

FISIOLOGIA E PATOLOGIA DEL GIUDIZIO DI OMOLOGAZIONE NEL CONCORDATO PREVENTIVO*

DI GIUSEPPE BERSANI

Sommario:1. Il giudizio di omologazione nel concordato preventivo: la natura del giudizio di omologazione; 2. L'oggetto del giudizio di omologazione; 3. Le valutazioni del Tribunale nel giudizio di omologazione e la possibilità di effettuare un controllo sulla "fattibilità" del concordato? 4. Le soluzioni giurisprudenziali; 5. Il giudizio di "cram down"

1. Il giudizio di omologazione nel concordato preventivo: la natura del giudizio di omologazione

La natura del giudizio di omologazione è sempre stata oggetto di dibattito dottrinale, osservando come la riforma prima, ed il decreto correttivo poi, hanno determinato, successivi cambiamenti di prospettiva; "... l'omologazione è passata così dall'essere un "giudizio di volontaria giurisdizione nelle forme del processo a cognizione piena", quale veniva qualificata nel sistema della legge del '42 (il profilo del conflitto era, ed è ancor oggi, sullo sfondo, destinato ad emergere a seguito delle opposizioni, allora costruite come intervento in un processo destinato, comunque, a svolgersi nelle forme del secondo libro del codice di rito), ad assumere la veste di "giudizio camerale non contenzioso", sia nella riforma del 2005 che nella disciplina introdotta col decreto correttivo".¹

*Relazione rielaborata ed aggiornata tenuta all'incontro di studi del Consiglio superiore della Magistratura "Il Concordato preventivo", Roma 12 – 14 settembre 2011.

¹ Cfr. Pagni, Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo, in *Il Fallimento*, 2008, pag. 1093.

2. L'oggetto del giudizio di omologazione

Il giudizio di omologazione s'instaura d'ufficio e, ai sensi del primo comma dell'art. 180 L.F., il Tribunale fissa un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti.

Tale provvedimento viene affisso all'albo del Tribunale, e notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale al Pubblico ministero, ed agli eventuali creditori dissenzienti.

Il debitore, il commissario giudiziale, gli eventuali creditori dissenzienti e qualsiasi interessato devono costituirsi nel giudizio almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata, depositando una memoria difensiva contenente le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione degli eventuali mezzi istruttori e dei documenti prodotti.

Nel medesimo termine il commissario giudiziale deve depositare il parere motivato in ordine all'omologazione del concordato.

Il procedimento dunque s'apre su impulso d'ufficio e ciò consente di ritenere sussistente il carattere "pubblicistico" che già caratterizzava il testo previgente dell'articolo 180 L.F.

Il mantenimento di tale caratteristica si giustifica in quanto costituirebbe un'anomalia ingiustificabile, in mancanza di esplicite norme contrarie, quella di ravvisare nell'omologazione del concordato preventivo un meccanismo non più trascendente la singola posizione, e dunque soggetto al principio "dispositivo" nella fase processuale. A ciò conseguirebbe che l'"estensione" della materia da accertare resterebbe subordinata alle iniziative di volta in volta assunte dai privati – con la loro scelta occasionale di costituirsi (o meno) ex art.180 co.2° l.f.. – e si trascurerebbe la perdurante funzione tipica di "tutela della massa", che riteniamo essere ancora riservata al giudice dell'omologazione.²

² Acutamente si è osservato in dottrina da parte di Fabiani, Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità, in *Il fallimento*, 2011, pag. 174, che "... poiché il legislatore ha confermato anche dopo la riforma, che l'accordo produce effetti soltanto se è omologato dal tribunale e è chiaro che il piano e la proposta da soli non servono a nulla, in quanto è necessario che il debitore formuli una domanda con la quale chiede che la proposta, una volta approvata, sia anche omologata. La domanda del debitore non è tanto o solo la domanda di un contraente che chiede che il tribunale con il suo provvedimento dia efficacia ad un accordo già concluso inter partes, ma la domanda di concordato è, in principalità, la domanda con la quale il debitore chiede che la crisi (o l'insolvenza) sia regolata secondo la disciplina del concorso (in luogo della disciplina civilistica dell'esecuzione forzata) e segnatamente, del concorso concordatario".

Inoltre, non ritenendo configurabile un intervento d'ufficio del Tribunale non si giustificerebbe il ruolo del Commissario giudiziale nella fase successiva l'adunanza dei creditori e soprattutto, la funzione della relazione del medesimo da depositarsi prima dell'udienza di omologa.

Alla luce di tale premessa occorre pertanto domandarsi: quale sarà l'oggetto del giudizio di omologazione?

A nostro avviso in assenza di specificazioni legislative l'oggetto del giudizio di omologazione sarà il più vario e dipenderà dal contenuto e dalla natura delle opposizioni formulate dai creditori dissenzienti, oltre che naturalmente da quanto esposto dal commissario giudiziale, che potrà dare luogo ad un giudizio incidentale di cui all'art. 173 l.f.

Anticipando fin d'ora la nostra soluzione riteniamo che, anche dopo la fase di ammissione e successivamente il voto favorevole dei creditori, il Tribunale rimanga - comunque - investito di un autonomo potere di controllo, riguardo tutti i presupposti oggettivi e soggettivi del concordato preventivo, compresi - naturalmente (ma non solo) - il riscontro circa il raggiungimento delle maggioranze richieste e la verifica sulla reale fattibilità del piano proposto. Tale ultima verifica dovrà essere compiuta alla luce delle indicazioni e degli accertamenti compiuti dal Commissario giudiziale nella fase successiva all'ammissione.

La risposta al quesito da cui si è partiti, non è tuttavia semplice e la stessa, a nostro avviso, dovrà essere "modulata" anche alla luce delle conclusioni cui è giunta la Corte di Cassazione in ordine al ruolo (ormai limitato) da attribuire al Tribunale nella fase di ammissione. La prima domanda da porsi è - peraltro - se un giudizio più "penetrante" in ordine alla fattibilità del concordato debba avvenire solo in presenza di opposizioni, o se al contrario, il Tribunale possa autonomamente, verificare questa problematica a seguito di quanto esposto dal Commissario giudiziale o di quanto appreso d'ufficio.

In giurisprudenza si è osservato come "... nulla chiarisce quali materie possano costituire il contenuto del giudizio in caso di "opposizione" - la cui legittimazione attiva pure viene definita nel modo più generico - mentre l'art.180 co.2° prevede che a proporla può essere un "qualsiasi interessato", purché si costituisca "almeno 10 giorni prima ... depositando memoria difensiva contenente le eccezioni difensive processuali e di merito non rilevabili d'ufficio, nonché l'indicazione dei mezzi istruttori e dei documenti prodotti ... In particolare da parte del Legislatore non si è specificato se, ed in quali limiti, i poteri del Tribunale - salvo per la verifica della maggioranza nella votazione, che sembra ormai costituire un compito "necessario" dell'organo collegiale - restino subordinati alla domanda di parte, od invece

se nel medesimo ambito trovi spazio un esercizio *ex officio* della cognizione giudiziaria: ciò secondo quanto costantemente affermato per la "vecchia" omologazione del C.P., che doveva comprendere sempre i medesimi accertamenti – stabiliti dall'art. 181 *ante novellam* – a prescindere dall'esistenza (o meno) di "oppositori" costituiti nella relativa causa (cfr. Cass.67/85, Cass. 3305/90, Cass.505/91, Cass.2056/2000, Cass.989/2001, ecc.)”.

Da parte del Tribunale di Bologna³ si è affermato che “...attualmente, la cd. “omologazione” del concordato preventivo rappresenta anzitutto il momento ufficiale di “conta” dei risultati – generali o “per classi”, quando previste – dell’adunanza dei creditori, onde accertare l’effettivo raggiungimento della maggioranza richiesta e procedere poi all’eventuale *cram down*, allorché ne sussistano i tassativi requisiti legali: anzi, il Legislatore si è preoccupato di replicarne in modo identico la previsione – dettando questa sorta di limitato “giudizio di convenienza” – sia nell’art.177 co.2° (intitolato al “riscontro” delle maggioranze), sia appunto nella seconda proposizione dell’art.180 co.4° R.D. 267/1942; ma a prescindere da quest’ipotesi specifica, nessun ulteriore elemento – ai fini dell’oggetto del contraddittorio davanti al collegio in sede camerale – risulta esplicitato dalla norma stessa, né tanto meno dal suo secondo comma”.

Pertanto, secondo una prima soluzione che si è delineato in dottrina ed in giurisprudenza, in assenza opposizioni ed in mancanza di segnalazioni ex art. 173 l.f. da parte del Commissario giudiziale, il Tribunale si dovrà limitare ad una verifica della regolarità della procedura e dell’esito della votazione, omologando con decreto il concordato preventivo.

In dottrina appare controverso anche se nel giudizio di omologazione, di ufficio o su istanza del fallito o di un creditore dissenziente, il Tribunale possa rilevare che la proposta di concordato contenga vizi di inammissibilità come quello di avere una “percentuale mobile”, una percentuale indeterminata di soddisfazione per i creditori o per una classe di creditori.

Aderendo alla soluzione che ritiene la persistenza, oltre che nell’intera procedura, anche e soprattutto nel giudizio di omologazione, di una funzione pubblicistica esercitata dal Tribunale, riteniamo che tale giudizio sia ben possibile dovendo l’Autorità giudiziaria – fin dal giudizio di ammissibilità - pretendere la presentazione di una proposta concordataria collegata ad una percentuale di pagamento offerta ai creditori “fissa” o chiaramente predeterminabile. E’ tuttavia opportuno che un concordato che non presenti

³ Cfr. Tribunale di Bologna, 15 novembre 2005, in www.giuremilia.it.

l'indicazione della percentuale predeterminata che viene offerta ai creditori che non vengono pagati integralmente, venga "bloccato" fin dall'inizio della procedura con una dichiarazione di inammissibilità qualora il debitore non risponda positivamente alle richieste di integrazione ex art. 162 l.f. del Tribunale.

3. Le valutazioni del Tribunale nel giudizio di omologazione e la possibilità di effettuare un controllo sulla "fattibilità" del concordato

Dottrina e giurisprudenza si sono interrogate se, dopo la modifica attuata dal correttivo, pur in assenza di opposizioni, il tribunale, verificare soltanto la regolarità della procedura e l'esito della votazione, ed omologhi il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame o, al contrario, possa compiere una serie di valutazioni, fra cui esaminare il permanere delle condizioni di ammissibilità, la regolarità della formazione delle classi, l'attendibilità dei dati economici e la fattibilità del piano; ulteriore quesito (non di poco momento) è se tale potere di controllo possa essere svolto anche in assenza di opposizioni da parte dei creditori.

La giurisprudenza di merito - prima del recente orientamento della Corte di Cassazione⁴ che ha fornito una interpretazione che ha notevolmente ridotto tale funzione di controllo del Tribunale nella fase di ammissione della procedura - era chiaramente orientata nel senso di riconoscere in capo al Tribunale il potere di verificare d'ufficio la sussistenza dei presupposti di ammissibilità anche nella fase di omologazione del concordato, anche se non sono mancate voci in senso contrario.

In particolare la giurisprudenza dopo aver fatto atto di un orientamento espresso da diversi giudici di merito secondo cui l'oggetto del giudizio di omologazione, oltre all'accertamento della maggioranza di cui all'art. 177 L.F. (quando la proposta, come accaduto nel caso di specie non contempli una suddivisione dei creditori in classi), è rappresentato dalla verifica delle condizioni di ammissibilità del concordato (esclusi, invece, gli ulteriori profili di convenienza, di meritevolezza, di serietà delle garanzie che, già

⁴ Cfr. Cass. civ., sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Il Fallimento*, 2011, pag. 167, con commento di Fabiani, op. ult. cit. ivi pag. 172 nonché di Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, ivi, pag. 182, , nonché nello stesso senso Cass. civ., sez. I, 14 febbraio 2011 n. 3566, ivi, 2011, pag. 805 e ss. con commento di Bottai, *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua*, ivi, pag. 810 ss.

previsti dall'art. 181 L.F., non sono stati ripresi nella novella del 2005)” e che secondo tale orientamento, alla luce della nuova disciplina rinvenibile negli artt. 160, 161 e 163 L.F., “.... siffatte condizioni devono identificarsi, sul piano soggettivo, nella qualità di imprenditore commerciale del debitore, e, in termini oggettivi, nella esistenza dello stato di crisi, nella presentazione di un piano avente il contenuto di cui alle lettere a), b), c) o d) dell'art. 160, e, soprattutto, per quanto qui interessa, nella attendibilità e fattibilità del piano stesso”,⁵ ha evidenziato che “... tale orientamento non è pacifico né in giurisprudenza né in dottrina giacché vi è chi ritiene, fondandosi sulla lettera del disposto normativo di cui all'art. 180 4° comma L.F., che il tribunale, in assenza di opposizioni, non deve svolgere alcuna indagine nel merito circa la fattibilità o anche la convenienza del concordato o in ordine alla eventuale soddisfazione dei dissenzienti (laddove non vi sia opposizione da parte di alcuni di essi) né può, in base ad una valutazione autonoma, negare l'omologazione se le maggioranze sono raggiunte, di modo che, in presenza dell'approvazione, avvenuta con l'osservanza delle norme procedurali previste, l'omologazione diventa, per il tribunale, un atto dovuto; che una più approfondita rimediazione della materia induce questo tribunale a rivedere la propria precedente posizione e ad aderire a tale secondo orientamento”.

La stessa giurisprudenza richiamando alcune posizioni dottrinali ha poi ritenuto che “... il diverso orientamento urta inevitabilmente con la considerazione che il legislatore della riforma aveva a disposizione un modello metodologico da seguire – il quale scandiva il contenuto dell'esame demandato al tribunale in fase di omologazione – e tuttavia ha introdotto una disciplina radicalmente difforme, che ha espressamente limitato il controllo del tribunale alla verifica del raggiungimento delle maggioranze” aggiungendo che “... un primo riscontro normativo della fondatezza di tale tesi si rinviene nel 3° comma dell'art. 180, per il quale *“il tribunale, nel contraddittorio delle parti, assume anche d'ufficio tutte le informazioni e le prove necessarie, eventualmente delegando uno dei componenti del collegio per l'espletamento dell'istruttoria”*, da cui deriva, secondo il tribunale emiliano che “... un potere istruttorio è dato al giudice solo nel contraddittorio delle parti che si instaura soltanto quando siano state proposte opposizioni e nei limiti di quanto in esse dedotto, sicché deve dedursi che in mancanza di opposizioni il tribunale sia privo di poteri istruttori e l'oggetto del giudizio sia limitato alla sola verifica delle maggioranze, la quale non richiede assunzione di prove”.

Un ulteriore argomento utilizzato dal coloro che ritengono insussistente

⁵ Cfr. Tribunale di Reggio Emilia, 1 marzo 2007, in www.ilcaso.it, sez. I, pag. 1140.

un potere di verifica di “ufficio” del Tribunale in sede di omologa è costituito dal dato normativo rinvenibile dal 5° comma dello stesso art. 180 ove si “... precisa che, nel caso in cui il creditore abbia effettuato la suddivisione dei creditori in classi, “il tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza di cui al primo comma dell’art. 177, può approvare il concordato nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili”.

Alla luce del dato normativo la conclusione cui giunge la giurisprudenza citata è, pertanto, nel senso che “... la norma evidenzia come, in presenza di classi, e a prescindere da opposizioni, l’oggetto della indagine del tribunale in sede di omologa comprende, oltre alla verifica del raggiungimento delle maggioranze, anche una valutazione di merito consistente nel verificare la convenienza della proposta per i creditori appartenenti alle classi dissenzienti”, specificando ancora che “... da tale considerazione deriva anche che quando il legislatore ha inteso attribuire al giudice un controllo più ampio, qualunque esso sia, di quello limitato alla verifica delle maggioranze, lo ha detto espressamente, individuando l’oggetto e i destinatari dello stesso; ma deriva altresì che, quando, come in assenza della divisione dei creditori in classi, non ha previsto un controllo di merito richiedendo soltanto la verifica delle maggioranze, ha inteso espressamente restringere a tale valutazione l’attività giurisdizionale; che, del resto, se si aderisse alla diversa tesi che rimette al tribunale un controllo di merito della proposta concordataria nel giudizio di omologa, si finirebbe per configurare tale giudizio, in assenza di una predeterminazione dell’oggetto, come aperto a qualsiasi *petitum* e per riconoscere al giudice la facoltà di svolgere qualsiasi indagine di merito, estesa, pur in assenza di opposizioni sul punto o della formazione di classi, al sindacato non solo della fattibilità ma anche della convenienza del piano concordatario per tutti i creditori dissenzienti, secondo una interpretazione che è sicuramente da escludere data la accentuazione privatistica impressa dalla riforma all’istituto del concordato e la connessa riduzione dei margini del controllo giurisdizionale; che, in conclusione, così come, al momento della ammissione, il tribunale deve limitarsi a controllare soltanto la regolarità e la completezza della documentazione, in mancanza della prospettazione di classi di creditori, allo stesso modo, nella fase della omologazione, in mancanza di classi e di opposizioni di merito, resta precluso al tribunale ogni indagine relativa alla fattibilità e alla convenienza del concordato, anche per i creditori dissenzienti, senza il potere di negare

l'omologa, in base ad una valutazione autonoma, se le maggioranze sono raggiunte che, invero, la debitrice si è limitata a suddividere i creditori in privilegiati e in chirografari, muovendo da una previsione normativa di portata generale, ma non ha prospettato classi differenti destinatarie di trattamenti differenziati tra loro e suscettibili di incidere sulla graduatoria dei crediti derivante dalla legge; che in realtà la censura mossa *in parte qua* da pare risolversi, sostanzialmente, in una doglianza sulla mancata suddivisione dei creditori (chirografari) in classi fondate su posizione giuridica e interessi omogenei, laddove, peraltro, la nuova disciplina dell'istituto si limita a consentire all'imprenditore di proporre trattamenti differenziati per classi di creditori, ma non gli pone nessun obbligo in tal senso".⁶

Da parte della dottrina si è cercato di cogliere un punto di equilibrio tra una soluzione della crisi d'impresa realmente negoziata (in cui – indubbiamente – prevale l'aspetto privatistico) tra debitore e creditori, ed un intervento del tribunale che si rivela necessario quando non appaiano funzionare regolarmente i meccanismi volti a garantire il corretto operare del principio di maggioranza (ed in cui risulta persistente l'aspetto pubblicistico).

Alla prima delle soluzioni prospettate si contrappone – pertanto – quella secondo cui il controllo (non limitato ai presupposti formali) da parte del Tribunale nella procedura di concordato preventivo non può in nessun caso venire meno, in quanto la norma prevede attualmente solo una relazione di fattibilità del piano concordatario riservata ad un professionista nominato dal debitore, con conseguente possibilità di configurare un (potenziale) abuso della procedura a vantaggio del debitore o di alcuni creditori.

Proprio la ragione di prevenire ed evitare possibili “abusi del diritto” nell'ambito delle procedure fallimentari in genere ed in quella di concordato preventivo in particolare, è stata posta alla base di un recente orientamento giurisprudenziale sia di legittimità che di merito: da parte del Tribunale di Milano⁷, al fine evitare il pericolo di abusi nella formazione delle classi,

⁶ Cfr. Tribunale di Reggio Emilia, 1 marzo 2007, cit.

⁷ Cfr. Tribunale di Milano, 7 luglio 2011, n. 7897, in www.ilcaso.it, sez. I, doc. 6547. Per l'utilizzo del concetto di “abuso del diritto” in tema di formazione delle classi nell'ambito del concordato preventivo cfr. anche Tribunale di Piacenza, 1 settembre 2011, ivi; Tribunale di Monza, 5 luglio 2011, ivi, doc. 6574, secondo cui “si concreta in un abuso del procedimento, strumentale al raggiungimento della maggioranza delle classi, la formazione di una classe composta da un solo creditore, il quale in base al criterio della omogeneità degli interessi economici, andrebbe collocato in altra classe”. Da parte del Tribunale di Perugia 15 luglio 2011, ivi, doc. 6545 si è altresì delineata l'ipotesi di abuso del diritto affermando che ciò è integrato nell'ambito dello strumento concordatario dal “comportamento distrattivo o depauperativo posto

si è utilizzata la categoria generale della "buona fede", verificando in particolare se da parte del ricorrente si è proceduto abusando e strumentalizzando le norme di legge a fini diversi da quelli previsti dal legislatore, ad esempio "creando" più classi di creditori che potevano rientrare in una unica classe al solo fine di ottenere la maggioranza delle classi.

In tale prospettiva da parte del Tribunale milanese si è osservato che "... la valutazione della correttezza delle classi va operata in concreto, posto che la verifica del rispetto del limite finalistico individuato dalla dottrina in modo così inequivoco (limite sostanza riconducibile alla figura dell'abuso del diritto), non può che compiersi, quanto meno quando una siffatta patologia sia espressamente prospettata come oggetto di un motivo di opposizione all'omologa, esaminando l'atto nel contesto in cui è stato posto in essere, e valutando in particolare, secondo il normale procedimento logico presuntivo, se dall'insieme delle circostanze evidenziate come sintomatiche della deviazione abusiva possa effettivamente desumersi l'operare di una scelta artificiosa di formazione di una classe, in quanto volta solamente a propiziare artificialmente il raggiungimento delle prescritte maggioranze".

Da parte del tribunale milanese si precisa, poi, che "... a prescindere dalla prospettiva generale che si intende privilegiare nella ricostruzione dell'istituto delle classi (quella incentrata sulle condizioni di legittimazione del principio maggioritario ai fini della falcidia concordataria o quella dello strumento di flessibilizzazione dei trattamenti offerti ai creditori), una volta appurato che non è legittima la creazione di una classe come *escamotage* finalizzato alla precostituzione di un gruppo di creditori a priori assenziente (incrementando artificialmente il "peso specifico" dei suoi componenti altrimenti destinato a "diluirsi" nella generalità di una più ampia categoria di creditori), il percorso valutativo non può fermarsi alla constatazione che i componenti della classe creata presentino dei tratti astrattamente idonei a distinguerli dagli altri creditori secondo il criterio dell'interesse economico, dovendosi scandagliare (quando ovviamente si è in presenza di elementi indiziari di un abuso dello strumento) quale sia l'effettivo scopo perseguito, ben potendosi peraltro verificare che anche alcuni dei tratti differenti attori (come ad esempio la diversificazione del trattamento) siano a loro volta realizzati artificialmente

in essere dal debitore al solo preordinato scopo di chiedere l'ammissione alla procedura di concordato preventivo e costringere i creditori ad accettare una proposta costruita in modo tale da apparire migliore rispetto alla prospettiva fallimentare". Su tali concetti in dottrina cfr. Ambrosini, Tre questioni in tema di concordato preventivo: abuso del diritto nella formazione delle classi, atti di frode e legittimazione del liquidatore giudiziale all'esperimento dell'azione di responsabilità in www.il fallimentarista .it;

ex post in quanto privi di ragionevole giustificazione tecnica nell'economia complessiva della proposta concordataria".

La soluzione cui giunge il tribunale di Milano con riferimento alla creazione di una classe di creditori *intercompany* in quanto finalizzata ad alterare il risultato del voto, è che si tratti di una condotta che deve "... giudicarsi illegittima integrando, per il segnalato abuso, una violazione del principio della buona fede, che, come principio generale operante in tutti i rapporti tra privati, esplica la sua funzione anche nell'ambito degli strumenti di regolazione della crisi di impresa alternativi al fallimento, quale argine all'abuso delle facoltà che la legge riconosce al debitore proponente il concordato", con l'ulteriore conseguenza che "... il voto favorevole dei due creditori *intercompany* non potendo essere considerato come voto espresso all'interno di una classe autonoma, va computato nella classe unitaria dei fornitori in cui erano messi originariamente inseriti, con la conseguenza che, non potendo la loro favorevole espressione di voto mutare l'esito negativo del voto di questa classe... il risultato finale sia quello dell'approvazione del concordato solo da parte di due classi su quattro, con il mancato raggiungimento, quindi, della maggioranza delle classi".⁸

Da parte del Tribunale di Salerno⁹ dopo aver premesso "... che di rado si possono riscontrare situazioni abnormi tali da integrare l'ipotesi dell'abuso del diritto a proporre il concordato vuoi preventivo vuoi fallimentare, fattispecie alle quali l'estensore delle sentenze 3274/11 (in tema di concordato fallimentare) e 13818/11 (in tema di concordato preventivo) compie un cenno per creare, nell'ambito di interpretazioni restrittive rispetto alla giurisprudenza di merito, una clausola di apertura per intervenire in casi limite", si è richiamata la citata giurisprudenza della Corte di Cassazione n. 3274/11 "In tema di concordato fallimentare, può ricorrere l'abuso del diritto quando il fine della procedura (cioè la soluzione anticipata della crisi con tutela dei creditori secondo le modalità approvate dalla maggioranza) ecceda il sacrificio imposto al patrimonio del fallito per la parte non necessaria al soddisfacimento dei creditori; tuttavia, è da escludere che l'abuso consista nella mera violazione del trattamento paritario fra i creditori, come risulta dalla stessa previsione normativa sia del concordato con classi (con i trattamenti differenziati fra creditori), sia di quello senza classi (proponibile anche da un creditore o gruppo di creditori, che legittimamente possono perseguire utilità maggiori di quelle che potrebbero ritrarre dall'ordinario corso della procedura). Ne consegue che l'abuso predetto non sussiste quando la proposta preveda la cessione delle azioni revocatorie al terzo, in quanto il

⁸ Cfr. Tribunale di Milano 7 luglio 2011 cit.

⁹ Cfr. Tribunale di Salerno, 19 luglio 2011 inedito.

vantaggio che questi ritrae si riflette in un corrispondente maggior vantaggio altresì per i creditori, alla stregua di maggiore percentuale offerta e sicurezza adempitivi”, sottolineando come “... il tema trova significativi riscontri anche in altre decisioni della Suprema Corte (*cfr.*, Sez. 3, *Sentenza n. 20106 del 18/09/2009*) laddove si descrive l'istituto giurisprudenziale nei seguenti termini “... Si ha abuso del diritto quando il titolare di un diritto soggettivo, pur in assenza di divieti formali, lo eserciti con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede, causando uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale, ed al fine di conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali quei poteri o facoltà furono attribuiti. Ricorrendo tali presupposti, è consentito al giudice di merito sindacare e dichiarare inefficaci gli atti compiuti in violazione del divieto di abuso del diritto, oppure condannare colui il quale ha abusato del proprio diritto al risarcimento del danno in favore della controparte contrattuale, a prescindere dall'esistenza di una specifica volontà di nuocere, senza che ciò costituisca una ingerenza nelle scelte economiche dell'individuo o dell'imprenditore, giacché ciò che è censurato in tal caso non è l'atto di autonomia negoziale, ma l'abuso di esso (in applicazione di tale principio, è stata cassata la decisione di merito la quale aveva ritenuto insindacabile la decisione del concedente di recedere *ad nutum* dal contratto di concessione di vendita, sul presupposto che tale diritto gli era espressamente riconosciuto dal contratto.”.

Alla luce di tali indicazioni giurisprudenziali il Tribunale di Salerno evidenzia come nel caso sottoposto alla sua valutazione “... il piano di concordato preventivo non realizza soltanto il suo scopo principale vale a dire la soddisfazione parziale dei creditori con l'attribuzione di una percentuale del loro credito chirografario; realizza anche gli interessi dell'assuntore il quale acquisisce l'azienda ed una pluralità di immobili; realizza anche gli interessi degli amministratori di diritto della società con i quali si giunge ad una transazione delle loro responsabilità sociali, in cambio del conferimento momentaneo della pluralità di immobili, i quali poi saranno traslati all'assuntore. Pertanto non si tratta di riscontrare l'abuso di un mero concordato preventivo ma anche del collegato contratto atipico con causa transattiva. Nella motivazione della citata decisione si legge: “Costituiscono principii generali del diritto delle obbligazioni quelli secondo cui la parti di un rapporto contrattuale debbono comportarsi secondo le regole della correttezza (art. 1175 c.c.) e che l'esecuzione dei contratti debba avvenire secondo buona fede (art. 1375 c.c.). In tema di contratti, il principio della buona fede oggettiva, cioè della reciproca lealtà di condotta, deve presiedere all'esecuzione del contratto, così come alla sua formazione ed alla sua

interpretazione ed, in definitiva, accompagnarlo in ogni sua fase (Cass. 5.3.2009 n. 5348; Cass. 11.6.2008 n. 15476)”.

Da ciò deriva, secondo il Tribunale campano “... che la clausola generale di buona fede e correttezza è operante, tanto sul piano dei comportamenti del debitore e del creditore nell'ambito del singolo rapporto obbligatorio (art. 1175 cod. civ.), quanto sul piano del complessivo assetto di interessi sottostanti all'esecuzione del contratto (art. 1375 cod. civ.). I principii di buona fede e correttezza, del resto, sono entrati, nel tessuto connettivo dell'ordinamento giuridico. L'obbligo di buona fede oggettiva o correttezza costituisce, infatti, un autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale, la cui costituzionalizzazione è ormai pacifica (v. in questo senso, fra le altre, Cass. 15.2.2007 n. 3462)”

Pertanto secondo il citato Tribunale l'abuso del diritto, costituisce un indice sintomatico della violazione del principio generale della “buona fede” che caratterizza l'intero ordinamento, e l'”abuso” può essere – a sua volta - individuato sulla scorta di tali elementi costitutivi “... 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte. L'abuso del diritto, quindi, lungi dal presupporre una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto, finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal Legislatore. È ravvisabile, in sostanza, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede”¹⁰.

L'accertamento dell'abuso del diritto e la violazione del dovere di buona fede hanno come conseguenza il rifiuto di tutela giuridica “... ai poteri, diritti e interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva. E nella formula della mancanza di tutela, sta la finalità di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti - ed i diritti connessi - attraverso atti di per sè strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da

¹⁰ Cfr. Tribunale di Salerno cit.

alterarne la funzione, violando la normativa di correttezza, che è regola cui l'ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata. Nel nostro codice non esiste una norma che sanziona, in via generale, l'abuso del diritto. La cultura giuridica degli anni '30 fondava l'abuso del diritto, più che su di un principio giuridico, su di un concetto di natura etico morale, con la conseguenza che colui che ne abusava era considerato meritevole di biasimo, ma non di sanzione giuridica. Questo contesto culturale, unito alla preoccupazione per la certezza - o quantomeno prevedibilità del diritto -, in considerazione della grande latitudine di potere che una clausola generale, come quella dell'abuso del diritto, avrebbe attribuito al giudice, impedì che fosse trasfusa, nella stesura definitiva del codice civile italiano del 1942, quella norma del progetto preliminare (art. 7) che proclamava, in termini generali, che "nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto" (così ponendosi l'ordinamento italiano in contrasto con altri ordinamenti, ad es. tedesco, svizzero e spagnolo); preferendo, invece, ad una norma di carattere generale, norme specifiche che consentissero di sanzionare l'abuso in relazione a particolari categorie di diritti".

Tuttavia, osserva ancora il Tribunale di Salerno, in mutato contesto storico, culturale e giuridico, un problema di così pregnante rilevanza è stato oggetto di rimeditata attenzione da parte della Corte di legittimità (v. applicazioni del principio in 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). Così, in materia societaria è stato sindacato, in una deliberazione assembleare di scioglimento della società, l'esercizio del diritto di voto sotto l'aspetto dell'abuso di potere, ritenendo principio generale del nostro ordinamento, anche al di fuori del campo societario, quello di non abusare dei propri diritti – con approfittamento di una posizione di supremazia – con l'interposizione, nelle delibere assembleari alla maggioranza, di un vincolo desunto da una clausola generale quale la correttezza e buona fede (contrattuale). Il breve excursus esemplificativo consente, quindi, di ritenere ormai acclarato che anche il principio dell'abuso del diritto è uno dei criteri di selezione, con riferimento al quale esaminare anche i rapporti negoziali che nascono da atti di autonomia privata, e valutare le condotte che, nell'ambito della formazione ed esecuzione degli stessi, le parti contrattuali adottano. Deve, con ciò, pervenirsi a questa conclusione. Oggi, i principii della buona fede oggettiva, e dell'abuso del diritto, debbono essere selezionati e rivisitati alla luce dei principi costituzionali - funzione sociale ex art. 42 Cost. - e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti. In questa prospettiva i due principii si integrano a vicenda, costituendo la buona fede un canone

generale cui ancorare la condotta delle parti, anche di un rapporto privatistico e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata e, prospettando l'abuso, la necessità di una correlazione tra i poteri conferiti e lo scopo per i quali essi sono conferiti. Qualora la finalità perseguita non sia quella consentita dall'ordinamento, si avrà abuso".¹¹

La soluzione recentemente proposta in giurisprudenza appare pienamente condivisibile se si riflette sul fatto la corretta applicazione del "principio di maggioranza" impone che non vi sia un inquinamento generato da vicende singolari, quali ad esempio, una fittizia proliferazione di classi solo per ottenere la maggioranza dei voti.

Anche in applicazione di tali criteri – in termini generali - può e deve essere accettata l'effetto della decisione solo se si tratta di una decisione trasparente e incondizionata.

A maggior ragione tale controllo nella fase di omologa deve ritenersi ammissibile se, dovesse trovare conferma l'orientamento inaugurato dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 21860/2010 in cui il controllo del Tribunale nella fase di ammissione viene sostanzialmente limitato alla sussistenza dei presupposti formali.

L'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è pertanto concentrata sull'individuazione dell'oggetto del controllo nel giudizio di omologa, e, prima ancora, attraverso la ricostruzione degli spazi di verifica aperti dagli artt. 162, 163 e 173, e 177 come modificati dall'ultimo intervento normativo.

Si è quindi sottolineato come si rende necessario ed opportuno un controllo che non si limiti ad un riscontro di regolarità formale, della documentazione presentata (in fase di apertura) e dello svolgimento della procedura e dell'esito della votazione (in sede di omologa), ma si estenda alla fattibilità del piano fin nella fase finale della procedura, oltre che naturalmente, anche in quella finale.

Infatti, se ai fini della valutazione della convenienza del concordato, il decreto correttivo ha dettato espressamente quali siano le condizioni del controllo (nella riscrittura degli artt. 129, quinto comma, e 180, quarto comma), e` soprattutto con riguardo alla fattibilità del piano che si pone il dubbio se l'accentuazione privatistica del concordato abbia fatto venir meno i poteri di controllo del tribunale, che pure continua ad intervenire per attribuire efficacia alla proposta, a garanzia - si continua a ripetere, pur senza una ritrovata certezza sulla profondità del controllo – del rispetto dei molteplici interessi che vengono in gioco .

¹¹ Cfr. Tribunale di Salerno cit.

Fin dalla prima entrata in vigore della nuova procedura del concordato preventivo si è pertanto acceso un intenso dibattito tra i due filoni interpretativi sopra sommariamente enunciati: da una parte coloro che, ritenendo che il Legislatore abbia fortemente innovato l'istituto in senso privatistico, collocano la crisi dell'impresa su un terreno del tutto nuovo rispetto all'insolvenza affermando che al Tribunale sono riconducibili ormai solo poteri formali di controllo.

A tale soluzione si sono contrapposti coloro che, pur riconoscendo le novità di stampo liberista e volontaristico, confermano la permanenza in capo agli organi della procedura di poteri d'intervento nel merito.¹²

La verifica delle due tesi contrapposte è stata condotta sia partendo dall'analisi del testo normativo, sia verificando anche le complessive intenzioni del Legislatore (criterio logico sistematico), che - come osservato in dottrina - non appaiono caratterizzate da eccessiva coerenza e linearità.

Dalla lettura delle norme del "nuovo" concordato preventivo emergono indubbiamente e chiaramente le intenzioni del Legislatore d'incentivare il ricorso a tale procedura, nella convinzione che questo strumento possa - da un lato - aiutare ad evitare la dispersione della ricchezza che deriva dalla liquidazione fallimentare, dall'altro a stimolare la celerità della procedura. Questa appare, peraltro, l'interpretazione che in diverse occasioni ha fornito la Corte di Cassazione.

Accanto ad alcuni elementi - soprattutto di ordine sistematico - che militano a favore della tesi della sussistenza di un mero controllo formale vi sarebbe - tuttavia - il dato letterale che consente di ritenere ancora sussistente un potere di controllo da parte del Tribunale.¹³

Tale soluzione troverebbe conforto - in primo luogo - nella mancata abrogazione dell'art. 173 l. fall., che manterrebbe vivo ed efficace in ogni

¹² Cfr. Rago, Primi problemi applicati sul nuovo concordato preventivo, in *Il fallimento*, 2006, pag. 290 ss.; Genoviva, I limiti del sindacato del Tribunale nel nuovo concordato preventivo, in www.Fallimento.ipsoa.it; La Malfa, La crisi dell'impresa, il piano proposto dall'imprenditore e i poteri del Tribunale nel nuovo concordato preventivo, in www.ilcaso.it

¹³ Cfr. Fabiani, op. ult. cit., il quale evidenzia come "...il tribunale non deve sovrapporre la sua valutazione a quella dei creditori, ma deve fare in modo che la valutazione dei creditori sia pienamente consapevole. Deve, quindi, vigilare sulla completezza dell'informazione e controllare che la relazione del professionista sia congrua e perfettamente in grado di offrire ai creditori il metro per esprimere il voto. Al tribunale spetta il compito di effettuare un sindacato penetrante sulla relazione, non anche il compito di operare una propria valutazione di "non fattibilità". La condizione di ammissibilità del concordato non è, allora, la verifica della fattibilità, ma il riscontro dell'adeguatezza della relazione: ne consegue che la fattibilità non è un fatto costitutivo che deve essere dimostrato dal proponente".

momento (e quindi anche nella fase di omologa) il controllo pubblico del Tribunale, proprio in ordine alla correttezza dell'operato dell'imprenditore, alla veridicità dei dati esposti ed alla fattibilità del piano, consentendogli di revoca l'ammissione alla procedura.¹⁴

L'articolo 173 della legge fallimentare ha – infatti - conservato intatto l'obbligo del commissario di notificare il giudice delegato nel caso di commissione di atti di frode da parte del debitore.

Analoga conclusione è prevista in caso di compimento di atti non autorizzati ex art. 167 l.f. o comunque di atti fraudolenti in corso di procedura o in ogni momento in cui “risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato”.

In tale prospettiva - si è detto¹⁵ che assume particolare rilievo la relazione del commissario in quanto è anche in base al suo contenuto “... che i creditori decidono se aderire o meno alla proposta concordataria; ed è altrettanto rilevante ai fini delle eventuali determinazioni del Tribunale ai sensi del sopra citato art. 173”.

Da parte della dottrina si è evidenziato, inoltre, come il ruolo della relazione del Commissario giudiziale può risultare addirittura decisivo “... ove si acceda all'idea che l'accertamento della non fattibilità del piano nei termini proposti – cioè l'emergere della prospettiva, per i creditori chirografari, di conseguire una percentuale inferiore a quella indicata dal debitore nel proprio ricorso – integri una sopravvenuta condizione di inammissibilità del concordato ai sensi del secondo comma dell'art. 173 (in base al quale, se in qualunque momento emerge la mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, la procedura deve arrestarsi)”.¹⁶

Il potere del Tribunale di valutare autonomamente le risultanze emerse nel corso della procedura (*id est* fattibilità del piano, considerazioni del commissario, ecc. ecc.) trova ulteriore conferma nella possibilità della costituzione in giudizio dei creditori dissenzienti, che generalmente formulano rilievi relativi alla correttezza ed alla fattibilità della proposta.

Secondo la citata dottrina “... si potrebbe osservare come non sembri lecito impedire che i creditori si pronuncino sulla proposta per il solo fatto che la sua realizzabilità è stata (pur motivatamente) messa in dubbio dal commissario e che i rilievi di quest'ultimo sono stati condivisi dal Tribunale,

¹⁴ Cfr. La Malfa, op. cit.; Penta, La revoca del concordato preventivo, in *Il Fallimento*, 2011, pag. 740.

¹⁵ Cfr. Ambrosini, La domanda di concordato preventivo, l'ammissione alla procedura e le prerogative del Tribunale, in www.ilcaso.it.

¹⁶ Cfr. Ambrosini, op. cit. pag. 8.

e ciò sul presupposto che la valutazione circa la convenienza della soluzione concordataria, nella “filosofia” della nuova disciplina, sia rimessa in via esclusiva al ceto creditorio. In tal modo, però, si rischia di dare per scontato ciò che invece deve costituire oggetto di dimostrazione, vale a dire l’assenza di poteri di intervento da parte del Tribunale pur al cospetto di una situazione come quella descritta. In realtà, se si reputa che la prognosi negativa in ordine alla fattibilità del piano impinga sull’ammissibilità stessa della domanda di concordato (atteso che è proprio in virtù delle attestazioni contenute nella relazione dell’esperto che l’impresa viene ammessa alla procedura), sembra doversi concludere che, ogniqualvolta lo “scarto” fra le previsioni dell’esperto e le valutazioni successivamente compiute dal commissario non sia di lieve entità (e a fortiori quando ciò metta a rischio la possibilità stessa di soddisfare integralmente i privilegiati), il Tribunale debba disporre l’arresto della procedura, senza neppure far luogo alla votazione dei creditori”. Sottolinea in conclusione l’autore come “...questa soluzione appare tanto più preferibile ove si consideri che detto intervento del Tribunale risulta essere l’unico strumento a tutela di quei creditori che, come sovente accade nella pratica, votano “a scatola chiusa”, facendo cioè totale affidamento sulle condizioni prospettate dal debitore e sull’attendibilità della documentazione che corredata la domanda. Al debitore sembra tuttavia consentito, ove ritenga di accedere alle valutazioni effettuate dal commissario, presentare una nuova proposta, seppur inevitabilmente peggiorativa³, a condizione che non venga meno la possibilità di pagare integralmente i creditori privilegiati.”¹⁷

L’opinione contraria a riconoscere un potere di controllo al Tribunale anche al momento dell’omologa, muove, oltrechè dalla premessa dello spirito contrattualistico e liberistico della riforma, anche dal testo del terzo comma della norma sopra richiamata, che prevede quale unica verifica da esercitarsi da parte del Tribunale quella dell’avvenuto raggiungimento della maggioranza.

Tuttavia, negando la possibilità di un controllo “ampio” da parte del Tribunale non si riesce a giustificare la previsione, nel comma secondo dell’art. 180 L.F., dei poteri istruttori d’ufficio, i quali avrebbero ben scarsa ragione d’essere, se non in funzione di un controllo in ordine alla fattibilità del piano anche in sede di omologazione¹⁸, soprattutto se si considera il fatto che tali poteri non potrebbero più essere esercitati in fase di ammissione.

¹⁷ Cfr. Ambrosini, op. cit. pag. 8.

¹⁸ Cfr. Rago, op. cit. pag. 293.

La dottrina osserva altresì come “.. il fatto, invece, che, comunque, il giudizio di omologazione debba aver luogo, e che in questo giudizio, il commissario deve esprimere il suo parere ed il Tribunale ha poteri d’istruttoria di ufficio, porta a ritenere che il controllo, oltre che di mera legittimità, dev’essere anche di merito e che, ove questo abbia esito negativo, la proposta dev’essere respinta e, contestualmente, dev’essere iniziata, d’ufficio, la procedura per la dichiarazione di fallimento. Infine, è opportuno rilevare che, in caso di accordo di ristrutturazione (art. 182 bis) intervenuto fra il debitore ed i creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti (e, quindi, una percentuale superiore a quella prevista dal novellato art. 177), il Tribunale, in sede di omologa (sia che vi siano opposizioni da parte di creditori o qualsiasi altro interessato, sia che non ve ne siano) non è vincolato ad una verifica di mera legittimità ma ben può entrare nel merito dato che la legge non prevede alcuna limitazione. Ora, se il Tribunale è legittimato ad entrare nel merito di un accordo raggiunto con i creditori rappresentanti “almeno il sessanta per cento dei crediti”, perché dovrebbe perdere tale potere rispetto ad una procedura che, proprio per gli interessi coinvolti, non può che essere improntata a criteri pubblicistici, e la cui proposta, per giunta, risulta approvata da una maggioranza inferiore a quella prevista dall’accordo di ristrutturazione? A conclusione di questi brevi osservazioni, non possiamo che rilevare come le modifiche introdotte dalla L. 80/2005, a causa dell’approssimazione con cui sono state redatte, saranno destinate a creare notevoli problemi interpretativi di cui i due provvedimenti annotati non costituiscono che un corposo anticipo”.¹⁹

Da parte di altra dottrina²⁰ si è poi affermato che Tribunale in sede di omologa dovrà 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*”. Tra questi non vi è più la convenienza, espunta dai requisiti di ammissibilità, ma rimane pur sempre la fattibilità del concordato perché,

¹⁹ Cfr. Rago, op. cit. pag. 293.

²⁰ Cfr. Giani, CONTENUTO E LIMITI DEL GIUDIZIO DI OMOLOGAZIONE NEL CONCORDATO PREVENTIVO, relazione svolta all’incontro di studi il Concordato preventivo, Roma 12 – 14 settembre 2011, pag. 23 del dattiloscritto.

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”.

Secondo altra dottrina²¹ il Tribunale nell’ambito di un concordato in assenza di classi, “... non deve svolgere alcuna indagine nel merito circa la fattibilità e convenienza del concordato, ne’ in ordine alla soddisfazione dei dissenzienti, ne’ può, in base ad una valutazione autonoma negare l’omologa se le maggioranze sono raggiunte, di modo che, in presenza dell’approvazione (avvenuta con l’osservanza delle norme procedurali previste), l’omologazione diventa per il Tribunale un atto dovuto, senza che indichi l’oggetto di eventuali precedenti accertamenti da parte del Tribunale”.

Sembra escludere una valutazione sulla fattibilità da parte del Tribunale dopo la votazione dei creditori anche quella dottrina²² secondo cui “...se il problema della fattibilità che come si è visto incide sulle motivazioni di voto, non assuma rilevanza nel corso del procedimento e dopo l’approvazione in merito all’effettività del consenso. Il mutamento delle condizioni di fattibilità potrebbe, dunque, dimostrare che il consenso si è formato in modo imperfetto. La fattibilità diviene una sorta di presupposizione per i contraenti e per i creditori in particolare, e cioè le quante volte venga meno per fatto indipendente dalla volontà del debitore. Ed allora se la fattibilità assume per entrambe le parti, o anche per una sola di esse - ma con riconoscimento da parte dell’altra - valore determinante ai fini del «mantenimento» del vincolo contrattuale, la sua mancanza legittima l’esercizio del recesso dal vincolo negoziale, cioè che nel caso del procedimento di concordato si traduce nella possibilità di revocare il voto favorevole mediante proposizione di opposizione all’omologazione. In questo modo, senza snaturare il ruolo del tribunale che non si giustappone alla volontà dei creditori, non escludiamo in modo radicale che la questione fattibilità non possa venire trattata nel giudizio di omologazione nell’ambito di un sindacato sulla regolarità del procedimento che ovviamente abbraccia, anche, la regolarità e il conteggio dei voti”.

L’unico caso in cui il Tribunale potrebbe svolgere un controllo di merito sarebbe – in tale prospettiva interpretativa - solo quando vi sia il dissenso

²¹ Cfr. Bozza, Il giudizio di omologazione, la chiusura della procedura e il regime transitorio, in Il fallimento, 2005, pag. 1330.

²² Cfr. Fabiani, op. ult cit. pag. 181.

di alcune classi, “quando, però, il concordato sia stato approvato dalla maggioranza delle classi; “in questo caso, e solo in questo caso, per approvare il concordato, il Tribunale potrebbe svolgere una valutazione diretta a verificare che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.²³

Tuttavia, anche interpretando in tali limiti il controllo del Tribunale si apre un altro campo d’indagine, relativo all’identificazione dei limiti intrinseci della verifica da operarsi da parte del Giudice.

Va peraltro ricordato che la modifica apportata dal decreto correttivo ha portato parte della dottrina ad affermare che sussiste la possibilità di un ulteriore controllo anche in questa fase – prescindendo dalla eventuale opposizione di un creditore – da parte del Tribunale sulla fattibilità del piano.

Pertanto sia il testo della legge, sia la collocazione sistematica del giudizio di omologazione nell’ambito della procedura di concordato (della quale costituisce una fase eventuale)²⁴ non consentono di escludere *tout court*, per il solo fatto che non siano state formalizzate opposizioni attraverso la costituzione in giudizio di soggetti legittimati, che l’ambito valutativo del Tribunale si estenda anche alla verifica della sussistenza al momento dell’omologazione delle condizioni di ammissibilità.

Ancora da parte di altra dottrina²⁵ si è affermato - in una prospettiva pragmatica - che una volta superati i vari livelli di controllo (del commissario giudiziale nella fase che precede la votazione e del ceto creditorio, nonché di qualsiasi interessato, durante l’iter che conduce all’omologazione), e` difficile che sopravvivano *deficit* presenti *ab initio* nella proposta o fatti sopravvenuti inficianti nel frattempo realizzatisi (si pensi ad un credito di importo significativo vantato nei confronti di un terzo e divenuto inesigibile o ad un terreno che abbia perso la sua vocazione edificatoria).

Peraltro ciò non significa che la facoltà attribuita al tribunale dall’art. 173 di procedere “in qualunque momento” alla revoca dell’ammissione al concordato preventivo sia temporalmente limitata all’avvenuta apertura del giudizio d’omologazione.²⁶

²³ Cfr. Bozza, op. cit. pag. 1330.

²⁴ Cfr. in tal senso Corte di Appello di Salerno 15 ottobre 2010, in *Il Fallimento*, 2011, pag. 338, secondo cui la procedura di concordato preventivo presenta una connotazione plurifasica.

²⁵ Cfr. Penta, La revoca del concordato preventivo, in *Il Fallimento*, 2011, pag. 739.

²⁶ Cfr. Trib. Tivoli 15 luglio 2009, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 111.

E' infatti evidente che l'accertamento da parte dello stesso Tribunale o da parte del Commissario Giudiziale di circostanze idonee ad incidere negativamente sulla sussistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato può portare all'inizio del procedimento incidentale di cui all'art. 173 "in ogni momento".

E tale ipotesi non è - come appare indubbio - da ricollegarsi alla sola fattispecie di opposizioni di creditori o di altri interessati, ben potendo circostanze siffatte"... risultare dagli atti compiuti nel periodo compreso tra l'apertura e la fase di omologazione ovvero essere portate alla cognizione del tribunale dal parere motivato che il commissario giudiziale deve in ogni caso (e, quindi, a prescindere dalla scelta di costituirsi o meno nel giudizio omologatorio e dal fatto che qualcuno dei legittimati abbia o meno formalizzato una opposizione alla omologazione) depositare".²⁷

Tale conclusione appare ulteriormente condivisibile se si riflette sul fatto che il parere del Commissario Giudiziale "... ha la funzione di informare il tribunale, a prescindere dalla presentazione di specifiche opposizioni od eccezioni, non solo in relazione all'eventuale compimento di atti di frode o di atti non autorizzati da parte del debitore, ma anche su tutti gli aspetti che possono assumere qualche rilevanza ai fini della omologazione del concordato preventivo, specialmente se emersi dopo la votazione dei creditori, al fine di verificare la permanenza di tutte le condizioni di ammissibilità, tra le quali la stessa fattibilità del concordato".²⁸

Da parte del Tribunale di Monza è stata ribadita tale impostazione affermando che *"in sede di omologazione, il tribunale può e deve verificare la persistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato preventivo e quindi dell'attuabilità del piano. Premesso che i requisiti della convenienza e della fattibilità debbono essere tenuti distinti, si osserva, infatti, che mentre il legislatore ha "privatizzato" il requisito della convenienza, la cui valutazione è rimessa al solo ceto creditorio, giacché ha previsto espressamente che possa essere valutata dal tribunale solo a seguito di ricorso di un creditore appartenente ad una classe dissenziente, ha, invece, rimesso al tribunale,*

²⁷ Trib. Pescara 16 ottobre 2008, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 1212 ss.

²⁸ In giurisprudenza cfr. Trib. Vicenza 4 luglio 2008, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 368; Trib. Piacenza 3 luglio 2008, *ibidem*, 121, ove si affermato che la verifica da parte del tribunale dei presupposti di ammissibilità del concordato preventivo e della fattibilità del piano può essere ripetuta fino all'omologa; in tale sede il tribunale può compiere anche una valutazione sull'eventualità della revoca dell'ammissione alla procedura a norma dell'art. 173 l.f.

come ribadito dall'articolo 173, legge fallimentare, la valutazione dei requisiti di ammissibilità e quindi anche della fattibilità del concordato".²⁹

A sostegno di tale soluzione che ci pare pienamente condivisibile, si è evidenziato che l'emersione procedimentale di circostanze tali da incidere negativamente sulla sussistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato non è da ricollegare alla sola ipotesi di opposizioni di creditori o altri interessati, ben potendo circostanze siffatte risultare dagli atti compiuti nel periodo compreso tra l'apertura e la fase della omologazione (atti la cui conoscibilità ed utilizzabilità da parte del tribunale può avvenire anche d'ufficio), ovvero essere portate alla cognizione del Tribunale dal parere motivato che il commissario giudiziale deve in ogni caso depositare entro lo stesso termine fissato per la costituzione degli eventuali opposenti.

In tale prospettiva assume particolare rilevanza la relazione del commissario giudiziale la quale viene valorizzata anche da parte di quella dottrina³⁰ secondo cui "... lo stesso commissario giudiziale, con il parere da depositare dieci giorni prima dell'udienza di omologazione, può portare il tribunale a conoscenza di fatti che possono provocare la revoca dell'ammissione ex art. 173 l. fall. oltre che di circostanze sopravvenute per cui non sussistono più i presupposti di fattibilità del piano (ad esempio per il disvelarsi di ingenti crediti, come quelli tributari, prima sottostimati o sconosciuti)", mentre "... lo stesso pubblico ministero, che può partecipare all'udienza di ammissione e seguire tutto l'iter della procedura, potrebbe indicare al commissario nuovi elementi che conducono al rigetto della omologazione ex art. 180 l. fall. o alla revoca dell'ammissione ex art. 173 l. fall."

Da parte della dottrina citata si evidenzia, inoltre come "... il procedimento ex art. 180 l. fall. rientra nel novero dei procedimenti camerati di cui all'art. 737 c.p.c., sicché può trovare applicazione il disposto di cui all'art. 738 ult. comma c.p.c. sull'istruttoria ufficiosa ("il giudice può assumere informazioni")" che, pertanto, consentirebbero al Tribunale di acquisire, in ogni caso, informazioni o documenti, prescindendo dall'eventuale opposizione.

Inoltre la necessità di un controllo del Tribunale troverebbe giustificazione in termini più generali anche alla luce degli interessi coinvolti a seguito dell'omologa del concordato preventivo.

²⁹ Cfr. Tribunale di Monza, 5 luglio 2011, in www.ilcaso.it, sez. I, doc. 6574.

³⁰ Cfr. D'Orazio, *Il rebus delle classi dei creditori ed il controllo del tribunale*, *Giur. merito* 2009, pag. 136.

Nel giudizio di omologazione si rinviene – infatti - la compresenza di interessi diversi, oltre che di un interesse pubblico rappresentato dal P.M., quale la tutela della minoranza dei creditori. Va infatti ricordato che il concordato, una volta omologato, diventa efficace per tutti i creditori anteriori al decreto di ammissione (concorsuali) e non solo per coloro che hanno partecipato attivamente alla procedura, e quindi l'effetto esdebitatorio di cui all'art. 184 l. fall., origina proprio dall'omologazione giurisdizionale.³¹

Al fine di rendere possibile un giudizio di fattibilità dal piano in assenza di opposizioni si richiama ancora il rispetto dell' art. 173, ultimo comma, che richiede la segnalazione del commissario, "... ma che non fa di essa un'eccezione di parte, bensì un veicolo per sottoporre all'attenzione del tribunale fatti che, altrimenti, il giudice non avrebbe titolo a conoscere. In altre parole, per quel che si legge nell'ultimo comma dell'art. 173, non sembra fuor di luogo mantenere ancorato al rilievo d'ufficio il profilo della fattibilità, ferma la necessità che i fatti che quella fattibilità incrinano emergano quantomeno dal parere del commissario: nel qual caso, come dicevo, i limiti all'istruttoria che si leggono nell'art. 180 non costituiranno un ostacolo, potendosi richiamare a supplenza l'art. 738 c.p.c.”.

Evidenzia ancora la dottrina come "... il sottile crinale tra ciò che il tribunale può, e ciò che non può sottoporre a controllo, si gioca tutto qui. Rimane aperto l'ultimo aspetto accennato, ovvero il risultato che le opposizioni possono produrre, a seconda che l'opposizione venga dal dissenziente, oppure dal creditore concorsuale non concorrente, che fino all'omologa non è stato parte della procedura di concordato. Non v'è dubbio che, pur con tutte le cautele del caso, si debba riconoscere un diverso peso all'opposizione che provenga dall'assente, rispetto a quella che venga avanzata dal dissenziente, e non solo per il fatto che dell'assente non si è tenuto conto nel calcolo delle maggioranze. Le doglianze del dissenziente, infatti (a meno che questi non introduca fatti nuovi, o meglio, fatti che non sono stati portati all'attenzione dell'assemblea), di norma saranno già state oggetto di discussione e la maggioranza si sarà formata sulla base di quelle; nel caso dell'assente, invece, ciò che questi lamenta è totalmente inedito, o, in ogni caso, inedita è la prospettazione che egli ne potrà dare”.

In senso contrario si è peraltro affermato, partendo dalla premessa che "... il materiale di fatto su cui il tribunale porta il proprio accertamento è rappresentato da una base, costituita dalla proposta di concordato, dalla relazione del professionista, da quella del commissario e dal suo motivato parere, cui si aggiungeranno i fatti eventualmente introdotti dai creditori o

³¹ Cfr. D'Orazio, *op. cit.* pag. 136.

dal debitore con le opposizioni”, che la tecnica normativa adottata “...sembra alludere alla necessita` di un’eccezione di parte per tutti quegli aspetti che non siano la verifica della regolarita` della procedura - dunque anche degli eventuali vizi processuali - nonche` dell’esito della votazione”, evidenziando – da ultimo - come “... il Legislatore, col rinvio alle opposizioni, sembra, seppure in modo atecnico, subordinare la verifica all’iniziativa di parte, impedendo al giudice di fare oggetto di controllo quel che le parti non abbiano lamentato, cosi` come fa per la convenienza della proposta”.

La Corte di Cassazione³² ha di recente ribadito il proprio orientamento già affermato con riferimento alla limitazione dei poteri di valutazione del Tribunale in sede di ammissibilità della proposta di concordato, statuendo che “...in assenza d’opposizioni, secondo la previsione del comma 3 della norma in argomento, il Tribunale, verificata la regolarità della procedura e l’esito delle votazioni, omologa il concordato. All’esito di quello scrutinio, il decreto d’omologa viene dunque emesso “de plano”.

Precisano i giudici di legittimità che nel giudizio di omologa a seguito delle modifiche del concordato preventivo “... il ruolo ritagliato per il giudice, seppur non sia di carattere notarile, come del resto ha già affermato questa Corte nella sentenza n. 13818/2011 (rispetto alla quale non è dato ravvisare contrasti di legittimità) se l’omologa ha il senso collegato alla sua tipica funzione d’imprimere giuridica efficacia al consenso espresso sulla proposta, esplicandosi nel controllo della regolarità della procedura, comporta necessariamente la verifica circa la persistenza sino a quel momento delle stesse condizioni di ammissibilità della procedura, seppur siano già state scrutinate nella fase iniziale, l’assenza dei fatti o atti di frode che potrebbero dare impulso al procedimento di revoca ex art. 173, ed infine, in caso di riscontro positivo di tali condizioni, il rispetto delle regole che impongono che la formazione del consenso dei creditori sulla proposta concordataria sia stata improntata alla più consapevole ed adeguata informazione, garanzia dell’espressione nel voto della valutazione - consapevole e ponderata - della fattibilità del piano in essa illustrato”.

Pertanto, secondo la Corte di Cassazione la nozione di regolarità va riferita “... alla legittimità, indubbiamente formale, ma anche sostanziale della procedura, che impone il riscontro dell’assenza nella proposta che recepisce il piano concordatario di violazioni di legge, che certamente la regola della maggioranza non potrebbe aver convalidato. Momento centrale della procedura nel suo complesso è l’adunanza dei creditori, al quale

³² Cfr. Corte di Cassazione 30 giugno 2011 n. 18897, in *Diritto e Giustizia*, 24 settembre 2011.

l'impianto rimodulato dalle riforme intervenute conferisce ruolo decisivo e di massima responsabilità, e che riscontra in parallelo, nell'ambito indicato, la restrizione del potere d'intervento del giudice che ad esso si correla nella visione, prevalentemente ma non esclusivamente privatistica della procedura, contraendone l'ambito del controllo di garanzia, in cui si innesta la relazione del commissario che è finalizzata alla corretta informazione dei creditori, ma nel contempo dello stesso giudice, circa l'oggetto della proposta, vale a dire il contenuto del piano fondato sulla base dei dati "veritieri" illustrati nella relazione accompagnatrice del professionista". La conseguenza sarà pertanto che l'accertamento del Tribunale resta necessariamente perimetrato "...entro il limite dello scrutinio di legittimità ammesso in fase di omologa, il che vuoi dire che deve essere orientato alla verifica della salvaguardia della consapevole acquisizione di quel dato da parte del ceto creditorio e della regolare espressione del consenso a suo riguardo (cfr. con riferimento alla fase dell'ammissibilità il precedente di questa Corte n. 21860/2011 cui, in piena condivisione, si presta adesione, e sul medesimo solco Cass. n. 3586/2011). Il bilanciamento tra le esigenze, opposte ma non per ciò solo necessariamente configgenti, che presidiano la procedura, secondo precisa scelta del legislatore, è perciò adeguatamente assicurato, nello spirito del riformato assetto, dal riscontro del giudice limitato a quel profilo, da cui resta assolutamente escluso il merito". La Corte conclude rilevando come "... l'assenza di opposizioni, infatti, esclude in radice la stessa ipotizzabilità di uno scrutinio sul merito della scelta soggettiva ed individuale dei creditori, intendendosi tale la realizzabilità del piano, tanto più sulla sua convenienza, che è, peraltro, nozione riferita a ben diverso connotato, destinato ad esplicarsi su piano differente ed in un momento successivo e nella sola ipotesi prevista dal comma 4 parte seconda dell'art. 180 l.f. parte seconda, tipica e tassativa, che presupponendo il dissenso di una delle classi, giustifica, nel sistema improntato sulla regola della maggioranza, il sindacato del giudice solo in ragione della crisi dell'espressione maggioritaria del consenso. Nella fattispecie in esame, in conclusione, se i fatti incidenti sulla fattibilità del piano rappresentati dal professionista e valutati dal commissario giudiziale nella sua relazione, momento essenziale della procedura e garanzia della "veridicità" dei dati illustrati dal privato, dovessero risultare vagliati criticamente e regolarmente accettati dai creditori, l'omologa, applicandosi il procedimento semplificato previsto dal comma 3 dell'art. 180, rappresenterebbe un atto dovuto".

Tale orientamento - che sembra allo stato di maggioranza ha tuttavia registrato una voce di apparente dissenso da parte della stessa Corte di

Cassazione³³ la quale ha rivisto sia il ruolo del Tribunale nell'ambito dell'ammissione sia in sede di omologazione del concordato preventivo: con riferimento al primo aspetto si è infatti affermato in via preliminare come il "... punto di partenza è l'irriducibilità dell'istituto nella sua fase genetica, alla mera formazione di un contratto di diritto privato. Ne fa difetto un elemento fondamentale, quale la volontà concorde di tutte le parti interessate, destinatarie degli effetti. L'accordo dei soggetti contraenti, secondo la rituale modalità di incontro della proposta e della conforme accettazione, non è solo una regola: ma è "la regola" fondamentale, la Grundnorm in materia. Rispetto a chi ne resta invece estraneo perché non esprime il consenso, l'accordo resta *res inter alios acta*; e come tale, *nec iuvat nel nocet*. È quindi letterale, in questo senso la diversità ontologica dell'istituto consensuale, dotato di effetti cogenti per l'intero ceto creditorio anteriore, rispetto, ad es. alla forma contrattuale pura di *cessio honorum*, tipizzata negli articoli 1977- 1986: che appunto, vincola, solo i creditori che ne sono parte al divieto di azioni esecutive sui beni ceduti (art. 1980, secondo comma, c.c.), e, salvo patto contrario (espressione, ancora una volta di scelta concorde), produce la liberazione del debitore nei limiti di quanto da essi ricevuto (art. 1984 c.c.). Pura autonomia negoziale nell'un caso; eteronomia legale nell'altro sulla base di un consenso solo maggioritario".

Alla luce di tale distinzione la Corte di Cassazione ricava la natura e la necessità dell'intervento del Giudice, "... volto a garantire non solo il rispetto formale del passaggio procedimentale, ma anche la legittimità sostanziale della proposta. Solo tale controllo positivo giustifica la precisione di azioni esecutive individuali da parte dei creditori assenti e dissenzienti; secondo un modello legale non più volontaristico-negoziale, bensì autoritativo che può essere contrastato solo con formale opposizione al giudizio di omologazione".³⁴

Con riferimento – pertanto – al momento dell'ammissione ad avviso della Corte di Cassazione, il riscontro della documentazione che deve essere effettuato al momento dell'ammissione, "... non si riduce ad una mera "spunta" per accertare omissioni materiali, dato che lo scrutinio dei presupposti sostanziali dello stato di crisi (o di insolvenza), e della rispondenza della proposta allo schema legale ed ai fini tipici dell'istituto

³³ Cfr. Corte di Cassazione 30 giugno 2011 n. 18864, in www.ilfallimentarista.it, con commento di di Lamanna, Il contrasto in Cassazione sulla fattibilità del concordato preventivo: una novità (positiva) che rende necessario l'intervento delle SS.UU., nonché di Giani, Orientamenti (e disorientamenti) della Cassazione in tema di concordato preventivo. La cognizione del tribunale in sede di omologa del concordato preventivo, *ivi*.

³⁴ Cfr. Corte di Cassazione *ult. cit.*

impinge nel merito. Ne consegue la doverosità di un'analisi anche del piano esecutivo che sorregge la proposta di concordato; sia pure, entro la soglia minimale della non manifesta inadeguatezza, *prima facie*, della relazione del professionista che ne accerti la fattibilità”.

La Corte di Cassazione argomenta il proprio convincimento, a nostro avviso pienamente fondato, sottolineando come la stessa formulazione letterale dell'art. 162 l.f. con l'eventuale concessione di un termine per integrare il piano e produrre nuovi documenti “... sta a dimostrare che non si tratta solo di colmare lacune materiali, in una fase ancora sottratta al contraddittorio con i creditori, in cui unico organo di controllo sostanziale è il giudice.... E che il termine sia finalizzato a emendamenti sostanziali, necessari e migliorativi, e non a mere lacune documentali da colmare, è indicato dalle lettera della norma che parla di integrazioni del piano e di nuovi documenti”.

Aderendo alla impostazione che prevede ancora un preciso intervento del Giudice al fine di verificare la sussistenza e la persistenza della fattibilità la Corte di Cassazione giunge ad esaminare la possibilità di effettuare tale controllo nel giudizio di omologazione: con riferimento a tale fase del procedimento i Giudici di legittimità affermano che “... la cessione di beni e le altre operazioni, anche di ingegneria finanziaria contemplate dall'art. 160 l.f. costituiscono il mezzo e non il fine: onde non possono essere disancorate dalla promessa di un risultato utile conseguibile precisato o implicito di una percentuale di soddisfacimento, senza il quale la proposta del debitore diverrebbe aleatoria in senso giuridico, pur a fronte dell'effetto esdebitativo certo della falcidia concordataria”. A ciò consegue, secondo la Corte, la “... rilevabilità officiosa di una gamma di eccezioni di merito: qual, appunto, quella di nullità”. Saranno, quindi cause ostative in subiecta materia, l'illiceità dell'oggetto (ad es. in presenza, nel piano, di offerte di cessione di res extra commercium, quali immobili insanamente abusivi o soggetti a confisca penale); o la violazione di norme imperative (come nel caso di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione: art. 160 secondo comma l.f.); o ancora l'impossibilità dell'oggetto, riscontrabile ove la proposta concordataria non abbia, alla luce della relazione del commissario giudiziale, alcuna possibilità di essere adempiuta”.

La condivisibile conclusione della Corte è quindi nel senso che “... entro i confini fin qui tracciati, non v'è ragione, in ultima analisi di ridurre la cognizione della proposta e del piano concordatari ad una mera funzione notarile di regolarità formale, svolta da un giudice costretto nel ruolo ancillare di convitato di pietra: in tal modo, inibendo la tutela anche dell'interesse pubblico a che il governo della crisi di impresa – tutt'altro che

privo di costi per la collettività - non sia piegato ad utilizzazioni improprie con abuso del diritto”.³⁵

4. Le soluzioni giurisprudenziali

Così delineato il quadro delle problematiche sorte con riferimento alla ruolo da attribuire al Tribunale nel concordato preventivo, occorre prendere in esame le prime soluzioni fornite dalla giurisprudenza con riferimento alla fase di omologazione.

Come già evidenziato la giurisprudenza si è mossa prevalentemente nel senso di una ammissibilità del controllo di merito - anche sostanziale - da parte dell’Autorità giudiziaria sul concordato preventivo.³⁶

Ancora prima dell’entrata in vigore del decreto “correttivo” del 2007, da parte del Tribunale di Roma si è affermato che l’organo giudiziario non deve limitarsi a riscontrare il raggiungimento della maggioranza dei creditori, ma può compiere un controllo di merito sulla fattibilità del piano proposto dal debitore, e cioè sulla concreta attuabilità di questo, anche attraverso l’esame della veridicità delle poste attive e passive e delle garanzie offerte, pur rimanendo esclusa ogni valutazione in ordine alla meritevolezza e alla convenienza del concordato.³⁷

A sostegno di tale soluzione il Tribunale di Roma ha individuato, in primo luogo, il fatto che le norme sul concordato preventivo si innestano in una normativa concorsuale che presenta ancora spiccati connotati di carattere pubblicistico, con la conseguenza che non sarebbe coerente spingere l’interpretazione della disciplina dell’omologazione “sino alla totale eliminazione di ogni verifica da parte del tribunale del merito della proposta”.

A tale prima considerazione si aggiungerebbe il fatto che, poiché nel caso di suddivisione dei creditori in classi al tribunale è consentito un giudizio di merito sulla proposta, tale giudizio non potrà essere negato anche nel caso di concordato senza suddivisione in classi, a meno di non ammettere che in tale ultimo caso di creditori siano dotati di un “diritto minore”.

³⁵ Cfr. Cass. n. 18864 cit.

³⁶ Cfr. Tribunale di Ancona 19 novembre 2007, in *Il Fallimento*, 2008, pag.245; Tribunale di Palermo 18 maggio 2007, *ibidem*, pag. 75, Tribunale Torino 12 dicembre 2006, *ivi*, 2007, pag. 685, con nota di Bozza, *Il vecchio, l’attuale e il (forse) prossimo art. 173, ultima parte, della legge fallimentare*.

³⁷ Cfr. Tribunale di Roma, 30 luglio 2005.

In tale prospettiva interpretativa si colloca anche quella giurisprudenza³⁸ secondo cui “... ai sensi del novellato articolo 180 legge fallimentare, in sede di omologazione del concordato preventivo, al tribunale è demandato il controllo della sussistenza e permanenza delle condizioni di ammissibilità di cui agli articoli 160 e 161 legge fallimentare, sotto il profilo dell’attendibilità e della fattibilità del piano proposto: tale giudizio di ammissibilità va condotto non solo sulla base delle allegazioni dell’imprenditore istante, ma anche sulla base degli accertamenti condotti su impulso del commissario giudiziale”.

In tale occasione si è posta l’attenzione sulla natura e lo scopo dell’attività del commissario giudiziale dopo l’adunanza dei creditori di cui all’articolo 172 legge fallimentare: tale attività è infatti, proprio per la sua collocazione temporale all’interno della procedura, non può che essere “funzionale al giudizio di accertamento e valutativo che compete al tribunale in sede di omologazione”, non potendosi al contrario sostenere che sia finalizzata agli altri interessati al giudizio di omologazione coincidendo il termine per il deposito del parere da parte del commissario giudiziale con quello stabilito per la costituzione degli altri soggetti.

A ciò si aggiunga - secondo il tribunale pugliese - che quando il Legislatore ha voluto limitare i poteri discrezionali dell’organo giurisdizionale lo ha fatto in maniera esplicita e segnatamente in sede di ammissione della proposta concordatarie, quando ha previsto che il giudizio del tribunale sia rivolto esclusivamente alla verifica della correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi ed alla “verifica della completezza e della regolarità della documentazione”; al contrario, in sede di giudizio di omologazione, così non ha fatto, prevedendo anche l’esercizio dei citati poteri istruttori ufficiosi.

Tali premesse portano, secondo il Tribunale pugliese alla conclusione che l’organo giudicante non solo è chiamato ad esprimersi sulla sussistenza dei requisiti, soggettivo e oggettivo, previsti per l’accesso alla procedura e sulla corretta articolazione del piano, ma anche sulla sua attendibilità e fattibilità, con la conseguenza che, difettando tali requisiti, non potrà addivenirsi ad una pronuncia di omologazione del concordato. Tale soluzione ha come presupposto una verifica “limitata” alla sussistenza dei presupposti in sede di ammissione appare particolarmente importante proprio alla luce dell’intervento della Corte di Cassazione più sopra citato che ha sostanzialmente ridotto i poteri di intervento del Tribunale.

³⁸ Cfr. Tribunale di Bari, 7 novembre 2005.

E' di tutta evidenza che, aderendo a tale soluzione, il Tribunale non potrà procedere all'omologazione del concordato nel caso in cui, pur in presenza del voto favorevole dei creditori, dalla relazione del commissario giudiziale o dalle indagini effettuate anche mediante consulenza tecnica, emerge l'impossibilità di far fronte agli obiettivi economici del concordato.

In questa prospettiva interpretativa si è affermato che il tribunale può esercitare sulla proposta effettuata dal debitore un controllo oltre che di legittimità anche di merito, finalizzato a verificare la completezza e correttezza dei dati esposti e la fattibilità del piano, con particolare riguardo alle ragioni dei creditori privilegiati non ammessi al voto.³⁹

Tale soluzione è stata ribadita anche dopo il decreto correttivo, sottolineando che "... anche in caso di mancanza di opposizioni il tribunale, nel giudizio di omologazione, deve verificare la sussistenza attuale dei presupposti di flessibilità, sia perché tale verifica rientra in una nozione di regolarità della procedura, non limitata ad una regolarità formale, sia per la persistenza del terzo comma dell'articolo 173 legge fallimentare, sia perché il tribunale può essere ridotto della mancanza originaria o sopravvenuta dei presupposti di ammissibilità a seguito del deposito del parere del commissario giudiziale 10 giorni prima dell'udienza. Il controllo del tribunale si estende alla fattibilità del piano".⁴⁰

Può, dunque, condividersi la soluzione secondo cui - pur in assenza di voti contrari da parte dei creditori e quindi di opposizioni nel giudizio di omologazione - quando dagli atti della procedura o dal parere conclusivo del commissario emergano fatti che non sono stati scrutinati in sede di ammissione del concordato e, quindi, il tribunale debba procedere alla valutazione di tali fatti anche con riferimento alla possibile incidenza sulla perdurante ammissibilità e sulla fattibilità del concordato.

Con riferimento ad un concordato presentato prima delle modifiche introdotte dal D. Lgs. n. 169/07, ancora da parte del Tribunale di Roma,⁴¹ si è affermato che il potere del tribunale in sede di omologazione si estrinseca nella possibilità di effettuare "... una nuova verifica dei requisiti di ammissibilità previsti dalla legge", specificando che anche in tale fase della procedura, "... deve ritenersi sussistente in capo al Tribunale un potere di verificare nuovamente la sussistenza dei presupposti per l'ammissione alla procedura già sommariamente esaminati nel decreto di apertura e quindi occorre nuovamente verificare che il soggetto proponente sia un imprenditore

³⁹ Cfr. Tribunale di Salerno, 3 giugno 2005.

⁴⁰ Cfr. Tribunale di Pescara, 16 ottobre 2008, in *Giur. di merito*, 2009, pag. 125 ss.

⁴¹ Cfr. Tribunale di Roma, 20 febbraio 2008.

commerciale fallibile, che versi in stato di crisi, e la proposta concordataria si è costituita da un piano fattibile e che sia corretta formazione delle classi dei creditori. La lettura sistematica delle norme verrebbe, quindi, a smentire il dato letterale della stessa, che menziona tra le attività del tribunale solo la verifica del voto (art. 180 comma 4 l.f.) l'ipotesi di previsione di più e quindi l'esercizio del cosiddetto cram down".

Osserva inoltre il tribunale capitolino che "... è indubbio che se si tiene presente la fase in cui viene a collocarsi l'omologazione, ipotizzare un mero potere-dovere di verifica del voto espresso dall'adunanza, escludere un nuovo vaglio della sussistenza dei requisiti di ammissibilità alla luce di quanto emerso nel corso della procedura medesima, appare del tutto incongruo".

Ad avviso del Tribunale in sede di omologazione del concordato si impone – dunque - un riesame della sussistenza di tutte le condizioni di ammissibilità prevista dalla legge "... indagine che riproduce quella già svolta dal collegio nella fase di ammissione, ma che 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, e 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".

Evidenzia, quindi, il Tribunale di Roma che qualora il commissario giudiziale abbia avuto la possibilità di svolgere dei concreti accertamenti in ordine alla fattibilità del piano proposto dal debitore, "... sarebbe immotivato attribuire al tribunale in sede di omologa un mero potere di verifica del raggiungimento delle maggioranze richieste. Del resto la previsione del deposito della relazione del commissario giudiziale, almeno 10 giorni prima dell'udienza contenente il suo motivato parere, parrebbe ingiustificata ove si dovesse ritenere che il tribunale sia tenuto alla sola verifica del voto. Quindi, pur in assenza di opposizione, il tribunale deve riesaminare la sussistenza di tutte le condizioni di ammissibilità prevista dalla legge, riesame che andrà effettuato con gli stessi limiti e con le stesse finalità e vincolano caratterizzano l'attività valutativa del tribunale in ordine alla veridicità e fattibilità del piano concordatario in fase di ammissione. Sul punto l'orientamento di anzi richiamato della giurisprudenza di merito, condivisibile laddove esclude che il tribunale debba limitarsi ad un controllo

del voto, ad avviso di questo tribunale va disatteso quando tende a dilatare i poteri di intervento del tribunale in punto di fattibilità del piano".

In ordine a tale giudizio di fattibilità la giurisprudenza, dopo aver precisato che il profilo di veridicità, dovrà essere verificato anche nella fase di omologazione, evidenzia come ciò consista in un riesame della completezza sostanziale della proposta e della documentazione allegata "... alla luce degli accertamenti disposti dagli organi della procedura e della relazione ex articolo 172 l.f., valutando cioè la tenuta della proposta concordataria anche alla luce degli ulteriori approfondimenti effettuati dal commissario giudiziale. Il giudizio di completezza informativa del piano concordatario, e della relazione e di coerenza argomentativa dell'attestazione di fattibilità di cui alla relazione del professionista, andrà riformulato tenendo presente anche quanto altro emerso in corso di procedura, essendo necessario che la coerenza logica della prognosi di fattibilità espressa dal professionista non sia contraddetta dalle ulteriori emergenze istruttorie (stime, inventario, analisi della contabilità). In questo senso sarà di rilevante ausilio per la valutazione suddetta relazione del commissario giudiziale, decisivo e penetrante ultimo riscontro di una valutazione globale e finale che, a sua volta, non si sottragga al giudizio di congruità logica e di argomentativa".

La conclusione cui giunge il Tribunale di Roma è nel senso che l'esame dell'organo giudiziario "... sarà destinato a valutare che per tutto il corso della procedura vi sia stato un flusso informativo corretto, adeguato e coerente, sì da potersi ritenere validamente espressi i voti dei creditori sulla proposta concordataria. In definitiva, se la minoranza dovrà subire la decisione della maggioranza e vedersi espropriare una percentuale, eventualmente rilevante, del proprio diritto di credito, è assolutamente necessario che l'adunanza dei creditori si possa esprimere su di una situazione che si era presentata (e questa è la funzione ineludibile del tribunale) in modo chiaro, vero, completo dalla dialettica contrapposizione della relazione dell'esperto nominato dal debitore e dalla relazione del commissario giudiziale".⁴²

Tale potere di ulteriore controllo non contrasta con il giudizio favorevole all'ammissibilità alla procedura espressa nella fase iniziale, in quanto – come già osservato - si tratta di un giudizio sommario ed in assenza di contraddittorio.

In tale prospettiva interpretativa, che prevede una "nuova" valutazione dei criteri di ammissibilità nella fase di omologazione, si è espresso anche il Tribunale di Novara, secondo cui "... nel giudizio di omologa "semplificato",

⁴² Cfr. Tribunale di Roma, ult. cit.

ove ciò è non siano state proposte opposizioni, la verifica del tribunale non può limitarsi ad una mera operazione contabile, ma deve estendersi al riesame dei provvedimenti adottati dal giudice delegato in merito all'ammissione dei crediti contestati, al controllo dell'operazioni di voto ed all'accertamento della formazione delle maggioranze”, precisando, peraltro che deve ritenersi “... invece escluso che il tribunale, in detta sede, abbia il potere di verificare la correttezza dei criteri di formazione delle classi, in primo luogo perché tale potere è già stato esercitato in sede di ammissione alla domanda di concordato e, in secondo luogo, in quanto, ragionando diversamente, si incorrerebbe nel rischio di consentire a detto organo un sindacato di merito che il legislatore ha evidentemente voluto escludere”.⁴³ In altra occasione si è affermato che il tribunale può esercitare sulla proposta effettuata dal debitore un controllo oltre che di legittimità anche di merito, finalizzato a verificare la completezza e correttezza dei dati esposti e la fattibilità del piano, con particolare riguardo alle ragioni dei creditori privilegiati non ammessi al voto.⁴⁴

Con riferimento al più generale aspetto del controllo sui criteri di voto nella fase di omologa va richiamata la sentenza del Tribunale di Milano, il quale ha affermato che soprattutto in tale fase appare indispensabile un rigoroso controllo dell’Autorità giudiziaria sulle modalità di classamento dei creditori

In tale prospettiva da parte del Tribunale di Milano⁴⁵, evitare il pericolo di abusi nella formazione delle classi, si è utilizzata la categoria generale della "buona fede", verificando in particolare se da parte del ricorrente si è proceduto abusando e strumentalizzando le norme di legge a fini diversi da quelli previsti dal legislatore, ad esempio “creando” più classi di creditori che potevano rientrare in una unica classe al solo fine di ottenere la maggioranza delle classi.

In tale prospettiva da parte del Tribunale milanese si è osservato che “... la valutazione della correttezza delle classi va operata in concreto, posto che la verifica del rispetto del limite finalistico individuato dalla dottrina in modo così inequivoco (limite sostanza riconducibile alla figura dell'abuso del diritto), non può che compiersi, quanto meno quando una siffatta patologia sia espressamente prospettata come oggetto di un motivo di opposizione all'omologa, esaminando l'atto nel contesto in cui è stato posto in essere, e valutando in particolare, secondo il normale procedimento logico presuntivo, se dall'insieme delle circostanze evidenziate come sintomatiche della

⁴³ Cfr. Tribunale di Novara, 5 giugno 2011, in www.ilcaso.it, pag. 5566.

⁴⁴ Cfr. Tribunale di Salerno 3 giugno 2005.

⁴⁵ Cfr. Tribunale di Milano, 19 luglio 2011, inedito.

deviazione abusiva possa effettivamente desumersi l'operare di una scelta artificiosa di formazione di una classe, in quanto volta solamente a propiziare artificialmente il raggiungimento delle prescritte maggioranze".

La possibilità di un persistente controllo del Tribunale è stata ribadita da parte di altri giudici di merito sottolineando che "... anche in caso di mancanza di opposizioni il tribunale, nel giudizio di omologazione, deve verificare la sussistenza attuale dei presupposti di fattibilità, sia perché tale verifica rientra in una nozione di regolarità della procedura, non limitata ad una regolarità formale, sia per la persistenza del terzo comma dell'articolo 173 legge fallimentare, sia perché il tribunale può essere ridotto della mancanza originaria o sopravvenuta dei presupposti di ammissibilità a seguito del deposito del parere del commissario giudiziale 10 giorni prima dell'udienza. Il controllo del tribunale si estende alla fattibilità del piano".⁴⁶

Può, dunque, condividersi la soluzione secondo cui - pur in assenza di voti contrari da parte dei creditori e quindi di opposizioni nel giudizio di omologazione - quando dagli atti della procedura o dal parere conclusivo del commissario emergano fatti che non sono stati valutati in sede di ammissione del concordato, il tribunale debba procedere alla valutazione di tali fatti anche con riferimento alla possibile incidenza sulla perdurante ammissibilità e sulla fattibilità del concordato.

Favorevole ad un "nuovo" giudizio di fattibilità anche in sede di omologazione è anche il Tribunale di Arezzo, secondo il quale il tribunale deve compiere una nuova verifica dei requisiti di ammissibilità previsti dalla legge e già sommariamente esaminati nel decreto emesso in epoca successiva al deposito del ricorso.

A tale conclusione, in contrasto con la tesi (ricavabile da una lettura formalistica e letterale dell'art 180 l.f.), secondo la quale il Tribunale in sede di omologazione debba limitarsi al controllo della regolarità formale della procedura e alla verifica del raggiungimento delle maggioranze previste dalla legge, si perviene ove si consideri che tale valutazione si fonda non già, come avviene subito dopo la presentazione del ricorso, su un materiale istruttorio "di parte" costituito dalle scritture contabili allegare dal ricorrente e sulla relazione del professionista, ma sulla scorta di più cospicue e "obiettive" emergenze costituite, *in primis*, dalla relazione del commissario giudiziale.

Si è infatti osservato che "... le valutazioni del giudizio di omologazione sopraggiungono allorché si è esplicata nel corso del procedimento l'attività del commissario giudiziale e devono tener conto anche delle

⁴⁶ Cfr. Tribunale di Pescara 16 ottobre 2008, cit.

eventuali osservazioni dei creditori i quali ben possono rappresentare le proprie perplessità in ordine alla rappresentazione dei fatti per come esposta dal proponente e recepite dal Tribunale in sede di ammissione. Ciò premesso, deve nuovamente verificarsi in questa sede, se la soc. ... in liquidazione sia effettivamente imprenditore fallibile, se la stesso versi in uno stato di crisi così da poter accedere ai benefici previsti dalla procedura, se la proposta concordataria sia costituita da un piano fattibile, ed, infine, se le eventuali classi di creditori siano state formate sulla base di criteri corretti, sotto il profilo della loro omogeneità giuridica ed economica”.⁴⁷

Tale soluzione è stata seguita anche dal Tribunale di Venezia⁴⁸, il quale nell'ambito del procedimento di omologazione della proposta di concordato ha affermato che il controllo del Tribunale in sede di giudizio di omologazione del concordato preventivo, pur in assenza di opposizioni, non deve essere “.... limitato alla verifica della regolarità della procedura e del raggiungimento delle maggioranze previste per l'approvazione da parte dei creditori dell'art. 177 1° comma l.f., ma è esteso anche alle condizioni di ammissibilità del piano”.

Precisa poi il Tribunale veneto che si tratta di un controllo di merito e non solo di legittimità, ed a tale conclusione inducono “la novellazione dell'art. 163 L.F. (secondo il dettato dell'art. 12, 5 co. D.Lgs. n. 169/2007) che, con la soppressione delle parole “verificata la completezza e la regolarità della documentazione” e la loro sostituzione con le parole “ove non abbia provveduto a norma dell'art. 162, commi primo e secondo”, ha riattribuito al tribunale il potere che tradizionalmente gli è riconosciuto, vale a dire quello della verifica nel merito della fondatezza e fattibilità della proposta; la previsione del compito del Commissario Giudiziale, dapprima ed in vista dell'adunanza dei creditori, di redigere una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori, con estensione quindi anche alla sostanza della proposta, e, successivamente, in vista dell'udienza per l'omologazione del concordato, del deposito di motivato parere”.

In particolare, con riguardo al contenuto del parere del Commissario Giudiziale, si è affermato che non può che essere diretto ed avere un contenuto che mira ad informare il Tribunale e i soggetti eventualmente costituiti nel giudizio di omologa, di fatti e circostanze sopravvenute che incidano sulle condizioni di ammissibilità del concordato preventivo.

⁴⁷ Cfr. Tribunale di Arezzo, 30 ottobre 2008.

⁴⁸ Cfr. Tribunale di Venezia, 30 ottobre 2008, in www.ilfallimentoonline.it.

Pertanto è “... sulla base di tali verifiche ed accertamenti eseguiti dal C.G. a seguito dell’apertura della procedura, oltre che sulla base delle allegazioni del debitore ricorrente, che il Tribunale, anche a prescindere da opposizioni, è tenuto a controllare la sussistenza e permanenza dei presupposti di ammissibilità del concordato”.

A tale conclusione si giunge – come già evidenziato, anche seguito della nuova formulazione dell’art. 173, ultimo comma, L.F. (come novellato dall’art. 14 del D.Lgs. n. 169/2007), in quanto tale “... disposizione prevede la revoca dell’ammissione al concordato “se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l’ammissibilità del concordato”, laddove l’espressione “in qualunque momento” va senz’altro intesa anche con riferimento al tempo in cui il tribunale è chiamato a decidere sull’omologa del concordato. Rimane, invece, esclusa la valutazione circa la meritevolezza del debitore, oltre che la convenienza del concordato preventivo per tutti i creditori, trattandosi di sindacato, quest’ultimo, che spetta al tribunale solo nell’ipotesi di cui all’art. 180, 4° co., in cui siano previste classi di creditori. Ciò posto, e premesso che non risultano esservi opposizioni, rileva questo Collegio che, dal punto di vista formale, la procedura si è regolarmente svolta, nel pieno rispetto delle norme in materia dettate dalla legge fallimentare”.

In tale filone interpretativo favorevole all’individuazione di “ampi poteri” in capo al Tribunale anche in fase di omologazione del concordato, si pone anche il Tribunale di Fermo⁴⁹, secondo cui il Tribunale ha il compito di verificare la fattibilità del piano attraverso un controllo formale e sostanziale di coerenza tra le premesse e le conclusioni della specifica proposta alla luce delle risultanze successive all’ammissione. Pur escludendo la possibilità di un controllo sulla convenienza della proposta, si afferma che l’autorità giudiziaria verificherà se l’attivo indicato dalla ricorrente sia esistente ed astrattamente capiente rispetto al fattisogno concordatario, tenendo presente che lo scostamento dalle percentuali promesse, laddove opportunamente evidenziato dal commissario giudiziale nella relazione ex art. 172 legge fallimentare, costituisce alea consapevolmente accettata dai creditori stessi.

Anche da parte della Corte di Appello di Napoli⁵⁰ si è ritenuto che il controllo del tribunale sulla persistenza delle condizioni del concordato vada esperito per tutto il corso della procedura, dall’apertura sino all’omologazione, cio` soprattutto se si considera la sommarietà del controllo del giudice in sede di ammissione, quale si giustifica

⁴⁹ Cfr. Tribunale di Fermo, 24 novembre 2009, in www.ilcaso.it

⁵⁰ Cfr. Corte di Appello di Napoli, 11 giugno 2011.

nell'opportunità di favorire una rapida apertura della procedura e dal fatto che, sulla scorta dei soli dati forniti dal debitore, sarebbe irrealistico pretendere che il tribunale, senza indugi di lungo corso, possa sovrapporre il proprio giudizio a quello dell'esperto.

Aderisce alla tesi della possibilità di riconoscere un potere di controllo sulla fattibilità del concordato anche nella fase di omologa (ma solo in presenza di opposizioni) il Tribunale di Bologna, nella vigenza della disciplina anteriore al primo gennaio 2008.

Il Tribunale emiliano⁵¹, in una articolata motivazione ha evidenziato che “... a fronte di una perdurante funzione di "tutela della massa", si deve concludere che, anche dopo la riforma, il Tribunale resta pur sempre investito di un autonomo potere di controllo riguardo tutti i presupposti oggettivi e soggettivi del C.P., ed inoltre che gli restano affidati sia il riscontro circa il raggiungimento delle maggioranze richieste, sia la verifica sulla reale fattibilità del piano proposto”.

Osserva ancora il Tribunale di Bologna che “... l'attività del Collegio durante la fase di omologazione opera piuttosto su di un livello "sussidiario": sicché – verificata positivamente l'approvazione dei *quorum* di volta in volta stabiliti dalla legge – l'intervento giudiziario destinato a "ribaltare" le decisioni dei votanti si risolverebbe in un'ingerenza non autorizzata nelle relative decisioni, che secondo il nuovo sistema dovrebbero viceversa trovare la loro fonte esclusiva nella libera volontà espressa dalle maggioranze creditorie; in definitiva, allorché la manifestazione di consenso possa presumersi come frutto di una vera "scelta informata" – non viziata da errori o da "false prospettive", idonei ad orientare in modo difforme dalla realtà le determinazioni dei soggetti abilitati al voto – nulla dovrebbe poter modificare l'esito del consapevole esercizio delle facoltà del singolo creditore, inerenti a diritti senza dubbio disponibili”. Ad avviso del Tribunale bolognese “... risulta comunemente accolto in dottrina e dalla più consapevole giurisprudenza – salvo sempre l'autonomo meccanismo del *cram down*, però esplicitamente limitato alla fattispecie normativa di pertinenza – un principio di generale "esenzione" dal sindacato officioso delle Corti per le approvazioni di C.P. votate dalle regolari maggioranze, calcolate rispetto ai crediti ed alle eventuali "classi", quando nella fase di omologazione non sorgano opposizioni (v. Trib. Milano 17/3/2006, su "Fallim."2006, p. 729); senonché, una volta che nella suddetta procedura si instaurino "impugnative" dei controinteressati, i pareri degli interpreti divergono, essendovi da un lato coloro che in entrambe le situazioni – quella "contenziosa", e quella invece

⁵¹ Cfr. Tribunale Bologna, 17 ottobre 2006, in www.giuremilia.it.

priva di parti private conflittuali – non riconoscono differenze circa i poteri affidati ai Giudici: su tale versante di opinioni, troviamo la pronuncia per la quale "nel nuovo C.P., che valorizza fortemente l'autonomia privata, il controllo affidato al Tribunale non attiene alla valutazione di merito circa la convenienza del piano proposto, bensì alla possibilità di una sua concreta attuazione" (così Trib. Monza 17/10/2005, su "Dir. Prat. Soc."2005-22, p.67), od ancora più specificamente quella secondo cui "l'opponente può in un concordato monoclasse contestare soltanto la non fattibilità del piano e la non regolarità della procedura; viceversa, opposizioni aventi ad oggetto la convenienza in quel genere di concordato sono inammissibili. Parimenti inammissibili sono motivi di opposizione attinenti la proponibilità di eventuali azioni revocatorie e di azioni di responsabilità. Per contro, nei concordati pluriclassi con una classe dissenziente al Tribunale spetterà il controllo di convenienza, con riferimento però, alla posizione dei soli dissenzienti" (Trib. Milano 12/12/2005, su "Fallim."2006, p. 576)".

Il Tribunale bolognese richiama poi il diverso orientamento dottrinale volto a sostenere, al contrario, che vi sarebbero differenze nella facoltà d'indagine del Tribunale, nonché soprattutto nella potenziale ampiezza della materia del contendere e della decisione – suscettibile di estendersi fino a censurare "convenienza" ed "opportunità" del C.P., se messo a confronto con altre "soluzioni" – ogniquale volta si costituiscono degli oppositori, in sede di attività ex art.180 R.D.267/1942, domandandosi, quindi, se "... l'incidenza tipica sulla sorte del credito – costituito dalla falcidia concordataria – possa ritenersi ricondotta sempre alla volontà della maggioranza dei creditori, sottoposta soltanto ad un vaglio di legittimità devoluto al Tribunale, o se invece vi sia tuttora spazio per un approfondito esame giudiziario, a tutela anche dei creditori dissenzienti, assenti od addirittura ignorati: siffatto dubbio – a prescindere da profili sistematici ancor più delicati – troverebbe un motivo testuale nella norma del nuovo art.180, poiché (riassuntivamente) esso "non chiarisce a qual fine debitore, commissario giudiziale, creditori dissenzienti e qualsiasi interessato possono sollevare, nella memoria difensiva, eccezioni non solo processuali ma anche di merito, se poi l'intervento del giudice si sostanzia in un controllo di legittimità".

Acutamente si rileva poi, da parte della citata giurisprudenza, che questa "... seconda corrente di pensiero – nel momento in cui reputa "aperte" le categorie dei temi suscettibili di sindacato ad opera del Tribunale – implica tuttavia un ampliamento tendenzialmente "sconfinato" dell'oggetto di potenziale verifica: essa finirebbe infatti per dover comprendere sia gli elementi che già emergono dal ricorso, dalla relazione del professionista e dal parere del commissario giudiziale, sia tutte le argomentazioni –

"dialetticamente" prospettate dagli eventuali oppositori – relative ad ogni problematica strumentale alla non omologabilità del C.P., ivi compresa la sua "non convenienza".

La conclusione cui giunge il Tribunale di Bologna è nel senso che "... la mancanza di riferimenti normativi che "qualifichino distintamente" le varie ipotesi di *petitum* ammissibile – cioè, a seconda che si presentino (o meno) contestazioni in sede di procedura ex art.180 L.F. – dovrebbe semmai portare a concludere che l'unica situazione ove la "convenienza" del C.P. sia suscettibile di valutazione, da parte del Tribunale, resti esclusivamente quella del *cram down* e sempre riferita alla sola classe dissenziente: un esito del genere è imposto per *tabulas*, sulla base della decisiva constatazione che altrimenti siffatto giudizio – lungi dal rientrare fra i "compiti generali" dell'organo chiamato all'omologa – non è consentito né previsto dal meccanismo della riforma. Anzi, l'omologazione configura piuttosto una fase essenzialmente di "controllo" – anche sostanziale, per quanto riguarda il buon esito della "prospettazione concordataria" – rispetto ad una soluzione che si considera ormai intervenuta fra il debitore proponente ed i creditori, una volta raggiunta in conformità alle regole del procedimento; sicché nessuna "eccezione" – dei votanti dissenzienti o di terzi controinteressati – potrebbe mai mutare il contenuto né l'oggetto della particolare "tipologia" del decreto, che il Collegio è chiamato ad emettere (od a negare) in quella specifica procedura".

Da parte del Tribunale di Pescara,⁵² si è definito l'ambito valutativo dell'art. 180 comma 3 L.F. rilevando come "... esso sembrerebbe limitato alla verifica della regolarità della procedura e dell'esito della votazione, espressioni che, secondo alcuni interpreti, non lasciano spazio in sede di omologazione, in assenza di opposizioni, ad una valutazione giudiziale della sussistenza (o della persistenza) delle condizioni (o dei presupposti, per usare la terminologia introdotta negli artt. 160 e 162 L.F. come riscritti dal d.lgs. 169/2007) del concordato preventivo, prima fra tutte la fattibilità del piano - intesa come coerenza e realizzabilità del programma di azione prospettato dal debitore, da valutare in relazione alle concrete modalità in cui questo si articola-, la quale, oltre ad essere espressamente prevista quale oggetto della attestazione dell'esperto dall'art. 161 richiamato dal successivo art. 162, è caratteristica insita nel concetto stesso di piano, rappresentando una contraddizione in termini quella di piano non fattibile".

Pur alla luce di tale premessa interpretativa, da parte del Tribunale abruzzese si è poi tuttavia evidenziato che "... sia il testo della legge, sia la

⁵² Cfr. Tribunale di Pescara, 18 ottobre 2008, cit.

collocazione sistematica del giudizio di omologazione nell'ambito della procedura di concordato (della quale costituisce una fase eventuale) non consentano di escludere *tout court*, per il solo fatto che non siano state formalizzate opposizioni attraverso la costituzione in giudizio di soggetti legittimati, che l'ambito valutativo del Tribunale si estenda anche alla verifica della sussistenza attuale delle condizioni di ammissibilità. Va, infatti, tenuto presente, da un lato, che simile verifica, oltre a rientrare in una nozione di regolarità della procedura non limitata alla mera regolarità formale, è imposta dall'art. 173 comma 3, che continua (anche dopo il d.lgs. 169/2007, che anzi lo ha espressamente confermato riscrivendolo) a prevedere quale fattispecie di revoca dell'ammissione la mancanza, originaria o sopravvenuta, delle condizioni suddette; dall'altro lato, che la emersione procedimentale di circostanze tali da incidere negativamente sulla sussistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato -pur già positivamente valutata al momento dell'apertura della procedura- non è da ricollegare alla sola ipotesi di opposizioni di creditori o altri interessati, ben potendo circostanze siffatte risultare dagli atti compiuti nel periodo compreso tra l'apertura e la fase della omologazione (atti la cui conoscibilità ed utilizzabilità da parte del tribunale nulla autorizza a ritenere debba essere necessariamente mediata da una opposizione) ovvero essere portate alla cognizione del Tribunale dal parere motivato che il commissario giudiziale deve in ogni caso (e cioè a prescindere dalla scelta di costituirsi o meno nel giudizio omologatorio) depositare entro lo stesso termine fissato per la costituzione degli eventuali oppositori e che quindi rileva (nel senso che deve essere preso in considerazione dal tribunale) anche nel caso in cui nessuno dei legittimati (ivi compreso lo stesso commissario giudiziale) abbia formalizzato una opposizione alla omologazione”.

In questa prospettiva interpretativa lo strumento normativo del'art. 173 l.f. viene pertanto, utilizzato per procedere ad un ulteriore controllo in ordine alla fattibilità anche in fase di omologa, quanto “.... dagli atti della procedura o dal parere conclusivo del commissario emergano fatti non valutati in sede di apertura della procedura stessa”.

In tal caso si ritiene che il Tribunale “... non possa esimersi dalla valutazione della loro possibile incidenza sull'ammissibilità del concordato. Il che, tradotto in termini più generali, può anche esprimersi affermando che nell'oggetto del giudizio di omologazione è in ogni caso (siano state o meno proposte opposizioni) compresa la verifica della sussistenza attuale delle condizioni di ammissibilità del concordato, ivi compresa la fattibilità del piano. Altra questione, che qui non viene in rilievo come si vedrà, è quella concernente le forme procedurali attraverso cui si possa o si debba incanalare

l'eventuale esito negativo di simile verifica (se cioè esse siano sempre e solo quelle del giudizio di omologazione, che sembrerebbe consentire attività istruttoria solo in presenza di opposizioni, ovvero se a queste ultime vadano affiancate quelle del procedimento di revoca dell'ammissione ex art. 173 L.F.)”.

Va ricordato anche la pronuncia della Corte di Appello di Bologna⁵³ avente ad oggetto una fattispecie di mancata approvazione della proposta di concordato preventivo da parte dei creditori privilegiati di cui si prevedeva la non integrale soddisfazione; il tribunale ha affermato che in sede di omologa l'organo giudiziario è tenuto a verificare positivamente la fattibilità del piano di ristrutturazione, in quanto l'accertamento della maggiore utilità di concordato per la classe dissenziente, rispetto alle altre soluzioni concretamente praticabili, presuppone necessariamente ed indefettibilmente un piano di ristrutturazione attuabile e fattibile, e ciò comporta con evidente possibilità ed anzi doverosità di giudizio da parte del dell'autorità giudiziaria.

La Corte d'appello bolognese - dopo aver evidenziato che i concetti di “fattibilità” e di “convenienza” sono tra loro diversi, pur comportando entrambi un giudizio meramente probabilistico, e dopo aver precisato che il primo “... si riferisce all'attuabilità del piano di ristrutturazione proposto dalla ricorrente, mentre il secondo concerne la possibilità che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti vengono soddisfatti in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili” - sottolinea come “... quest'ultima valutazione presuppone comunque una verifica positiva della fattibilità del piano di ristrutturazione proposto. Risulta infatti evidente che, dovendosi esprimere una valutazione del piano rispetto ad altre vie praticabili, la proposta dell'impresa in crisi che non presenti serie prospettive di realizzazione non può essere ritenuta conveniente, proprio perché la sua stessa realizzazione non è ipotizzabile con sufficiente grado di certezza e questo impedisce ogni giudizio comparativo”.

In altre parole, secondo la Corte bolognese, “... l'accertamento della maggior utilità del concordato della classe dissenziente rispetto ad altre soluzioni (nel caso di specie il fallimento) presuppone necessariamente un piano di ristrutturazione prevedibilmente attuabile. Ne discende che non è condivisibile la tesi che limita in ogni caso l'indagine sulla fattibilità alla sola fase del'ammissione concordato o richiede l'emergere di circostanze nuove, poste in luce dalla relazione del commissario il mancato conseguimento della maggioranza all'interno della classe che manda in ogni caso il giudice dell'omologa di verificare la fattibilità della proposta e, nel

⁵³ Cfr. Corte di Appello di Bologna, 27 giugno 2006, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 661 ss.

caso di giudizio positivo su tale presupposto, la sussistenza dell'ulteriore presupposto della convenienza e cioè, lo si ripete, quale che sia la tesi ritenuta preferibile circa il reale contenuto del giudizio di omologazione al di fuori del dissenso di una o più classi". In quest'ultimo caso proprio perché del diritto di dissenzienti si discute non v'è dubbio che il tribunale dovrà entrare nel merito e non limitarsi ad una verifica formale del parere espresso dal professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 28, indicato dal penultimo comma dell'articolo 161 legge fallimentare, che in nessun caso potrà essere ritenuto sufficiente per risolvere il conflitto tra contrapposti diritti manifestatesi in sede di approvazione. Stesso parere del commissario non può essere ritenuto di per sé solo decisivo, nel senso voluto dalla società reclamate rimanendo comunque il giudicante investito di ogni potere inerente alla valutazione della fattibilità e della convenienza nel senso sopra richiamato".⁵⁴

A tali condivisibili soluzioni si è opposta quella corrente di pensiero che ha evidenziato come, in tali ipotesi, alla volontà dei creditori si sostituirebbe quella del Tribunale, tradendo, in definitiva, lo spirito della riforma.

In tale prospettiva – tuttavia - rimarrebbe esclusa la possibilità di effettuare una valutazione della convenienza della soluzione concordataria per i creditori, nonché della concreta fattibilità ed idoneità del concordato a soddisfare nella percentuale indicata dal debitore il Tribunale sarebbe tenuto solo ad una mera verifica delle maggioranze di cui al precedente articolo 177 legge fallimentare.

In altre circostanze si è ribadita la possibilità di effettuare da parte del tribunale un controllo in sede di omologa del concordato pur limitandolo ad un controllo formale in ordine all'esistenza di un valido consenso da parte dei creditori a seguito della proposta del debitore, lasciando pertanto la determinazione del contenuto di merito della proposta di concordato e la scelta in ordine alla sua adozione alla libera negoziazione delle parti.⁵⁵

Sempre in tale prospettiva si è affermato in giurisprudenza⁵⁶ che "... il consenso dei creditori rappresenta infatti oggi l'unico oggetto del sindacato giurisdizionale in sede di omologa alla luce della chiara prevalenza della natura contrattuale, privatistica del concordato, che pone al centro la volontà delle parti. Volontà espressa sulla base della proposta originaria e sul presupposto del successivo sindacato giurisdizionale, del giudizio di omologazione nel quale il Tribunale effettuava un controllo di legittimità e di

⁵⁴ Cfr. Corte di Appello di Bologna, 27 giugno 2006, cit.

⁵⁵ Cfr. Tribunale di Monza 28 settembre 2005.

⁵⁶ Cfr. Tribunale di Como, 22 luglio 2005, in *Il Fallimento*, 2006 pag. 287 ss.

merito. Controllo di merito che aveva ad oggetto, oltre che la meritevolezza, la convenienza del concordato e la serietà delle garanzie e la sufficienza dei beni ad assicurare ai creditori la percentuale concordataria promessa, con la conseguenza che l'omologazione doveva essere negata qualora nel corso del procedimento fossero venute meno le preesistenti condizioni di ammissibilità e/o convenienza. Indagine di merito, *rectius* di convenienza, oggi limitata alla particolare ipotesi in cui il debitore abbia effettuato la divisione dei creditori in classi: il Tribunale ha la possibilità di omologare il concordato anche se vi è stato il dissenso di alcune classi, quando è stato approvato dalla maggioranza delle classi medesime. Soltanto in questo caso infatti il Tribunale opera un giudizio di merito, di convenienza per accertare che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti siano soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. Controllo di merito venuto meno al di fuori della suddetta fattispecie nella nuova disciplina dato che, ripetersi, allo stato il Tribunale (in mancanza del pur minimo elemento che faccia supporre che l'oggetto del sindacato giurisdizionale sia più ampio) ha l'obbligo di omologare il concordato una volta che siano state raggiunte le maggioranze previste”.

Da parte dello stesso Tribunale – trattandosi di procedura che era iniziata nella vigenza della “abrogata” disciplina - ci si è tuttavia domandati se “... può ritenersi validamente espressa la volontà dei creditori basata com'era sul presupposto di un futuro controllo di merito del Tribunale, sindacato oggi limitato ad un controllo di mera legittimità formale del procedimento, di riscontro del raggiungimento della maggioranza prevista”, giungendo alla conclusione che “... l'unica possibilità per far salvi gli effetti della manifestazione di volontà dei creditori è quella di ritenere che nel caso di specie il Tribunale abbia ancora il potere-dovere di verificare il merito della proposta concordataria.”⁵⁷

In altre circostanze si è ribadita la possibilità di effettuare da parte del Tribunale un controllo in sede di omologa del concordato pur limitandolo ad un controllo formale in ordine all'esistenza di un valido consenso da parte dei creditori a seguito della proposta del debitore, lasciando pertanto la determinazione del contenuto di merito della proposta di concordato e la scelta in ordine alla sua adozione alla libera negoziazione delle parti.⁵⁸

⁵⁷ Cfr. Tribunale di Como, cit. pag. 288.

⁵⁸ Cfr. Tribunale di Monza 28 settembre 2005, in *Il diritto Fallimentare*, II, pag. 98 ss.

In quest'ultimo orientamento si colloca anche la Corte di Appello di Salerno⁵⁹, la quale ha affermato che "... ammettere che nella fase della omologa sia ancora possibile controllare e verificare la sussistenza delle originarie condizioni di ammissibilità, costituisce, un approccio metodologico ed interpretativo certamente incoerente con la *voluntas legis*, opportunamente ponderato l'inequivoco dato normativo sopra evidenziato di cui ai novellati - già nel 2005 - artt. 180 e 181 l.fall."

A tale conclusione la Corte campana giunge in quanto il nuovo concordato preventivo "... presenta una indubbia connotazione plurifasica, sviluppatasi attraverso quella della ammissibilità, della omologa e della esecuzione, sì da imporsi la necessità che i controlli propri di ciascuna fase siano esclusivi della fase stessa, al pari dei conseguenti esiti che, parimenti, risultano tipizzati e, come tali, non propriamente sovrapponibili. Così nel mentre, nella prima fase della ammissibilità, il potere di ingerenza risulta essere pieno, risultando pacifico che l'unica delibazione non emendabile ad opera del giudicante inerisca la sola convenienza economica della proposta (in termini Corte d'Appello di Bologna, decreto 18 giugno 2009), in quanto di prerogativa esclusiva del ceto creditorio, nella successiva fase della omologa il pieno controllo del Tribunale può riespandersi nella sola ipotesi in cui siano proposte opposizioni ovvero nel caso in cui sopraggiungano degli elementi di "novità", in quanto tali sottratti al preventivo contraddittorio delle parti".⁶⁰

A tale considerazione si aggiunge poi il fatto che "... nell'ultima fase della esecuzione l'intervento del Tribunale è possibile solo se sollecitato da un qualunque creditore ovvero dal Commissario Giudiziale, nei soli casi di inadempimento degli obblighi assunti, ovvero, parallelamente che per l'art. 173 l.fall., ricorrendo condizioni che necessitano di un intervento sanzionatorio (arg. artt. 138 e 186 l.fall.). Di converso, perorando la diversa tesi sostenuta dal Tribunale, ovvero sia che, in qualunque, momento della procedura, quindi, anche nella stessa fase della esecuzione del CP, è possibile accedere alla rivisitazione delle condizioni di ammissibilità già originariamente positivamente delibate, risultano, evidenti, non solo i potenziali e gravi danni economici che si potrebbero cagionare al proponente oltre che agli stessi creditori, quanto, anche, che si potrebbe incorrere in una indebita, quanto incoerente, sovrapposizione di ingerenze e controlli scarsamente dotata di riferimenti normativi. In buona sostanza, al di là degli

⁵⁹ Cfr. Corte di Appello di Salerno, 19 ottobre 2010, in *Il Fallimento*, 2011, pag. 338 e ss. con commento di Montanari, Sul regime impugnatorio della revoca dell'ammissione al concordato preventivo non seguita da dichiarazione di fallimento, *ivi*, pag. 341 ss.

⁶⁰ Cfr. Corte di Appello di Salerno *cit.*

interventi propriamente sanzionatori, la Corte ritiene che intanto è possibile accedere alla valvola di sicurezza di cui all'ultima proposizione dell'art. 173 l.fall., in quanto sopravvengano fatti nuovi, come tali non previamente sottoposti a giudizio di ammissibilità”.

La conclusione cui giunge la Corte di Appello di Salerno è pertanto nel senso che “... giammai sarà possibile accedere a cotale intervento sulla base della sola rivisitazione delle medesime condizioni legittimanti la procedura, se già preventivamente e positivamente esitate.Quindi, in assenza di opposizioni il tribunale che non abbia ricevuto informative da parte del Commissario Giudiziale concernenti i fatti gravi descritti nell'art. 173 l.fall. dovrebbe limitarsi ad una verifica della sola regolarità della procedura e dell'esito della votazione procedendo alla omologa con decreto. La necessità che ci si riferisca solo a motivi sopravvenuti lo si desume, dunque, oltre che dalla già evidenziata struttura plurifasica della procedura, quindi, per ragioni afferenti la stessa coerenza interna al sistema, anche, dal più generale principio di economicità e di affidamento processuale del proponente, a non vedere più rimeditati e ridiscussi, in carenza di sopravvenienze, gli intangibili esiti della precedente fase.”.

La Corte di Appello di Salerno individua anche le ulteriori ipotesi – oltre a quella di segnalazione da parte del commissario Giudiziale – che legittimerebbero un intervento del Tribunale, prevedendo che “... perché il tribunale possa addivenire al diniego dell'omologazione devono ricorrere due condizioni. La prima è che dichiarino di opporsi all'omologazione almeno un “controinteressato”, vale a dire uno o più creditori dissenzienti ovvero lo stesso commissario giudiziale, la cui legittimazione discende dall'essere questi parte necessaria del giudizio, in base a quanto previsto dal secondo comma dell'art. 180. La seconda condizione risiede nella circostanza che, nelle more fra votazione e fase della omologazione, siano emersi elementi tali da far ritenere che i creditori non abbiano espresso un consenso adeguatamente informato”.⁶¹

Pertanto da parte dei giudici di secondo grado si individua una vera e propria preclusione nei controlli del Tribunale in sede di omologa, precisando che “... debitamente coordinate le disposizioni in esegesi, deve ritenersi che, oltre ai rimedi ed ai controlli propri di ciascuna fase, per come tipizzati dal legislatore, la pur possibile capacità di riesplorazione del giudizio di ammissibilità, eventualmente sfociante in un decreto di revoca, non può che essere modulato sui concorrenti ma principali poteri di controllo e verifica di ciascuna fase procedimentale, che, dunque, costituiscono vere e

⁶¹ Cfr. Corte di Appello di Salerno cit.

proprie preclusioni non altrimenti emendabili se non ricorrendo le limitate ipotesi de residuo, per fatti nuovi e sopravvenuti, comunque, significativi e rilevanti nella complessiva economia della procedura, come tali giammai vagliati nella prima fase e, quindi, sottratti alla valutazione di convenienza del ceto creditorio”.

Come traspare dalle pagine che precedono, la prima delle numerose soluzioni giurisprudenziali proposte ci appare preferibile, anche se non ha trovato il conforto della giurisprudenza di legittimità che – come già ricordato - tende ad escludere una valutazione di “merito” fin dalla fase di ammissione.

Tale soluzione ci pare preferibile in quanto - alla luce della “nuova” configurazione del concordato preventivo, l’unica garanzia per i creditori in ordine alla serietà della proposta di concordato preventivo è rappresentata – almeno nella fase preliminare - dalla relazione del professionista, circostanza che porta a consentire – almeno alla luce della relazione conclusiva del Commissario Giudiziale – il potere di revoca del concordato.

Pertanto, qualora si volesse ritenere che il ruolo del Tribunale è ridotto a quello di mero certificatore dell’avvenuto raggiungimento delle maggioranze richieste dalla legge, è evidente come si renda necessaria una contemporanea “crescita culturale” dei creditori che, mentre in passato potevano confidare sulla presunta “serietà” di una proposta di concordato, in quanto la stessa aveva superato il controllo del G.D. e del Tribunale, attualmente possono confidare solo sulla correttezza deontologica del professionista che attesta la fattibilità del “piano”, sulla propria capacità critica nei confronti del piano stesso e sulla capacità del commissario giudiziale di valutare, nel breve tempo sua disposizione, la “reale” fattibilità del piano concordatario e nella capacità del medesimo di mettere in luce i “punti di criticità” del medesimo.

Pertanto nella prospettiva di una funzione meramente certificativa del Tribunale, al quale venga preclusa una valutazione della “fattibilità” del concordato in sede di omologa (valutazione che si tende ad precludere fin dall’ammissione), si tende ad attribuire a una maggiore valenza al ruolo del Commissario Giudiziale ed al contenuto della sua relazione: la relazione del commissario rappresenta – in tale prospettiva - il momento saliente della funzione informativa al fine di un reale “consenso informato”, in capo ai creditori, essendo generalmente indifferente alle sorti della procedura.

Ci si è ancora domandati – anche in tale prospettiva - se un potere di sindacabilità da parte del Tribunale possa sorgere nel caso in cui pur raggiunte le maggioranze, sia il commissario giudiziale che nella propria

relazione, esprima dubbi in ordine alla possibilità di far fronte a tutte le obbligazioni nascenti dal concordato.

In tale caso il Tribunale, pur in presenza del voto favorevole della maggioranza dei crediti, potrà rifiutare l'omologazione? E

La risposta tale quesito è direttamente collegata al problema già affrontato il commesso al ruolo che deve essere in generale riservato agli organi della procedura; in altre parole tale potere di controllo potrà configurarsi solo se si ritenga che nella nuova disciplina del concordato sia sopravvissuto un interesse pubblicistico per effetto del quale il Tribunale si affianca ai creditori che cerca di tutelare in presenza di scelte che possano danneggiarli; un generale potere di controllo sarà – al contrario - inconfigurabile nel caso in cui si aderisca alla soluzione “privatistica” o di “fuga dalla giurisdizione”, che pare aver ispirato il “nuovo concordato” e più in generale la nuova disciplina del fallimento.

La giurisprudenza di merito che ha affrontato il delicato argomento dopo il decreto correttivo, appare schierata nel senso di un pieno giudizio di fattibilità anche nella fase di omologazione nonostante il voto favorevole dei creditori.

Peraltro, come già ricordato, la giurisprudenza di legittimità⁶² si è espressa sul punto aderendo (parzialmente) alla tesi minoritaria nella giurisprudenza di merito; da parte della Corte di Cassazione, dopo aver premesso che “... la disciplina del concordato preventivo... appare ispirata da una esigenza di carattere fondamentale: garantire che i creditori siano messi in condizione di prestare il loro consenso con cognizione di causa, vale a dire che abbiano a manifestare un consenso informato e non viziato da una falsa rappresentazione della realtà”, si è poi precisato che “... se la veridicità dei dati da valutare al fine della manifestazione del consenso deve essere garantita soprattutto dal commissario giudiziale, come si ricava dalle disposizioni che lo riguardano, l'assolvimento del suo compito richiede - com'anche la necessità che la proposta di concordato sia seria e non abbia finalità meramente dilatorie - che la documentazione, prodotta dal debitore, che costituisce la base di partenza delle sue indagini e valutazioni, sia completa e soprattutto che possa essere inquadrata effettivamente nel tipo richiesto dal legislatore. Tale fondamentale esigenza richiede di verificare che la relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa sia aggiornata e che contenga effettivamente una dettagliata

⁶² Cfr. da ultimo Cass. Civ. sez. I, 14 febbraio 2011 n. 3586 cit., pag. 805 ss, con nota di Bottai, cit. *ivi*, pag. 810,

esposizione della situazione sia patrimoniale, sia economica, sia finanziaria dell'impresa; che lo stato analitico ed estimativo delle attività possa considerarsi tale e che la relazione del professionista attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, sia adeguatamente motivata indicando le verifiche effettuate, nonché la metodologia ed i criteri seguiti per pervenire alla attestazione di veridicità dei dati aziendali ed alla conclusione di fattibilità del piano”.

Alla luce di tali premesse i Giudici di legittimità rilevano che “... solo in tal modo il commissario giudiziale può essere messo in condizione di valutare criticamente detta documentazione e conseguentemente elaborare una relazione idonea a rendere possibile, da parte dei creditori chiamati a votare la proposta, la percezione quanto più esatta possibile della realtà imprenditoriale, della natura e delle dimensioni della crisi e di come la si intenda affrontare”, limitando, poi, in tale ambito “... il potere di controllo del Tribunale sulla proposta e sulla documentazione allegata, senza che possa sovrapporsi, nell'effettuare il controllo dei presupposti di ammissibilità, alla valutazione di fattibilità contenuta nella relazione del professionista allegata alla proposta e senza che possa effettuare accertamenti in ordine alla veridicità dei dati aziendali, che la legge riserva al commissario giudiziale, reagendo alla mancanza di veridicità con il prevedere, su denuncia obbligatoria da parte del commissario giudiziale, la sanzione della immediata revoca da parte del Tribunale del concordato”.

5. Il giudizio di “cram down”

La regola esplicita nel nuovo art. 180 l. fall., afferma che se il piano è stato approvato dai creditori, ma vi sono opposizioni il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il creditore opponente possa risultare meglio soddisfatto nel concordato preventivo rispetto alle alternative concretamente praticabili. La regola del *cram down* ha peraltro subito - pur nell'arco di pochi anni di applicazione - un drastico ridimensionamento, tanto che in dottrina si è parlato di “quasi abolizione del *cram down*”.

Nella formulazione previgente all'intervento correttivo del 2007 al tribunale era attribuito un giudizio di convenienza quando era chiamato a valutare come risolvere il conflitto di interessi tra classi di creditori alcune consenzienti, ed altre dissenzienti. Il Tribunale poteva disporre l'omologazione della proposta concordataria quando ritenesse sussistente

una soddisfazione delle classi dissenzienti in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabili.

A seguito della modifica attuata con il D. Lgs. N. 169/07 si prevede che per le procedure aperte dopo il 1 gennaio 2008 il tribunale nei concordati pluriclasse non possa omologare il concordato con dissenzienti qualora un creditore appartenne alla classe dei dissenzienti si opponga ed il Tribunale accerti che poteva essere meglio soddisfatto.

Il compito del Tribunale risulta - dunque - ora limitato alla verifica della convenienza del concordato per il creditore opponente, facendo riferimento o alla liquidazione concorsuale o ad un'altra proposta di concordato nel frattempo proposta.

Tale evenienza è descritta in dottrina⁶³ evidenziando come “la convenienza delle alternative concretamente praticabili sarà valutata solo con riferimento ai creditori oppositori, e non invece all’intera classe dissenziente, tanto meno il giudizio sarà esteso alle altre classi dissenzienti”.

A questo proposito va richiamato la problematica dei concordati c.d. “monoclasse” e le soluzioni fornite in giurisprudenza, in particolare dal Tribunale di Monza, a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale con l’ordinanza n. 98/2010.⁶⁴

Una definizione analitica ed approfondita anche in una prospettiva comparatistica dell’istituto di *cram down* è stata recentemente fornita proprio dal Tribunale di Monza.⁶⁵

Nell’ambito di una approfondita analisi dell’istituto, si è affermato che “... il concetto italiano di *cram down* prescinde da quello statunitense che consente al giudice di far “ingoiare” obtorto collo la soluzione concordata del *chapeater eleven* al dissenziente, se reputa l’intera procedura di interesse generale; la soluzione italiana permette di ignorare l’opposizione, introdotta esclusivamente da un dissenziente appartenente ad una classe dissenziente (ipotesi qui non ricorrente), ove sussista la dimostrazione ed il raggiungimento della convinzione che la soluzione soddisfattiva spettantegli non è peggiore rispetto a quanto il fallimento (inteso di regola come l’altra procedura sempre concretamente praticabile) gli assicurerebbe”.

⁶³ Cfr. Demarchi, “Prime considerazioni, in materia di concordato preventivo, sullo schema di riforma della riforma. Quale voto per i creditori privilegiati non soddisfatti integralmente?” in www.ilfallimentoonline.it.

⁶⁴ Cfr. Corte Costituzionale, ord. 2 marzo 2010, n. 98, in *Il Fallimento*, 2010, pag. 775, con commento di Catalozzi, *Il “classamento obbligatorio” nei concordati*, ivi, pag. 777.

⁶⁵ Cfr. Tribunale di Monza, 29 giugno 2010.

Secondo i giudici brianzoli, deve essere effettuata una comparazione consistente nella maggiore o minore convenienza per il soggetto della procedura concordataria, fra i risultati economici ottenibili col concordato con quelli desumibili da un fallimento ipotetico. Tuttavia, ricorda il tribunale, l'interesse che il creditore deve perseguire e può tutelare con il *cram down* "... è un interesse giuridico concreto, è l'aspirazione economicamente valutabile ad una percentuale più alta, ma non può essere semplicemente rappresentato dalla volontà di rimuovere la situazione contingente creata dal concordato ed in particolare dall'applicabilità, dopo la presentazione della domanda, delle norme di legge conseguenti, come il 51 o il 167 l.f.. La comparazione deve essere astratta, poiché la stessa non impone che il fallimento venga richiesto effettivamente, ma solo che sia una possibilità concretamente perseguibile".⁶⁶

Il Tribunale lombardo, quindi, ha rigettato l'opposizione all'omologazione osservando che "... Nel caso in esame il creditore ha quale reale interesse solo la rimozione della domanda di concordato, per poter considerare la propria iscrizione di ipoteca antecedente alla stessa e quindi idonea a far ritenere privilegiato il credito nel concorso. Non risulta, quindi che, in sede di *cram down*, la sua posizione avrebbe potuto essere valutata positivamente. D'Altra parte se la comparazione si svolge tra un fallimento dichiarato in ipotesi al momento del deposito della domanda di concordato, anche in quel momento la iscrizione della ipoteca giudiziale non vi sarebbe stata, quindi non vi sarebbe stata la possibilità concreta di un trattamento migliore. Esaminando la fattibilità del concordato, rafforzata dalla consegna effettuata in sede di omologa di garanzie del valore pari alle revocatorie che astrattamente nel fallimento il curatore avrebbe potuto esperire, si evince che alla banca opponente, intesa quale chirografario, spetta lo stesso identico trattamento offerto e garantito agli altri creditori chirografari. Non è stato posto in essere alcun trattamento discriminatorio e il creditore avrà diritto legittimamente al riparto di una percentuale del 13,59 % che le rafforzate garanzie ottenute dai commissari rendono pressoché certa (per percepire la convenienza per tutto il ceto creditorio oltre che per l'opponente, basti pensare alle postergazioni per oltre 2.949.705,27, subordinate alla omologa, oltre alle già citate 48 cambiali ipotecarie accese sui beni della **** per complessivi 1.160.000 euro, come si è già detto sostitutive dei beni alienati che, nel fallimento, avrebbero potuto essere ipoteticamente oggetto di revocatoria, con un alea di giudizio che le attuali cambiali escludono totalmente). Questi elementi rendono certa e conveniente la

⁶⁶ Cfr. Tribunale di Monza, cit.

esecuzione del concordato , quindi la fattibilità del piano inizialmente incerta è risultata confermata e rafforzata, come lo è anche la disponibilità dei mezzi per far fronte alla proposta avanzata in sede definitiva di ricorso ex art. 173 c.p.c.”.

Ulteriore potere che viene sicuramente riconosciuto dall’art. 180 l.f. al Tribunale è quello consistente nella possibilità di approvare - in ogni caso - il concordato, nonostante il dissenso di una o più classi di creditori, ove la proposta sia stata approvata dalla maggioranza delle classi e si ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.

Con riferimento a tale fattispecie la dottrina - in modo condivisibile - ha evidenziato come si tratti di una difficile valutazione prognostica, che “comporta la valutazione dell’attivo realizzabile e del passivo, quali emergono dagli elenchi dei creditori, dalla relazione del commissario, dalla documentazione offerta dal debitore, dalla contabilità dell’impresa, dalle risultanze dell’istruttoria esperita, anche avvalendosi dei poteri inquisitori di cui il giudice gode in materia di acquisizione delle prove”.

Non si vede, peraltro, come il Tribunale possa concretamente pervenire ad una approvazione nonostante il dissenso di una o più “classi” senza aver disposto una CTU e nominato un proprio consulente al fine di verificare la fattibilità del “piano” certificata – fino a quel momento - solo dal professionista incaricato dal debitore.

Va evidenziato come tale esigenza di “certezza” vada conciliata con i tempi ridotti per l’omologazione del concordato pari a sei mesi prorogabili solo per una volta di 60 giorni, anche se come osservato in dottrina, tale termine deve intendersi ordinatorio in quanto non potendosi concepire uno stallo della procedura e neppure un rigetto implicito, il superamento del termine non inciderà in alcun modo se non per l’eventuale responsabilità dei giudici che non hanno operato nel tempo massimo loro assegnato dalla legge.

Sempre da parte della dottrina si è affermato che nella versione viegente “ il cram down è nella sostanza svuotato rispetto agli originari modelli statunitensi e tedeschi”⁶⁷, in quanto “... 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

⁶⁷ Cfr. Giani, op. cit. pag. 11.

concordato, quale fissata dal decreto correttivo, pur risolvendo ogni confusione concettuale, ha *abrogato nei fatti il cram down*".⁶⁸

Osserva ancora tale autore, in una prospettiva critica, come "... 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 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'insolvenza".

⁶⁸ Cfr. Giani, op. cit. pag. 11. La citata dottrina evidenzia come "...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 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 opposenti".