

CONTENUTO E LIMITI DEL GIUDIZIO DI OMOLOGAZIONE NEL CONCORDATO PREVENTIVO¹

SILVIA GIANI

Sommario: 1. La cognizione del tribunale in sede di omologazione. Premessa. 2. La concezione “ultraprivatistica” della Cassazione emersa dalla triade delle sentenze del 25 ottobre 2010 n 21860, del 10 febbraio 2011 n 3274 e del 23 giugno 2011 n 13817. 3. La Valutazione di convenienza. 3.1. La valutazione di convenienza nel concordato senza classi. Profili di possibile illegittimità costituzionale. 3.2 La privatizzazione della convenienza. Insindacabilità ex officio della convenienza da parte del Tribunale. Scomparsa sostanziale del cram down e differenze rispetto ai modelli ispiratori: cenno alla Insolvenzordnung tedesca e al Chapter 11 del Bankruptcy Code statunitense. 4. La valutazione di fattibilità del piano in sede di omologa. Il principio di buona fede. 4.1. I poteri del tribunale in mancanza di opposizioni: la lettura coordinata degli artt. 180 e 173 LF al fine dell’individuazione dei poteri della cognitio iudicis. 4.2 Il sindacato di fattibilità in sede di ammissione e di omologazione del concordato preventivo. 5. Conclusioni sulla fase di omologa del concordato preventivo.

1. La cognizione del tribunale in sede di omologazione. Premessa.

Oggetto della presente riflessione è l’ambito del sindacato del tribunale in fase di omologazione, onde verificare l’esistenza di un bilanciamento tra gli interessi privatistici e quelli pubblicistici ed individuarne il punto d’equilibrio.

Non vi è dubbio che l’*“accentuata natura privatistica del concordato preventivo”* enunciata nella Relazione al decreto correttivo n. 169 del 2007 mostri un’*intentio legis* volta ad esaltare il profilo contrattuale del concordato

¹ Relazione tenuta all’incontro di studi sul concordato preventivo organizzato dal CSM il 12-14 settembre 2011 a Roma.

preventivo, basato su un accordo tra debitore e maggioranza ponderale dei creditori.

A fronte di tale constatazione, sorge il quesito se l'indubbia accentuazione del profilo privatistico sia incompatibile con una *cognitio iudicis* nel merito e se il tribunale sia davvero privo di autentico potere interdittivo, costretto a seguire la via segnata dall'autonomia privata mediante l'incontro dei consensi.

In tale direzione si è espressa, come meglio vedremo, la Suprema Corte, ribadendo l'assenza di un potere di controllo *ex officio* sul contenuto in capo all'autorità giudiziaria, poiché *“tale potere appartiene solo ai creditori”*; in tale ottica il Tribunale non potrebbe neppure avvalersi degli elementi risultanti dalle indagini del commissario giudiziale, poiché *“l'apporto conoscitivo e valutativo del commissario giudiziale non è destinato al giudice, ma alla platea dei creditori che possono così comparare la proposta e le valutazioni dell'esperto attestatore con la relazione redatta da un organo investito di una pubblica funzione”*².

Con tale pronuncia, la Suprema Corte, ribadendo ed esplicitando altri due precedenti³, ha dato interpretazioni riduttive dei poteri del Tribunale, sia nel giudizio di ammissione che di omologazione e financo nel procedimento ex art. 173 LF, confermando una concezione “ultraprivatistica” del concordato, in nome dell'accentuazione del carattere contrattuale dell'istituto che farebbe pendere l'ago della bilancia tutto dalla parte degli interessi privatistici a danno di quelli pubblicistici⁴.

² Da ultimo Cass 13817/11

³ Vedi § seguente

⁴ Nel senso della valorizzazione degli interessi pubblicistici anche dopo le modifiche, si veda, però, Cass. Civ., Sez. 1, n. 19214 del 04/09/2009 che, in un caso di richiesta di rinvio dell'udienza prefallimentare al fine di depositare un piano di concordato preventivo ha statuito che: *“In tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento, non sussiste un diritto del debitore, convocato avanti al giudice, ad ottenere il differimento della trattazione per consentire il ricorso a procedure concorsuali alternative..., in quanto tali iniziative ... sono riconducibili all'autonomia privata, il cui esercizio dev'essere oggetto di bilanciamento, ad opera del giudice, con le esigenze di tutela degli interessi pubblicistici al cui soddisfacimento la procedura fallimentare è tuttora finalizzata”, esplicitando che: “è poi utile considerare che la recente riforma della legge fallimentare, per quanto abbia accentuato i profili negoziali e privatistici della procedura, non ha eliminato gli aspetti pubblicistici che le sono propri, e pertanto da ciò consegue la legittimità di un bilanciamento ad opera del giudice fra le iniziative riconducibili alle espressioni di autonomia negoziale delle parti e le esigenze di tutela degli interessi al cui soddisfacimento è finalizzata la procedura fallimentare”.*

2. La concezione della Cassazione emersa dalla triade delle sentenze del 25 ottobre 2010 n 21860, del 10 febbraio 2011 n 3274 e del 23 giugno 2011 n 13817.

Con la prima pronuncia, la Cassazione 25/10/2010 n 21860, alla quale è stato proposto un ricorso, avverso il decreto d'inammissibilità del Tribunale per violazione dell'art. 162 LF, in tema di poteri del Tribunale in sede di ammissione di concordato preventivo, ha negato la sindacabilità da parte del Tribunale della fattibilità in fase di ammissione, attribuendo esclusiva rilevanza al consenso dei creditori, postulando che non vi sia neppure in fase di omologazione, in mancanza di opposizioni da parte di creditori che si trovino nelle condizioni di cui all'art. 180 LF: *“se il tribunale in sede di omologazione del concordato non può procedere d'ufficio a valutazioni di convenienza del concordato, dato il determinante rilievo attribuito al consenso dei creditori, non può fondatamente ritenersi, in mancanza di espressa disposizione, che il legislatore abbia attribuito al tribunale, in sede di giudizio di ammissibilità, il potere di sindacare d'ufficio la fattibilità del piano, “vale a dire poteri maggiori di quelli attribuiti al tribunale in sede di omologazione, privando, quando non ritenga fattibile il piano, i creditori della possibilità di esaminare la proposta, valutarne la congruità e convenienza””*.

Va subito evidenziato un problema critico su questo passaggio che consiste nel chiedersi se sia corretto sul piano logico giuridico stabilire un parallelismo tra fattibilità e convenienza, che di per sé appaiono anche dal punto di vista economico concetti separati e distinti, sicché una ricostruzione retrospettiva del sindacato di fattibilità in sede di ammissione tratta dall'esclusione di ogni controllo sulla convenienza in sede di omologazione potrebbe apparire a prima vista il frutto di una inversione concettuale.

Tale impostazione, che sovrappone i concetti di fattibilità e di convenienza, è stata ripresa e confermata anche nella successiva pronuncia Cass 3274/11 che, nel rigettare l'opposizione proposta avverso il decreto della Corte Appello che, riformando il provvedimento del Tribunale, aveva omologato il concordato fallimentare, ha affrontato il tema dei poteri del Tribunale in sede di omologazione di concordato fallimentare, confermando l'insindacabilità d'ufficio da parte del Tribunale della fattibilità, poiché *“come anche nella fase iniziale del procedimento di concordato preventivo, il giudice non può sostituirsi ai creditori anticipando un giudizio che è sostanzialmente di merito, quale quello sulla fattibilità della proposta”, così non può “effettuare una valutazione di convenienza del concordato neppure nella fase di omologazione”*.

Con la sentenza n. 13817/11, emessa su ricorso proposto avverso sentenza di fallimento, dichiarato dal Tribunale previa revoca dell'ammissione al concordato preventivo per non fattibilità del piano ed esistenza di atti di frode, e confermata dal giudice del gravame, la Suprema Corte, che ha accolto il ricorso, ha posto sullo stesso piano fattibilità e convenienza, affermando che il controllo sulla fattibilità, quale cognizione di merito, è interdetto al tribunale, che è *“privo del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta”* *“in quanto tale potere appartiene solo ai creditori, così che solo in caso di dissidio tra i medesimi in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l'opposizione all'omologazione”*, *“alle condizioni di cui all'art. 180 LF”*, *“ il tribunale, preposto per sua natura alla soluzione dei conflitti, può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito in esito ad un giudizio, quale quello di omologazione”*.

Il sindacato di fattibilità del piano, perciò, sembrerebbe consentito solo in caso di opposizione da parte di creditori, quando si trovino nelle condizioni di cui all'art. 180 quarto comma LF e cioè quando siano creditori opponenti in concordati con classi. In altre parole, il tribunale non potrebbe valutare la realizzabilità del piano neppure a seguito di un'opposizione proposta da creditore di un concordato senza classi.

A tale conclusione la Corte giunge, si diceva, inibendo al tribunale qualsiasi valutazione nel merito, sia in sede di ammissione, che di omologazione e financo di riesame della proposta nei casi di cui all'art. 173 LF⁵, sia della convenienza che della fattibilità, poiché il Tribunale, si sostiene, non può effettuare alcuna *“autonoma valutazione sul merito”* della proposta, spettando essa unicamente ai creditori.

Non si ravvisano situazioni di disparità tra creditori di concordati senza classi e creditori di concordati con classi, per il fatto che i primi non possano proporre motivi di opposizione, siano essi relativi alla convenienza o alla fattibilità perché, si dice, i creditori di concordati senza classi sono tutti destinatari di un medesimo trattamento (Cass 3274/11), sebbene si escludano l'obbligatorietà delle classi e, correlativamente, l'esistenza di poteri coercitivi di formazione delle classi in capo al tribunale nei casi d'interessi economici non omogenei, quando vengano presentati concordati senza classi.

Il tribunale non ha alcun potere di sindacare la fattibilità del concordato neppure in sede di riesame della proposta ex art. 173 LF, dopo che siano stati compiuti dal commissario giudiziale gli accertamenti e le indagini, poiché, si

⁵ L'espressa esclusione di un sindacato sulla fattibilità, persino in sede di procedimento di revoca ex art. 173 LF, è affermato, con la sentenza n 13817/11

riporta testualmente, “ *l’apporto conoscitivo e valutativo del commissario giudiziale non è destinato al giudice, ma alla platea dei creditori che possono così comparare la proposta e le valutazioni dell’esperto attestatore con la relazione redatta da un organo investito di una pubblica funzione*” e poiché è “*insuperabile il rilievo che il tribunale è privo del potere di valutare d’ufficio il merito della proposta, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori*”.

Il Tribunale, non potendo compiere alcun sindacato nel merito, non potrebbe arrestare il procedimento, quando valutasse l’inattuabilità del concordato per mancato soddisfacimento dei creditori chirografari anche solo in minima parte, che non riceverebbero “*alcunché*”, perché così effettuerebbe “*una diversa valutazione dell’esito della liquidazione dei beni e quindi una valutazione in concreto e di merito della fattibilità della proposta di concordato in modo difforme dal proponente, operazione non consentita al giudice prima del giudizio di omologazione e in assenza di esplicita richiesta di un creditore*”.

Per lo stesso motivo, ancora, non potrebbe arrestare il procedimento quando valutasse che alcuni atti effettuati dal proponente, prima della presentazione del concordato, avessero diminuito il valore degli immobili e depauperato il patrimonio, e tale valutazione fosse stata resa possibile dagli accertamenti compiuti dal commissario successivamente all’ammissione perché, ripete la Corte, “*la valutazione secondo cui gli immobili oggetto della cessione dei beni non sarebbero stati facilmente vendibili a causa dei contratti di godimento che li concernevano appartiene al novero delle valutazioni attinenti alla fattibilità del piano, come tali non consentite*”.

Si esclude che possano assumere rilevanza atti idonei ad integrare un caso di revoca dell’ammissione ex art. 173 LF, se noti al momento della presentazione della domanda, perché già considerati al momento dell’ammissione e non oggetto di “*accertamento*”. Al riguardo afferma testualmente la Corte: “*l’atto di frode, per avere rilievo ai fini della revoca dell’ammissione, deve essere “accertato” dal commissario giudiziale e quindi dallo stesso “scoperto” essendo prima ignorato dagli organi della procedura o dai creditori, non potendosi certo attribuire al termine “accerta” il significato di “trova la conferma di quanto enunciato nella domanda” in ordine a determinati eventi. D’altra parte, la circostanza che l’evento “accertato” per essere tale dovesse essere prima ignoto è logicamente desumibile dalla considerazione che se la norma si volesse riferire alla segnalazione di eventi già noti al momento dell’ammissione alla procedura la segnalazione degli stessi da parte del commissario*

costituirebbe una sollecitazione al tribunale a riprendere in considerazione e a diversamente valutare fatti già ritenuti non ostativi all'ammissione".

Senonché, la narrazione nel ricorso per concordato del nudo fatto non implica né contiene la valutazione giuridico-economica del suo carattere frodatorio, conseguendo tale "accertamento" proprio alle valutazioni rese possibili dalle indagini del commissario giudiziale, che tra l'altro fa stimare il valore dei beni e svolge considerazioni e, appunto, accertamenti sulle attese di realizzo a seguito di vendita degli stessi.

Una cosa è la narrazione avalutativa dei nudi fatti; un'altra l'accertamento del loro carattere frodatorio, che passa necessariamente attraverso valutazioni di carattere economico, circa l'impatto degli atti sulle prospettive di realizzo, e giuridico, circa l'intenzione del debitore di aggirare in tale modo i contenuti prescrittivi di una norma o le finalità di un istituto giuridico, secondo la classica definizione della *fraus legis*.

L'accertamento è dunque il risultato a cui si perviene, con un atto intellettuale e valutativo, dopo un attento e prudente esame dei nudi fatti. L'accertamento non presuppone necessariamente che i nudi fatti siano stati occultati, perché i fatti devono essere valutati per stabilirne il loro carattere frodatorio. Persino la confessione che verte solo sui fatti contrari agli interessi del confidente, postula una successiva attività di accertamento e di qualificazione giuridica.

Non può trarsi dunque argomento dal verbo "accertare" nel disposto dell'art. 173 –che recita " il commissario, se accerta che il debitore ha occultato....deve riferirne immediatamente..."- per escludere la rilevanza di fatti noti, esposti nel concordato, come ha fatto la Corte, che ha ritenuto che: " *l'evento accertato per essere tale dovesse essere prima ignoto*", trovando conferma nel rilievo che diversamente il tribunale dovrebbe "riprendere in considerazione e diversamente valutare fatti già ritenuti non ostativi all'ammissione e quindi, in sostanza l'esercizio di un potere di sollecitazione di una pronuncia giurisdizionale modificativa di una precedente che costituirebbe una straordinaria deviazione dalle funzioni proprie dell'organo che sono unicamente consultive". "Deviazione" non ravvisabile perché l'eventuale modifica della pronuncia emessa in sede di ammissione del concordato preventivo, a seguito del procedimento di riesame di cui all'art. 173 LF, rientra nella *ratio* della norma che è quella, appunto, d'interrompere il procedimento quando, dopo le indagini e gli accertamenti, emerga la sussistenza delle condizioni contemplate dalla norma medesima. Ed invero, in sede di ammissione, il Tribunale fonda le sue valutazioni sull'esposizione dei fatti del ricorrente e sulla relazione asseverata in modo estrinseco ed essenzialmente logico, basandosi precipuamente sulle allegazioni formulate

dal richiedente e dal suo consulente mentre, dopo le verifiche del commissario giudiziale, dispone di un bagaglio più ampio di conoscenze sui dati oggettivi e sulle valutazioni di fattibilità del piano, che ben possono portare a una diversa valutazione rispetto a quella sommariamente e superficialmente effettuata in sede di ammissione.

In sostanza, per la Suprema Corte, il Tribunale non può rivedere, per effetto di una diversa valutazione, una pronuncia emessa nella prima fase, non può sovrapporre la sua valutazione a quella dell'attestatore prima, né a quella della maggioranza dei creditori, dopo.

Ravvisa la Corte il limite dell'abuso del diritto che nella specie si declina nell'abuso dello strumento concordatario *“laddove emerga la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento concordatario”* La valvola di sicurezza dell'abuso del diritto che la Suprema Corte introduce a piè di pagina viene strettamente legata alla domanda concordataria anziché, come prevede l'art. 173 LF, all'accertamento di atti in frode.

C'è da chiedersi che cosa rimanga da fare al Tribunale se non avallare in modo notarile quel che si forma e decide altrove.

E allora chiediamoci se l'autorità giudiziaria debba davvero ritrarsi, facendo finta di niente, di fronte ai rilievi del commissario di atti in frode e a valutazioni di non fattibilità del piano.

3. La valutazione di convenienza. “Privatizzazione” della convenienza.

La lettera dell'art. 180 LF è inequivoca nell'escludere in capo al Tribunale un controllo sulla convenienza del concordato, se non nei ristretti limiti espressamente delineati dalla norma e cioè: a) istanza di parte; b) opposizione proposta da un creditore dissenziente; C) opposizione proposta da un creditore appartenente altresì ad una classe dissenziente.

3.1. La valutazione di convenienza nel concordato senza classi. Profili di possibile illegittimità costituzionale.

Quanto a quest'ultimo profilo, stando alla lettera della norma, parrebbe che il giudizio di convenienza sia subordinato alla sussistenza di un concordato

suddiviso in classi, rimanendo invece precluso nel caso di concordato senza classi.

La norma ha suscitato, sia in dottrina che in giurisprudenza⁶, perplessità e dubbi di legittimità costituzionale, per la disparità di trattamento tra creditori dissenzienti nei casi di concordati suddivisi in classi o meno. Dubbi non risolti dalla Corte Costituzionale allorché fu investita della questione poiché, a fronte di una possibile interpretazione costituzionalmente orientata e in mancanza di un orientamento giurisprudenziale consolidato, dichiarò manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale⁷.

La Suprema Corte, dopo tale pronuncia della Corte Costituzionale, investita del tema se possa *“il giudice dell’omologazione valutare il merito della proposta di concordato anche nel caso in cui non sia prevista la suddivisione dei creditori in classi”*, ha però dato un’interpretazione rigorosa, che ha escluso il potere del Tribunale di sindacare la convenienza in un concordato senza classi, pur in presenza di opposizione da parte di un creditore dissenziente⁸. Pertanto, alla luce di tale orientamento, le censure di legittimità costituzionale per la disparità di trattamento tra creditori in concordati senza classi e in concordati con classi, paiono ineludibili, sebbene escluse dalla Corte di Cassazione, affermando che *“non è comparabile la situazione di chi....dovrebbe vedere decisa la convenienza da una maggioranza mossa da altre valutazioni, in quanto destinataria di benefici diversi rispetto a quella dei creditori dissenzienti di un concordato senza*

⁶ T Biella ord 27 aprile 2009 ha sollevato la questione di legittimità costituzionale degli artt. 163, primo comma, 162, secondo comma e 160 primo comma lett C) RD n 267/1942 nel testo modificato con riferimento all’art. 3 Cost, per la mancanza del potere di sindacare la convenienza in un caso di concordato senza classi.

⁷ Ord Corte Cost. 98/2010 ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione, senza entrare nel merito ed escludere la illegittimità della norma, essendo possibile una diversa interpretazione costituzionalmente orientata *“avendo il giudice il dovere di adottare, tra più possibili esegesi di una disposizione, quella idonea a fugare ogni dubbio di legittimità costituzionale”*. Osserva dunque la Corte che, *“manca un diritto vivente e sussiste anche un orientamento...che ha ritenuto conseguibile, mediante un’interpretazione costituzionalmente orientata, la soluzione da questi auspicata in ordine alla sindacabilità della scelta del proponente di non suddividere i creditori in classi”*....interpretazione che consentirebbe *“adeguata valutazione sia della eventuale possibilità di garantire una adeguata tutela dei creditori in fase di omologazione, sia della idoneità della medesima ad eliminare il denunciato vuoto di tutela...”*

⁸ Cfr. Cass 3274/11. La Suprema Corte ha anche escluso l’obbligatorietà della suddivisione dei creditori in classi anche se portatori di *“diverse situazioni individuali che possono portare a valutazioni variegate”*, comprendovi anche i creditori provvisti di garanzie fornite da terzi *“in quanto la loro posizione non è giuridicamente diversa.... da quella degli altri creditori e muta solo sotto il profilo pratico”*. L’affermata non obbligatorietà della suddivisione dei creditori in classi, anche a fronte di situazioni diverse e non comparabili, pare contraddittoria con l’affermazione secondo la quale il creditore dissenziente di un concordato senza classi subirebbe il medesimo trattamento di tutti gli altri creditori.

Si consideri poi che per la Corte, a quanto sembra, il creditore dissenziente in un concordato senza classi non potrebbe promuovere un’opposizione neppure per censurare l’ inattuabilità del concordato, quale sindacato di merito, sottoposto agli stessi limiti del giudizio di convenienza.

classi che debbono accettare i benefici della maggioranza di coloro che sono destinatari dello stesso trattamento loro riservato”⁹.

Un’interpretazione aderente alla lettera della norma, avallata dalla Suprema Corte, sottrae, dunque, al Tribunale il potere di esercitare un controllo di merito sulla convenienza della proposta concordataria rispetto alle alternative concretamente praticabili in un concordato senza classi, anche in presenza di opposizione e, correlativamente, comporta l’inammissibilità dei motivi di opposizione che riguardano la convenienza per creditori che, pur dissenzienti, non appartengono alla categoria delineata dal legislatore (di creditori appartenenti a classi dissenzienti).

Seppure, per inciso, vada detto, che la cassazione di recente si è pronunciata numerose volte, con decisioni creative, di contenuto nomopoiotico, che vanno ben oltre la lettera della norma. Ci si riferisce, tra le altre, ad esempio, alla decisione in tema di intervento di terzo nel procedimento ordinario, a quella sui termini di costituzione in sede di opposizione a decreto ingiuntivo o in tema di reclamo fallimentare¹⁰.

Con riferimento invece al sindacato di convenienza, la Suprema Corte, ben lontana dai recenti interventi creativi, ha, come detto, ripetutamente dato una lettura restrittiva e formale: l’intervento dei giudici per valutare la convenienza del concordato è ammesso solo quando venga sollevata opposizione da parte di un creditore che, non solo sia dissenziente, ma anche appartenente a una classe di creditori in preminenza dissenziente.

⁹ Cfr supra nota 7.

¹⁰ Cfr. Cass. sez. un., 23-02-2010, n. 4309, che ha affermato la discrezionalità del giudice nel differire l’udienza in caso di chiamata del terzo da parte del convenuto, ex art. 269 c.p.c. per esigenze di economia processuale e di ragionevole durata del processo, nonostante la norma preveda che il giudice “provvede”, in Foro it., 2010, I, 1775, con nota critica di Caponi, Dalfino, Proto Pisani e Scarselli; Cass. civ., sez. un., 09-09-2010, n. 19246, sui termini di costituzione in sede di opposizione a decreto ingiuntivo, ha affermato l’automatica dimidiazione del termine, pena l’improcedibilità, in ogni caso di proposizione dell’opposizione, in Foro it., 2010, I, 3014 e in corriere giur., 2010, 1447, con note critiche di Barone, Caponi e Tedoldi; Cass 28/10/2010 n 22110, che ha applicato i limiti tipici dell’appello al reclamo della sentenza dichiarativa di fallimento ex art. 18 LF, negandone l’effetto devolutivo, nonostante la dichiarata intenzione del legislatore di “sostituire l’appello con il reclamo per *“assicurare l’effetto pienamente devolutivo dell’impugnazione, atteso il carattere indisponibile della materia controversa”* (cfr. la relazione al correttivo art. 18) con nota critica Tedoldi in *Fall.*, 2011, 293 ss “Il rito cameral-fallimentare e l’efficacia devolutiva del reclamo ex art. 18 l.fall.”. Si veda, ancora, Cass. 26 febbraio 2009, n 4632, che ha escluso che l’iniziativa del p.m. ai fini della dichiarazione di fallimento possa essere assunta in base ad una segnalazione proveniente dallo stesso tribunale fallimentare, nonostante la lettera della norma e *intentio legis*, quale emerge chiaramente dalla relazione al correttivo, che fa riferimento alla segnalazione proveniente *“dal giudice al quale, nel corso di un qualsiasi procedimento civile, risulti l’insolvenza di un imprenditore; quindi anche nei casi di rinuncia (cd desistenza) al ricorso per dichiarazione di fallimento da parte dei creditori istanti”*. In senso contrario, si vedano, nella giurisprudenza di merito: A. Brescia 7 ottobre 2009 e 2 maggio 2011; A. Bologna, 1 giugno 2009; T. Monza, 18 gennaio 2011; T. Mantova, 12 marzo 2009; T. Padova 8 febbraio 2011.

3.2 Privatizzazione della convenienza. Insindacabilità ex officio della convenienza da parte del Tribunale. Scomparsa sostanziale del *cram down* e differenze rispetto ai modelli ispiratori: cenno alla *Insolvenzordnung* tedesca e al Chapter 11 del Bankruptcy Code statunitense.

E' dunque incontrovertibile che il sindacato di convenienza è stato privatizzato dal legislatore poiché sottratto al controllo del tribunale in assenza di opposizione da parte dei creditori.

Il sindacato del Tribunale, ampiamente discrezionale, concerne una valutazione comparativa tra il vantaggio, la convenienza appunto della proposta concordataria e le alternative concretamente praticabili. Si è parlato di “*singular cram down*”, poiché la norma fa riferimento al singolo credito e non ai crediti di tutta la classe dissenziente, con la conseguenza che la valutazione comparativa di convenienza, stando alla lettera della norma, riguarda il singolo credito.

In realtà il *cram down* è nella sostanza svuotato rispetto agli originari modelli statunitensi e tedeschi.

La valutazione di convenienza è limitata oggi, dopo il decreto correttivo del 2007, al caso di opposizione proposta da un creditore dissenziente, esponente di una classe dissenziente, non decisiva per l'approvazione del concordato. La netta distinzione tra approvazione da parte dei creditori e omologazione da parte del tribunale del concordato, quale fissata dal decreto correttivo, pur risolvendo ogni confusione concettuale, ha *abrogato nei fatti il cram down*.

Invero, nel celeberrimo *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense (§ 1129(b))¹¹, come nella *Insolvenzordnung* del 5 ottobre 1994 (§ 245), l'eventuale gruppo di creditori dissenzienti è sempre necessario per l'approvazione del piano e viene fatto entrare forzatamente (v. il § 244 della *Insolvenzordnung*), solo facendo riferimento alla convenienza della proposta concordataria per tutti i creditori appartenenti al gruppo dissenziente. In Germania, accanto al divieto di ostruzionismo da parte di minoranze sono altresì previsti meccanismi di tutela della minoranza (*Minderheitenschutz*: § 251), e persino del debitore (§ 247), che consentono all'*Insolvenzgericht*, a

¹¹ Ivi si prevede, che “*when any impaired class of creditors or equity security holders does not accept the plan... the plan may nevertheless be confirmed by the court if (i) the proponent of the plan requests confirmation, and (ii) the court finds that the plan is fair and equitable as to the dissenting class...*”, con l'avvertenza che “*fair and equitable... includes the following requirements*” with respect to a class of unsecured claims: *The court must find either that the plan provides the holders of a class of unsecured claims or that no class junior to the dissenting class will receive any distribution under the plan*”.

seguito di opposizione, di negare l'omologa quando il piano riservi all'opponente un trattamento da presumersi deteriore rispetto a quello che avrebbe in assenza di piano.

Nel nostro sistema, invece, la più recente scelta del legislatore è stata riduttiva e minimalista.

1) Si è anzitutto consentita l'**approvazione del concordato** con la semplice **maggioranza numerica delle classi**, in aggiunta alla maggioranza ponderale dei crediti, senza esigere che tale ultimo *quorum* venga raggiunto in ciascuna classe, come era richiesto nel testo introdotto nel 2005;

2) In secondo luogo, si è tolto il *cram down* dall'alveo della fase di approvazione e lo si è **spostato in sede di omologa** e lo si è trasformato in un *singular cram down*¹², testualmente **riferibile al solo creditore** che, appartenendo a classe dissenziente, si opponga all'omologa del concordato perché ritiene più conveniente il fallimento: invero, ai sensi dell'art. 180, 4° co. (ultima frase), il tribunale potrà omologare il concordato, già approvato da maggioranza ponderale dei crediti e numerica delle classi, "qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili". Stando al pensiero del *conditor*, il giudizio di convenienza, eccezionalmente affidato al tribunale, deve concentrarsi sulla singola posizione del creditore;

3) il controllo di convenienza avviene su domanda di creditore –che deve promuovere opposizione- e **non più d'ufficio** da parte del tribunale in caso di mancato raggiungimento di unanime consenso di tutte le classi:

4) la **valutazione di convenienza è demandata al tribunale soltanto se il concordato sia organizzato in classi**; circostanza che suscita, come detto, problemi di irragionevole disparità di trattamento rispetto ai casi di "concordato non classista", nei quali è sempre impedita, nonostante l'opposizione dei creditori dissenzienti, una *cognitio* sulla convenienza del concordato alla stregua delle doglianze avanzate dagli oppositori¹³.

L'impostazione minimalista prescelta dal nostro legislatore, oltre a risultare contraria ai modelli tedesco e statunitense ai quali genericamente si ispira, pare urtare contro il principio di eguaglianza e di ragionevolezza, posto che non si comprende perché la valutazione di convenienza del piano

¹² Cfr. P.G. Demarchi, *Prime considerazioni in materia di concordato preventivo. Sullo schema di riforma della riforma. Quale voto per i creditori privilegiati non soddisfatti integralmente?*, in *Q.Giur.*, nn.8/6/2007 e 11/6/2007, 7 s.

¹³ Ed addirittura, nel concordato senza classi, per la giurisprudenza di legittimità, che ha individuato per il controllo di fattibilità gli stessi limiti di quello di convenienza, i creditori dissenzienti nei concordati senza classi non possono neppure proporre motivi di opposizione concernenti la fattibilità: si vedano 25 ottobre 2010 n 21860, del 10 febbraio 2011 n 3274 e del 23 giugno 2011 n 13817

concordatario non si possa estendere a ipotesi di opposizione dei creditori dissenzienti, anche nel concordato senza formazione di classi, quando l'opponente deduca il peggiore trattamento dei crediti rispetto alle prospettive di un fallimento dell'imprenditore in stato d'insolvenza¹⁴.

La *convenienza* del piano, di regola sottratta dall'area della *cognitio iudicis* in sede di omologa, lascia i creditori arbitri del proprio destino, secondo un metodo maggioritario che rischia di valorizzare i crediti di natura finanziaria.

Possiamo dire, come è stato affermato, che è stato **“privatizzato” il requisito della convenienza**, la cui valutazione è riconducibile al solo ceto creditorio¹⁵.

Ciò però non significa che sia stato privatizzato anche il requisito della fattibilità e che non vi siano limiti e contrappesi all'accentuazione del profilo contrattuale del concordato preventivo.

4. La valutazione di fattibilità del piano in sede di omologa. Il principio di buona fede.

Ci proponiamo ora di esaminare se l'organo giudiziario possa valutare la fattibilità anche in assenza di opposizione (o in presenza di opposizione proposta da un creditore non appartenente ad una classe dissenziente).

In altre parole vogliamo verificare se l'oggetto del giudizio sia determinato dall'opponente e se operino i principii della corrispondenza chiesto-pronunciato e della disponibilità dell'oggetto del processo o se,

¹⁴ Contra Cass. 3274/11. Vedi supra nota 7.

¹⁵ G. Rago, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, ivi, 264 ss., secondo cui “la procedura di concordato, nonostante si continui a ripetere che è stata «privatizzata», è rimasta una procedura improntata a principi di natura pubblicistica in quanto né il debitore può permettersi di fare quello che ritiene senza alcun controllo, né il Tribunale (e, comunque, gli organi pubblici che partecipano alla procedura e cioè il commissario giudiziale ed il pubblico ministero) sono ridotti a meri spettatori e ratificatori di accordi presi fra il debitore e i creditori... In altri termini, se proprio si vuole parlare di privatizzazione della procedura, si può solo affermare che è stato «privatizzato» il requisito della convenienza nel senso che, ora, la suddetta valutazione rientra (ma neppure sempre: si ricordi l'art. 180 quarto comma) nella sola discrezionalità del ceto creditorio che la esprime attraverso la votazione. Non è stato, invece, privatizzato il requisito del controllo della fattibilità del piano: sotto tale profilo, la funzione pubblicistica (cioè di ordine pubblico) va ravvisata nel fatto che i creditori devono essere messi nelle condizioni di votare in modo informato sulla proposta e tale obiettivo non può raggiungersi che consentendo al tribunale un vaglio della fattibilità”. Si veda, prima del decreto correttivo, D. Galletti, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 913, secondo cui, poiché il nuovo concordato si fonda sulla votazione come titolo di legittimazione, non può consentirsi che gli aventi diritto non siano garantiti della fattibilità della proposta, che potrebbe prestarsi a frodi e abusi in danno dei creditori di minoranza.

viceversa, il tribunale possa conoscere dell'attuabilità di un piano a prescindere da iniziative di parte e cioè ex officio.

Partendo da una ricognizione normativa, il già esaminato quarto comma dell'art. 180 LF fa riferimento esclusivamente al sindacato di convenienza e non anche a quello di fattibilità. L'art. 180, terzo comma L F recita: "se non sono proposte opposizioni il Tribunale verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione", omologa con decreto motivato non soggetto a reclamo". La lettera della norma potrebbe fare ritenere che, in mancanza di opposizioni, il controllo del Tribunale sia del tutto formale, limitato cioè all'esame di aspetti formali, relativi alla regolarità del procedimento.

Ed invero vi è chi ha affermato che il tribunale nulla possa fare, neppure se riscontri, grazie agli accertamenti del commissario, fatti di frode e la mancanza delle condizioni di ammissibilità.¹⁶

In tale caso il ruolo del Tribunale diverrebbe meramente formale e notarile, tale da non giustificare la presenza di un'autorità giurisdizionale. Nessun limite e contrappeso sarebbero posti all'accentuazione privatistica del concordato preventivo.

L'attività di omologazione, si tramuterebbe in un "mero appiattimento", non filtrato dal "LOGOS", dall'intelligenza, dall'attività intellettuale coesistente al giudizio di omologazione, giusta l'etimologia del termine OMOS LOGOS (pensare uguale, cioè condividere) e ben diversamente dal deterioro significato che è andato ad assumere sul piano sociologico.

I limiti all'autonomia privata, in realtà, sono ben ravvisabili nel modello ispiratore delle recenti riforme, che ha accentuato l'autonomia delle parti nella composizione della crisi d'impresa: nel celebrato *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense sono frequenti i richiami alla buona fede dei vari soggetti coinvolti e alla ragionevolezza equitativa delle soluzioni adottate. Si vedano, ad es, nel § 1129, i continui richiami alla good faith, alla fairness, alla equity, alla reasonableness.

Per citarne solo alcuni: *Il piano può essere approvato se "has been proposed IN GOOD FAITH and not by any means forbidden by law (§ 1129 a);*

¹⁶ Nel senso della non sindacabilità della fattibilità da parte del tribunale, ex plurimis, Ambrosini, il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, in Trattato Cottino, XI Padova; Per un'interpretazione "evolutiva" della fattispecie "altri atti di frode" di cui all'art. 173, comma 1, l. fall. , in Il Caso.it, II, 244/2011, ribadita in "il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario e la nozione "evolutiva" degli atti di frode nella sentenza 15 giugno 2011 della Cassazione, in Il Caso.it, 254/2011; Fabiani M, Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità, in Il Fallimento 2/2011; Zanichelli V, I concordati giudiziali, To 2010 185. Nigro A, Vattermoli D, Diritto della crisi delle imprese, Bo, 2009, 336

*..the court, on request of the proponent of the plan, shall confirm the plan ...if the plan does not discriminate unfairly, and is **fair and equitable** (§1129 B 1);*

*“when any impaired class of creditors or equity security holders does not accept the plan... the plan may nevertheless be confirmed by the court if (i) the proponent of the plan requests confirmation, and (ii) the court finds that the plan is **fair and equitable** as to the dissenting class...”, con l’avvertenza che “**fair and equitable** ... includes the following requirements” with respect to a class of unsecured claims: The court must find either that the plan provides the holders of a class of unsecured claims or that no class junior to the dissenting class will receive any distribution under the plan”.*

FIDUCIA, BUONA FEDE, RAGIONEVOLEZZA equitativa costituiscono, dunque, nel Bankruptcy Code statunitense, i parametri del potere esercitato dall’autorità giudiziaria in sede di approvazione (giusto l’esercizio del cram down) e di conferma del piano.

L’Insolvenzordnung prevede non solo il divieto di ostruzionismo delle minoranze in danno della maggioranza, ma anche la tutela delle minoranze da abusi a loro danno¹⁷.

I principi della buona fede e dell’abuso del diritto trovano cittadinanza anche nel nostro ordinamento e sono applicati proprio in ambito privatistico¹⁸.

E’ stato affermato che “l’obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica” (v. Cass 20106/2009).

“Il principio deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall’art. 2 Cost., e la sua rilevanza si esplica nell’imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra, a prescindere dall’esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge.....il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi. La buona fede, in sostanza, serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell’equilibrio e della

¹⁷ Cfr Insolvenzordnung § 245 e 251

¹⁸ Per applicazioni del principio di buona fede, si vedano, ex plurimis, Cass 31/5/2010 n 13208; Cass 18/09/2009 n 20106, Cass. 8.4.2009 n. 8481; Cass. 20.3.2009 n. 6800; Cass. 17.10.2008 n. 29776; Cass. 4.6.2008 n. 14759; Cass. 11.5.2007 n. 10838;

proporzione. Criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva è quello dell'abuso del diritto”¹⁹.

In questa prospettiva, il principio di buona fede è divenuto strumento equitativo che consente al giudice di sindacare il contenuto del contratto, intervenendo qualora ciò sia necessario per garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti e prevenire o reprimere l'abuso del diritto.

Il limite e contrappeso all'autonomia negoziale è dunque rappresentato dal principio di buona fede che, *a fortiori*, deve trovare applicazione nelle procedure concorsuali, dove sono molteplici i soggetti coinvolti e gli interessi da tutelare²⁰.

In nome dell'accentuata natura privatistica del concordato preventivo”, non può, dunque, sostenersi l'assenza di limiti all'autonomia negoziale e di poteri di controllo in capo all'autorità giudiziaria. Anche nei casi di assenza di opposizioni, la *cognitio iudicis* non è meramente formale, ben potendosi -e dovendosi- verificare l'assenza di condotte perpetrate in violazione del canone di buona fede.

Non possiamo certo ritrarci, in nome della fin troppo esaltata privatizzazione dell'istituto, di fronte ad abusi, condotte frodatorie e alla accertata mancanza di attuabilità di un piano, anche se già approvato dalla maggioranza (molto spesso formata da creditori finanziari), poiché deve essere tenuta in considerazione la molteplicità degli interessi coinvolti, di quelli anche della minoranza “schiacciata”, altrimenti privi di alcuna tutela, non potendo neppure opporsi se non siano esponenti di un concordato “classista.”

4.1. I poteri del tribunale in mancanza di opposizioni: la lettura coordinata degli artt. 180 e 173 LF al fine dell'individuazione dei poteri della *cognitio iudicis*.

¹⁹ Cass 20106/2009, ove si è affermata l' illegittimità del recesso ad nutum previsto dal contratto di concessione, per abuso del diritto.

²⁰ Per l'applicabilità in linea teorica del principio di buona fede, in ambito concordatario, si vedano Cass 3274/11 e 13817/11, che peraltro, poi non lo ravvisano in concreto, nelle fattispecie loro sottoposte. Applicano, in concreto, nelle fattispecie loro sottoposte, il principio di buona fede: T MI 7 luglio 2011 n 7897; T Monza 5 luglio 2011, T Salerno 19/7/2011

Il bilanciamento dei contrapposti interessi privatistici e pubblicistici nella regolamentazione della crisi d'impresa, non solo è reso possibile dall'applicazione in ambito concordatario del principio di buona fede, ma anche dall'applicazione dell'art. 173 LF, il quale continua a rappresentare il contrappeso alle espressioni di autonomia e di libertà, onde evitare che travalichino in abusi dello strumento concordatario.

Al fine di assicurare un equo temperamento degli interessi privatistici con quelli pubblicistici, non sono necessarie ardite operazioni ermeneutiche, ma è sufficiente leggere l'art. 180 coordinatamente con l'art. 173 LF; norma di fondamentale importanza, che ha mantenuto intatto il suo contenuto pur dopo le numerose riforme che hanno riguardato le procedure concorsuali.

La norma è chiara, inequivoca e, per interpretarla, è sufficiente attribuirle il senso fatto palese dal significato proprio delle parole, alla stregua del disposto dell'art. 12 disp sulla legge; è conforme all'*intentio legis* ed estrinsecazione del principio di buona fede.

Quanto ai presupposti per la revoca, l'art. 173 LF, si diceva, ha passato indenne le varie modifiche: decreto competitività del 2005; riforma organica del 2006 e il correttivo, nel quale ultimo ha, solo, subito una modifica di carattere letterale, conseguenza del fatto che è stata abrogata la iniziativa d'ufficio per il procedimento di fallimento: in caso di atti di frode, il tribunale apre d'ufficio, non il procedimento per la dichiarazione di fallimento, ma per la revoca dell'ammissione al concordato (V. relazione illustrativa del correttivo all'art. 14 Dlgs recante disposizioni integrative e correttive)²¹.

Nella citata relazione illustrativa si ribadisce che è prevista “la revoca ove si accertino “i gravi fatti indicati nella norma o la mancanza delle condizioni di ammissibilità”.

L'art. 173 prevede che: *Il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omissivo di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori.*

2. All'esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all'art. 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del

²¹ Gli interventi riformatori hanno conservato il carattere pubblicistico del procedimento di revoca del concordato, atteso che nonostante le incisive modifiche ai presupposti di ammissione alla procedura e all'accentuazione del profilo consensualistico dell'accordo concordatario, il legislatore non ha apportato alcuna sostanziale innovazione all'art. 173 LF. Si veda Gaboardi in commentario legge fallimentare diretto da Cavallini, sub 173

pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli artt. 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'art. 18.

*3. Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'art. 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in **qualsunque momento** risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, dopo avere previsto, al suo primo comma, che il commissario giudiziale.*

Tale norma delinea i poteri immanenti d'intervento del tribunale, che possono esercitarsi **in ogni momento e**, pertanto, anche in fase di omologazione.

Ogniquale volta il tribunale ravvisi che mancano le condizioni per l'ammissibilità del concordato, apre d'ufficio il procedimento per la revoca.

La *cognitio causae* è dunque officiosa, circoscritta ai temi indicati dall'art. 173 e cioè all'accertamento di condotte fraudolente o alla mancanza di condizioni di ammissibilità, tra le quali va ricompresa la fattibilità. Oltre quel limite non può andare, se a tanto non sia sollecitato dall'opponente, che non potrà, tuttavia, sindacare *de iure condito* la convenienza del concordato, se non quando appartenga a una classe dissenziente, potendo di regola limitare le proprie censure ad aspetti procedurali o a condotte fraudolente del debitore o, infine, al difetto dei presupposti di ammissione alla procedura, ivi inclusa la fattibilità del piano.

Interpretazioni *contra legem* e "c.d. evolutive" dell'art. 173 LF, che ne riducono l'ambito di operatività, in nome dell'accentuata privatizzazione del concordato²², ben lungi dall'essere conformi ai principii costituzionali, stridono con la ratio della norma, che, viceversa, consente, pur dopo le numerose modifiche legislative, un equo bilanciamento degli interessi privatistici con quelli pubblicistici, reprimendo abusi dello strumento concordatario.

Giusta il disposto dell'art. 173 LF, che fa riferimento non al venire meno delle condizioni, ma alla mancanza delle condizioni di ammissibilità ("in *qualsunque momento* risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità *del concordato*"), il tribunale procede d'ufficio, non solo se

²² In dottrina, si veda Ambrosini: Per un'interpretazione "evolutive" della fattispecie "altri atti di frode" di cui all'art. 173, comma 1, l. fall., in Il Caso.it, II, 244/2011 e, sempre Ambrosini, in "il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario e la nozione "evolutive degli atti di frode nella sentenza 15 giugno 2011 della Cassazione, in Il Caso.it, 254/2011. In giurisprudenza, riprende l'espressione di "interpretazione evolutive" dell'art. 173 LF Cass annotata n 13817/11.

vengano a mancare le condizioni di ammissibilità o se sopravvengano nuovi fatti successivamente all'adunanza, ma **in qualunque momento** verifichi, grazie agli accertamenti compiuti dai commissari, e anche se ciò avvenga dopo l'ammissione o dopo l'approvazione dei creditori (*rectius*, della maggioranza ponderale dei creditori e numerica delle classi, non essendo più necessaria l'approvazione unanime di tutte le classi), che le condizioni di ammissibilità non sussistono, e quindi anche se esse non sussistevano sin dal momento della presentazione del ricorso. La pregressa pronuncia giudiziale di ammissione del concordato non è incompatibile con una successiva pronuncia di revoca dell'ammissione, quando si accerti, grazie alle indagini compiute dal commissario, che il concordato non era sostenibile, e ciò anche se i nudi fatti non sono mutati. Le indagini e le ricerche compiute dai commissari possono ben determinare una nuova valutazione dei medesimi fatti. Ed invero gli strumenti a disposizione del tribunale nella prima fase sono limitati, dovendosi basare su dati forniti dal debitore e sull'attestazione di fattibilità e veridicità di un esperto nominato dal ricorrente.

L'accertamento della non fattibilità del piano, per fatti successivamente emersi o anche semplicemente per successivi riscontri che hanno determinato una diversa e più approfondita valutazione dei medesimi fatti, comporta l'apertura d'ufficio del procedimento di revoca, anche in assenza di opposizione.

In tema di fattibilità del concordato, le eventuali opposizioni fungono, quindi, da mero impulso (diversamente, come si è visto, dalla valutazione di convenienza) e i principii della disponibilità dell'oggetto del processo e della corrispondenza chiesto-pronunciato non operano, perché il tribunale ha il potere di sindacarla *ex officio*.

4.2 Il sindacato di fattibilità in sede di ammissione e di omologazione del concordato preventivo.

E' venuto quindi il momento di chiedersi se, quanto al sindacato di fattibilità, cambi il contenuto del controllo del tribunale prima e dopo l'ammissione del concordato. E' comune l'affermazione secondo la quale il tribunale in sede di ammissione non possa valutare la fattibilità del concordato, potendolo semmai fare in sede di omologa e su impulso di un creditore, ma deve limitarsi a verificare *“la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, senza che possa essere svolta una valutazione relativa all'adeguatezza sotto il profilo del merito”*. Il giudice dovrebbe cioè

limitarsi al riscontro della coerenza logica dell'attestazione e della completezza della documentazione allegata, senza valutare nel merito la sostenibilità del piano²³.

Si è anche affermato che la valutazione di fattibilità del piano, implica un'indagine di merito *“riservata al tribunale in sede di omologazione, in presenza di opposizione da parte di un creditore, alle sole condizioni di cui all'art 180 LF”* e quindi in presenza di un'opposizione proposta da un creditore dissenziente in un concordato con classi²⁴.

In realtà la natura del controllo, prima e dopo l'ammissione del concordato, in linea teorica, non cambia. Ciò che cambia sono gli strumenti a disposizione del Tribunale²⁵.

Il sindacato di fattibilità rientra nella cognizione officiosa del tribunale e non necessita di opposizione: in linea teorica è sindacabile in qualsiasi momento della procedura, sia prima che dopo l'ammissione del tribunale. Nella pratica, però, il Tribunale in sede di ammissione, non ha gli strumenti per esercitare un controllo diretto sulla adeguatezza del piano. Potrà solo esercitare un controllo su dati riferiti dalla parte e su valutazioni dell'esperto attestatore; un controllo dunque essenzialmente logico che, di fatto viene a ridursi a un esame di completezza e coerenza informativa delle attestazioni degli esperti sulla fattibilità del piano e sulla capienza dei beni sui quali insiste la causa di prelazione *ex art. 160, 2° co.*, affinché sia garantito il consenso informato dei creditori chiamati ad esprimersi sulla proposta concordataria, ma pur sempre fondato sull'esposizione estrinseca dei fatti aziendali e delle valutazioni proposte dagli esperti nominati dal debitore.

Al contrario, in sede di omologa, il tribunale dispone della relazione e del parere del commissario, anche se non si sia costituito. Gli elementi a disposizione del giudice sono ben maggiori: alle relazioni iniziali degli esperti si aggiungono le *verifiche intrinseche del commissario giudiziale*, che ha inventariato il patrimonio, ha controllato l'elenco dei creditori, la correttezza dei dati aziendali e la documentazione contabile, ha verificato gli elementi e le valutazioni dell'attestatore, ha indagato sulle cause dello stato

²³ Cass. 13817/11; Cass 21860/2010

²⁴ Cass da ultimo citate

²⁵ Nello stesso senso si veda T Roma 20/2/2008, secondo la quale l'indagine viene ad essere più ampia, in quanto l'accertamento si colloca in una fase avanzata della procedura, all'esito cioè, di una cospicua attività di indagine svolta dal commissario giudiziale e da eventuali consulenti nominati dal giudice delegato ed all'esito dell'adunanza dei creditori, momento finalizzato all'espressione del voto e quindi anche a far emergere eventuali voci di dissenso o rilievi sulla proposta e sulle valutazioni della stessa, espresse dal commissario giudiziale. L'indagine, si badi, è quindi più ampia, perché maggiore è la massa di dati di cui dispone il tribunale, ma non di diversa natura rispetto a quella già effettuata nella fase di ammissione"

di crisi, sulla fattibilità e sulla convenienza delle soluzioni proposte ai creditori (cfr. l'art. 172).

Il commissario giudiziale possiede un ruolo centrale anche nel nuovo concordato preventivo, quale ausiliario del tribunale con veste di pubblico ufficiale (art. 165), che verifica i fatti, al fine di darne conto ai creditori chiamati ad esprimersi sulla proposta concordataria e al tribunale per l'omologa del concordato²⁶. Egli è tenuto a redigere l'inventario del patrimonio del debitore e una "relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori" da depositare almeno tre giorni prima dell'adunanza fissata per la manifestazione del voto dei creditori (art. 172); a proposta approvata dal ceto creditorio, deve altresì esprimere il proprio parere prima che il tribunale si pronunci sull'omologa del concordato (art. 180, 2° co., ultima frase). Deve, inoltre, riferire immediatamente al tribunale, i fatti contemplati dall'art. 173 LF, che determinano la revoca dell'ammissione al concordato.

Il sindacato sulla fattibilità del piano in sede di ammissione e in sede di omologazione opera diversamente, non perché abbia natura diversa, ma perché sono diversi nelle due fasi gli strumenti e le modalità di esercizio del controllo. Ciò significa che, di fatto, nella prima fase dell'ammissione, il Tribunale, in assenza di strumenti di controllo penetranti, effettuerà, in pratica, un sindacato indiretto che si ridurrà, salvo casi eclatanti, alla valutazione della coerenza logica, della completezza e della chiarezza del piano, senza che però gli sia in assoluto impedito di valutare la fattibilità del piano anche in tale fase, ove possibile sulla base dei dati in suo possesso, essenzialmente forniti dal ricorrente e dalla relazione del consulente nominato dalla parte.

5. Conclusioni sulla fase di omologa del concordato preventivo

Mentre il requisito della convenienza non è sindacabile dal Tribunale, la fattibilità rientra nell'ambito dei suoi poteri di controllo officiosi. Perciò, anche senza opposizioni e pur a fronte di un concordato approvato, il tribunale non potrà non attribuire rilievo alla relazione e al parere del commissario e non omologare, perché l'art. 180 3° va letto coordinatamente con l'art. 173 LF, che delinea i poteri immanenti del Tribunale. La norma,

²⁶ Per Cass 13817/11, l'apporto conoscitivo del commissario, invece, non sarebbe destinato al giudice, ma alla platea dei creditori che possono comparare la proposta e le valutazioni

ben lungi dall'essere “*un fossile normativo incompatibile con la nuova disciplina*”²⁷, è il giusto contrappeso a una libertà che travalicherebbe in arbitrio, in abuso, e costituisce estrinsecazione del principio di buona fede.

Anche in assenza di opposizioni -o in presenza di opposizioni proposte da soggetto che non si trova nelle condizioni delineate dall'art. 180 LF o che riguardano profili diversi-, il tribunale può sindacare la fattibilità, perché non vige il principio della corrispondenza chiesto-pronunciato.

In qualsiasi momento emerga che il concordato non è fattibile o risultino le gravi condotte fraudolente, grazie agli accertamenti del commissario giudiziale, ed anche in sede di omologa, il tribunale promuoverà ex officio il procedimento per la revoca (art. 173, 2° co., che richiama la disciplina procedurale, formalizzata, di cui all'art. 15), che potrà anche eventualmente sovrapporsi con il procedimento di omologazione, sempre che venga garantito l'esercizio del diritto di difesa del debitore. La declaratoria di fallimento non potrà avvenire d'ufficio, ma su istanza di un creditore o del P.m.

In conclusione, sul piano procedurale, e schematizzando, si potrebbero verificare le seguenti ipotesi:

- non vi sono opposizioni, e non emergono dalla relazione e dal parere del commissario giudiziale fatti rilevanti *ex art. 173*: in tal caso non si fa luogo ad alcuna istruttoria e il tribunale emette un decreto motivato non soggetto a gravame.

- Non vi sono opposizioni, ma dalla relazione o dal parere del commissario emergono fatti rilevanti *ex art. 173*, ivi inclusa la non fattibilità del piano: si deve aprire, in tal caso, il subprocedimento disciplinato dagli artt. 173 e 15²⁸. Tale procedimento può anche sovrapporsi con quello di omologa, sempre che il debitore sia stato messo in condizione di esercitare il diritto di difesa, essendogli stati comunicati i fatti posti a fondamento della possibile revoca. In tale ipotesi, i poteri attribuiti dall'art. 15, richiamato

²⁷ Si veda sempre Cass 13817/11 cit

²⁸ Nello stesso senso, Trib. Milano, 9 marzo 2007 (“ai sensi dell'art. 173 l. fall., il tribunale deve dichiarare il fallimento del debitore se risulti, in qualsiasi momento, la mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, tra cui anche l'attuabilità della proposta nei termini prospettati, in presenza di circostanze, preesistenti o sopravvenute al decreto di apertura, che facciano ritenere che non vi sia alcuna possibilità di soddisfacimento, neppure in una percentuale minima, dei creditori chirografari”), e Trib. Torino, 12 dicembre 2006 (“seppure non espressamente previsto dall'art. 180 l. fall. - secondo cui il concordato deve essere omologata solamente allorquando siano state raggiunte, come nella fattispecie, le maggioranze previste dall'art. 177 l. fall. - permane in capo al tribunale il potere di verificare la fattibilità attuale della proposta concordataria anche in sede di omologazione, atteso che tale requisito rientra fra le condizioni di ammissibilità previste dal legislatore, in mancanza delle quali deve essere pronunciata, ai sensi dell'art. 173 l. fall., la dichiarazione di fallimento del proponente”), entrambe in *Fall.*, 2007, 684 ss., con nota critica di G. Bozza; nonché Trib. Ancona, 31 dicembre 2007, in *Fall.*, 2008, 360.

dall'art. 173 consentono al Tribunale anche l'assunzione di mezzi istruttori d'ufficio.

- Le conclusioni di cui al punto che precede si applicano anche alle ipotesi di opposizioni da parte di creditori non legittimati (quali i creditori in concordati senza classi), o di creditori che propongono motivi diversi dalla realizzabilità del piano. Il procedimento per la revoca può essere promosso d'ufficio ogni qual volta emerga la non attuabilità del piano.

- Se vi sono opposizioni, il tribunale assume le prove richieste dalle parti o disposte *ex officio*, anche delegando un componente del collegio, e provvede con decreto motivato, reclamabile in corte d'appello *ex art.* 183. Quanto ai poteri di controllo: A) il tribunale può valutare la convenienza del piano, esclusivamente con riferimento ai motivi dedotti, poiché tale requisito è nella disponibilità dei creditori che si trovano nelle condizioni di cui all'art. 180 LF; B) Può sindacare la fattibilità, indipendentemente dai motivi dedotti, perché rientrante nei suoi poteri officiosi, senza che si applichi il principio della disponibilità dell'oggetto del processo.

- Se accanto al diniego di omologazione del concordato c'è una contestuale sentenza di fallimento, si applicherà la disciplina di cui all'art. 18, con assorbimento dei motivi attinenti al concordato nel mezzo di impugnazione della sentenza di fallimento²⁹.

- Se una declaratoria di fallimento manchi –circostanza che si può verificare anche in caso di diniego di omologa, considerata la possibile cesura tra chiusura del concordato e fallimento- non essendo il fallimento più dichiarabile *ex officio* (onde la necessità di trasmettere gli atti al p.m. *ex art.* 71, 2° co., c.p.c., salvo che questi non sia intervenuto nel procedimento), può essere proposto avverso il decreto di rigetto del Tribunale reclamo alla corte d'appello.

L'interpretazione data dalla Suprema Corte, con le tre sentenze esaminate, finisce, invece, con l'abrogare l'art. 173 LF e privare l'autorità giudiziaria di ogni sostanziale potere di controllo. Ed invero:

- è estremamente riduttiva con riferimento agli atti in frode, che non possono riguardare fatti conosciuti, anche quando il carattere frodatorio emerge da successive valutazioni;

- esclude che il tribunale possa effettuare *ex officio*, sia nella fase di ammissione, che di omologa e persino in sede di revoca *ex art.* 173 LF,

²⁹ Conf. Ambrosini, *op.cit.*, 135 s.; P.G. Demarchi, *Prime considerazioni in materia di concordato preventivo. Sullo schema di riforma della riforma. Quale voto per i creditori privilegiati non soddisfatti integralmente?*, in *Q.Giur.*, nn.8/6/2007 e 11/6/2007, 14.

alcuna valutazione sulla fattibilità del piano, neppure se tale valutazione sia indispensabile per stabilire il carattere frodatario degli atti ;

- pare escludere che il sindacato di fattibilità sia consentito anche su opposizione di un creditore, in un concordato senza classi;
- abroga il riferimento temporale contenuto nel terzo comma dell'art. 173 LF (in qualunque momento), consentendo il sindacato di fattibilità solo nel giudizio di omologa e in presenza di opposizioni, alle condizioni di cui all'art. 180 LF;

Riteniamo, invece, in conclusione, che il Tribunale in sede di omologa debba esercitare, nel rispetto della legge, un controllo di merito del piano concordatario, che accerti, anche in assenza di opposizioni, la mancanza di abusi da parte del debitore e la realizzabilità del piano proposto poiché, con le parole del grande Carnelutti, ancora attuali sebbene espresse in un contesto normativo diverso, *“il concordato è sostanzialmente un contratto concluso tra il debitore e una determinata maggioranza dei creditori, con effetti obbligatori anche per i creditori dissenzienti. In vista di questa sua efficacia anomala e pericolosa, la legge vuole che codesti effetti non si dispieghino se alcuni requisiti non sono stati controllati dal Tribunale”*³⁰. Tra questi non vi è più la convenienza, espunta dai requisiti di ammissibilità, ma rimane pur sempre la fattibilità del concordato perché, come è stato giustamente rilevato, *“un conto è sindacare la prestazione promessa, rispetto alla valutazione di convenienza che avuto riguardo ai propri interessi solo i contraenti potranno effettuare, un altro – ed è il controllo che il tribunale quale soggetto terzo deve effettuare – è stabilire se quanto promesso sia effettivamente realizzabile, a tutela dei creditori “deboli”*³¹:

³⁰ Nello stesso senso, anche, T. Ascarelli, *Sulla natura dell'attività del giudice nell'omologazione del concordato*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1928, I, 228.

³¹ Così Azzaro, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, 1276 in nota 56. V. anche Filocamo, in M. Ferro, *La legge fallimentare. Decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169* cit., 354 ss., che adombra una possibile fattispecie di nullità dell'accordo formatosi sul piano concordatario per impossibilità dell'oggetto, quando il piano non risulti fattibile.