libertà e consapevolezza del consenso espresso dalle parti, prevedendo apposita normativa contro i c. d. vizi della volontà. Questo discorso risulta ancora più evidente nel contesto concordatario, all'interno del quale la consapevolezza dei creditori chiamati ad accettare o meno la proposta, risulta valore tutelato lungo il corso dell'intera procedura mediante una diversificazione di soggetti e ruoli a ciò deputati. Come più volte affermato nel testo, la vulgata corrente in tutte le pronunce in ambito concordatario, è stata quella della non sindacabilità, a seguito della riforma, della convenienza della proposta e quindi della congruenza tra il beneficio ottenibile dal debitore- che si sottrae all'esecuzione forzata singolare o concorsuale – e quanto in concreto offerto ai creditori. Tuttavia se anche nel diritto comune il principio dell'insindacabilità²³⁴ dello squilibrio economico tra le prestazioni risulta vigente, nondimeno l'atto sperequato risulta intercettabile all'interno di un discorso causale. Infatti la sproporzione tra le prestazioni potrebbe essere giustificata dalla natura stessa della causa: in quanto animata da spirito di liberalità. Il discorso che parrebbe ultroneo nel contesto di cui si sta trattando, tuttavia rileva se solo si pensa alla grande quantità di proposte concordatarie presentate con percentuali di soddisfacimento del ceto creditorio compreso tra l'1% e 5%²³⁵. Il problema legato alla

²³³ Chiaro il riferimento alla disciplina dettata in tema di vizi del consenso. Sul controllo di proporzionalità tra le prestazioni in tutte le sue possibili manifestazioni vedi C. Lillo, "Eccezione d'inadempimento e proporzionalità dei rispettivi inadempimenti, in *Contratti*, 2013, p. 981; M. Barcellona, *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006, p. 2680.

²³⁴ Come sempre chiare le parole di M. Barcellona, *op. cit.*, p. 358, il quale afferma che « *l'insindacabilità del giudizio di convenienza, più che dalla sacralità della volontà individuale, è richiesta dalla stessa razionalità mercantile e della migliore allocazione delle risorse cui essa, in ultima istanza, presiede: la decisione di un commerciante di vendere ad un prezzo "stracciato" (o addirittura sotto-costi) le proprie merci può avere incontrovertibili basi razionali*».

²³⁵ Da questo punto di vista il *leading case* è rappresentato dalla sentenza del Trib. di Roma, 16 aprile 2008, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2009, II, 732 (la fattispecie esaminata dai giudici romani riguardava il caso limite di offerta ai creditori chirografari di una percentuale pari allo 0,03%). In seguito, il principio della percentuale non irrisoria è stato ripreso nelle seguenti decisioni (da segnalare comunque che in alcune di esse non si è scrutinata una specifica percentuale di soddisfacimento, ma è solo enunciato il principio della non irrisorietà): Trib. Arezzo, 17 maggio 2009, in *Dejure.it* (tale decisione, pur enunciando il principio secondo cui ai creditori non può essere offerta un'entità puramente simbolica ed irrisoria, nella specie pari al 2,10% ed al 2%, ha poi ritenuto la proposta ammissibile se i creditori non possono sperare di ottenere attraverso procedure alternative); Trib. Milano, 26 ottobre 2011, in *ifallimentarista.it* (nel

previsione di simili percentuali di soddisfo è di facile intuizione, ed oggi parrebbe risolto, ma solo per i concordati liquidatori, e non anche per quelli in continuità, dalla previsione del comma 4 dell'art. 160 l. fall²³⁶. Sul tema la giurisprudenza risulta variegata e si muove tutta, anche se con conclusioni alla volte opposte, sul concetto di causa concreta nel concordato preventivo. Parte della giurisprudenza²³⁷ si è collocata in quel filone interpretativo per così dire anticipatorio delle modifiche legislative avvenute nel 2015. Le argomentazioni utilizzate da queste corti potrebbero essere così brevemente sunteggiate: i) la causa astratta del concordato prevedendo quale suo indefettibile requisito un momento soddisfacente delle pretese creditorie, non può sussistere quando siano promessi pagamenti in percentuali irrisorie, che come tali non rientrerebbero nel concetto di soddisfacimento minimale imposto dalla legge; ii) in base ai principi del diritto generale delle obbligazioni un pagamento irrisorio non configurerebbe un pagamento, neppure parziale. Di contro altri Tribunali²³⁸ hanno ritenuto: i) che la causa

caso in esame era addirittura assente il soddisfacimento della classe dei creditori chirografari; tuttavia il Tribunale ha ugualmente omologato il concordato limitandosi a dichiarare la nullità della classe non soddisfatta); Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Foro.it*, 2012, I, 136 (ivi l'enunciazione del difetto causa del concordato in presenza di percentuale irrisoria); Trib. Firenze, 27 luglio 2012, in *Il caso.it* (nella fattispecie era stata offerta ai chirografari una percentuale del 3%; i giudici di merito hanno riscontrato che neppure tale percentuale sarebbe stata ricavabile dall'attivo della società, con la conseguente impossibilità di soddisfare i creditori chirografari); Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 7 maggio 2013, in *Expartecreditoris.it* (che ha ritenuto irrisoria una proposta con percentuale del 2,145%); Trib. Rovigo, 3 dicembre 2013, in *Il caso.it*; Trib. Milano, 3 dicembre 2013, in *Fallimento*, 2014, 343 (entrambe le pronunce hanno rigettato la domanda di omologa sul presupposto dell'inidoneità della proposta concordataria a soddisfare i creditori chirografari in percentuale anche minima); Trib. Monza, 5 novembre 2014, in *Il caso.it* (è ammissibile la proposta che garantisce il soddisfacimento non irrisorio dei creditori chirografari); Trib. Pesaro, 13 novembre 2014, in *Il caso.it* (il quale non ha omologato una proposta con percentuale di soddisfacimento variabile compresa tra un minimo di 1,49% ad un massimo di 1,75%). Dalla quarta ricerca dell'Osservatorio sulle crisi di impresa sugli orientamenti dei tribunali in tema di concordati e accordi di ristrutturazione dei debiti (sulla quale Trentini, "I concordati preventivi", Milano, 2014, p. 87, nota 76) emerge che la proposta concordataria con soddisfazione dei chirografari inferiore all'1% è inammissibile per oltre il 50% dei tribunali (specificamente per il 50,7%), ammissibile per il 37,3% ed ammissibile per il 12% a condizione che non vi siano cespiti da liquidare.

²³⁶ Sul punto si rimanda alle considerazioni già svolte nel Cap. II alla nota 167.

²³⁷ Cfr. Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 7 maggio 2013, in *Dejure.it*; Trib. Pesaro, 13 novembre 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Modena, 3 settembre 2014, in www.ilcaso.it.

²³⁸ Il Trib. Pescara, 3 marzo 2009, in *Dejure*, ha ritenuto ammissibile un concordato con percentuale di soddisfacimento pari all'1% dei crediti chirografari, poiché un giudizio di convenienza su di una simile proposta spetta solo ai soggetti chiamati ad accettarla; Trib. Udine, 18 maggio 2012, in *Il fallimentarista.it*, anche se in tema di concordato fallimentare, ha ritenuto che la proposta presentata doveva considerarsi ammissibile anche quando la percentuale offerta ai creditori chirografari sia pari a zero, poiché non era prevista alcuna necessità, per i creditori chirografari, di non essere soddisfatti in misura non irrisoria; Trib. Benevento, 27 marzo 2013, in *Fallimento*, 2013, p. 902, secondo il quale in sede di omologazione in

del concordato non risiedesse nella soddisfazione dei creditori ma nella sola regolazione della crisi e pertanto che la percentuale offerta non assumesse valore alcuno ai fini dell'integrazione del requisito essenziale; ii) che il sindacato sulla misura di soddisfacimento dei creditori consistesse in un giudizio sulla convenienza non spettante al Tribunale; iii) che l'opinare diversamente avrebbe esposto lo strumento concordatario ad intollerabili incertezze applicative; iv) che l'irrisorietà non andasse calcolata come dato numerico ma in rapporto a quanto ottenibile in sede fallimentare. La tematica richiama alla mente le dissertazioni fatte da dottrina e giurisprudenza sul prezzo vile o *nummo uno*²³⁹, le quali richiedono uno sforzo esegetico maggiore della loro reale

mancanza di specifiche opposizioni in tal senso, è precluso al giudice un giudizio sulle percentuali "minime" proposte ai ed accettate dai creditori; Trib. La Spezia, 19 settembre 2013, in www.ilcaso.it, per il quale la previsione di un soddisfacimento pari all'1% dei creditori (nel caso *de quo* erano creditori privilegiati) non determina il venir meno della causa tipica del concordato poiché la stessa risulta integrata quando il concordato sia in grado di garantire comunque una migliore alternativa di regolazione della crisi rispetto alla liquidazione fallimentare; App. Genova, 3 luglio 2014; in www.istitutoproform.org, secondo cui l'omologazione di un concordato con percentuali di soddisfo pari all'1% non può essere negata, poiché spetta ai soli creditori, concretamente compromessi nelle proprie ragioni di credito, prendere posizione sulla convenienza della proposta e, in caso di voto contrario, propendere per la dismissione fallimentare del patrimonio del debitore; Trib. Palermo, 4 giugno 2014, in www.ilcaso.it.

²³⁹ Quella del prezzo simbolico è tematica che non ha mancato di manifestare una certa complessità applicativa, portando giurisprudenza e dottrina ad interrogarsi sulla serietà del prezzo simbolico all'interno di una vendita. Brevemente, poiché trattazione maggiormente esaustiva non potrebbe essere compiuta in questa nota, si può ricordare come autorevole dottrina abbia da tempo rilevato che « *la mancanza del corrispettivo del prezzo esclude la causa della vendita* », senza che questo dato possa portare *sic et simpliciter* ad una nullità del contratto (cfr. M. Bianca, *La vendita e la permuta*, Torino, 1993, p. 548; A. Luminoso, *La compravendita*, Torino, 2003, p. 11). Per una parte della dottrina, invece, il prezzo non dovrebbe essere qualificato come un elemento indispensabile per ogni tipo di contratto a titolo oneroso (L. Costantino, "Il prezzo simbolico. Profili privatistici", in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1211). Quando, invece vi è una sproporzione tra il valore del bene e il prezzo versato, in dottrina si è soliti distinguere tra un prezzo irrisorio o vile, e un prezzo meramente simbolico. Nel caso di prezzo irrisorio il contratto sarebbe valido, mentre il prezzo meramente simbolico provocherebbe una nullità per difetto dell'elemento causale. Si parla di prezzo vile o irrisorio quando il prezzo pur essendo di molto inferiore al valore di mercato del bene venduto presenti nondimeno una propria consistenza economica e quindi una significatività razionalmente apprezzabile. In modo differente il prezzo simbolico si presenterebbe come un prezzo meramente apparente e quindi non realmente voluto dalle parti, pertanto vi sarebbe una simulazione assoluta della vendita con conseguente nullità del contratto. In giurisprudenza: Cass., 28 agosto 1993, n. 9144, in *Foro it.*, 1994, p. 2489, con nota critica di F. Caringella, "Vendita a prezzo irrisorio (o vile) e rilevanza causale della fattispecie traslativa: un (improbabile) ritorno al passato della corte di legittimità"; App. Napoli, 21 dicembre 1989, in *Dir. e giur.*, 1990, p. 510; secondo cui il prezzo irrisorio e il prezzo simbolico comportavano entrambi un difetto causale con conseguente necessità di dichiararne la nullità tanto nel primo quanto nel secondo caso. La Cassazione sembra essersi allineata nelle sentenze dal 1993 in poi ai precedenti di: Cass., 16 luglio 1963, n. 1945, in *Giur. it.*, Rep. 1963, secondo cui « *se il prezzo è elemento essenziale della compravendita, ne è indifferente, sotto il profilo dell'essenzialità l'ammontare, che può essere rilevante solo ai fini di un'eventuale rescissione del negozio per lesione; sotto altro profilo l'eccessiva tenuità del prezzo può costituire elemento atto a far ritenere un'eventuale simulazione della*

capacità risolutiva di questioni pratiche. La cosa è facilmente constatabile se si pensa che l'individuazione di concordati *nummo uno* è in realtà foriera di non poche aporie e non solo di portata giuridica quanto proprio di carattere logico. L'esempio è facilmente dato, e riportato da molta parte della dottrina contraria al periodare su percentuali minime e percentuali irrisorie: a rigore logico-formale il discrimine tra una percentuale ritenuta minima e quindi soddisfattiva e una ritenuta irrisoria potrebbe differenziarsi anche per un solo centesimo (si pensi alla soglia fissata al 5% e ad una proposta che preveda il 4, 99%). Per tentare di non cadere in strettoie e rigidismi di carattere formale alcuni Tribunali si sono orientati guardando al diritto delle obbligazioni, e in particolare al concetto di pagamento. Anche tale richiamo però rischia di risultare forviante, il pagamento risulta essere una forma di adempimento dell'obbligazione pecuniaria, e pertanto il soddisfacimento promesso dal debitore sarebbe un adempimento parziale (la norma di riferimento è il 1181 c.c.), ma per poter parlare di una parzialità occorre individuare "il tutto" di riferimento e quest'ultimo non potrebbe essere ravvisato nel debito originario dell'imprenditore vista la cesura che il concordato preventivo pone rispetto alla situazione originaria²⁴⁰. L'impossibilità di assimilare i due concetti proviene dal significato semantico del lemma soddisfacimento che non può essere sovrapposto, vista la sua più ampia portata, con quello di pagamento. Infatti la possibilità di prevedere nella proposta forme diverse dal pagamento in denaro dei creditori, e soprattutto l'espressa menzione nella legge della facoltà per il debitore di assegnare ai creditori azioni, quote o altri strumenti finanziari fa intuire che simili ipotesi, per vero difficilmente riscontrate nella pratica, non solo non rappresentano un pagamento ma neppure rendono certo un futuro soddisfacimento per i creditori, vista l'aleatorietà del risultato che li permea. Ciò che si ritiene indefettibile, e di questo la nuova formulazione

vendita»; Cass., 24 febbraio 1968, n. 632, in *Giust. civ.*, 1968, p. 1475; Cass., 26 novembre 1971, n. 3444, in *Giust. civ.*, 1972, p. 529. Concludendo interessante risulta l'accento fatto al tema qui in commento dal punto di vista della "causa sufficiente" da F. Di Marzio, *La nullità del contratto*, Padova, 2008, p. 119.

²⁴⁰ La cesura che si pone con l'obbligazione originaria non implica, nel caso in cui si giunga all'omologazione dell'accordo raggiunto una novazione o un'estinzione dell'obbligazione originaria e il sorgere di una nuova. Si ritiene più corretto, infatti, parlare di inesigibilità, ossia di una causa di impedimento della originaria pretesa.

dell'art. 160 l. fall. ne è prova, è che un'utilità²⁴¹, valutabile economicamente, venga in concreto offerta ai creditori. Questo ha portato in passato a ritenere giuridicamente possibile anche concordati interamente remissori, oggi invece la riflessione potrebbe essere riportata solo per la pensabilità o meno, anche nel nostro ordinamento, di classi c.d. a zero, poiché la necessità del pagamento del 20% dei creditori è da intendersi riferita ai chirografari nel loro complesso e non per ogni singola classe nella quale per "avventura" questi vengano ad essere suddivisi. Per i sostenitori della possibilità di concordati parzialmente remissori la sinallagmaticità concordataria verrebbe ad essere rispettata anche in simili ipotesi mediante la deduzione nella proposta del concreto vantaggio/utilità offerto ai creditori non remunerati mediante moneta concordataria. Solo in tal modo, mediante un approccio di tipo concreto, non si dovrebbe aver timore di incorrere in un vizio afferente alla causa concordataria²⁴². La possibilità di circoscrivere la finalità del concordato alla sola soluzione dello stato di crisi in cui è incorso

²⁴¹ Questa utilità potrebbe essere ravvisata tanto in un risparmio fiscale; quanto in un esonero da azione revocatoria di pagamenti ricevuti in precedenza della presentazione della domanda di concordato (giusta l'osservazione del Fabiani sul punto « *un interesse apprezzabile del creditore lo dobbiamo riscontrare presente sia quando a questi è offerta ricchezza sia quando al creditore è offerto di non perdere ciò che ha già conquistato* » cfr. M. Fabiani, "Dalla votazione al voto nel concordato fallimentare", in *Giur. comm.*, 2011, p. 572, nota 75); quanto la continuazione di rapporti commerciali con l'impresa in crisi.

²⁴² Alcune autorevoli critiche sono state mosse ad un'impostazione simile a quella sopra riportata, anche se in un diverso contesto di indagine. Con la sentenza del 2010, n. 6538, la Corte ha tentato di risolvere la questione sorta in merito all'onerosità o alla gratuità del pagamento di un debito altrui, compiuto da un terzo successivamente dichiarato fallito, e le relative conseguenze in tema di assoggettabilità o meno a revocatoria fallimentare del pagamento effettuato. I Supremi Giudici hanno ritenuto che la questione non potesse essere risolta in astratto, e quindi con formula valevole "sempre e comunque", ma che andasse svolta una verifica caso per caso, proprio in rapporto alla causa concreta del singolo negozio. Infatti il discrimine tra negozi onerosi e negozi gratuiti consisterebbe: « *nell'esistenza o meno di un qualche vantaggio, sia pure mediato e indiretto [...] della società poi fallita con riguardo all'esecuzione della prestazione [...] ovvero l'essere il pagamento preordinato o meno, dal punto di vista del solvens, al soddisfacimento di un ben preciso interesse economico, sia pure mediato e indiretto* ». Tuttavia come puntualmente notato da Roppo, un simile criterio di discernimento risulta rilevante non per la distinzione tra atti onerosi e atti gratuiti, ma per la diversa qualificazione di atti interessati o atti liberali. Infatti ciò che rende oneroso un atto del *solvens* è la controprestazione (già eseguita o solamente prevista poco importa) che questi riceverebbe, prestazione che deve esser capace di « *apportargli un vantaggio giuridico-economico* » (cfr. R. Roppo, "Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità ed merito", in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 965). Quell'interesse anche mediato e indiretto che potrebbe aver mosso il solvens a compiere il pagamento del debito altrui verrà certamente a colorare di sé la causa concreta dell'atto ma non perché capace di trasformarlo in oneroso ma solamente in interessato. A noi pare che una simile critica per lo meno (e oseremmo dire limitatamente) sotto il profilo sistematico possa esser mossa alla su riportata teorizzazione della possibilità di concordati remissori poiché la previsione di semplici utilità per classi di debitori renderebbe il concordato un negozio gratuito almeno per i creditori a classe c. d. a zero.

l'imprenditore e non anche alla soddisfazione dei creditori, sembra porsi in contrasto con la ratio dell'introduzione della soglia di sbarramento nei concordati liquidatori. E' pur vero, inoltre, che il pagamento di percentuali irrisorie o la previsione di mere utilità implica che il superamento della crisi per l'impresa debba avvenire mediante atto gratuito dei creditori, che benché possibile, risulta sfuggire a qualsiasi logica di mercato e soprattutto potrebbe esser raggiunto mediante accordo diretto con ogni creditore rimettente (ex art. 182 bis l. fall.) e non tramite una procedura a maggioranza come quella concordataria²⁴³. Un'ultima osservazione occorre venga fatta in merito alla questione del soddisfacimento minimale dei creditori. Recentemente è stato dimostrato da autorevole dottrina²⁴⁴ come nel concordato preventivo operi la clausola generale del "miglior soddisfacimento dei creditori", da apprezzarsi mediante comparazione con lo scenario fallimentare. Svvariati Tribunali hanno utilizzato una simile clausola per risolvere le aporie nate attorno ai concetti minimale/irrisoria. Non si vedeva infatti come potesse difettare di causa concreta, o meglio di meritevolezza un concordato che pur prevedendo percentuali irrisorie di soddisfacimento risultasse essere comparativamente più vantaggioso rispetto alla prospettiva fallimentare. Occorre sottolineare, per completezza espositiva, come la comparazione tra scenario concordatario e scenario fallimentare possa spiegare efficacia anche nel conteso della risoluzione di concordati liquidatori. Dato l'invariato art. 186 l. fall., infatti, un problema di percentuali irrisorie e minime potrebbe ancora porsi sotto il contiguo aspetto della valutazione della gravità dell'inadempimento. Di qui la necessità di continuare, anche a seguito della riforma del 2015, ad interrogarsi sul problema posto dalle percentuali di soddisfo e conseguentemente sulle modalità di superamento dello stesso.

²⁴³ Per considerazioni simili cfr. F. Macario, "Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l'inammissibilità della proposta per mancanza di causa", in *Banca bor. tit. cred.*, 2009, p. 737.

²⁴⁴ Cfr. A. Patti, "Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?", in *Fallimento*, 2013, p. 1099. L'A. afferma che: «il miglior soddisfacimento dei creditori pur essendo valutazione che pertiene alla convenienza, e quindi spettante ai creditori in realtà, per il momento in cui viene formulata è valutazione spettante al giudice [...]. Pur tralasciando le valutazioni circa la configurabilità di un interesse comune o di classe dei creditori [...], se la conflittualità vi è nel momento di accertamento dei singoli quozienti della distribuzione; vi è invece identità di interessi nel momento di valutazione proposta: mi pare che obiettivo comune dei creditori sia quello di massima valorizzazione del patrimonio».

3.4. La ragionevolezza dei tempi di esecuzione del piano nella prospettiva causale aperta dalla sentenza delle Sezioni Unite

Unitamente al riferimento alla soddisfazione minimale delle ragioni creditorie, le Sezioni Unite hanno stabilito che la stessa debba avvenire con “tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti”. L’elemento temporale della realizzazione del piano, pertanto, ha una sua rilevanza per la sussistenza della stessa causa concreta, *rectius* della meritevolezza, del concordato presentato. L’elemento temporale, elevato a requisito di ammissibilità della domanda, risulta una novità nel linguaggio giurisprudenziale almeno fino all’intervento della Suprema Corte del 2013. I tempi che occorre siano ragionevolmente contenuti sono, ovviamente, quelli che attengono alla fase esecutiva del piano, ossia quelli che vanno dall’omologazione del concordato fino al momento della soddisfazione, in moneta concordataria, dell’ultimo creditore²⁴⁵. Il silenzio della legge²⁴⁶ nell’individuare parametri di riferimento capaci di dare concretezza al sintagma “tempi ragionevoli”, conduce alla necessità di fare uno sforzo interpretativo in tal senso. Prima, tuttavia, è necessario intendere che la ragionevolezza deve essere parametrata in base all’interesse all’adempimento dei creditori e non a quello di risanamento dell’impresa²⁴⁷, pena: l’inutilità stessa della previsione. Infatti non contestabile è l’assunto che la necessità di previsioni ragionevoli abbia una chiara valenza di tutela in specie dei soggetti “rimasti estranei” all’accordo concordatario. Da qui la dichiarazione di

²⁴⁵ Infatti il tempo che va dalla presentazione della domanda fino all’omologazione è un tempo legato al susseguirsi delle fasi procedurali e come tale è disciplinato e quindi fissato dalla legge stessa. A norma dell’art. 181 l. fall. l’eventuale omologazione dell’accordo deve avvenire nel termine di sei mesi prorogabile per altri sessanta giorni.

²⁴⁶ L’unico riferimento al tempo è, infatti, rintracciabile nell’art. 161, comma 2, lett. e l. fall., il quale testualmente recita che la domanda di concordato deve contenere «*la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta*».

²⁴⁷ Precisione d’obbligo: la ragionevolezza dei tempi di risoluzione della crisi potrebbe anche essere affrontata dal punto dell’impresa, ossia guardando al tempo necessario per poter conseguire, mediante il piano predisposto, il ristoro economico. Da questo angolo prospettico i tempi presi a riferimento dovrebbero essere quelli necessari alla liquidazione ottimale (tenuto conto delle condizioni del mercato) dei beni aziendali, ovvero nel caso di concordato in continuità i tempi necessari per poter ristrutturare l’azienda e raggiungere una condizione di stabilità capace di generare flussi di cassa, che decurtati i costi di gestione, siano in grado di ripagare l’esposizione debitoria precedente. E quindi in un tempo che, pur ragionevolmente, si potrebbe presentare piuttosto diluito.

inammissibilità da parte di alcuni Tribunali²⁴⁸, di domande di concordato aventi piani di liquidazione o di risanamento eccedenti i tempi considerabili come ragionevolmente tollerabili per il soddisfacimento delle pretese creditorie. Nel tentativo di dare concretezza al principio fissato dalle Sezioni Unite, un filone giurisprudenziale ha agganciato il criterio della ragionevolezza a quanto previsto dalla c.d. Legge Pinto la quale, muovendo dai principi fissati nella Cedu, ha previsto la risarcibilità del danno provocato ad un soggetto, parte di un procedimento, da lungaggini ritenute irragionevoli. Se in un primo momento “la ragionevolezza dei tempi” processuali era stata lasciata alle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di legittimità, successivamente la legge stessa ha fissato, per il profilo che qui maggiormente interessa, nel limite di tre anni il tempo considerabile ragionevole per un’espropriazione individuale e in sei anni quello per le procedure concorsuali. Proprio per via dell’utilizzo del medesimo lemma (“ragionevole”) tanto ad opera delle Sezioni Unite²⁴⁹ quanto della legge stessa, la giurisprudenza *de qua* ha ritenuto che un simile limite temporale potesse essere fissato anche per l’esecuzione del piano concordatario, poiché non pare frutto di una semplice casualità la scelta del termine utilizzato dai Supremi Giudici. Occorre tuttavia sottolineare come al variare della struttura del piano varieranno, necessariamente, anche i tempi considerabili ragionevoli. Pertanto nel tentativo di tracciare almeno una “linea di tendenza”, non ci si può esimere dal distinguere tra piani in continuità e piani in liquidazione. Se per quest’ultimi non pare ci si possa trovare di fronte a grossi ostacoli di natura giuridica (o logica) nell’estendere quanto previsto dall’art. 2 comma 2 *bis* della

²⁴⁸ Così Trib. Palermo 31 ottobre 2014, in *Fallimento*, 2015, p. 823; Trib. Modena 13 giugno 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Santa Maria Capua Vetere 15 maggio 2014, in *Fallimento*, 2014; p. 952.

²⁴⁹ Si sottolinea correttamente in dottrina che « *nell’interpretazione della Corte non importa che il lasso temporale previsto sia quello che, nella situazione concreta in cui versa l’azienda o in cui si trova il patrimonio, necessariamente occorre per il completamento del piano [...] ma piuttosto che vi è un limite oltre il quale i creditori non possono essere costretti ad attendere per la sola volontà della maggioranza*» (cfr. V. Zanichelli, “Sindacato del tribunale sui tempi di esecuzione del concordato preventivo”, in *Fallimento*, 2015, n. 826). Anche qui, come nel caso del soddisfacimento minimale, il limite imposto dalla ragionevolezza, consente il bilanciamento tra le posizioni del debitore e quelle dei creditori nel loro complesso. Infatti nulla vieta all’imprenditore di tentare di raggiungere un accordo singolarmente (ex 182 bis) con i vari creditori nel caso in cui sia in grado di predisporre un piano di risanamento che, proprio per via dei tempi maggiormente diluiti, consenta un ritorno all’equilibrio economico-finanziario dell’impresa. Ma tale pur meritevole fine, non potrebbe essere legittimamente perseguito “a spese” dei creditori specie se rimasti in minoranza.

legge n. 89/2001²⁵⁰, la questione diventa più complessa per i concordati con piani in continuità. Infatti per i piani in continuità tanto diretta quanto indiretta, il tempo di esecuzione sarà sicuramente superiore, poiché è necessario che l'impresa (a seguito della ristrutturazione) sia in grado di generare un surplus di cassa capace di ripagare la pregressa esposizione debitoria. Proprio a fronte di ciò non pare che il già citato art. 2 comma 2 bis della L. n. 89/2001, possa fornire indicazioni utili. Sebbene la modifica apportata alla legge dal D.L. 22 giugno 2012, n. 83, abbia previsto, in tema di ragionevole durata della procedura fallimentare, un innalzamento del limite inizialmente fissato nel caso di procedura particolarmente complessa (il termine massimo è ora di sette anni), anche questa indicazione potrebbe essere non proprio puntuale ai fini della nostra analisi. Infatti il previsto innalzamento delle tempistiche "ragionevoli" nel caso di procedure fallimentari particolarmente complesse, sarebbe spiegabile dalla grande quantità di ulteriori ricorsi che dal fallimento, o durante lo stesso, possono essere esperiti. Inoltre non si può neppure pretermettere il riferimento a quella che non a torto è stata definita la stella polare del concordato (anche e soprattutto per quello in continuità) ossia la necessità di verificare che il piano concordatario sia funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori. Per questo motivo, la giurisprudenza²⁵¹ che si è pronunciata sul punto ha indicato in cinque anni il termine massimo per tutti i tipi di concordato. Tale dato troverebbe una conferma anche secondo un diverso ma affine angolo di indagine. Infatti, la stessa relazione del professionista chiamata ad attestare la fattibilità del piano, perché non venga ad assumere i contorni del vaticinio ma si sostanzi in un documento non solo intelligibile ma anche affidabile, è necessario prenda in considerazione uno scenario piuttosto limitato, per evitare che fattori imprevedibili ne svuotino il contenuto. Per questo i principi contabili internazionali ed in particolare lo IAS 36 stabilisce che: *«le proiezioni fondate su budget previsionali devono coprire un*

²⁵⁰ La norma, dettata per l'esecuzione forzata individuale, come già sopra riportato, ha fissato in tre anni il limite di ragionevolezza dei tempi processuali. L'accostamento con un concordato meramente dismissivo del patrimonio aziendale risulta azzecato se si pensa che entrambe le procedure sono volte ad ottenere il prezzo più alto dalla vendita e che inoltre alla innegabile maggiore complessità della procedura concorsuale si compensa con la necessità che la stima dei beni aziendali venga compiuta in un momento antecedente il giudizio di omologazione.

²⁵¹ Trib. Modena 13 giugno 2013, cit..

periodo massimo di cinque anni, a meno che un arco temporale superiore possa essere motivato». Tuttavia, con la consapevolezza che il diritto non possa e non debba ricercare un rigorismo che mal si adatterebbe all'infinita varietà dei casi concreti, la necessità che il piano presenti un tempo di esecuzione ragionevole è requisito fondamentale di ammissibilità della proposta²⁵². In quanto elemento costitutivo della fattispecie, il mancato rispetto delle tempistiche di esecuzione promesse costituirà inadempimento del debitore, capace di attivare, ove ne ricorrano i presupposti di cui all'art. 186 l. fall., il rimedio risolutorio.

3.5. Il richiamo alla causa concreta e le prospettive aperte dal giudizio di meritevolezza: considerazioni conclusive

Nei paragrafi precedenti si è tentato di dar conto dei filoni interpretativi seguiti dalle corti di merito e di legittimità all'indomani dell'aggancio della questione "fattibilità" alla categoria causale. Come sopra rilevato, le pronunce dei giudici si sono sostanziate in un controllo di conformità o di disformità della proposta presentata al tipo previsto dalla legge fallimentare. In realtà, quello sulla causa in concreto è giudizio che va oltre il controllo subito sopra descritto essendo diretto a veicolare, anche e soprattutto una valutazione di meritevolezza degli interessi perseguiti dalle parti²⁵³. In una prospettiva

²⁵² I tribunali si sono variamente orientati sul canone della ragionevolezza, normalmente in negativo e cioè per l'inammissibilità del termine indicato ma senza pronunciarsi su quello che sarebbe stato ragionevole: così App. Catania 5 marzo 2014, in *www.ilcaso.it* che ha ritenuto eccessivo il termine di dieci anni; allo stesso modo Trib. Siracusa 15 novembre 2013, in *fallimento*, 2014, p. 115; Trib. Monza 2 ottobre 2013, cit., e Trib. Padova 4 dicembre 2013, in *www.ilfallimentarista.it*; Trib. di Prato 17 febbraio 2014, in *www.ilfallimentarista.it*, per un pagamento in otto-nove anni; conforme Trib. Santa Maria Capua Vetere 15 maggio 2014, in *Fallimento*, 2014, p. 952; Trib. Palermo, 31 ottobre 2014, in *Fallimento*, 2015, p. 823, secondo cui risulta inammissibile un piano con tempi di ammissione di circa diciassette anni.

²⁵³ Avverte una paura di illimitata sindacabilità del contratto mediante un giudizio di meritevolezza affidato all'autorità giudiziaria, G. Stolfi, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961, p. 29, n. 1. L'A. afferma la necessità di propendere per letture restrittive della clausola generale della meritevolezza, «*poiché altrimenti il concetto di causa sarebbe tra i più vaghi ad anzi il più vago e come tale si presterebbe a meraviglia a mettere i contraenti a discrezione del giudice, il quale potrebbe togliere valore ad ogni controllo valido, con il pretesto che il suo fine non è socialmente apprezzabile:- il che, oltre a vibrare un colpo mortale alla certezza dei diritti e cioè ad una delle più forti esigenze della vita collettiva, contrasterebbe con l'evoluzione storica dell'istituto, dato che gli antichi discriminarono la causa dai motivi appunto per frenare l'intervento del giudice*».

aperta a principi e valori provenienti da fonti primarie multi-livello, non si vede come la stessa autonomia privata non si debba funzionalizzare ad interessi generali e all'utilità sociale²⁵⁴. Valori questi che, sempre di più, sembrano responsabilizzare i privati nell'esercizio della loro autonomia contrattuale, da svolgere, quest'ultima, secondo i principi di solidarietà e (per quello che qui maggiormente interessa) di ragionevolezza. A prescindere dalla volontà o meno di concordare con una simile funzionalizzazione del contratto nell'odierno sistema giuridico, è innegabile che il giudizio di meritevolezza si presenti, per lo meno, come una verifica dell'apprezzabilità sociale degli interessi sottesi al contratto, distinguendoli da scopi meramente voluttuari. Apprezzabilità sociale, che si declina sostanzialmente in un controllo di razionalità e ragionevolezza del contratto stesso²⁵⁵. Una simile visione nasce dall'esigenza di dare tutela ad interessi che pur non coincidenti con quelli fondamentali dell'ordinamento giuridico siano nondimeno capaci di perseguire scopi seri e significativi. Tale periodo trova luogo di elezione proprio nella procedura concordataria, ove la necessità di sindacare la ragionevolezza e la serietà di quanto proposto dal debitore risulta essere la vera risposta all'esigenza di un bilanciamento tra i più interessi coinvolti nella crisi. Pertanto, si crede che la garanzia della "pace sociale" all'interno della procedura debba essere ancora, e tutta, affidata al sindacato del Tribunale, mediante un efficiente utilizzo della regola generale di meritevolezza. In questo senso, il Tribunale non svolge un controllo di semplice legalità, bensì di verifica della meritevolezza degli interessi sottesi al piano e tale approccio funzionale risulta utile proprio in quanto suggerisce l'idea di un controllo di conformità, o meglio di non difformità, del singolo concordato alla funzione prevista dall'ordinamento. Tale approccio funzionale consente di inglobare all'interno del

²⁵⁴ Come giustamente sottolineato, in realtà il giudizio di meritevolezza risulta da sempre appeso nell'alternativa «tra uno schema di valutazione (non) negativa dei comportamenti tenuti dai soggetti di autonomia e quello della valutazione di positivo perseguimento dei fini segnati dall'ordinamento. Ma che, forse, potrebbe essere più chiaramente sciolta [...] nell'enunciazione di due distinte alternative: quella di non difformità ovvero di conformità ai principi; e quella relativa alla definizione dei principi medesimi, se chiamati solo quelli del sistema delle leggi ordinarie [...] ovvero anche (prima di tutto, *rectius*) quelli espressi dalla Carta» (cfr. A. A. Dolmetta, *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole.*, Bologna, 2013, p. 319).

²⁵⁵ Cfr. C. Scognamiglio, *Problemi della causa e del tipo*, in *Trattato sul contratto*, (a cura di) V. Roppo, Milano, 2006, p. 85. L'A. pur criticando il sindacato di una meritevolezza per così dire "sociale" del contratto, ritiene comunque che quest'ultimo vada sottoposto ad un controllo di ragionevolezza e razionalità.

giudizio di meritevolezza l'assetto complessivo del concordato, spingendosi sino allo scopo ultimo di questo, e portando l'interprete ad interrogarsi sull'efficienza stessa del piano. Così ragionando, la distinzione pur faticosamente tracciata dalla Cassazione nel 2013, tra una fattibilità giuridica e una fattibilità economica è destinata a perdere i suoi pur deboli confini, per arrivare a confondersi nello stesso giudizio sulla causa in concreto²⁵⁶. A ciò, pare sia giunta la più recente giurisprudenza, la quale, pur non valorizzando il richiamo alla causa concreta del concordato, sembra abbandonare le remore passate, per sindacare direttamente la fattibilità del piano e di qui la meritevolezza della proposta.

Di questo sembra essere ben consapevole la Corte d'Appello di Firenze²⁵⁷, la quale definisce infatti la categoria della fattibilità giuridica un "mostro semantico", una "sorta di irrocervo", e giustamente procede il proprio periodare sottolineando come anche a seguito della riforma, la Legge comunque lasci al Tribunale un potere residuale «*di blocco in prospettiva funzionale. La sovranità dei creditori nella stima della convenienza, idealmente non confligge con il potere del giudice di fermare un concordato non seriamente eseguibile: se sta bene ai creditori nulla osta ad ammettere una proposta poco conveniente, purché sia almeno fattibile*».

Incontestabile l'assunto sotteso alla pronuncia in commento, ossia: qual è l'utilità in pratica di un concordato che difetta di una seria prospettiva di adempimento e di qui, come ritenere meritevole di tutela una proposta che non definisce la crisi ma soltanto la procrastina?

Sulla medesima lunghezza d'onda della pronuncia sopra riportata si pone anche il Tribunale di Lecce²⁵⁸. Nella recente decisione i giudici pugliesi, in aderenza con quanto stabilito dalle ultime sentenze della giurisprudenza di legittimità (Cass. 12964/2016, Cass. 7959/2017), hanno statuito che il requisito di fattibilità fosse attribuito al sindacato

²⁵⁶ 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?" (Nota a Cass., sez. I, 17 ottobre 2014, n. 22045), in *Fallimento*, 2015, f. 4, 438-447, l'A. afferma che «*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"*».

²⁵⁷ App. Firenze, 6 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*.

²⁵⁸ App. Lecce, 26 aprile 2017, in *www.ilcaso.it*.

del giudice, il quale *«deve compiere una prognosi di concreta realizzabilità del piano concordatario (feasibility, nel diritto statunitense)»*. In particolare, il Tribunale sottolinea come a seguito della riforma del 2015, non abbia più senso limitare il giudizio sulla fattibilità ad una “assoluta e manifesta inettitudine del piano” alla realizzazione della causa concreta, poiché tale formula trovava giustificazione solo ed esclusivamente in un assetto normativo che non prevedeva percentuali vincolanti di soddisfacimento per i creditori. A seguito dell’introduzione della percentuale minima del 20% unitamente all’obbligo di assicurare una “utilità specifica ed economicamente valutabile” per ciascun creditore, il limite della “assoluta e manifesta inettitudine” non ha più ragione alcuna, poiché l’esigenza di una soddisfazione minimale impone di necessità, un vaglio più rigoroso della concreta realizzabilità del piano. In base alla formula utilizzata nella stessa pronuncia in commento si potrebbe dire di essere passati *«da un sistema di autotutela endoconcorsuale dei diritti dei creditori ad una più diffusa eterotutela affidata all’autorità giurisdizionale, per il tramite dell’attribuzione al giudice di penetranti poteri di indagine e di verifiche di merito»*. Va rilevato che la Cassazione, ad oggi, non si è mai pronunciata su fattispecie sorte successivamente al D. L. 83/2015, e quindi occorre attendere che si formi una casistica sul punto, per tentare di comprendere quale tipo di interpretazione sistematica l’introduzione della percentuale di sbarramento potrà comportare anche in tema di sindacato del giudice sulla concreta realizzabilità degli obiettivi fissati nel piano. Maggiore consapevolezza dell’implicazioni che un giudizio sulla causa concreta comporta nel contesto concordatario, può essere rintracciato nelle sentenza della Cassazione 4915/2017. La Corte correttamente sottolinea come il richiamo operato dalle Sezioni Unite alla causa concreta del concordato non può non implicare una prospettiva funzionale, e quindi *«supporre un controllo sul contenuto della proposta, finalizzato a stabilirne l’idoneità ad assicurarne la rimozione dello stato di crisi, mediante il soddisfacimento in qualche misura dei crediti»*. Una prospettiva funzionale, quella del giudizio sulla causa concreta, che inevitabilmente comporta un vaglio sullo scopo perseguito dalla specifica proposta presentata e soprattutto sull’idoneità dei mezzi predisposti al raggiungimento dell’obiettivo prefissato, che nel contesto concordatario non può che essere la

regolazione/risoluzione dello stato di crisi. E sulla verifica di idoneità che - precisa la Corte - è da ricomprendersi inevitabilmente nella verifica sulla causa concreta, si va ad assestare lo stesso controllo di meritevolezza, *«che va svolto rispetto all'assetto di interessi ipotizzato dal proponente in rapporto ai fini pratici che il concordato persegue»*. A fronte dell'analisi in queste pagine svolta, ci sembra di poter concludere con un'osservazione piuttosto basilica: perché ricorrere a formule difficilmente comprensibili, poiché estranee ai concetti proprio del nostro sistema giuridico, per perimetrare il ruolo del giudice all'interno della riformata procedura concordataria? Perché non fare un uso virtuoso di clausole generali che, se ben maneggiate dagli operatori del diritto permettono una reale presa in considerazione dei più interessi che, specie in un contesto di crisi, gravitano attorno alla proposta presentata?. Il giudizio sulla causa concreta del concordato consente, se ben intesa, di superare molte delle aporie riscontrate dai Tribunali nella pratica, poiché permette di giungere alla giustizia del caso concreto evitando rigidismi che, specie per accordi presi a maggioranza e su scenari probabilistici e quindi futuri, mal si concilierebbero con l'apparato di tutela che il Legislatore ha comunque previsto avendo predisposto un complesso ed oneroso apparato procedimentale.

Conclusioni

Arrivati alla fine di questo elaborato si ritiene d'obbligo fare delle considerazioni dal sapore più generale, per tentare di comprendere quanto la c.d. degiurisdizionalizzazione della procedura concordataria possa essere considerata una storia di successo, trovandoci di fronte ad un diritto concorsuale che si è andato innovando in senso sempre più favorevole al raggiungimento di accordi tra debitore e massa dei creditori. Tuttavia l'iniziale entusiasmo manifestato per un concordato preventivo che si presentava finalmente libero da inutili rigidismi, e da un arretramento della dispendiosa e defatigante macchina processuale, ha alla prova dei fatti manifestato tutta la sua debolezza. Infatti dati statistici hanno rilevato come negli ultimi anni il numero dei fallimenti sia andato aumentando, ed anche l'introduzione di una fase c.d. prenotativa propria del concordato con riserva non ha nei fatti centrato l'obiettivo del proprio inserimento, ossia permettere una emersione tempestiva della crisi. Come ampiamente dimostrato infatti, l'istituto nella maggior parte dei casi è stato utilizzato per evitare la declaratoria di insolvenza, di imprese già sottoposte ad istanze di fallimento, e con improbabili possibilità di ripresa. Ma il dato, che qui maggiormente interessa prendere in considerazione, è quello emergente dalle statistiche effettuate dal Tribunale di Milano, sull'effettivo soddisfacimento del ceto creditorio all'esito della procedura. Si è rilevato come in più del 30% dei concordati omologati, i creditori chirografari abbiano percepito una percentuale pari allo 0%. Questa stima fa emergere chiaramente quale sia il reale problema dell'istituto in esame: quello di presentarsi, alla prova dei fatti, come un fallimento attenuato. E conferma di ciò la si ha già ponendo mente alla grande quantità di concordati liquidatori presentati a fronte di uno scarso utilizzo di quelli in continuità. Queste probabilmente le intenzioni che hanno animato il Legislatore ad intervenire nuovamente sulla materia concordataria nell'agosto del 2015. La mini-riforma ha sostanzialmente portato indietro le lancette dell'orologio reintroducendo il requisito della meritevolezza soggettiva, intesa come possibilità di accesso alla procedura del solo imprenditore che non abbia completamente eroso il proprio patrimonio, ma ne abbia

conservato almeno una parte sufficiente a pagare il 20% dei creditori chirografari. Su questo stesso solco si pone anche il disegno di legge delega elaborato su indicazioni della Commissione ministeriale Rordorf ed approvata dalla Camera dei deputati lo scorso febbraio. Ciò che è stato prontamente sottolineato è che « 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 di legge organico di riforma del diritto dell'insolvenza»²⁵⁹. Per il profilo che qui maggiormente rileva, occorre segnalare la possibilità per il futuro di presentare concordati meramente liquidatori solo a fronte di apporti di risorse esterne capaci di aumentare, in misura apprezzabile, il soddisfacimento dei creditori, fermo il necessario pagamento del 20% dell'ammontare complessivo dei crediti chirografari. In riferimento al ruolo del giudice, ci pare che in continuità con quanto sostenuto nelle pagine di questo elaborato sia destinato ad esser "messo in cantina" ogni ulteriore riferimento alla fattibilità giuridica e a quella economica, infatti chiaro è il riferimento nell'art. 6 lett. f) alla necessità che il giudice valuti anche la fattibilità economica del piano in base alle indicazioni provenienti dal commissario giudiziale. Ed ancora occorre rilevare sempre in riferimento a quanto scritto nelle pagine precedenti che le aporie riscontrate nella pensabilità dell'accordo concordatario come un accordo di diritto comune potranno essere nel futuro superate mediante la previsione del classamento obbligatorio, nel caso in cui esigenze di omogeneità degli interessi dei creditori lo richiedano. Tali esigenze sono necessariamente riscontrabili nel caso di creditori assistiti da garanzie esterne, i quali dovranno essere collocati in una apposita classe. Infine dovrà essere previsto un sistema di calcolo delle maggioranze anche per teste nell'ipotesi in cui un solo creditore sia titolare di crediti pari o superiori alla maggioranza di quelli ammessi al voto.

Si è deciso di dare rilevanza alle prospettive di riforma della materia concordataria nella parte conclusiva di questo lavoro, sia perché si è preso visione del testo del disegno di legge quando ormai il presente elaborato si avviava ad una fase conclusiva, ma

²⁵⁹ Queste le parole usate nel "Comunicato stampa del Consiglio dei Ministri n. 103" dell' 11 febbraio 2016.

soprattutto per la volontà di utilizzare i dati provenienti dal d.d.l. come validazione di quanto sostenuto nelle pagine precedenti. In particolare, per quanto sostenuto sul sindacato del giudice in merito al “contratto concordatario”. Il richiamo fatto dal d.d.l. alla verifica della fattibilità tout court del piano e soprattutto alla valutazione del migliore soddisfacimento dei creditori mediante il concordato proposto rispetto all’alternativa fallimentare, non è altro che un richiamo a quelli che abbiamo considerato quali momenti specificativi del giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti con l’accordo concordatario. Giudizio di meritevolezza che ci è parso essere il vero punto di forza del richiamo fatto dai Giudici Supremi alla causa in concreto del concordato.

Bibliografia

- Abete L., “La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione”, in *Dir. fall.*, 2013
- Abete L., “La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n. 1521/2013 delle Sezioni Unite”, in *Fallimento*, 2013
- Alessi C., “Autonomia privata nel concordato preventivo e ruolo del tribunale”, in *Giur. comm.*, 2014
- Alpa G., voce “Rischio”, in *Enc. dir.*, XL
- Amatore R., “Il giudizio di fattibilità del piano: dubbi interpretativi”, commento a App. Venezia 6 marzo 2014, in *Fallimento*, 2014
- Ambrosini S., “Appunti flash per una ”miniriforma” del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti”, in *www.ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 293/2012
- Ambrosini S., *Autonomia negoziale e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in *Autonomia negoziale e crisi d’impresa*, a cura di Di Marzio e Macario, Milano, 2010
- Ambrosini S., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, Padova, 2008
- Ambrosini S., “Il nuovo concordato preventivo alla luce della “miniriforma del 2015””, in *Dir. fall.*, I, 2015
- Ambrosini S., “Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza”, in *Fallimento*, 2009,
- Ambrosini S., L’omologazione del concordato, in *Dir. Fall.*, 2014,
- Ambrosini S., “Sub. Art. 160”, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di S. Ambrosini e P.G. Demarchi, Milano, 2005
- Ambrosini S., “Contenuti e fattibilità del piano alla luce della riforma del 2012”, in *www.ilcaso.it*. sez. II, doc. n. 306/2012
- Apice U. e Mancinelli S., *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012
- Ascarelli T., “Interesse sociale e interesse comune nel voto”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1951

Azzarro A., “Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza”, in *Fallimento*, 2007

Baldini A., “Sulla consapevolezza del concordato preventivo (Tra poteri del tribunale e autodeterminazione dei creditori)”, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obb.*, 2014

Barcellona M., *Clausole generali e giustizia contrattuale*, Torino, 2006

Barcellona M., *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015

Benedetti G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969

Benedetti G., Negozio giuridico e iniziativa economica privata, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Atti del Congresso dei civilisti italiani tenuto a Venezia 23 – 26 giugno 1989, Padova, 1989

Bertacchini E., “Clausole generali e autonomia negoziale nella crisi d’impresa”, in *Contratto e impresa*, 2011

Bertacchini E., “Diritto societario dell’impresa in crisi”, in *Riv. dir. impr.*, 2015

Besozzi F., “La causa in concreto del contratto: un vero revirement?”, in *Contratti*, 2007

Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Trattato Vassali* vol. XV, tomo 2, Roma, 1953

Betti E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960

Bianca C. M., *Diritto civile*, 3, *Il contratto*, Milano, 2000

Bianca C. M., *Diritto civile*, 4, *L’obbligazione*, Milano, 1990

Bianca M., *Diritto civile*, III, Milano, 2000

Bianca M., *Diritto civile*, Milano, 1984, vol.4

Bianca M., *La vendita e la permuta*, Torino, 1993

Bolaffio L., *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932

Bonfatti S. e Censoni P. F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2004

Bonfatti S., *Gli incentivi alla composizione negoziale della crisi d’impresa: uno sguardo d’insieme*, in *Le procedure di composizione negoziale della crisi e del sovra indebitamento*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2014

Bonfatti S., “Il sostegno finanziario dell’impresa nelle procedure di composizione negoziale della crisi”, in *www.ilcaso.it*

Bottai L. A., “Il principio maggioritario e l’equivoco nel controllo sulla formazione delle classi”, in *Fallimento*, 2012

Bottai L.A., “Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale”, in *Fallimento*, 2012

Bozza G., “Brevi considerazioni su alcune norme della ultima riforma”, in *Fallimenti e società.it*

Bozza G., “Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo”, in *Fallimento*, 2011

Bozza G., “L’utilizzo di nuova finanza nel concordato preventivo e la partecipazione al voto dei creditori preferenziali incapienti”, in *Fallimento*, 2009

Canale G., “Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma”, in *Giur. comm.*, 2010

Candian A., *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937

Caringella F., “Vendita a prezzo irrisorio (o vile) e rilevanza causale della fattispecie traslativa: un (improbabile) ritorno al passato della corte di legittimità”; App. Napoli, 21 dicembre 1989, in *Dir. e giur.*, 1990

Carnelutti F., “Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo”, in *Riv. dir. proc.* 1924, I

Catalozzi P., “Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori deboli”, in *Fallimento*, 2006

Cautadella A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966

Censoni F. P., “I limiti del controllo giudiziale sulla fattibilità del concordato preventivo” in nota a Cass. sez. un. 23 febbraio 2013 n. 1521, in *Giur. Comm.* 2012, II

Censoni P. F., “I limiti del controllo giudiziale sulla «fattibilità» del concordato preventivo”, in *Giur. comm.*, 2013

Censoni P. F., “Il controllo giudiziale sull’ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi”, in *Fallimento*, 2010

Ciervo G., “Ancora sul giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo”, in *Giur. comm.*, 2015

Confortini V., “Fattibilità del concordato e struttura dell’atto”, in *www.juscivile.it*

Confortini V., “Interessi di classe e autonomia concorsuale”, in *Riv. dir. civ.*, 2013

Costantino L., “Il prezzo simbolico. Profili privatistici”, in *Contr. e impr.*, 2001

D. Marcello, “Fattibilità giuridica e fattibilità economica del concordato preventivo. Il ruolo riscoperto della causa in concreto”, in *Causa del contratto* (a cura di) F. Alcaro, Milano, 2016, p. 38

D’Alessandro F., “La crisi delle procedure concorsuali e le linee della riforma: profili generali”, in *Giust. civ.*, 2006

D’Alessandro F., “Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e alcuni loro limiti”, in *Scritti di D’Alessandro F.*, Milano, 1997

D’Alessandro F., “Sui poteri della maggioranza del ceto creditorio e su alcuni loro limiti”, in *Fallimento*, 1990

D’Attore G., “Il conflitto d’interessi fra creditori nei concordati”, in *Giur. comm.*, 2010

D’Attore G., “Il voto nei concordati ed il conflitto di interessi fra i creditori”, in *Fallimento*, 2012

D’Attore G., in *La nuova mini-riforma della legge fallimentare* (a cura di) D’Attore G. e Sandulli M., 2016

De Santis F., “Causa in concreto della proposta di concordato preventivo e giudizio “permanente” di fattibilità del piano”, in *Fallimento*, 2013

Di Majo A., “Giustizia e materializzazione del diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura”, in *Eur. dir. priv.*, 2013

Di Majo A., “Il percorso «lungo» della fattibilità del piano proposto nel concordato”, in *Fallimento*, 2013

Di Majo A., “La fattibilità del piano: legittimità o merito?”, in *Corr. giur.*, 2012

Di Marzio F., “Accordi di ristrutturazione dei debiti. Trattative con i creditori”, in www.ilfallimentarista.it

Di Marzio F., “Condizioni per l’ammissione al concordato preventivo”, in AA.VV. Ghia L., Piccininni C.; F. Severini, *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2011

Di Marzio F., “Introduzione al concordato preventivo”, in *Trattato delle procedure concorsuali*, IV, Assago, 2011

Di Marzio F., *La nullità del contratto*, Padova, 2008

Di Marzio F., “Superamento della crisi e la conclusione delle procedure, in A.A. V.V. L. Ghia, C. Piccininni, F. Severini, *Trattato delle Procedure Concorsuali*, Torino, 2011

Didone A., “Le Sezioni unite e la fattibilità del concordato preventivo”, in nota a Cass. sez. un. 23 febbraio 2013 n. 1521, in *Dir. fall.* 2013,

Dimundo A., “Pactum de non petendo ed insolvenza”, in *Il Fallimento*, 1996

Dolmetta A. A., *Trasparenza dei prodotti bancari. Regole.*, Bologna, 2013

Fabiani M., “Autonomia ed eteronomia nella soluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale”, in *Fallimento*, 2008

Fabiani M., “Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati”, in *Fallimento*, 2009

Fabiani M., “Concordato preventivo e giudizio di fattibilità: le Sezioni Unite un po’ oltre la metà del guado”, in *Foro it.*, 2013

Fabiani M., “Concordato preventivo”, in *Fallimento e concordato preventivo*, volume II, Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano, a cura di G. De Nova, Bologna, 2014

Fabiani M., “Dalla votazione al voto nel concordato fallimentare”, in *Giur. comm.*, 2011

Fabiani M., “Guida rapida alla lettura di Cass. s.u. 1521/2013, in *www.ilcaso.it*; Id., “La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite”, in *Fallimento*, 2013

Fabiani M., “Guida rapida alla lettura di Cass. s.u. 1521/2013”, in *www.ilcaso.it*

Fabiani M., “L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche”, in *www.ilcaso.it*

Fabiani M., “La questione fattibilità del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite”, in *Fallimento*, 2013

Fabiani M., “La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del concordato preventivo”, in *www.ilcaso.it*

Fabiani M., “Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità”, in *Fallimento*, 2011

Fabiani M., “Riflessioni precoci sull’evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d’impresa (appunti sul d.l.83/2012 e sulla conversione)”, in *www.ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 303/2012

Fabiani M., *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009

Fabiani M., L’ipertrofica legislazione concorsuale fra nostalgie e incerte contaminazioni ideologiche, in *www.ilcaso.it*

Fabiani M., *Le riforme delle procedure concorsuali*, a cura di A. Didone, I, Milano, 2016

Farolfi A., “Concordato preventivo: le novità di agosto”, in *www.ilfallimentarista.it*

Faucegla G., “Brevi considerazioni sui poteri del tribunale in tema di concordato preventivo”, in *Dir. fall.*, 2011

Faucegla G., “Diritto civile e concordato preventivo: una convivenza difficile”, in *Fallimento*, 2015

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. Commentario*, (diretto da) A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010

Gabrielli E., “Il contenuto e l’oggetto”, in *I contratti in generale*, (diretto da) E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, (diretto da) P. Rescigno, Torino, 2006

Galgano F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, (diretto da) Cicu A. e Messineo F., Milano, 1988

Galgano F., *La forza del numero e la legge della ragione*, Bologna, 2007

Galgano F., *Trattato di diritto civile*, Padova, 2010

Galletti D., “Classi obbligatorie? No grazie”, in *Giur. comm.*, 2010

Galletti D., “E’ ancora attuale dopo la riforma d’urgenza il tractatus misteriosoficus delle Sezioni Unite?”, in *www.ilfallimentarista.it*

Galletti D., “I piani di risanamento e di ristrutturazione”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006

Galletti D., “Il sindacato del giudice nel concordato preventivo un anno dopo: prove tecniche di actio finium regundorum?”, in *www.ilfallimentarista.it*

Galletti D., “La formazione di classi nel concordato preventivo: ipotesi applicative”, in *www.ilcaso.it*

Galletti D., “La revoca dell’ammissione al concordato preventivo”, in *Giur. comm.*, 2009, I

Gambaro A., “Abuso del diritto II) Diritto comparato e straniero”, in *Enc. Giur.*, Roma, 1988

Gazzoni F., *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970

Gazzoni F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006

Gentili A., “Autonomia privata ed effetti ultra vires nell’accettazione del concordato”, in *Giur. comm.*, 2007, I

Ghia L.; Piccininni C.; Severini F., *Trattato delle procedure concorsuali*, Torino, 2011

Giurdanella G., “Percentuali e tempi di realizzo nel concordato preventivo e controllo del tribunale”, in *Fallimento* 2013

Gonzales A., “Il caso Chrysler”, in A.A. V.V., *Grandi e piccole insolvenze: dal caso Chrysler alla crisi del consumatore*, Torino, 2010

Griffey M., *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “organica” al decreto correttivo*, (a cura di) S. Ambrosini, Bologna, 2008

Guglielmucci L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2012

Irti N., *L’ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998

Jachia G., “Il concordato preventivo e la sua proposta”, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, (diretto da) Fauceglia-Panzani, III, Torino, 2009

Jaeger P. G., “Par condicio creditorum”, in *Giur. comm.*, 1984

Jaeger P. G., *L’interesse sociale*, Milano, 1964

Jorio A., in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, *Commentario* (diretto da) Jorio A., (coordinato da) Fabiani M., Bologna

Jorio A., “Introduzione generale alla disciplina della crisi d’impresa”, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio-Sassani, I, Milano, 2014

Jorio A., “Le crisi d’impresa - Il fallimento”, *Trattato di diritto privato*, a cura di Judica e Zatti, Milano, 2000

La Rosa E., *Percorsi della causa nel sistema*, Torino, 2014

Lamanna F., “Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale”, in *www.ilfallimentarista.it*, sez. Focus, 27 giugno 2012

Lamanna F., “La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale”, in *www.ilfallimentarista.it*, sez. Focus, 26 novembre 2012

Lanfranchi F., “Visione costituzionale del credito e critica all’autotutela”, in *Cor. giur.*, 2007

Lillo C., “Eccezione d’inadempimento e proporzionalità dei rispettivi inadempimenti, in *Contratti*, 2013

Lo Cascio G., “Percorsi virtuosi e abusi del concordato preventivo”, in *Fallimento*, 2012

Lo Cascio G., *Il concordato preventivo*, Milano, 2008

Lo Cascio G., *Il concordato preventivo*, Milano, 2015

Luminoso A., *La compravendita*, Torino, 2003

Macario F., “Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l’inammissibilità della proposta per mancanza di causa”, in *Banca bor. tit. cred.*, 2009

Macrì U., “Il sindacato del tribunale sul corretto utilizzo dei criteri di formazione delle classi”, in *Fallimento*, 2010

Maisano A., *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, Milano, 1989

Marotta F., “Il nuovo concordato preventivo”, in *Riforma fallimentare lavori preparatorie obiettivi*, a cura di Vetti M.

Masciandaro D. e Riolo F., *Crisi d’impresa e risanamento. Ruolo delle banche e prospettive di riforma*, Milano, 1997

Mazzamuto S., “A proposito del libro di M. Barcellona “Della causa. Il Contratto e la circolazione della ricchezza””, in *Eur. dir. priv.*, 2015

Mengoni L., “Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interessi nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni, in *Riv. soc.*, 1957

Micheli A., “Amministrazione controllata, concordato preventivo e fallimento (per la nozione di processo concorsuale)”, in *Riv. Trim.*, 1960

- Migliaccio E., “Risoluzione negoziale della crisi d’impresa”, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obb.*, 2014
- Minutoli G., “Il controllo giudiziale sul mancato o insufficiente “classamento” dei creditori: il punto nella prassi e in dottrina”, in *Fallimento*, 2010
- Minutoli G., “L’autonomia privata nella crisi d’impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o meritevolezza)”, in *Fallimento*, 2008
- Munari A., *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012
- Nardecchia G. B., “La fattibilità del concordato al vaglio delle sezioni unite”, in *Dir. fall.*, 2013
- Nardecchia G. B., “La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle sezioni unite”, in *Dir. fall.*, 2013
- Nardecchia G., “L’art. 179 l. fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano”, in *www.ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 315/2012
- Nigro A., “«Privatizzazione» delle procedure concorsuali e ruolo delle banche”, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006
- Nigro A., Vattermoli D., *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009
- Nivivoccia N., “Impugnazione dei decreti resi nel giudizio di omologazione: autonomia privata e poteri del giudice”, nota a Cass. 15 luglio 2011, n. 15699, in *Fallimento*, 2011
- Pagliantini S., “I derivati tra meritevolezza dell’interesse ed effettività della tutela: quid noctis?”, in *Eur. dir. priv.*, 2015
- Pagni I., “Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze”, in *Trattato di diritto fallimentare* (diretto da Buonocore e Bassi, Padova, 2010
- Pagni I., “Il controllo del tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo”, in *Fallimento*, 2008
- Pagni I., “Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva “funzionale” aperta dal richiamo alla causa concreta”, in *Fallimento*, 2013
- Patti A., “Crisi d’impresa: definizioni stragiudiziali”, in *Il Fallimento*, 2003

- Patti A., “Il giudice nella crisi d’impresa: le ragioni di una presenza”, in *Fallimento*, 2011
- Patti A., “La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell’esperto e sindacato del tribunale”, in *Fallimento*, 2012
- Patti A., Contratti bancari nel concordato preventivo tra bilateralità e unilateralità di esecuzione, in *Fallimento*, 2015
- Peck J., “Il caso Lehman Brothers”, in AA.VV., *Grandi e piccole insolvenze: dal caso Chrysler alle crisi del consumatore*, Torino, 2010
- Penta A., “Il concordato preventivo con continuità aziendale luci e ombre”, in *Riv. dir. fall.*, 2012, I
- Perlingieri P., *Il diritto dei contratti fra persone e mercato. Problemi di diritto civile*, Napoli, 2003
- Perretti Griva D. M., “Sulla natura giuridica del concordato preventivo secondo Aurelio Candian”, in *Foro it.*, 1937
- Perrino A. M., “Abuso del diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio della giustizia contrattuale?”, in *Foro it.*, 2011
- Perrino A. M., “I limiti del controllo giudiziale tra classamento e voto”, in *Fallimento*, 2010
- Proto C., *Le classi dei creditori nel concordato preventivo*, Milano, 2010
- Provinciali R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974
- Pugliatti S., “Precisazioni in tema di causa del negozio giuridico”, in *Riv. dir. comm.*, 1947
- Rago G., “La risoluzione del concordato preventivo fra passato, presente...futuro”, in *Fallimento*, 2007
- Ranalli R., “Il controllo del professionista attestatore: elementi di criticità”, in *Fallimento*, 2013
- Rescigno P., voce Contratto (in generale), in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma 1988
- Ricciardiello E., “Il ruolo del commissario giudiziale nell’era del fallimento del contrattualismo concorsuale”, in *Giur. comm.*, 2015
- Rocco A., *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, Torino, 1905

Rocco A., *Il concordato prima e nel fallimento. Trattato teorico-pratico*, Torino, 1902

Rodotà S., *Le fonti d'integrazione*, Milano, 2004

Rondinone N., *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2012

Roppo R., "Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito", in *Riv. dir. civ.*, 2013

Roppo V., *Il contratto*, Milano, 2001

Rossi A., "Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)", in *www.ilcaso.it*

Sabatelli E. "La novellata disciplina della domanda di ammissione al concordato preventivo", in *www.ilfallimentarista.it*

Sacchi R., "Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza", in *Fallimento*, 2009

Sacchi R., "Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria", in *Fallimento*, supplemento 1/2009

Sacchi R., *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984

Sacco R., (voce) "Risoluzione per inadempimento", in *Digesto delle discipline civilistiche*, sez. civ., XVIII

Santangeli F., "Auto ed eterotutela dei creditori nelle soluzioni concordate della crisi d'impresa (il piano di risanamento, l'accordo di ristrutturazione, il concordato preventivo) - Le tutele dei giudiziali dei creditori nelle procedure ante crisi", in *Dir. fall.*, 2009, I

Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1983

Satta S., *Diritto fallimentare*, Padova, 1996

Satta S., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1957

Savioli G., "Concorrenza nel mercato e per il mercato delle crisi d'impresa. Le innovazioni del D.L. 83/2015 per la procedura di concordato preventivo", in *www.ilcaso.it*

Schiano Di Pepe G., "Il concordato preventivo "con continuità aziendale" nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni", in *Riv. dir. fall.*, 2012, I

Scicutella E., “Crisi d’impresa: soluzioni stragiudiziali e ruolo delle banche”, in *Riv. dott. comm.*, 2000

Sciuto M., “I doveri informativi del debitore nella proposta concordataria e di ristrutturazione del debito”, in *Dir. fall.*, 2015

Scoditti E., “Causa e processo nel concordato preventivo: le sezioni unite alla prova della fattibilità”, in *Foro.it.*, 2013

Scognamiglio C., “Problemi della causa e del tipo”, in *Trattato sul contratto*, (a cura di) Roppo V., Milano, 2006

Severini F., “«Contratto» e «deliberazione» nella gestione della crisi”, in AA. VV., *Autonomia negoziale e crisi d’impresa* (a cura di F. Di Marzio e F. Macario), Milano, 2010

Severini F., “I contratti non sono concordati, i concordati non sono contratti”, in *www.Ifallimentarista.it*

Spinelli M., *Le cessioni liquidative*, vol. I, Napoli, 1959

Stanghellini L., “Creditori «forti» e governo della crisi d’impresa nelle nuove procedure concorsuali”, in *Fallimento*, 2006

Stella G., “Il contratto e i contratti”, in *Enc. It.*, Appendice 2000, Eredità del Novecento, II, Roma, 2001

Stolfi G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1961

Tabucchi A., *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004

Terranova G., *Le nuove forme di concordato*, Torino, 2013

Trentini C., *I concordati preventivi*, Milano, 2014

Vella P., “L’accrescimento dei controlli giudiziari di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo”, in *www.ilcaso.it*, sez. II, doc. n. 320/2012

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?” (Nota a Cass., sez. I, 17 ottobre 2014, n. 22045), in *Fallimento*, 2015

Vella P., “L’atomo di Bohr e le procedure concorsuali: una metafora della interazione tra giudice, debitore e creditori nella crisi d’impresa”, in *www.ilcaso.it*

Zanichelli V., “Il ritorno della ragione o la ragione di un ritorno”, in *www.ilcaso.it*

Zanichelli V., “Sindacato del tribunale sui tempi di esecuzione del concordato preventivo”, in *Fallimento*, 2015

Giurisprudenza

- Cass. 1 aprile 1960, n. 723, in *Giust. civ.*, 1960, I
- Cass. 10 febbraio 2011 n. 3274, in *www.ilcaso.it*
- Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Fallimento*, 2011
- Cass. 10 febbraio, 2011, n. 3274, in *Giust. civ.*, 2012
- Cass. 11 gennaio 2006, n. 264, in *Giust. civ. mass.*, 2006
- Cass. 12 agosto 2016, n. 17079, in *www.ilfallimentarista.it*, 2016
- Cass. 12 dicembre 2005, n. 27387, in *Soc.*, 2006
- Cass. 12 maggio 1951, n. 1177, in *Foro it.*, I
- Cass. 12 novembre 2009, n. 23941, in *Giust. civ. Mass.*, 2009
- Cass. 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Fallimento*, 2011
- Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, *www.ilcaso.it*
- Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *Corr. giur.*, 2012
- Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *www.ilcaso.it*
- Cass. 16 luglio 1963, n. 1945, in *Giur. it., Rep.* 1963
- Cass. 16 settembre 2011, n. 18987, in *Giust. civ. Mass.*, 2011
- Cass. 17 ottobre 2014, n. 22045, in *www.ilcaso.it*
- Cass. 20 dicembre 2016, n. 26332, in *www.ilfallimentarista.it*, 2016
- Cass. 20 gennaio 2011, n. 1361, in *Soc.*, 2011
- Cass. 20 luglio 1954, n. 2593, in *Giust. civ.*, 1954
- Cass. 20 novembre 2003, n. 17607, in *Giuda al dir.*, 2003
- Cass. 22 maggio 2014, n. 11423, in *www.GiustiziaCivile.com*, 2015
- Cass. 22 maggio 2014, n. 11423, in *www.ilcaso.it*
- Cass. 23 giugno 2001, n. 13818, in *Dejure.it*
- Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, in *Dejure.it*
- Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, in *Dejure.it*
- Cass. 23 giugno 2011, n. 13818, in *Fallimento*, 2011
- Cass. 23 maggio 2014, n. 11497, in *Foro it.* 2014
- Cass. 24 aprile 1998, n. 4013, in *Dejure.it*

Cass. 24 febbraio 1968, n. 632, in *Giust. civ.*, 1968
Cass. 25 ottobre 2010, in *Fallimento*, 2011
Cass. 25 ottobre 2010, in *Fallimento*, 2011
Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fallimento*, 2011
Cass. 25 settembre 2013, n. 21901, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv 627746
Cass. 26 gennaio 2007 n. 1754, in *Dejure.it*
Cass. 26 giugno 2014, n. 14552, in *Dejure.it*
Cass. 26 Maggio 2009, n. 12145, in *www.ilcaso.it*
Cass. 26 ottobre 1961, n. 2405, in *Foro it.*, 1961, I
Cass. 26 ottobre 1995, n. 11151, in *Soc.*, 1996
Cass. 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Dejure*
Cass. 27 maggio 2013, n. 13083, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv. 626689
Cass. 27 maggio 2013, n. 13083, in *www.ilcaso.it*
Cass. 29 luglio 2011, n. 16738, in *Fallimento*, 2012
Cass. 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Rep. Foro it.*, 2009
Cass. 30 aprile 2014, n. 9541, in *D&G*, 2014
Cass. 31 gennaio 2014, n. 2130, in *Giust. civ. Mass.*, 2014
Cass. 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Giust. civ. Mass.*, 2009
Cass. 4 maggio 2009, n. 10182, in *CED Cassazione*, 2009
Cass. 4 maggio 2016, n. 8799, in *Dejure*
Cass. 4 maggio 2016, n. 8804, in *D&G*, 2016
Cass. 5 febbraio 2016, n. 2320, in *Guida al diritto* 2016
Cass. 5 marzo 2009, n. 5348, in *Mass. Giur. it.*, 2009
Cass. 6 novembre 2013 n. 24970, in *Fallimento* 2014
Cass. 6 novembre 2013, n. 24970, in *Dejure*
Cass. 6 novembre 2013, n. 24970, in *Giur. comm.*, 2015
Cass. 6 novembre 2013, n. 24970, in *www.ilcaso.it*
Cass. 6 novembre 2013, n. 24970, in *www.ilcaso.it*
Cass. 8 marzo 2001, n. 3390, in *Nuova giur. civ.*, 2002
Cass. 8 novembre, 2005, n. 21641, in *Dejure*

Cass. 9 agosto 2016, n. 16830, in *Giust. civ. Mass.*, 2016
Cass. 9 maggio 2013, n. 11014, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, rv. 626421
Cass. 9 maggio 2013, n. 11014, in *www.ilcaso.it*
Cass. Sez. Un., 19 dicembre 2007, n. 26724, in *Foro it.*, 2008
Cass. Sez. Un., 23 gennaio 2013 n. 1321, in *www.ilcaso.it*
Cass. Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *www.ilcaso.it*
App. Catania 5 marzo 2014, in *www.ilcaso.it*
App. Firenze, 28 settembre 2012, in *www.ilcaso.it*
App. Firenze, 6 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*
App. Genova, 3 luglio 2014; in *www.istitutoproform.org*
App. Lecce, 26 aprile 2017, in *www.ilcaso.it*
App. Roma, 18 settembre 2010, in *Dir. fall.* 2011
App. Torino 21 maggio 2013, in *www.ilcaso.it*
App. Torino, 18 ottobre 2010, in *www.ilcaso.it*
Corte cost. 10 giugno 1969, n. 97, in *Giur. cost.*, 1969
Trib. Arezzo, 17 maggio 2009, in *Dejure.it*
Trib. Benevento 23 aprile 2013, in *Fallimento*, 2013
Trib. Benevento, 27 marzo 2013, in *Fallimento*, 2013
Trib. Bergamo, circolare operativa 2/2016, in *www.ilcaso.it*
Trib. di Novara, 29 giugno 2012, in *www.ilcaso.it*
Trib. di Prato 17 febbraio 2014, in *www.ilfallimentarista.it*
Trib. di Roma, 16 aprile 2008, in *Banca, borsa tit. cred.*, 2009, II
Trib. di Roma, 20 aprile 2010, in *Dir. fall.*, 2011
Trib. di Rovigo 23 giugno 2016, in *Dejure.it*
Trib. di Sulmona, 2 novembre 2010, in *www.ilcaso.it*
Trib. Firenze 28 aprile 2010, in *Fallimento*, 2010
Trib. Firenze 8 gennaio 2016, in *www.ilcaso.it*
Trib. Firenze 9 febbraio 2012, in *www.ilcaso.it*
Trib. Firenze 9 febbraio 2012, in *www.ilcaso.it*
Trib. Firenze, 27 luglio 2012, in *www.ilcaso.it*

Trib. Forlì 19 marzo 2014, in *Fallimento*, 2015
Trib. Forlì, 15 marzo 2013, in *Dejure.it*
Trib. La Spezia, 19 settembre 2013, in *www.ilcaso.it*
Trib. Latina, 18 ottobre 2012, in *www.ilcaso.it*
Trib. Latina, 22 ottobre 2012, in *Dejure.it*
Trib. Mantova 28 maggio 2012, in *www.ilcaso.it*
Trib. Milano, 24 ottobre 2012, in *Dejure.it*
Trib. Milano, 26 ottobre 2011, in *ilfallimentarista.it*
Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Foro.it*, 2012, I
Trib. Milano, 3 dicembre 2013, in *Fallimento*, 2014
Trib. Modena 13 giugno 2013, in *Dejure.it*
Trib. Modena 13 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*
Trib. Modena, 3 settembre 2014, in *www.ilcaso.it*
Trib. Monza 2 ottobre 2013, in *Dejure.it*
Trib. Monza, 5 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*
Trib. Monza, decr. 5 luglio 2011, in *www.ilcaso.it*
Trib. Napoli 4 dicembre 2012, in *Fallimento*, 2013
Trib. Napoli, decr. 19 maggio 2010, in *www.ilcaso.it*
Trib. Novara 29 giugno 2012, in *Fallimento*, 2012
Trib. Padova 4 dicembre 2013, in *www.ilfallimentarista.it*
Trib. Palermo 31 ottobre 2014, in *Fallimento*, 2015
Trib. Palermo, 31 ottobre 2014, in *Fallimento*, 2015
Trib. Palermo, 4 giugno 2014, in *www.ilcaso.it*
Trib. Parma, 2 ottobre 2012, in *Dejure.it*
Trib. Pesaro, 13 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*
Trib. Pesaro, 13 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*
Trib. Pescara, 3 marzo 2009, in *Dejure.it*
Trib. Piacenza 1° settembre 2011, in *www.ilcaso.it*
Trib. Piacenza 18 settembre 2011, in *Fallimento*, 2012
Trib. Pistoia 29 ottobre 2015, in *www.ilcaso.it*

Trib. Ravenna 27 novembre 2015, in *www.ilcaso.it*
Trib. Rovigo 1 agosto 2016, in *Dejure.it*
Trib. Rovigo, 3 dicembre 2013, in *Ilcaso.it*
Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 7 maggio 2013, in *Dejure.it*
Trib. Sant'Angelo dei Lombardi, 7 maggio 2013, in *Expartecreditoris.it*
Trib. Santa Maria Capua Vetere 15 maggio 2014, in *Fallimento*, 2014
Trib. Santa Maria Capua Vetere 15 maggio 2014, in *Fallimento*, 2014
Trib. Siracusa 15 novembre 2013, in *Fallimento*, 2014
Trib. Treviso 11 febbraio 2009, in *Fallimento*, 2009
Trib. Udine, 18 maggio 2012, in *Ilfallimentarista.it*