

LA REVOCA DELL'AMMISSIONE AL CONCORDATO PREVENTIVO DOPO LE RIFORME DELLA LEGGE FALLIMENTARE (*)

DI PAOLO FELICE CENSONI

Sommario: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Gli atti di frode. – 3. Gli atti illegittimi compiuti durante la procedura. – 4. La mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato. – 5. Profili processuali della revoca del concordato preventivo.

1. Considerazioni introduttive

La revoca dell'ammissione al concordato preventivo, che è una delle ipotesi di interruzione di una procedura concordataria in corso¹, è disciplinata in modo specifico dall'art. 173 legge

(*) Contributo destinato, con i necessari adattamenti, a *Accordi e contratti nel diritto della crisi di impresa*, Trattato diretto da F. DI MARZIO-F. GUERRERA-F. MACARIO-U. TOMBARI, in corso di pubblicazione per i tipi di Cedam.

¹ Le altre sono, com'è noto, la mancata approvazione della proposta del debitore da parte dei creditori e la mancata omologazione della stessa da parte del tribunale; viene poi considerato un caso di revoca anche il mancato deposito nella cancelleria del tribunale della somma pari al 50% (ma comunque non inferiore al 20%) delle spese che si presumono necessarie per l'intera procedura, così come indicata nel decreto di apertura del procedimento (o dal giudice delegato) a norma dell'art. 163, 2° comma, n. 4 legge fall.; infatti, il terzo comma di quest'ultima disposizione richiama espressamente il primo comma dell'art. 173 legge fall. (e indirettamente anche il secondo comma), imponendo al commissario giudiziale di riferirne immediatamente al tribunale; anche in questo caso, quindi, la revoca non è automatica, né immediata, dovendo adottarsi il procedimento disciplinato nell'art. 15 legge fall., durante il quale – a mio avviso – nulla impedisce al debitore di provvedere, sia pure tardivamente, al menzionato deposito.

Più recentemente l'art. 173 legge fall. è stato richiamato anche dall'ultimo cpv. dell'art. 186-*bis* legge fall. (introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134), per l'ipotesi che nel corso di una procedura con “continuità aziendale” l'esercizio dell'attività d'impresa cessi

fall., secondo cui “il commissario giudiziale, se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell’attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d’ufficio il procedimento per la revoca dell’ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. All’esito del procedimento, che si svolge nelle forme di cui all’articolo 15, il tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell’articolo 18. Le disposizioni di cui al secondo comma si applicano anche se il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell’articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori, o se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l’ammissibilità del concordato”².

Tale norma, che da sempre costituisce un pilastro della disciplina concordataria³, non si limita a sanzionare determinati

o risulti manifestamente dannoso per i creditori (salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato).

² Va peraltro osservato che nel maxi-emendamento governativo al c.d. disegno di legge Caruso del dicembre 2004 (che ha in qualche modo ispirato la legge delega del maggio 2005), per l’ipotesi che gli organi della procedura avessero rilevato il compimento di qualcuno degli atti indicati nell’art. 173 legge fall., era previsto il conferimento al tribunale, prima che si procedesse alla dichiarazione di fallimento, del potere di “affidare al commissario giudiziale l’amministrazione dei beni del debitore e l’esercizio dell’impresa” (analogamente a quanto in precedenza stabilito per l’amministrazione controllata dall’art. 191 legge fall.); nonché il conferimento al commissario giudiziale del potere di “apportare al concordato le modifiche conseguenti agli accertamenti di cui al primo comma” o di presentare istanza di fallimento; e il tribunale, se il concordato non era più “praticabile”, poteva sempre revocare il proprio provvedimento di ammissione e procedere alla dichiarazione di fallimento, che così da automatica sarebbe diventata semiautomatica.

Tuttavia, questa proposta (pur recepita nello schema di d.lgs. predisposto dal Ministro dell’Economia nel luglio del 2005) non fu accolta nel d.lgs. n. 5 del 2006, nel quale il testo dell’art. 173 legge fall. restò immutato rispetto al passato; e neppure oggi l’amministrazione del patrimonio del debitore può essergli coattivamente sottratta nel corso del concordato (salvo quanto si dirà con riferimento al richiamo all’art. 15 legge fall. contenuto nel testo vigente della norma sopra citata).

³ “Chiave di volta del sistema” la definisce GALLETTI, *La revoca dell’ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 730 ss., *ivi* a p. 745; “norma nevralgica” la definisce FAUCEGLIA, *Revoca*

comportamenti del debitore concordatario posti in essere sia anteriormente (nel primo comma), sia posteriormente (nel terzo comma) all'apertura del procedimento, ma – come si può agevolmente constatare – consente al tribunale di valutare la permanente sussistenza delle “condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato” (o, se si preferisce, dei “presupposti per l'ammissione alla procedura”, ai quali è dedicata la stessa rubrica dell'art. 160 legge fall.), che possono essere del tutto indipendenti da quei comportamenti, finendo tuttavia per rendere particolarmente difficoltoso, sotto diversi profili (compreso quello che riguarda il giudizio di “fattibilità” del piano concordatario), il compito di tracciare la linea di confine fra autonomia privata e controllo giurisdizionale nel concordato preventivo⁴.

Una lettura anche superficiale del testo induce con immediatezza ad un paio di riflessioni, dalle quali non sembra potersi prescindere per individuare la finalità della norma dopo le recenti riforme della legge fallimentare.

Per quanto riguarda la disposizione contenuta nel primo comma (che – come detto – si riferisce a comportamenti riprovevoli del debitore tenuti anteriormente alla presentazione della domanda di concordato), non può non sorprendere l'apparente contraddizione fra la stessa e la conclamata eliminazione, rispetto al passato, di qualunque valutazione della “meritevolezza” del debitore in occasione del giudizio di omologazione⁵.

dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* (diretto da FAUCEGLIA-PANZANI), vol. III, Torino, 2009, p. 1691 ss., *ivi* a p. 1691.

⁴ Sulla quale cfr. CENSONI, *Autonomia negoziale e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* (a cura di DI MARZIO-MACARIO), Milano, 2010, p. 493 ss.

⁵ Che ha indotto GALLETTI, *La revoca*, cit., p. 731 s. ad affermare sia che il nuovo concordato preventivo consentirebbe al debitore “di mantenere abbastanza saldamente il controllo dell'operazione, e di evitare praticamente sempre la stigmatizzazione del proprio comportamento illegale precedente l'ammissione, anche in forza dell'infelice formulazione e di una discutibile e restrittiva prassi applicativa dell'art. 236 l. fall.”; sia che a lungo termine “la continua e prolungata constatazione dell'abuso nei concordati non può che produrre effetti deleteri sul piano economico, disincentivando ed aumentando i costi delle transazioni commerciali, oltre che diminuendo il prestigio dell'Autorità Giudiziaria e così la fiducia nelle Istituzioni”: affermazioni curiose che, per un verso, sono decisamente smentite proprio dalla perdurante sopravvivenza alla riforma della disposizione qui esaminata, la quale anche da sola sarebbe sufficiente ad impedire “l'abuso” dello strumento concordatario; e, per un altro verso, sono contraddette

Per quanto riguarda poi la disposizione contenuta nel terzo comma (che invece si riferisce a fattispecie posteriori alla presentazione della domanda di concordato), un particolare rilievo sistematico, per comprendere la natura degli effetti che si producono sul patrimonio del debitore con l'apertura del concordato (in relazione ai quali si suole parlare, in dottrina e in giurisprudenza, di spossessamento attenuato, per distinguerlo da quello fallimentare), deve essere attribuito al collegamento che essa pone con il secondo comma dell'art. 167 legge fall., laddove è stabilito che il compimento da parte del debitore di un atto di straordinaria amministrazione non autorizzato dal giudice delegato obbliga il tribunale a revocare il concordato ed eventualmente a dichiarare il fallimento (ove ne venga fatta istanza)⁶, senza alcun margine di discrezionalità in relazione al grado di convenienza dell'atto compiuto.

Dottrina e giurisprudenza sembrano sostanzialmente concordi nell'affermare che gli atti di straordinaria amministrazione compiuti dal debitore concordatario senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato sono inefficaci anche nel fallimento consecutivo, indipendentemente dall'esercizio delle azioni revocatorie⁷, o perché tout court in frode alla legge⁸; o per con-

dai dati statistici, dai quali è agevole desumere che di detto strumento gli imprenditori continuano a fare un uso alquanto limitato, certamente superiore rispetto al passato, ma inferiore alle aspettative del legislatore, che infatti, dopo la riforma, è dovuto intervenire ripetutamente, fino al più recente d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134, anche per superare talune (rilevanti) incertezze interpretative su molti aspetti della relativa disciplina.

⁶ Salva l'ipotesi marginale che al momento della decisione non risulti (o non risulti più) l'insolvenza dell'impresa in concordato ovvero la natura commerciale della stessa (è, infatti, in relazione a tale ipotesi marginale che una parte della dottrina in passato ha contestato l'automaticità della conversione ex art. 173 legge fall., oltre che – più recentemente – in relazione ad una presunta diversità ontologica fra “stato di crisi” e stato di insolvenza, peraltro smentita dall'introduzione del secondo (ora terzo) comma dell'art. 160 legge fall. ad opera dell'art. 36 d.l. 30 dicembre 2005, n. 273).

⁷ Cfr. fra gli altri ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVI, Milano, 1967, p. 273 ss.; BONSIGNORI, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca alla legge fall.* (a cura di BRICOLA-GALGANI-SANTINI), Bologna-Roma, 1979, sub art. 173, p. 311; e sub art. 186, pp. 519 s. e 523; cfr. anche Cass., 25 giugno 2002, n. 9262, in *Foro it.*, 2002, I, p. 3074; nel senso che l'inefficacia relativa di cui all'art. 167 legge fall. non inficia la validità dell'atto, ma opera esclusivamente a favore dei creditori, unici legittimati a farla valere, cfr. Cass., 5 luglio 2004, n. 12286, in *Mass. Giur. it.*, 2004; e Cass., 26 giugno 2001, n. 8739, in *Fallimento*, 2002, p. 817, che ha escluso comunque la legittimazione del debitore; occorre, tuttavia, aggiungere

formità allo stesso effetto che si determina per gli atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento (art. 44 legge fall.)⁹; o per un'esigenza di economia processuale¹⁰; o, infine, perché l'inefficacia non può essere fatta valere dal creditore se non in funzione dell'esercizio di azioni esecutive, che la presentazione della domanda di concordato impedisce d'iniziare o di proseguire¹¹.

Dato tale collegamento fra l'art. 173 e l'art. 167 legge fall. la sanzione dell'inefficacia in realtà può realizzarsi solo in quanto si passi dal concordato al fallimento (mentre, se il concordato è revocato senza ulteriori provvedimenti, con la chiusura di ogni procedimento concorsuale l'atto, già inefficace, può espandere i suoi effetti nei confronti di tutti i creditori); e di conseguenza – analogamente a ciò che accade nel fallimento – l'inopponibilità relativa (e “reale”) dell'atto illegittimo è diretta o ad assicurarne l'oggetto alla espropriazione forzata e, quindi, alla liquidazione fallimentare; o ad impedire l'assunzione di obbligazioni che avrebbero l'effetto di ampliare il numero dei creditori concorrenti sul patrimonio del debitore; o a tutelare la par condicio creditorum, impedendo il soddisfacimento preferenziale di un creditore (concorsuale) ai danni degli altri; e poiché ogni elemento del patrimonio del debitore concordatario è astrattamente suscettibile di essere oggetto di un atto di ordinaria o di straordinaria amministrazione, anche nel concordato quel patrimonio deve ritenersi sottoposto nel corso del procedimento ad un vincolo specifico di destinazione al soddisfacimento dei creditori, vincolo diretto a legarsi con quello conseguente alla dichiarazione di fallimento, al quale trasmettere l'inefficacia dell'atto illegittimo (quasi che si trattasse di un'anticipazione degli effetti patrimoniali del fallimento).

Quest'ultima conclusione inoltre è ulteriormente confermata dal richiamo espresso all'art. 45 legge fall. aggiunto nell'art. 169 legge fall. dal d.lgs. n. 5 del 2006: se si riconosce, con l'interpretazione tuttora prevalente, che la disposizione dell'art.

che, una volta dichiarato il fallimento a norma dell'art. 173 legge fall., la legittimazione a far valere quella inefficacia non può spettare ad altri che al curatore fallimentare, trattandosi di un'azione di massa.

⁸ Cfr. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, Milano, 1974, p. 2254.

⁹ Cfr. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1997, p. 347.

¹⁰ Cfr. ancora BONSIGNORI, *Concordato cit.*, p. 311.

¹¹ Cfr. ancora ANDRIOLI, voce *Fallimento (dir. priv.) cit.*, p. 272.

45 legge fall. avrebbe per scopo quello di estendere alla materia fallimentare le norme dettate dal codice civile a proposito degli effetti del pignoramento (artt. 2914 ss.), conducendo, insieme all'art. 44 legge fall. (corrispondente all'art. 2913 c.c.), all'equipollenza di pignoramento e sentenza dichiarativa di fallimento¹², l'applicazione diretta della medesima norma nel concordato preventivo consente di ammettere che i creditori anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese possano beneficiare di una tutela simile a quella predisposta dal codice civile per il creditore pignorante nell'ambito dell'esecuzione ordinaria¹³: una tutela cioè realizzata mediante l'imposizione sui beni del patrimonio del debitore concordatario di un vincolo specifico di destinazione di essi al soddisfacimento dei creditori concorsuali.

Naturalmente è legittimo domandarsi quale senso mantenga anche dopo la riforma la previsione di un'interruzione del concordato preventivo a causa del compimento da parte del debitore di un atto di straordinaria amministrazione privo dell'autorizzazione scritta del giudice delegato, se poi, a seguito della revoca del concordato e in assenza di una successiva dichiarazione di fallimento, quell'atto finisce per estendere i suoi effetti nei confronti di tutti i creditori in conseguenza del ritorno in bonis del debitore, in una situazione di crisi (o di insolvenza) conclamata, idonea a costituire per se stessa grave pregiudizio per la massa dei creditori¹⁴.

Al di là delle aporie alle quali si è accennato, la norma tuttavia continua a presentare ancora oggi una finalità comune a tutte le fattispecie (tipiche e atipiche) previste nel primo e nel ter-

¹² In senso critico cfr. però COLESANTI, *Fallimento e trascrizione delle domande giudiziali*, Milano, 1972, p. 153 ss., per il quale, nell'assumere la qualità di terzo, il curatore va ricondotto talora al modello del pignorante e talora dell'acquirente, secondo che per l'opponibilità all'uno o all'altro sia necessaria una determinata formalità.

¹³ Nel senso che a tale conclusione potesse giungersi anche in passato, pur in assenza di un richiamo espresso, cfr. CENSONI, "Formalità" necessarie per rendere gli atti opponibili ai terzi e concordato preventivo, in *Giur. comm.*, 1992, II, p. 399 ss.

¹⁴ E a poco varrebbe l'obiezione che a ciascuno di loro la legge consente comunque di essere informato della violazione e di presentare un'istanza di fallimento in pendenza dell'istruttoria sulla revoca del concordato (assoggettata alle stesse forme di quella prefallimentare); è comprensibile, infatti, una certa riluttanza dei creditori concorsuali ad esporsi, nell'interesse della massa, ad iniziative spesso costose, prive di garanzie di prededucibilità nel fallimento consecutivo delle relative spese giudiziali.

zo comma, imponendo al debitore concordatario, che intenda accedere alla procedura e condurre in porto l'esperimento di salvataggio, vincoli di correttezza di comportamento e di rispetto delle regole.

E' dunque sulla maggiore o minore estensione di quei vincoli che, dopo la riforma del diritto fallimentare, dottrina e giurisprudenza sono chiamate a riflettere¹⁵, come ora verificheremo esaminando più da vicino le singole fattispecie individuate nella disposizione in esame.

2. Gli atti di frode

Come detto in precedenza, l'art. 173 legge fall. considera fattispecie rilevanti ai fini della revoca del concordato preventivo

¹⁵ Evitando animose, ma spesso improduttive, contrapposizioni ideologiche sulle scelte operate dal legislatore della riforma nella direzione di un ampliamento del ruolo dell'autonomia privata nella gestione della crisi di impresa a discapito di quello del giudice; d'altra parte, che il legislatore, escludendo la rilevanza della meritevolezza del debitore per l'accesso alla soluzione concordataria, abbia fatto "una scelta assolutamente netta che è quella di far prevalere l'interesse dei creditori alla soluzione della crisi dell'impresa per loro più conveniente in una certa situazione data", è stato recentemente affermato anche dalla Corte di cassazione, nella sentenza 23 giugno 2011, n. 13817 (e in quelle di pari data nn. 13818 e 13819), in *Fallimento*, 2011, p. 933 ss., con nota adesiva di AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*; in *Dir. fall.*, 2012, II, p. 348, con nota di VECCHIONE, *Fattibilità del piano concordatario e "altri atti di frode"*; in *Giust. civ.*, 2011, I, p. 1673 ss.; e in *Giur. it.*, 2012, p. 81 ss., con nota critica di TEDOLDI, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano e l'art. 173 l. fall. nel concordato preventivo: la Cassazione e il "cigno nero"* [nella fattispecie si discuteva dell'avvenuta stipulazione, anteriormente alla presentazione della proposta di concordato, di atti di disposizione del patrimonio idonei a pregiudicare le aspettative di soddisfacimento dei creditori, consistenti in una serie di contratti (chiaramente indicati nella domanda, ma) che la Corte di merito aveva giudicato in frode in quanto, per la loro durata, avrebbero scoraggiato l'acquisto degli immobili oggetto della cessione ai creditori]: secondo la Suprema Corte "non rileva attraverso quali operazioni l'impresa si trovi in una certa situazione patrimoniale ma ciò che conta è il giudizio che i creditori danno del loro interesse a fronte di una situazione di fatto e della valutazione di convenienza che gli stessi compiono della soluzione proposta rispetto all'alternativa fallimentare con ciò che questa comporta in relazione alla possibilità di revoca (nella fattispecie pacificamente insussistente) o di annullamento degli atti in ipotesi maggiormente dannosi" (la sentenza n. 13818 è pubblicata anche in *Dir. fall.*, 2012, II, p. 219, con nota di D'AMBROSIO, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del piano concordatario e sugli "altri atti di frode" ai sensi dell'art. 173 legge fallim.*

gli “atti in frode” (primo comma) “o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori” (terzo comma); nonostante la diversità delle espressioni usate non vi è dubbio che esse abbiano ad oggetto identici comportamenti del debitore e che pertanto anche per le fattispecie del primo comma l’attività fraudolenta deve essere stata indirizzata a ledere in modo specifico gli interessi dei creditori.

Ugualmente è affermazione comune che il sipario che divide i comportamenti fraudolenti del primo comma da quelli del terzo comma sotto il profilo temporale è costituito dal decreto di apertura del concordato preventivo: e in effetti la disposizione del terzo comma riguarda espressamente atti compiuti dal debitore “durante la procedura”, la quale ha inizio con quel decreto, trovando ulteriore conferma nel richiamo ivi contenuto all’art. 167 legge fall. per gli atti di straordinaria amministrazione non autorizzati dal giudice delegato.

Sembrerebbe, quindi, inevitabile riferire gli “atti in frode” di cui al primo comma non solo a quelli compiuti in un momento anteriore all’apertura del procedimento, ma anche a quelli compiuti medio tempore fra la presentazione della domanda e il provvedimento del tribunale, cioè nel corso della c.d. istruttoria preconcordataria; per questi ultimi, tuttavia, qualche dubbio potrebbe ragionevolmente porsi dopo che il d.l. n. 83 del 2012 ha dettato (nel settimo comma dell’art. 161 legge fall.) una diversa e specifica disciplina degli effetti prodromici del concordato preventivo (cioè di quelli derivanti dalla presentazione del ricorso introduttivo, anche se con riserva o “in bianco”), relativamente ai poteri di amministrazione del debitore; tuttavia, indipendentemente dal riferimento al primo piuttosto che al terzo comma dell’art. 173 legge fall., è preferibile affermare che l’atto compiuto dal debitore medio tempore comunque non deve rientrare fra quegli “atti di frode” o comunque “diretti a frodare le ragioni dei creditori” che, una volta scoperti dopo l’inizio del procedimento, possono dar luogo all’interruzione di questo e all’eventuale dichiarazione di fallimento.

Peraltro, assai più incerto è stabilire a ritroso il limite temporale della rilevanza dei comportamenti fraudolenti tenuti dal debitore prima della presentazione della domanda, essendo astrattamente possibile – in mancanza di qualunque indicazione da parte del legislatore – prendere in considerazione tutti quelli compiuti in precedenza, anche in epoche remote; o tutti quelli

causalmente ricollegabili con la genesi dello stato di crisi o di insolvenza; o solo quelli compiuti quando il debitore era già in stato di crisi o di insolvenza; o solo quelli comunque ricollegabili con la presentazione della domanda di concordato (o consistenti nella stessa presentazione della domanda di concordato, magari “con riserva”), con progressiva riduzione dei rischi di interruzione della procedura; e la scelta evidentemente non può prescindere dalla ratio complessiva della norma e, conseguentemente, da una più ampia valutazione degli obiettivi che il legislatore della riforma si è prefissato con le modifiche introdotte alla disciplina concordataria, in direzione (non di maggiori vincoli nell’applicazione dell’istituto, ma al contrario) di una maggiore facilitazione all’accesso agli strumenti di soluzione delle crisi alternativi al fallimento, come confermato anche dai più recenti provvedimenti in materia (fra i quali in particolare il d.l. n. 83 del 2012)¹⁶.

Quanto alle singole fattispecie che possono innescare il giudizio di revoca, il primo comma della norma in esame ne elenca innanzitutto alcune in modo specifico: 1) l’occultamento o la dissimulazione di parte dell’attivo; 2) la dolosa omissione di denuncia di uno o più crediti (rectius debiti)¹⁷; 3) l’esposizione di passività insussistenti.

E’ opportuno ricordare che a norma degli artt. 186, 5° comma e 138, 1° comma legge fall. la dolosa esagerazione del passivo e la sottrazione o la dissimulazione di una parte rilevante

¹⁶ Non posso quindi condividere quanto affermato da GALLETTI, *La revoca* cit., p. 745, secondo cui “l’utilizzo accorto dell’art. 173 l. fall. sembra poter superare alle gravi carenze del nuovo sistema concorsuale, ed all’improvvido indebolimento di tutti gli strumenti volti a stigmatizzare le condotte scorrette dell’imprenditore, alla base della genesi dell’insolvenza”; in realtà la norma in esame non è avulsa dal sistema, né può essere utilizzata come grimaldello per scardinare l’impianto della riforma dell’istituto, che ne impone un’interpretazione (diversa dal passato) che sia coerente con la volontà del legislatore di facilitarne l’accesso agli imprenditori, ancorché immeritevoli, e di lasciare fondamentalmente ai creditori la decisione relativa all’esito dell’esperimento concordatario, salvo limitate eccezioni; eccessivamente esuberante (e infelice) mi sembra poi l’apparente rammarico manifestato dall’Autore (a p. 746) a proposito della assenza, da parte della giurisprudenza, di “furore applicativo” (eguale al “rigore delle declamazioni nelle massime”) nell’imporre al debitore di “mettere a disposizione del concordato tutti i propri beni; addirittura i beni dei soci illimitatamente irresponsabili”.

¹⁷ Non si tratta propriamente di “crediti” del fallito, ma di suoi debiti, come giustamente nota T.E. CASSANDRO, *I provvedimenti immediati*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali* (diretto da APICE), vol. III, Torino, 2011, p. 280 ss., *ivi* p. 312 s.

dell'attivo costituiscono altrettante cause di annullamento del concordato preventivo (così come di quello fallimentare).

Fra le disposizioni di cui sopra (artt. 173 e 138 legge fall.) non vi è completa identità: “occultamento” e “sottrazione” esprimono concetti diversi; la dissimulazione di una parte dell'attivo, ai fini dell'annullamento, deve essere “rilevante”, mentre ai fini della revoca ciò non è espresso in modo specifico; la dolosa omissione di denuncia di uno o più crediti è causa di revoca, ma non di annullamento; anche l'esposizione di passività insussistenti, da cui derivi un'esagerazione del passivo, ai fini dell'annullamento deve essere “dolosa”, mentre ai fini della revoca ciò non è espresso in modo specifico.

D'altra parte è difficile negare che i comportamenti suscettibili di condurre all'annullamento di un concordato, pur approvato dai creditori e omologato dal tribunale, siano altrettanto suscettibili di condurre, prima ancora, alla revoca dello stesso; cosicché anche la sottrazione (e non solo l'occultamento) di una parte dell'attivo costituirà motivo di revoca; e ugualmente lo costituirà l'esagerazione del passivo, non dipendente semplicemente da esposizione di passività insussistenti.

Neppure è superfluo ricordare che le fattispecie sopra menzionate a loro volta dovrebbero essere confrontate con quelle di rilevanza penale previste dall'art. 216, 1° comma, n. 1, richiamato dall'art. 223, a sua volta richiamato dall'art. 236, 2° comma legge fall. per il concordato dell'imprenditore collettivo (la distrazione, l'occultamento, la dissimulazione di parte dell'attivo o l'esposizione di passività inesistenti)¹⁸; o ancora dall'art. 236, 1° comma legge fall. (l'attribuzione di attività inesistenti, la simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti); cosicché il pubblico ministero, una volta reso edotto del loro compimento (e dell'avvio del giudizio di revoca del concordato: art. 173, 1° comma, ultima parte legge fall.) non potrebbe sottrarsi alla presentazione di una “richiesta” di fallimento, ai fini di cui agli artt. 238 e 173, 2° comma l. fall.

Comunque è condivisibile l'osservazione che quei comportamenti del debitore presentano, quale minimo comun denominatore, un indubbio legame con la presentazione della domanda di concordato, come, ad esempio, può affermarsi per

¹⁸ Mentre la distruzione o la dissipazione di parte dell'attivo non sono menzionate né nell'art. 173, né nell'art. 138 legge fall.

l'occultamento o la dissimulazione di parte dell'attivo (indipendentemente dai motivi che possono aver indotto il debitore a compierli), non tanto perché finirebbero per diminuire la garanzia patrimoniale dei creditori – dato che l'argomento, sicuramente efficace nel caso di cessione dei beni, lo sarebbe molto meno in altre forme di concordato, ad esempio con garanzia o con assunzione da parte di un terzo o con ristrutturazioni societarie¹⁹ – quanto per il motivo che ai creditori verrebbero sottratte informazioni utili ad esprimere un corretto giudizio sulla convenienza della proposta concordataria rispetto all'ipotesi fallimentare²⁰.

Va semmai avvertito che nella prospettiva della correttezza dell'informazione dei creditori, volendo coordinare la disposizione in esame (almeno) con quella dell'art. 138, 1° comma legge fall., non qualunque sottrazione o dissimulazione (od occultamento) potrebbe giustificare la revoca del concordato sotto il profilo oggettivo, dovendo trattarsi di una parte "rilevante" dell'attivo o di un cespite di valore rilevante, tale cioè da modificare sensibilmente la valutazione di convenienza affidata ai creditori medesimi in relazione al giudizio comparativo che costoro sono chiamati a compiere fra differenti prospettive di soddisfacimento (nel concordato e nel fallimento)²¹.

Deve trattarsi in ogni caso di fatti certi e non ragionevolmente contestati o contestabili o passibili di differenti e legittime valutazioni od opinioni, anche in considerazione del carattere formalmente sommario dell'accertamento, che processualmente adotta le "forme di cui all'art. 15" (art. 173, 2° comma legge fall.) e non può avvalersi di una piena tutela giurisdizionale dei diritti e delle aspettative del debitore concordatario²².

¹⁹ In questo senso cfr. anche T.E. CASSANDRO, *I provvedimenti* cit., p. 311.

²⁰ In questo senso mi pare anche GALLETTI, *La revoca* cit., p. 747.

²¹ La valutazione dei comportamenti del debitore in termini di "rilevanza" ritorna puntualmente anche con riferimento alla risoluzione del concordato preventivo, per la quale – a norma dell'art. 186, 2° comma legge fall., l'inadempimento alle obbligazioni concordatarie non deve avere "scarsa importanza"; nel senso, invece, che la lettura della norma in esame debba essere "tale da abbracciare ogni genere di atto distrattivo commesso dal debitore" cfr. TEDOLDI, *Il sindacato giudiziale* cit., p. 94.

²² Infatti, nel caso in cui alla revoca del concordato non segua la dichiarazione di fallimento per mancanza della relativa istanza, non è chiaro – come vedremo – quale strumento di impugnazione spetti al debitore concordatario; e nel caso in cui alla revoca segua la dichiarazione di fallimento, è vero che il debitore ha la possibilità di esperire il reclamo alla corte d'appello a norma dell'art. 18 legge

Occorre poi osservare che a norma del secondo comma dell'art. 161 legge fall. il debitore deve presentare con il ricorso, fra l'altro, sia una "aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa" (lett. a), sia uno "stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori" (lett. b); e che a norma del terzo comma la relazione del professionista qualificato e indipendente (designato dal debitore) deve attestare innanzitutto la "veridicità dei dati aziendali", che costituisce una precondizione della procedura in esame; conseguentemente la sottrazione o la dissimulazione (o l'occultamento) di una parte dell'attivo, così come le altre fattispecie tipiche indicate nel primo comma dell'art. 173 legge fall. (dolosa omissione di denuncia di uno o più crediti, esposizione di passività insussistenti), confliggendo evidentemente con la veridicità dei dati aziendali²³, potrebbero emergere anche sotto il profilo della mancanza delle "condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato", che ne costituisce autonomamente una causa di revoca²⁴.

La norma in esame non menziona espressamente l'ipotesi inversa rispetto a quella dell'occultamento o della dissimulazione di parte dell'attivo, quando il debitore "al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo, siasi attribuito attività inesistenti": ciò che costituisce fattispecie di reato a norma dell'art. 236, 1° comma l. fall.)²⁵.

Qui l'attribuzione di attività inesistenti non può avere altra finalità che quella di ingannare (prima ancora che i creditori) il

fall. e poi eventualmente il ricorso per cassazione; ma, anche qualora risulti vincitore in detti giudizi, il ritorno in sede concordataria dopo la lunga parentesi comunque vedrebbe compromesse irreversibilmente le possibilità di realizzare in concreto il vecchio piano concordatario, elidendo di fatto il suo diritto al concordato, pur processualmente riconosciuto e accertato; tutto ciò dovrebbe indurre il giudice fallimentare a muoversi con estrema prudenza in sede di revoca, abbandonando qualunque "furore applicativo" (auspicato – come si è constatato – da qualche Autore).

²³ Così che – se conosciute dal tribunale prima dell'ammissione alla procedura – ben avrebbero potuto determinare la reiezione della domanda, ove non modificata tempestivamente dal debitore.

²⁴ E potrebbe comportare anche una responsabilità del professionista attestatore che non abbia operato con la necessaria diligenza.

²⁵ E che inevitabilmente comporta anche una corresponsabilità del professionista attestatore, soprattutto dopo l'introduzione nella legge fall., ad opera del d.l. n. 83 del 2012, dell'art. 236-bis sul "falso in attestazioni e relazioni".

tribunale, per consentire al debitore di beneficiare degli effetti moratori del concordato, sia pure solo per qualche tempo²⁶.

In ogni caso l'esposizione di attività inesistenti (qualunque sia il contenuto della proposta concordataria) costituisce (oltre che una fattispecie di reato) sia un "atto di frode"; sia un atto confliggente con la "veridicità" dei dati aziendali e quindi autonomamente valutabile, ai fini della revoca, sotto il profilo della mancanza delle "condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato".

Inutile aggiungere che l'asserita inesistenza del cespite nel patrimonio del debitore non deve essere semplice frutto di considerazioni valutative od oggetto di situazioni litigiose, come può accadere, ad esempio, con riferimento ad un credito vantato dal debitore concordatario, ma contestato dal terzo; o alla differente determinazione del "valore presumibile di realizzazione" di taluni crediti²⁷.

Quanto alla dolosa omissione di denuncia di uno o più crediti (rectius debiti)²⁸ la ragione della sanzione è stata comunemente individuata nel vulnus arrecato alla correttezza della rappresentazione del passivo o nel fatto che la scoperta di nuove passività²⁹ potrebbe determinare una riduzione delle percentuali offerte ai creditori e, quindi, un inadeguato livello di soddisfazione³⁰, anche in chiave comparativa rispetto alla liquidazione.

²⁶ Dal momento che l'inesistenza di uno o più cespiti, successivamente all'ammissione, non può non essere rilevata dal commissario giudiziale, che comunque deve redigere l'inventario del patrimonio del debitore, magari facendosi assistere nella valutazione dei beni da uno stimatore (art. 172 legge fall.); e non può non condurre alla revoca del concordato.

²⁷ In questo senso condivido le osservazioni di FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedura concorsuali* (diretto da FAUCEGLIA-PANZANI), vol. III, Torino, 2009, p. 1691 ss., *ivi* p. 1699, secondo cui "pare opportuno distinguere tra la condotta di fraudolenta esposizione del passivo o dell'attivo, dalle altre condotte di natura prevalentemente valutativa, quali la sopravvalutazione dell'attivo e la sottovalutazione del passivo, ritenendo che solo per le prime possa evocarsi l'interruzione della procedura".

²⁸ Propriamente l'omissione di un credito di cui è titolare lo stesso debitore concordatario rientra semmai in altra fattispecie già esaminata prima.

²⁹ Alla scoperta di nuove passività talora è stata equiparata la mancata indicazione di una causa di prelazione: cfr. T.E. CASSANDRO, *I provvedimenti* cit., p. 313, ma la conclusione mi pare eccessiva, anche sotto il profilo della "frode", non dipendendo dal debitore la valutazione della natura di un credito (se privilegiato, chirografario, postergato, condizionale ecc.).

³⁰ In questo senso, ad esempio, GALLETTI, *La revoca* cit., p. 747.

zione fallimentare, magari compromettendo la stessa “fattibilità” del concordato.

Peraltro, non qualunque omissione di denuncia di uno o più crediti può condurre alla revoca in esame, ancorché le conseguenze e le asimmetrie informative per i creditori siano identiche a quelle sopra indicate, occorrendo, per un verso, che l’omissione sia appunto “dolosa”, cioè intenzionalmente diretta a ingannare i creditori; e, per un altro verso, che il credito sia conosciuto o almeno conoscibile dal debitore con l’ordinaria diligenza (ciò che non sempre accade, particolarmente con riferimento ai debiti fiscali o previdenziali³¹ o ad eventuali pretese risarcitorie di terzi) e che sia non contestato o almeno non contestabile con eccezioni ragionevolmente attendibili³².

Ancor meno decisiva è l’argomentazione relativa alle aspettative soddisfatto dei creditori, la quale potrebbe sì utilizzarsi in ipotesi di concordato con cessione dei beni ai creditori, in cui a qualunque allargamento della cerchia dei partecipanti al concorso sull’unico patrimonio oggetto di garanzia dei creditori non può non corrispondere una riduzione della percentuale di soddisfacimento, quanto meno dei creditori chirografari; ma non potrebbe sic et simpliciter estendersi a proposte concordatarie con diverso contenuto e men che meno quando le obbligazioni concordatarie siano garantite o assunte da un terzo, nel qual caso l’omissione (ancorché dolosa) di denuncia di un de-

³¹ Basti riflettere, solo per fare un esempio, alla transazione fiscale, che il debitore, se intende farvi ricorso, è tenuto a promuovere “contestualmente” al deposito della domanda di concordato presso il tribunale (quando ancora potrebbe non conoscere l’esatta entità della pretesa del fisco o degli enti previdenziali), precisamente al fine di conseguire il “consolidamento” dei debiti fiscali e previdenziali e la cessazione della materia del contendere nelle relative controversie (art. 182-ter, 2° comma legge fall.); a diversa conclusione potrebbe, invece, giungersi in caso di evasioni contributive già oggetto di accertamenti divenuti definitivi.

³² In questo senso cfr. anche BOSTICCO, *La “resurrezione giurisprudenziale” dell’art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti di frode e sopravvenienze innattese*, in *Fallimento*, 2007, p. 1443 ss., commentando criticamente Trib. Milano, 24 aprile 2007 (decr.), con riferimento alla disciplina antecedente alla modifica del testo dell’art. 173 legge fall. ad opera del d.lgs. c.d. “correttivo”; nonché FAUCEGLIA, *Revoca cit.*, p. 1699, secondo cui in ipotesi di omissione di un debito ritenuto inesistente e contestato dal debitore occorrerebbe distinguere secondo che detta omissione emerga prima dell’inizio delle operazioni di voto (magari a seguito della relazione del commissario giudiziale), nel qual caso il debitore potrebbe ancora modificare la sua proposta, “con possibilità che i creditori esprimano il loro voto sottoscrivendo il rischio sull’effettiva percentuale di soddisfazione”; o dopo quel momento, nel qual caso al debitore non resterebbe altra possibilità che presentare “immediatamente altra e diversa domanda”.

bito finirebbe in realtà per incidere non tanto sulle aspettative soddisfatto dei creditori (nei confronti del garante o dell'assuntore), quanto sulla valutazione del fabbisogno finanziario del concordato operata dal terzo (garante o assuntore) antecedentemente alla presentazione della domanda, restando semmai da verificare se l'asimmetria informativa non sia conseguenza di una due diligence superficiale da parte del terzo medesimo, anche in considerazione del fatto che la revoca del concordato, intesa qui quale strumento di tutela (soprattutto) delle aspettative del garante o dell'assuntore, potrebbe invece concretamente danneggiare la massa creditoria, privata appunto della funzione soddisfattoria dell'intervento del terzo.

Se la reazione dell'ordinamento a determinati comportamenti del debitore, nel contesto degli obiettivi della riforma dell'istituto, non è (o non è più) caratterizzata da una funzione rigidamente sanzionatoria, ma sta nel presidio alla effettività della tutela dei creditori, sia sul piano informativo (com'è pacifico, ma non decisivo per i motivi che ora vedremo), sia su quello inerente al momento del concreto soddisfacimento dei loro diritti (come le considerazioni svolte sopra inducono a riconoscere), anche qui, conformemente all'ipotesi di occultamento o di dissimulazione dell'attivo, per giungersi alla revoca, l'omissione (oltre che dolosa) dovrebbe avere ad oggetto un debito tale da modificare sensibilmente la valutazione di convenienza affidata ai creditori in relazione al giudizio comparativo che costoro sono chiamati a compiere fra differenti prospettive di soddisfacimento (nel concordato e nel fallimento), sempre che non la si consideri un atto confliggente con la "veridicità" dei dati aziendali e quindi autonomamente valutabile, ai fini della revoca, sotto il profilo della mancanza delle "condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato"³³.

L'art. 173, 1° comma legge fall. menziona espressamente anche l'ipotesi inversa a quella precedente: cioè l'esposizione di passività insussistenti, la cui finalità fraudolenta è stata indi-

³³ In verità in dottrina e in giurisprudenza l'omissione di denuncia di uno o più crediti è stata prevalentemente riferita non alla mancanza di veridicità dei dati aziendali, ma alla compromissione della "fattibilità" del concordato preventivo: ciò che però dà per scontato (e non lo è) che quest'ultima costituisca una condizione di ammissibilità della domanda del debitore e soprattutto che il tribunale abbia il potere di valutarla nel merito nel corso del procedimento, in particolare ai fini del giudizio di revoca.

viduata³⁴ o nell'intenzione di indurre i creditori votanti a rappresentarsi una situazione peggiore di quella effettiva; o nel progetto di inquinare la formazione delle maggioranze con la partecipazione al voto di soggetti collusi con il debitore; o persino di far partecipare al riparto chi non è realmente creditore per recuperare in modo occulto una parte dei proventi, ecc.; ma, quale che sia in concreto la finalità perseguita dal debitore, il quadro che risulta dal confronto della fattispecie in esame con quelle suscettibili di condurre all'annullamento del concordato o con quelle di rilevanza penale induce a ritenere, ancora una volta, che non qualsiasi esposizione (o simulazione) di passività insussistenti può costituire causa di revoca del concordato, dovendo ipotizzarsi tale esito solo quando il comportamento del debitore è qualificato, oggettivamente, dall'entità del credito esposto (o simulato) in rapporto all'ammontare complessivo del passivo (che deve risultarne "esagerato": artt. 138, 1° comma e 186, 5° comma legge fall.); e, sotto il profilo soggettivo (che va ovviamente dimostrato dal commissario giudiziale), dall'elemento psicologico del dolo, consistente o nella volontà di "influire sulla formazione delle maggioranze" (art. 236, 1° comma legge fall.)³⁵ o nella volontà degli organi sociali di "recare pregiudizio ai creditori" (art. 236, 2° comma legge fall.).

Deve quindi escludersi la revocabilità del concordato se l'entità del credito inesistente è (relativamente) modesta in rapporto all'entità del passivo o se la sua esposizione (o simulazione) resta indifferente ai fini del voto espresso dai creditori (indipendentemente dal fatto che gli stessi ne siano consapevoli o inconsapevoli al momento della votazione).

Naturalmente, se il credito non esiste, non va soddisfatto, né più né meno di quanto accade per i crediti (o i diritti) contestati dal debitore di cui sia accertata (giudizialmente o stragiudizialmente) l'infondatezza dopo l'omologazione del concordato.

³⁴ Cfr. ad esempio GALLETTI, *La revoca* cit., p. 747.

³⁵ Ciò che non è agevole valutare ove il fatto emerga prima dell'adunanza dei creditori, mentre successivamente a quel momento la verifica della rilevanza della manifestazione di voto del creditore simulato può avvalersi della c.d. prova di resistenza.

Che le fattispecie (tipizzate) esaminate fin qui conducano alla revoca del concordato, se e in quanto “atti di frode” (nei limiti che si sono visti), è d’altra parte opinione comune; assai più complesso, invece, è definire quali “altri” atti possano essere così qualificati da causare l’interruzione della procedura concordataria; e dunque quale sia il parametro di valutazione per giudicare della fraudolenza del comportamento del debitore e, in definitiva, quale sia l’interesse che il legislatore (passato e recente) ha inteso tutelare a mezzo dell’art. 173, 1° comma legge fall.

A tali interrogativi – dai quali dipende in larga parte la realizzabilità degli obiettivi considerati dal legislatore della riforma mediante la soppressione, in sede di omologazione, del giudizio di meritevolezza – le risposte e le opinioni (in dottrina e in giurisprudenza) sono state quanto mai varie³⁶, dilatando o restringendo, sotto entrambi i profili (oggettivo e soggettivo), il concetto di “frode”, secondo differenti sensibilità, anche in relazione al “depotenziamento” del ruolo del giudice a beneficio della volontà dei creditori espressa dalla maggioranza (o dalle maggioranze) di legge.

In generale si esclude che siano automaticamente atti di frode tutti quelli soggetti a revocatoria fallimentare in caso di fallimento (compresi i pagamenti lesivi della par condicio creditorum), ancorché definiti dallo stesso legislatore nella relativa rubrica della legge fallimentare “atti pregiudizievoli ai creditori”³⁷; la revoca del concordato non è stata concepita per creare, con la successiva dichiarazione di fallimento, il presupposto ineludibile dell’esercizio di quella azione; ancor meno lo è dopo la riforma, sia perché alla revoca non segue necessariamente la dichiarazione di fallimento, se non c’è istanza da parte di un creditore o richiesta da parte del pubblico ministero; sia perché, se il “pregiudizio” deve essere valutato anche in relazione alle

³⁶ Per una puntuale rassegna di dottrina e giurisprudenza sul tema cfr. FILOCAMO, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* (a cura di FERRO)², sub art. 173, Padova, 2011, p. 1955 ss., *ivi* a p. 1959 ss.

³⁷ In questo senso anche Cass., 23 giugno 2011, n. 13817 cit., secondo cui, se si attribuisse al concetto di frode “il generico significato di atti pregiudizievoli per i creditori, dovrebbero ricomprendersi nello stesso anche tutti gli atti revocabili che l’art. 201, comma 2, definisce per l’appunto ‘atti compiuti in frode dei creditori’ con la conseguenza che nessun concordato proposto in presenza dell’insolvenza sarebbe, di fatto, ammissibile”; sul punto concorda anche chi osteggia l’interpretazione “evolutiva” del concetto di frode seguita dalla Suprema Corte: v., ad esempio, TEDOLDI, *Il sindacato giudiziale* cit., p. 94.

regole del concorso, non è irrilevante ricordare che nel concordato il debitore può proporre la suddivisione dei creditori in classi, per riservare legittimamente a ciascuna di esse trattamenti differenziati, salvo il rispetto del principio di par condicio solo fra creditori appartenenti alla medesima classe.

Uguualmente si tende ad escludere che costituiscano atti di frode i semplici addebiti di mala gestio³⁸, derivanti da negligenza o da operazioni compiute senza l'osservanza della necessaria diligenza o prudenza (anche professionale), ma del tutto indipendenti (temporalmente o eziologicamente) dal progetto concordatario e dall'intento di ingannare i creditori.

Quanto alle condotte genericamente depauperative di attività patrimoniali, occorre poi chiarire che non può costituire per sé occasione di revoca del concordato l'accertamento di qualsiasi decremento delle attività o incremento delle passività verificatisi nel periodo intercorrente fra la decisione presa dall'imprenditore (o dai suoi organi sociali) di ricorrere ad uno degli strumenti alternativi di soluzione della crisi e l'effettiva proposizione dello strumento prescelto; e neppure fra la presentazione di una domanda "con riserva" (oggi resa possibile dal nuovo sesto comma dell'art. 161 legge fall.) e il deposito della proposta, del piano concordatario e della documentazione elencata in quest'ultima norma.

E' sufficientemente consolidata, dopo qualche anno di applicazione della riforma dell'istituto concordatario, la convinzione che la stessa predisposizione del piano di concordato debba essere preceduta da una serie di attività preliminari, più o meno articolate e complesse secondo il contenuto concreto della proposta e quindi in relazione agli strumenti che si ritengano più utili al perseguimento dell'obiettivo della ristrutturazione dei debiti.

Peraltro di questo si è reso conto anche il legislatore nel d.l. n. 83 del 2012, non solo consentendo al debitore di presentare – come detto – una domanda "con riserva", da integrare con il piano concordatario (o da sostituire con una domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ai sensi dell'art. 182-bis legge fall.) in un termine fissato dal giudice,

³⁸ In questo senso cfr. ad esempio AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di dir. comm.* diretto da Cottino, vol. XI, 1, Padova, 2008, p. 81; e BOSTICCO, *La "resurrezione giurisprudenziale"* cit., p. 1445.

compreso fra sessanta e centoventi giorni (e prorogabile di non oltre sessanta giorni in presenza di giustificati motivi); ma anche prevedendo una disciplina specifica per il caso di “continuità aziendale” (artt. 182-quinquies e 186-bis legge fall.), anche relativamente alla documentazione da depositare in tribunale³⁹.

Le responsabilità derivanti dall’aggravamento del dissesto per il colpevole ritardo nella presentazione della domanda di fallimento in proprio (art. 217, 1° comma, n. 4 legge fall.), dopo la riforma, appaiono ancor più visibilmente (rispetto al passato) inconciliabili con il favore del legislatore per soluzioni alternative della crisi (concordate con il ceto creditorio, ma) che richiedono attività spesso complesse e, quindi, tempi adeguati.

Peraltro le fattispecie che hanno dato luogo alle maggiori incertezze interpretative, circa la più precisa individuazione degli “atti di frode”, sono indubbiamente le condotte suscettibili, in generale, di responsabilità penale per bancarotta fraudolenta (a parte quelle tipizzate già esaminate in precedenza e menzionate negli artt. 173, 1° comma e 138, 1° comma legge fall.), fra le quali, in particolare, le condotte riconducibili alle false comunicazioni sociali, essendo stato osservato che qualsiasi fatto di falso in bilancio può essere valorizzato in sede di revoca del concordato, anche se compiuto prima della redazione del ricorso, in quanto la frode riguarderebbe indistintamente tutte le condotte rilevanti ai fini della valutazione di questo, dei suoi allegati e della convenienza della proposta; a meno che il debitore non faccia immediatamente “piena disclosure sulle altera-

³⁹ Così, ad esempio, a norma dell’art. 186-bis, 2° comma, il piano deve contenere anche “un’analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività d’impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura”; e la relazione del professionista qualificato “deve attestare che la prosecuzione dell’attività d’impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori”; e ulteriori attestazioni sono richieste nel caso di continuazione di contratti pubblici o di partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici (art. 186-bis, 3°, 4° e 5° comma); oppure quando il debitore, a norma dell’art. 182-quinquies, 4° comma, chiede al tribunale di essere autorizzato a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi “essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori”.

Invece, se si tratta di società di capitali, non opera più, sino all’omologazione, la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale (art. 182-sexies legge fall.).

zioni pregresse, autodenunziandosi nel ricorso, anche se ciò potrà comportare conseguenze di carattere penale”⁴⁰.

Come il lettore attento avrà compreso, per evitare interpretazioni eccessivamente rigide e ideologicamente conservatrici che, allargando a dismisura la nozione di “atto di frode” (per ampliare gli spazi di intervento del giudice nelle soluzioni delle crisi di impresa), potrebbero vanificare l’intento del legislatore della riforma (condiviso o meno che sia) di agevolare il ricorso allo strumento del concordato (e in generale alle soluzioni concordate della crisi), non resta che verificare prioritariamente, sotto il profilo assiologico, se e in quale misura possa affermarsi una progressiva evoluzione della funzione della norma in esame; e, dunque, quali interessi specifici (dei creditori) il legislatore abbia inteso in realtà privilegiare.

Intanto incomincerei con il dare il giusto rilievo alla considerazione che la revoca del concordato non è finalizzata all’applicazione delle norme penali in tema di bancarotta fraudolenta, sia perché – come già osservato in precedenza – la dichiarazione di fallimento è contestuale alla revoca solo se c’è l’istanza di un creditore o la richiesta del pubblico ministero; sia perché l’art. 236, 2° comma legge fall. applica autonomamente al concordato delle società (e indipendentemente dal fallimento) taluni reati fallimentari (e tra essi la bancarotta fraudolenta, oltre al falso in comunicazioni sociali), consentendo di desumerne che le condotte previste nell’art. 223 legge fall. (e nell’art. 2621 c.c.), ancorché gravi, non conducono (e neppure prima della riforma conducevano) inevitabilmente alla revoca del concordato (ciò che avrebbe reso del tutto superflua, soprattutto in passato, quella disposizione); anzi, in tanto il reato concordatario sussiste proprio in quanto il concordato non venga revocato (e quello fallimentare non sussiste se poi il fallimento non può essere dichiarato per mancanza di iniziativa).

⁴⁰ Così GALLETTI, *La revoca* cit., p. 748; *contra* sul punto TEDOLDI, *Il sindacato giudiziale* cit., p. 95, per il quale il vaglio del tribunale dovrebbe essere compiuto “in base alla obiettiva gravità dei comportamenti ‘accertati’ dal commissario, quand’anche confessati *sua sponte* dal debitore nella domanda di concordato”. Ma secondo una diversa opinione (cfr. FAUCEGLIA, *Revoca* cit., p. 1699) sarebbe opportuno distinguere tra la condotta di fraudolenta esposizione del passivo o dell’attivo, per le quali soltanto potrebbe evocarsi l’interruzione della procedura, dalle altre condotte di natura prevalentemente valutativa, quali la sopravvalutazione dell’attivo e la sottovalutazione del passivo.

Dunque, condotte costituenti reato non necessariamente portano all'interruzione dell'esperimento concordatario; naturalmente ciò non significa ancora che tali condotte non possano essere prese in considerazione ai fini della revoca, ma esse dovranno essere parametrare a diversi criteri di valutazione, i quali non potranno ricavarsi che dalle (nuove) finalità della norma in esame.

Da questo punto di vista occorre sottolineare quanto ricorrente, in dottrina e in giurisprudenza, tanto da costituire oramai *communis opinio*, sia la considerazione che il primo comma dell'art. 173 legge fall., abbandonata l'originaria funzione sanzionatoria, mirerebbe soprattutto a tutelare l'interesse dei creditori ad una corretta informazione circa la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'imprenditore, in modo che essi possano esprimere, in sede di votazione, un consenso informato e non viziato, cosicché ogni condotta scientemente ispirata alla finalità di offrire ai creditori un'errata rappresentazione di quella situazione, che sia tale da pregiudicare la formazione del consenso o da interferire con le loro aspettative, dovrebbe ritenersi "atto di frode" e condurre conseguentemente all'interruzione della procedura⁴¹.

E anche la Corte di cassazione⁴², dovendo stabilire se il concetto di frode "ricomprensiva qualunque comportamento volon-

⁴¹ Tale percorso ermeneutico è stato recentemente criticato da TEDOLDI, *Il sindacato giudiziale* cit., 94 s. *passim* per il quale – come già segnalato – "ogni genere di atto distrattivo commesso dal debitore" costituirebbe "atto di frode" ed anzi la norma dell'art. 173 legge fall. non discorrerebbe affatto "di un disegno ingannevole specificamente orientato, sul piano intenzionale non meno che funzionale, a conseguire ingiusti vantaggi attraverso la procedura concordataria", ma affiderebbe il "vaglio di insussistenza di condotte gravi e altamente lesive da parte del debitore proponente domanda di concordato, prima e dopo di questa", "alla sapienza e all'equilibrio del Tribunale"; ma la critica risulta priva di valenza costruttiva, non consentendo di stabilire quale criterio in concreto si dovrebbe adottare per giudicare della natura fraudolenta di un atto o della gravità della condotta del debitore: criterio che non può certo dipendere dalla mera discrezionalità del giudice (pur sapiente ed equilibrato).

⁴² Con le menzionate sentenze nn. 13817, 13818 e 13819 del 23 giugno 2011, modificando l'orientamento seguito in precedenza da Cass., 25 gennaio 2007, n. 1655, in *Giust. civ.*, 2009, I, p. 2033, con nota di DIDONE, *Note minime sull'art. 173 l. fall.*, ma pronunciata sulla base della disciplina antecedente alla riforma; l'unico limite posto dalla Suprema Corte è quello dell'abuso del diritto, qui inteso come abuso dello strumento concordatario, "in violazione del principio di buona fede laddove emerga la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato, ponendo i creditori di fronte ad

tario idoneo a pregiudicare le aspettative di soddisfacimento del ceto creditorio oppure se tale sia solo la condotta volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori stessi e quindi tali che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una diversa (ovviamente negativa) valutazione della proposta”, ha finito per seguire la seconda conclusione, “ogni diversa interpretazione attribuendo alla disposizione in esame una connotazione di incomprensibile ed incongruo fossile normativo del tutto incompatibile con la nuova disciplina in quanto reintrodurrebbe, in sostanza, il requisito, apertamente ripudiato dal legislatore, della meritevolezza da valutarsi da parte del tribunale”⁴³.

Il ragionamento svolto dalla Corte poggia sostanzialmente su due argomentazioni, entrambe condivisibili: per la prima – ricavata dalla lettera del primo comma dell’art. 173 legge fall. (“il commissario giudiziale, se accerta ecc.”) – l’atto di frode, per avere rilievo ai fini della revoca, deve essere “scoperto” dallo stesso commissario, essendo prima ignorato dagli organi della procedura o dai creditori e non potendo riferirsi alla segnalazione di eventi già noti e giudicati ininfluenti al momento dell’ammissione alla procedura, come se si trattasse della richiesta di revisione del precedente giudizio⁴⁴.

una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria”; in senso critico sull’utilizzo della figura dell’abuso del diritto nel campo dei concordati, cfr. TEDOLDI, *Il sindacato giudiziale* cit., p. 94, in nota 21, ove altri richiami; in effetti la menzionata figura potrebbe tutt’al più costituire un limite all’ammissibilità del concordato (e rientrare nell’ambito di applicabilità del terzo comma dell’art. 173 legge fall.), piuttosto che costituire fattispecie di atto di frode ai sensi del primo comma.

⁴³ Requisito che – sempre secondo la Corte di cassazione – può essere un elemento di valutazione da parte dei creditori, ma non un criterio per l’ammissione o l’omologazione del concordato.

⁴⁴ Contesta l’argomento TEDOLDI, *Il sindacato giudiziale* cit., p. 94, secondo cui “accertare indica, anzitutto, quell’attività di cognizione che, inquadrando un atto o un fatto nell’appropriato contesto in base agli effetti giuridici perseguiti, consente di ricostruirne e valutarne appieno il significato economico-giuridico, a prescindere dal modo in cui la prova del nudo fatto venga acquisita al processo”; ma, a parte la fumosità della critica, non è inutile osservare che per la stessa collocazione della norma in esame dopo quella che disciplina la relazione “particolareggiata” del commissario giudiziale, la quale a sua volta deve avere per oggetto anche la “condotta del debitore”, l’espressione utilizzata dal legislatore non può essere riferita che al potere-dovere spettante al commissario giudiziale di informare il tribunale e mediante questo i creditori di ogni fatto nuovo (ma rilevante ai fini delle valutazioni demandate agli stessi) di cui sia venuto a cono-

La seconda argomentazione parte, invece, dal presupposto che i comportamenti del debitore genericamente compresi nel concetto di “altri atti di frode”, debbano presentare la medesima connotazione unificante di quelli espressamente menzionati (occultamento o dissimulazione di parte dell’attivo, dolosa omissione dell’esistenza di crediti, esposizione di passività insussistenti), a sua volta individuata non nell’attitudine a creare un danno al patrimonio (posto che tale attitudine non ha l’esposizione di passività insussistenti), ma in quella ad ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione e “a pregiudicare la possibilità che i creditori possano compiere le valutazioni di competenza avendo presente l’effettiva consistenza e la reale situazione giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio dell’impresa”.

Conseguentemente – è la conclusione della Corte Suprema, coerente, dal punto di vista sistematico, con il nuovo ruolo affidato dalla riforma al giudice di “garantire che ai creditori vengano forniti tutti gli elementi necessari per una corretta valutazione della proposta e che questa venga effettuata con modalità tali da rispecchiare l’effettiva volontà dei creditori” – “in tanto i comportamenti del debitore anteriori alla presentazione della domanda di concordato possono essere valutati ai fini della revoca dell’ammissione al concordato in quanto abbiano una valenza decettiva e quindi siano tali da pregiudicare un consenso informato”.

Ora, se rilevanti ai fini della revoca del concordato sono solo le condotte volte ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori stessi e quindi tali che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una diversa (e negativa) valutazione della proposta, ne dovrebbe derivare innanzitutto che, ove invece conosciute, perché “confessate” dal debitore, nella stessa domanda di concordato⁴⁵ o almeno prima dell’adunanza dei creditori o comunque prima dell’inizio della votazione⁴⁶, la revoca non sarebbe più possibile⁴⁷.

scenza relativamente all’attività del debitore compiuta prima o dopo l’ammissione al concordato; quindi semanticamente “accertare” vale quanto “scoprire” o “verificare” (dei quali è sinonimo).

⁴⁵ E’ il caso esaminato dalla Corte Suprema nella menzionata sentenza n. 13817 del 23 giugno 2011.

⁴⁶ Cfr. sul punto anche GALLETTI, *La revoca* cit., p. 750 ss., secondo cui il debitore, magari sollecitato dal Tribunale ai sensi dell’art. 162, 1° comma legge fall., applicabile per analogia al caso di cui all’art. 173 legge fall., per evitare la

Così ragionando, però, se l'obiettivo è quello di tutelare l'adeguatezza dell'informazione dei creditori affinché questi possano esprimere un consenso consapevole, si dovrebbe, per coerenza, giungere alla medesima conclusione anche nel caso in cui i comportamenti fraudolenti siano portati a conoscenza dei creditori dal commissario giudiziale, magari nella sua relazione "particolareggiata" ex art. 172 legge fall. (che appunto ha ad oggetto anche la "condotta del debitore"); una volta eliminata l'asimmetria informativa, non ci sarebbe ragione non solo di privare i creditori del loro diritto di esprimere (magari all'unanimità) un voto favorevole sulla domanda del debitore così come originariamente proposta, ma altresì di farlo semplicemente in base ad una valutazione prognostica del tribunale circa l'esito presuntivamente negativo di una votazione che, in realtà, non potrebbe più svolgersi una volta decisa la revoca.

Per uscire dal vicolo cieco, non resterebbe che attribuire all'occultamento o alla manipolazione di situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori, ma emerse anteriormente alla votazione, una valenza sanzionatoria fine a se stessa; e tuttavia questa, comportando in definitiva un giudizio di meritevolezza del debitore, urterebbe a sua volta con l'obiettivo perseguito dal legislatore della riforma di sottrarre al giudice quella valutazione, per affidarla semmai ai creditori a mezzo (e al momento) dell'esercizio del diritto di voto.

revoca del concordato, potrebbe modificare la sua proposta, depurandola dai vizi che la contraddistinguevano e mettendo a disposizione della liquidazione concordataria (in caso di occultamento dell'attivo) gli elementi richiesti; quanto poi al *modus procedendi*, il Tribunale a sua volta dovrebbe replicare il giudizio di ammissibilità (senza necessità di una nuova relazione dell'esperto), con differimento dell'adunanza dei creditori.

⁴⁷ Si tende ad escludere la revoca anche nel caso in cui lo stesso debitore abbia provveduto ad eliminare, prima della proposta concordataria, gli effetti delle precedenti condotte; più incerto, nel caso di società di capitali, è se sia sufficiente la rimozione degli amministratori responsabili delle condotte fraudolente e l'esercizio nei loro confronti delle corrispondenti azioni di responsabilità: in senso affermativo cfr. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti* cit., p. 82; ma nel senso dell'insufficienza della revoca o delle dimissioni degli amministratori cfr. GALLETTI, *La revoca* cit., p. 750; Trib. Milano, 20 luglio 2007, in *Giur. it.*, 2008, p. 118, secondo cui "la sostituzione degli amministratori si pone di per sé come un atto neutro, che non vale a segnare una cesura nell'imputabilità alla società dell'operato dei precedenti amministratori. Perché si possa affermare la sussistenza di una siffatta frattura, occorre che la società dimostri di avere adottato tutte le iniziative necessarie a tutelare il proprio patrimonio dalle conseguenze prodotte dalle irregolarità commesse dall'amministratore".

Insomma, finché i creditori non si siano pronunziati con il voto, il primo comma dell'art. 173 legge fall., contrariamente al passato, risulterebbe (sotto il profilo temporale) non applicabile, quale che sia la fonte della disclosure: confessione del debitore o "accertamento" del commissario giudiziale (ferma restando ovviamente la facoltà del primo di integrare o modificare l'originaria proposta, per agevolare il convincimento dei suoi creditori).

A conclusione completamente diversa dovrebbe, invece, pervenirsi per l'ipotesi che l'atto di frode – quale comportamento lesivo del diritto dei creditori ad un'informazione adeguata e ad esprimere un consenso informato, tale che, se conosciuto per tempo, avrebbe presumibilmente comportato una diversa (e negativa) valutazione della proposta – venga scoperto dopo il momento della votazione (e quindi del giudizio) dei creditori, "viziato dall'accettata falsa rappresentazione della realtà sul quale il giudizio stesso è fondato"⁴⁸.

In dottrina è stata espressa l'opinione secondo cui, in questa seconda ipotesi, per evitare la revoca del concordato e l'apertura del fallimento, che potrebbe contrastare con l'interesse dei creditori, al debitore resterebbe ancora la possibilità di rinunciare alla domanda e di presentarne una nuova, emendata dei vizi precedenti, adeguando e migliorando la sua offerta⁴⁹.

Ma la tesi non ha alcun fondamento, né normativo né sistematico, di fatto consentendo al debitore di vanificare in qualsiasi momento ed anche reiteratamente l'applicabilità dell'art. 173 legge fall., pur in presenza di istanze di fallimento.

Se, per un verso, deve ammettersi che il debitore, prima dell'inizio delle operazioni di voto, abbia il diritto di modificare (anche in modo sostanziale) la sua domanda (come si ricava dal secondo comma dell'art. 175 e ora anche dal novellato terzo comma dell'art. 161 legge fall.)⁵⁰ ed eventualmente (ma il punto è più dubbio) quello di rinunziarvi per presentarne subito

⁴⁸ Così anche Cass., 23 giugno 2011, n. 13817 cit.

⁴⁹ Cfr. GALLETTI, *La revoca* cit., p. 752 s., il quale arriva persino a sostenere che l'art. 175 legge fall. "nulla dice" circa la possibilità che il piano sia modificato anche successivamente alle operazioni di voto.

⁵⁰ Secondo cui nel caso di modifiche "sostanziali" della proposta o del piano deve essere presentata anche la relazione di un professionista qualificato "analoga" a quella prodotta in apertura dell'istruttoria preconcordataria.

dopo una nuova; per un altro verso, dopo l'inizio delle operazioni di voto, la scelta deve ritenersi definitiva, non avendo senso, di fronte all'espressa inibizione di modifica della proposta concordataria, consentirgli di ottenere il medesimo risultato rinunciando alla domanda e presentandone una nuova.

E' vero che alla revoca del concordato preventivo può non seguire la dichiarazione di fallimento, pur in presenza dei relativi presupposti, se non vi sono istanze in tal senso; ma non meno vero è che la pendenza del concordato impedisce al tribunale di prendere in considerazione eventuali istanze di fallimento, tanto se antecedenti all'apertura del procedimento, quanto se successive e magari conseguenti precisamente alla comunicazione (al pubblico ministero e ai creditori) dell'apertura d'ufficio del giudizio di revoca (che non a caso si svolge nelle forme di cui all'art. 15 legge fall., cioè in quelle dell'istruttoria prefallimentare); e dunque non può essere consentito al debitore di bloccare senza limiti di tempo un'eventuale dichiarazione di fallimento, tanto più che la modifica della proposta su cui i creditori si siano già pronunciati richiederebbe (quanto meno) la rinnovazione dell'iter per giungere ad una seconda votazione; mentre la presentazione di una domanda diversa richiederebbe addirittura la ripetizione dello stesso giudizio di ammissione: ciò di cui non esiste traccia nella legge fallimentare⁵¹.

Ma – a parte certe interpretazioni creative – va sottolineato il fatto che, se rilevanti ai fini della revoca del concordato sono solo le condotte volte ad occultare situazioni idonee ad influire sul giudizio dei creditori stessi e quindi tali che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una diversa (e negativa) valutazione della proposta, il compito che viene affidato al tribunale, investito del giudizio dopo l'espressione di voto da parte dei creditori in senso favorevole al concordato⁵², appare particolarmente impegnativo, dovendo sostanzialmente sostituirsi ai creditori (complessivamente intesi) in una nuova valu-

⁵¹ Se ne rende conto anche GALLETTI, *La revoca* cit., p. 751, quando osserva che “l'assenza di una disciplina *ad hoc* della modifica suscita qualche perplessità circa il *modus procedendi*”.

⁵² E' evidente che, in caso di votazione negativa, non vi sarebbe più necessità di revocare il concordato, dal momento che, a norma degli artt. 179 e 162, 2° comma legge fall., il tribunale è tenuto a dichiarare la proposta concordataria inammissibile e a dare ingresso alla procedura fallimentare (sempre che vi sia istanza in tal senso).

tazione della proposta (e quindi anche della sua convenienza per i creditori medesimi) alla luce dei fatti fraudolenti emersi: il giudice deve cioè stabilire, motivando, se i creditori o quanto meno la maggioranza di essi (per somma) o la maggioranza delle classi di essi avrebbero dato ugualmente voto favorevole, piuttosto che voto contrario, ove avessero tempestivamente conosciuto quei fatti.

Qui non esiste controprova, salva forse la possibilità che i creditori (almeno quelli che rappresentano la maggioranza dei crediti) si costituiscano nel procedimento di revoca per sostenere l'esito della precedente votazione, di fatto impedendo al tribunale una differente interpretazione della loro presumibile volontà.

3. Gli atti illegittimi compiuti durante la procedura

Rispetto alle fattispecie di revoca menzionate nel primo comma dell'art. 173 legge fall. quelle menzionate nel terzo comma – a parte la diversa collocazione temporale di cui si è detto – appaiono assai più disomogenee, applicando la medesima disciplina sia a taluni comportamenti tenuti dal debitore concordatario “durante la procedura”, sia all'ipotesi (totalmente diversa) dell'accertamento della mancanza delle “condizioni” prescritte per l'ammissibilità del concordato.

Anche processualmente la formulazione della norma, richiamando solo “le disposizioni di cui al secondo comma” dell'articolo in esame, senza considerare quelle contenute nella parte finale del primo comma, pone – come vedremo – una serie di interrogativi.

Procedendo con ordine e principiando dai comportamenti del debitore, è chiaro che la categoria degli atti di straordinaria amministrazione privi dell'autorizzazione scritta del giudice delegato secondo le regole fissate dall'art. 167, 2° e 3° comma l. fall. non può essere assimilata a quella degli atti “comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori”, sia per il motivo che, per un verso, l'atto di straordinaria amministrazione non diventa fraudolento solo perché compiuto in assenza di autorizzazione (preventiva) del giudice delegato; sia perché, per un altro verso, l'atto (se veramente) diretto a frodare le ragioni dei cre-

ditori non è neppure autorizzabile, una volta che si ammetta che l'assenza di intento fraudolento costituisce un limite assoluto ai medesimi poteri di intervento del giudice.

Conseguentemente, come non è possibile affermare che il compimento di un atto di straordinaria amministrazione sottratto preventivamente all'autorizzazione del giudice delegato sia per sé stesso indicativo di un intento fraudolento⁵³, così neppure è legittimo attribuire sul punto alla norma in esame una funzione esclusivamente sanzionatoria, presumendosi che gli atti non autorizzati rappresentino un mezzo con il quale il debitore altererebbe l'assetto proposto ai creditori e li defrauderebbe nelle aspettative di soddisfo promesse⁵⁴.

Insomma, la distinzione fra ordinaria e straordinaria amministrazione (introdotta dall'art. 167 legge fall.) non ha senso con riferimento agli atti "diretti a frodare le ragioni dei creditori"⁵⁵; e quindi nessuna utilità può ricavarsi dall'uso (nella disposizione in esame) dell'avverbio "comunque".

Quanto al compimento degli atti di straordinaria amministrazione privi dell'autorizzazione scritta del giudice delegato, prima della riforma, la loro menzione nell'art. 173, 2° comma legge fall. al fine della revoca del concordato traeva la sua ragion d'essere dal fatto che, data l'originaria automaticità della consecutiva dichiarazione di fallimento, la sanzione dell'inefficacia relativa stabilita dal secondo comma dell'art. 167 legge fall. poteva appunto realizzarsi solo nel fallimento, indipendentemente dall'esercizio delle azioni revocatorie.

E' pur vero che rispetto al passato il legame esistente fra l'art. 167, 2° comma e l'art. 173 (ora 3° comma) legge fall., una volta venuta meno quella automaticità, si è parzialmente affievolito⁵⁶; ma lo stesso è rimasto intatto (con tutto quello che ne consegue anche con riferimento alla definizione della natura

⁵³ Così invece GALLETTI, *La revoca* cit., p. 749, sotto il profilo dell'assenza della necessaria trasparenza.

⁵⁴ Così BOSTICCO, *La "resurrezione giurisprudenziale"* cit., p. 1446.

⁵⁵ Ma nel senso che gli atti di straordinaria amministrazione non autorizzati sarebbero inefficaci (anche nel fallimento consecutivo) in quanto *tout court* in frode alla legge cfr. per il passato PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, Milano, 1974, p. 2254.

⁵⁶ Essendo ben evidente che, ove nessuno chieda la dichiarazione di fallimento, con la revoca del concordato il debitore ritornerebbe *in bonis* e l'atto di straordinaria amministrazione compiuto senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato riacquisterebbe la sua efficacia anche nei confronti dei creditori concorsuali.

degli effetti del procedimento in esame) nell'ipotesi (assai più frequente) che alla revoca del concordato si accompagni contestualmente la dichiarazione di fallimento, essendo allora necessario verificare⁵⁷ se il compimento di un atto di straordinaria amministrazione non preventivamente autorizzato dal giudice delegato conduca automaticamente alla revoca del concordato⁵⁸; o se ne sia possibile una ratifica successiva⁵⁹; o se il tribunale abbia la facoltà di valutare in quella sede la (maggiore o minore) convenienza dell'atto o l'eventuale pregiudizio dallo stesso arrecato ai creditori⁶⁰; o ancora se sia applicabile l'art. 173 legge fall. in ipotesi di atto soggetto alla condizione risolutiva o in ipotesi di contratti consensualmente risolti⁶¹.

Nel presupposto che la norma debba essere coordinata con la nuova struttura della proposta concordataria e, in particolare, con l'obbligo dell'imprenditore di depositare anche un "piano" organico di ristrutturazione dei debiti, quale atto "programmatico" vincolante, è stato osservato che tale imposizione condurrebbe ad escludere l'applicabilità della sanzione della revoca del concordato laddove lo stesso imprenditore compia in buona fede attività ricomprese nel (e coerenti con) il piano depositato⁶².

⁵⁷ Considera la questione ancora aperta, in assenza di ulteriori riferimenti da parte del legislatore, DE CRESCIENZO, in *Il nuovo diritto fallimentare* (a cura di JORIO-FABIANI), vol. II, Bologna, 2007, *sub* art. 173, p. 2456 ss., *ivi* p. 2469.

⁵⁸ In questo senso cfr. CENSONI, in *Il nuovo diritto fallimentare* (a cura di JORIO-FABIANI) cit., vol. II, *sub* art. 167, p. 2400 ss., *ivi*, p. 2404, e, per il passato, Trib. Lucca, 29 settembre 1979, in *Fallimento*, 1980, p. 713; PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare* cit., vol. IV, p. 2253; SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 460.

⁵⁹ Nel senso che il giudice delegato potrebbe ratificare l'atto anche successivamente al suo compimento cfr. Trib. Verona, 6 marzo 1991, in *Dir. fall.*, 1992, II, p. 818; ma l'opinione contraria è sempre stata largamente prevalente: sul punto cfr. per tutti RAGO, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, Padova, 1998, p. 213.

⁶⁰ In questo senso cfr. BOSTICCO, *La "resurrezione giurisprudenziale"* cit., p. 1446, che ritiene tale interpretazione più vicina alla struttura libera da vincoli cui si ispira l'attuale disciplina concordataria; T.E. CASSANDRO, *I provvedimenti* cit., p. 316 s.; FAUCEGLIA, *Revoca* cit., p. 1700 s.; e per il passato BONSIGNORI, *Concordato preventivo* cit., p. 208; in giurisprudenza, App. Torino, 15 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, p. 248 (con riferimento alla vendita di due autovetture ad un prezzo congruo); e per il passato, Cass., 23 giugno 1988, n. 4278, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1178 (con riferimento all'amministrazione controllata); e Trib. Firenze, 19 gennaio 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 1558.

⁶¹ Per questi ulteriori interrogativi cfr. FILOCAMO, in *La legge fallimentare* (a cura di FERRO) cit., p. 1961, ove ulteriori richiami.

⁶² Così BOSTICCO, *La "resurrezione giurisprudenziale"* cit., p. 1446 s.

Peraltro la premessa non conduce necessariamente alla conclusione affermata.

Con riferimento alla distinzione fra atti di ordinaria e atti di straordinaria amministrazione è opportuno ricordare⁶³ che se, per un verso, data la situazione di crisi in cui si trova il debitore e l'eventualità che in qualunque momento il concordato si converta in fallimento, l'esigenza di (tendenziale) conservazione del patrimonio del debitore giustificerebbe in realtà un'interpretazione orientata ad una maggiore dilatazione dell'area della straordinaria amministrazione (soggetta ad autorizzazione del giudice delegato), per un altro verso, una volta elevato il "piano" di concordato al rango di norma fondamentale del progetto concordatario (analogamente a ciò che in passato è stato sostenuto con riferimento al "piano di risanamento" nell'ambito della procedura di amministrazione controllata)⁶⁴, il carattere ordinario o straordinario di un atto di gestione non potrebbe non valutarsi anche alla stregua delle condizioni perché quel piano possa avere effettiva realizzazione, una volta approvato dai creditori.

Se quest'ultimo è l'enunciazione particolareggiata sia di ciò che l'imprenditore intende fare in vista dell'obiettivo del soddisfacimento dei creditori (ed eventualmente anche in quello del risanamento della sua impresa), sia dei mezzi con i quali egli si propone di raggiungere quell'obiettivo, esso deve poter vincolare per il futuro ad una precisa linea di condotta il soggetto o i soggetti chiamati a gestire tale tentativo, concorrendo, fra l'altro, a delimitare l'area dell'ordinaria e della straordinaria amministrazione.

Non ci si nasconde, peraltro, che il fatto di condizionare l'ambito dell'ordinaria amministrazione al (variabile) contenuto della proposta del debitore – la cui libertà di scelta è ora, rispetto al passato, praticamente illimitata (come emerge chiaramente dalla disposizione dell'art. 160, 1° co., lett. a) legge fall. e, in particolare, dalla possibilità che la ristrutturazione del passivo possa avvenire "attraverso qualsiasi forma") – rischia di rendere il criterio di discriminazione fra ordinaria e straordinaria

⁶³ Cfr. CENSONI, in *Il nuovo diritto fallimentare* (a cura di JORIO-FABIANI) cit., p. 2403 ss.

⁶⁴ Sul punto mi limito a rinviare a CENSONI, *Gestione commissariale e funzione dell'amministrazione controllata*, Milano, 1994, p. 98 s.; e A. AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Napoli, 1979, p. 50.

ria amministrazione ancor più difficilmente riconoscibile da parte dei terzi, che, entrando in contatto col debitore, si troverebbero a dover compiere una valutazione della sua proposta e delle prospettive di realizzazione del piano⁶⁵.

Insomma, la necessità della presentazione di un “piano” concordatario (oggi espressamente imposta dal secondo comma dell’art. 161 legge fall. [novellato dal d.l. n. 83 del 2012], fra i

⁶⁵ Così ancora CENSONI, in *Il nuovo diritto fallimentare* (a cura di JORIO-FABIANI) cit., p. 2410, secondo cui a questo rischio ben si sarebbe potuto porre rimedio attribuendo in modo espresso al giudice la facoltà di escludere determinate categorie di atti dall’ambito della straordinaria amministrazione, tenendo conto anche delle dimensioni dell’impresa concordataria, dell’oggetto della sua attività e del contenuto specifico del piano predisposto dal debitore; peraltro, da questo punto di vista, non si può dire che l’obiettivo sia stato efficacemente conseguito a mezzo della seconda novità normativa introdotta dal d.lgs. n. 5 del 2006 nell’art. 167 legge fall. con l’aggiunta di un terzo comma, a norma del quale “con il decreto previsto dall’articolo 163 o con successivo decreto, il tribunale può stabilire un limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l’autorizzazione di cui al secondo comma”; nella *Relazione* illustrativa si afferma che “l’intervento tende, com’è evidente, ad un alleggerimento della procedura eliminando la necessità di non necessari adempimenti nei casi di minor peso economico”; qui, in definitiva, il legislatore ha lasciato al tribunale il potere di escludere preventivamente dall’area della straordinaria amministrazione atti che diversamente vi sarebbero rientrati in relazione alla loro natura (ad esempio, mutui o transazioni o alienazioni immobiliari), semplicemente fissando una soglia quantitativa, soglia che, da sola, può utilmente consentire di commisurare la distinzione fra ordinaria e straordinaria amministrazione alle dimensioni dell’impresa o all’oggetto di essa, ma più difficilmente al contenuto del piano, a meno che la norma non venga letta nel senso che il tribunale possa fissare (non un unico valore per qualsiasi atto, ma) valori diversi secondo le differenti tipologie di atti.

In giurisprudenza, in una fattispecie di autorizzazione all’affitto di ramo di azienda, contratto estimatorio e preliminare di cessione dell’azienda, è stato affermato che, poiché il tribunale può stabilire discrezionalmente che non è dovuta autorizzazione per gli atti (di straordinaria amministrazione) che non superino un determinato valore e poiché anche da tale premessa è possibile desumere che detto organo conservi il controllo, la supremazia e la sovraordinazione funzionale alla procedura, se ne potrebbe ulteriormente ricavare l’opportunità di lasciare al tribunale (anziché al giudice delegato) il potere di autorizzazione al compimento degli atti eccedenti l’ordinaria amministrazione, almeno nei casi più delicati o dai risvolti socio-economici più rilevanti: cfr. Trib. Sulmona, 5 dicembre 2007, in *Fallimento*, 2008, p. 822 ss., con nota di FIMMANO’, *Concordato preventivo e circolazione del ramo d’azienda*, secondo il quale, se i contratti di cui sopra costituiscono “elementi fondanti e caratterizzanti” del piano di concordato, che va approvato (o meno) dai creditori all’esito del complessivo procedimento (come per qualsiasi altro contratto preesistente alla procedura concordataria, la cui prosecuzione deve ritenersi ammessa o esclusa a seconda che sia prevista o meno nel piano), “al giudice non va richiesta alcuna autorizzazione, il cui diniego altrimenti modificherebbe, di fatto, il piano stesso attraverso la sostanziale imposizione della prosecuzione o meno del negozio”.

documenti da allegare alla domanda di concordato) non può non influire in modo diretto anche sui criteri di distinzione fra ordinaria e straordinaria amministrazione; ma ai fini della revoca del concordato può rilevare solo di riflesso, non dunque nel senso che la coerenza (o la congruità) dell'atto di straordinaria amministrazione non autorizzato, rispetto alle previsioni del piano, valga a sottrarre il debitore alla conseguenza sanzionatoria della revoca del concordato (e dell'eventuale dichiarazione di fallimento); quanto piuttosto nel senso che la coerenza (o la congruità) dell'atto rispetto al "programma" presentato al tribunale concorre già a discriminare, a monte, l'ordinaria dalla straordinaria amministrazione⁶⁶.

E' poi superfluo aggiungere che la fattispecie di revoca fondata sulla menzionata distinzione presuppone comunque l'apertura del concordato preventivo, quale dies a quo per l'applicabilità sia dell'art. 167, sia dell'art. 173, 3° comma legge fall., non rilevando invece il fatto che, per il periodo intercorrente fra il deposito del ricorso e il decreto di ammissione, il settimo comma dell'art. 161 legge fall. (anch'esso introdotto dal d.l. n. 83 del 2012) abbia concesso al debitore il potere di compiere atti di straordinaria amministrazione solo se urgenti e solo se previamente autorizzati dal tribunale⁶⁷.

Quanto poi alla categoria degli atti "diretti a frodare le ragioni dei creditori" ci si può legittimamente domandare se essa si identifichi con quella degli "atti di frode" disciplinata nel primo comma dell'art. 173 legge fall. o se, nonostante l'uso di espressioni apparentemente equivalenti, il legislatore abbia inteso riferirsi a fattispecie diverse.

Il dubbio nasce dal fatto che – dopo la riforma del diritto fallimentare – l'espressione contenuta nel primo comma è stata prevalentemente intesa, come si è constatato nelle pagine precedenti, nel senso che rilevanti ai fini della revoca del concordato sarebbero solo le condotte volte ad occultare o manipolare situazioni idonee ad influire sul giudizio dei creditori stessi e

⁶⁶ In questo senso, sia pure con riferimento all'amministrazione controllata, cfr. per il passato Cass., 23 giugno 1988, n. 4278 cit.

⁶⁷ Qui in effetti la norma sembra sanzionare la mancanza dell'autorizzazione solo con il disconoscimento della prededucibilità per i crediti di terzi eventualmente sorti dal compimento dell'atto di straordinaria amministrazione, che non necessariamente potrebbe essere considerato fraudolento ai sensi del primo comma dell'art. 173 legge fall., lasciando tuttavia aperto il problema della sua validità od efficacia.

quindi tali che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una diversa (e negativa) valutazione della proposta.

Se così fosse, naturalmente occorrerebbe estendere, pur con qualche adattamento, alla categoria degli atti diretti a frodare le ragioni dei creditori, ma compiuti dopo l'apertura del concordato, le considerazioni e le conclusioni proposte, in dottrina e in giurisprudenza, con riferimento agli atti di frode compiuti prima di quel momento, nel senso allora che rilevanti ai fini della revoca del concordato sarebbero (non tutte le condotte fraudolente, ma) solo quelle che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una diversa (e negativa) valutazione della proposta.

Tuttavia, da questo punto di vista, l'equiparazione non si rivela del tutto appagante, dovendo prima stabilirsi quali siano le "ragioni dei creditori" tutelate dalla norma che il comportamento fraudolento del debitore potrebbe compromettere; e in particolare se vi siano "ragioni" ulteriori e diverse rispetto a quella ad una corretta informazione, quale presupposto per una consapevole valutazione di convenienza della proposta del debitore da parte dei creditori medesimi.

A tale ultimo interrogativo sembra preferibile dare risposta affermativa, considerando che a seguito dell'apertura del concordato il debitore mantiene i poteri di gestione e di disposizione del suo patrimonio (pur con i ben noti limiti per gli atti di straordinaria amministrazione) e che, pertanto, le aspettative dei creditori non possono limitarsi alla completezza dell'informazione sulla sua situazione economica, patrimoniale e finanziaria, ma hanno necessariamente ad oggetto anche la correttezza sostanziale di quella gestione, che potrebbe finire per compromettere innanzitutto le loro "ragioni" soddisfatorie legate all'esecuzione del piano concordatario: quindi è ragionevole ritenere che nella definizione rientri qualunque atto del debitore (estraneo alla realizzazione del piano concordatario) intenzionalmente diretto a (e con la consapevolezza di) danneggiare la massa creditoria⁶⁸, per ricavarne un vantaggio per sé o per altri.

⁶⁸ In questo senso cfr. anche FILOCAMO, in *La legge fallimentare* (a cura di FERRO) cit., p. 1961, ove ulteriori richiami antecedenti alla riforma; e Trib. Napoli, 3 novembre 2010, inedito, ma citato da PENTA, *La revoca del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, p. 735 ss., *ivi* p. 739.

E d'altra parte la stessa collocazione del riferimento agli atti diretti a frodare le ragioni dei creditori immediatamente dopo quello agli atti di straordinaria amministrazione non autorizzati induce a far emergere quale minimo comun denominatore delle due categorie (fra loro accostate dall'avverbio "comunque") la pertinenza di entrambe all'attività di gestione e di disposizione del patrimonio assoggettato ai vincoli della procedura concorsuale, senza alcun preciso collegamento con profili di asimmetrie informative, presenti invece nella omonima categoria del primo comma.

Quanto ai pagamenti (si intende) di crediti concorsuali l'opinione prevalente è sempre stata nel senso di equipararli agli atti fraudolenti, che – come tali – neppure potrebbero essere autorizzati dal giudice delegato⁶⁹; e occorre prendere atto che il primo comma dell'art. 168 legge fall., impedendo ai creditori per titolo o causa anteriore alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese di soddisfarsi esecutivamente (addirittura "sotto pena di nullità"), senza specifiche eccezioni (neppure per i crediti privilegiati, ipotecari o pignorati), affinché non venga alterata nel corso della procedura la par condicio creditorum, indirettamente (e a maggior ragione) sembra delegittimare qualunque atto di adempimento spontaneo di quelle obbligazioni (pecuniarie) del debitore (salvo il potere di compensazione nei limiti consentiti dall'art. 56 legge fall., richiamato dall'art. 169 legge fall.); e ad analoga conclusione conduce anche la novella introdotta (dal d.l. n. 83 del 2012) nella seconda parte del terzo comma dell'art. 168 legge fall., secondo cui "le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato".

D'altra parte, però, altre norme sembrano contraddire quella conclusione: così innanzitutto la prima parte del terzo comma della medesima norma, che consente al giudice delegato di autorizzare un creditore ad "acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti", sia pure solo nei casi

⁶⁹ Per richiami cfr. ancora FILOCAMO, in *La legge fallimentare* (a cura di FERRO) cit., p. 1961; ma anche su quest'ultimo punto si riscontra qualche dissenso da parte di chi ritiene che quanto meno taluni creditori con diritti di prelazione – ad esempio, i lavoratori dipendenti; o i creditori ipotecari o pignorati – potrebbero essere soddisfatti anche durante la procedura, per non aggravare ulteriormente il passivo con gli interessi: così LO CASCIO, *Il concordato preventivo* cit., p. 355, ove ulteriori richiami in nota 30.

previsti dall'art. 167 legge fall.; a sua volta quest'ultima norma, nel secondo comma, considera soggetti ad autorizzazione del giudice delegato le concessioni di ipoteche o di pegno, considerate quali atti di straordinaria amministrazione, obbligando conseguentemente gli interpreti a domandarsi se i creditori legittimati ad acquistare diritti di prelazione siano solo quelli sorti nel corso della procedura⁷⁰ (nel qual caso tuttavia si tratterebbe di un'inutile ripetizione di quanto già previsto nella disposizione precedente); o piuttosto se siano anche quelli concorsuali, sia pure in situazioni eccezionali⁷¹ (nel qual caso comunque al giudice delegato verrebbe attribuito un potere sostanzialmente discrezionale di consentire l'alterazione della par condicio creditorum, in visibile contrasto con il carattere assoluto del divieto di azioni esecutive previsto dal primo comma dell'art. 168 legge fall.⁷²).

In effetti il riferimento espresso ai “casi previsti dall'articolo precedente” induce comunque a legare quel potere di autorizzazione ad attività gestorie del debitore successive all'apertura del procedimento e dunque a limitarlo (in modo del tutto eccezionale) al compimento di nuove operazioni con un soggetto già creditore concorsuale, nelle quali tuttavia il vantaggio per la massa creditoria, in relazione alle stesse possibilità di successo del piano concordatario, bilanci in qualche modo il sacrificio derivante alla stessa dalla concessione a quel soggetto di un diritto di garanzia per il credito anteriore al concordato, al fine di indurlo a concludere un accordo con il debitore⁷³.

E precisamente in questa direzione si è avviato il legislatore con il quarto comma dell'art. 182-quinquies legge fall. (anch'esso introdotto dal d.l. n. 83 del 2012), consentendo al debitore che presenta domanda di ammissione al concordato preventivo (con continuità aziendale) di “chiedere al tribunale di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informa-

⁷⁰ Con riferimento all'amministrazione controllata cfr. Cass., 14 ottobre 1977, n. 4370, in *Dir. fall.*, 1978, II, p. 286; e Trib. Milano, 26 maggio 1988, in *Giur. it.*, 1989, I, c. 146.

⁷¹ Magari per agevolare la continuità aziendale ed evitare un pregiudizio maggiore ai creditori: cfr. CUNEO, *Le procedure concorsuali*, Milano, 1988, p. 1171.

⁷² Su tale carattere del divieto cfr. Cass., 28 giugno 2002, n. 9488, in *Arch. civ.*, 2003, p. 434; e in *Dir. fall.*, 2003, II, p. 522.

⁷³ Ugualmente si potrebbe ipotizzare la conclusione di una vantaggiosa transazione con un creditore concorsuale che, a fronte delle sue rinunzie, proponesse l'acquisto di una garanzia ipotecaria o pignorantizia per una parte del suo credito.

zioni, a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi” ritenute (sulla base dell’attestazione di un professionista qualificato) “essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori”.

Ma – a parte queste considerazioni – è certo che il pagamento di un credito concorsuale (che, dopo l’intervento legislativo di cui sopra, non può più considerarsi in sé un atto necessariamente “fraudolento”, appunto perché, sia pure a certe condizioni, autorizzabile) può condurre alla revoca del concordato solo se caratterizzato, sul piano dell’elemento psicologico, dal “dolo”, cioè dalla consapevolezza della frode nel debitore e – come detto – dall’intenzione di danneggiare la massa creditoria, per ricavarne per sé o per un terzo (il creditore soddisfatto) un vantaggio: ciò che non è scontato o implicito in qualunque pagamento, ben potendo ipotizzarsi ad esempio che lo stesso sia stato eseguito nella convinzione che il credito soddisfatto non fosse concorsuale, ma prededucibile⁷⁴.

4. La mancanza delle condizioni prescritte per l’ammissibilità del concordato

Ancora più problematica è l’ipotesi prevista nella parte finale del terzo comma dell’art. 173 legge fall., non solo per i profili processuali (di cui ci occuperemo in seguito), relativi alla necessità di coordinare l’autonomo giudizio di revoca (espressamente consentito “in qualunque momento”) con quello di omologazione (nell’ipotesi che il concordato sia approvato dai creditori), ma anche (e soprattutto) per i presupposti sostanziali della norma, relativi alla necessità di definire puntualmente quali siano “le condizioni prescritte per l’ammissibilità del concordato”, la cui mancanza può condurre alla conclusione

⁷⁴ Si può ad esempio ricordare l’incertezza che ha regnato, in dottrina e in giurisprudenza, sulla natura concorsuale (privilegiata) o prededucibile dei crediti dei professionisti che assistono il debitore ai fini della preparazione e presentazione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione dei debiti: incertezza ora risolta dal d.l. n. 83 del 2012 nel senso della prededucibilità (ai sensi del secondo comma dell’art. 111 legge fall.) con l’abrogazione dell’ambiguo quarto comma dell’art. 182-*quater* legge fall., che pareva limitare la prededucibilità stessa al credito del professionista qualificato, incaricato di predisporre la relazione di cui all’art. 161, 3° comma legge fall.

anticipata dell'esperimento concordatario e all'eventuale dichiarazione di fallimento.

Tali "condizioni", infatti, non possono essere ricavate altrimenti che dalle norme che disciplinano l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, contenute (conformemente alla rubrica) nel capo I del titolo III della legge fallimentare, in particolare negli artt. 160 (a sua volta espressamente dedicato, anche nella rubrica, ai "presupposti"), 161 e 162, comma 2° (dedicato alla "inammissibilità della proposta"), che richiama sia i primi due commi della prima norma che la seconda.

E' dunque possibile affermare innanzitutto che le condizioni (o i presupposti o, se si preferisce, i requisiti) di ammissibilità del concordato devono essere presenti, oltre che al momento di apertura del procedimento, anche nel corso (e per tutta la durata) dello stesso, restando solo da stabilire se – una volta aperta la procedura a seguito della verifica, da parte del tribunale, della loro sussistenza – la mancanza (o meglio la mancata persistenza) di una o più di esse possa rilevare solo se derivante da eventi successivi (quindi non valutati preventivamente dal tribunale medesimo); oppure se quest'ultimo possa diversamente giudicare (magari a seguito degli accertamenti eseguiti dal commissario giudiziale in occasione e ai fini della relazione di cui all'art. 172 legge fall.) anche elementi (di fatto e di diritto) già precedentemente esaminati in sede di ammissione; l'ampiezza della formula adottata dal legislatore ("se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni") indurrebbe a preferire la seconda soluzione, considerando che comunque anche in sede di omologazione (e anche in assenza di eventuali opposizioni) il tribunale ha comunque il potere-dovere di verificare la "regolarità della procedura" (art. 180, 3° comma legge fall.), concetto nel quale non può non rientrare il controllo dei presupposti di ammissibilità della stessa⁷⁵.

⁷⁵ In direzione opposta sembrerebbe condurre una delle argomentazioni espresse, a proposito della rilevanza, ai fini della revoca, degli atti di frode, da Cass., 23 giugno 2011, n. 13817 cit., secondo cui la segnalazione, da parte del commissario giudiziale, di eventi già noti al tribunale al momento dell'ammissione alla procedura e già ritenuti non ostativi all'ammissione, quale "esercizio di un potere di sollecitazione di una pronuncia giurisdizionale modificativa di una precedente", costituirebbe "una straordinaria deviazione dalle funzioni proprie dell'organo che sono unicamente consultive"; ma non mi pare che l'argomentazione (giusta o infondata che sia con riferimento agli atti di frode)

In generale su molti di tali requisiti vi è un ampio consenso: non è controverso, ad esempio, che il tribunale abbia il poterdovere di verificare innanzitutto la propria competenza; la sussistenza del presupposto soggettivo del concordato (cioè la natura commerciale dell'impresa ed il rispetto della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1 legge fall.)⁷⁶; il suo stato di crisi o di insolvenza; nel caso di società il rispetto delle regole fissate dall'art. 152 legge fall. (richiamato dall'art. 161, 4° comma legge fall.) per l'approvazione e la sottoscrizione della domanda; la completezza della documentazione; la qualifica (e la condizione soggettiva di "indipendenza") del professionista (iscritto nel registro dei revisori legali) che abbia attestato la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario, quale risultante dalla combinazione degli artt. 28, 1° comma, lett. a) e b), 67, 3° comma, lett. d) e 161, 3° comma legge fall.⁷⁷; nel caso di suddivisione dei creditori in classi, la correttezza dei criteri di formazione di queste "secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei" (artt. 160, 1° comma, lett. c e d e 163, 1° comma legge fall.); nel caso di previsione di un soddisfacimento non integrale dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, sia la qualifica (e la condizione

possa essere estesa anche ai presupposti del concordato preventivo, attribuendo al decreto di apertura un effetto preclusivo (*pro iudicato*) su di essi.

⁷⁶ La disposizione richiamata nel testo esclude dal fallimento e dal concordato preventivo l'imprenditore commerciale che dimostri il possesso congiunto dei tre requisiti ivi elencati; essa ha certamente un senso se riferita al fallimento; ma non ne ha (ed è addirittura paradossale) se riferita al concordato preventivo, che – com'è noto – può essere chiesto solo dal debitore, non essendo immaginabile che costui nel presentare una domanda di concordato dimostri invece di esserne esente; dunque, l'unica possibilità di salvare qualche frammento di razionalità del riferimento al concordato preventivo sta nell'inversione (in positivo) della sua formulazione (in negativo), come se disponesse che è soggetto al concordato preventivo (solo) il debitore il quale dimostri di non esserne esente; ma – detto questo – mi pare ovvio che, anche in mancanza di specifica dimostrazione da parte del debitore, al tribunale spetti comunque il compito di verificare d'ufficio che non si tratti di imprenditore che, per la sussistenza congiunta dei tre requisiti elencati nell'art. 1, 2° comma legge fall., non possa essere ammesso al concordato (né dichiarato fallito).

⁷⁷ In precedenza ci si chiedeva (come per i piani di risanamento dell'art. 67, 3° comma, lett. d) se le attestazioni potessero provenire anche da professionisti che si trovassero in qualcuna delle situazioni di incompatibilità elencate nel terzo comma dell'art. 28 legge fall.; in senso affermativo cfr. Cass., 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Fallimento*, 2009, p. 789; e Trib. Piacenza, 3 luglio 2008, *ivi*, 2009, p. 121; il problema ora non esiste più dopo che il d.l. n. 83 del 2012 ha modificato l'art. 67, 3° comma, lett. d), individuando in modo specifico i criteri di "indipendenza" del professionista attestatore.

soggettiva di “indipendenza”) del professionista (iscritto nel registro dei revisori legali) che abbia steso la relazione giurata sull’adeguatezza della percentuale offerta rispetto a quella “realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione”, sia il rispetto dell’ordine delle cause legittime di prelazione (art. 160, 2° comma legge fall.); la corretta comunicazione della domanda al pubblico ministero (art. 161, 5° comma legge fall.).

Più incerto è se assurga a requisito di ammissibilità del concordato anche l’indicazione da parte del debitore proponente di una percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari⁷⁸, nel qual caso però resterebbe da decidere quale sia effettivamente tale percentuale o se la stessa debba comunque essere superiore quanto meno a ciò che presumibilmente quei creditori potrebbero percepire all’esito di una procedura fallimentare (ciò che tuttavia finirebbe per trasformare il giudizio di ammissibilità in un giudizio di convenienza per i creditori, sottratto al tribunale, a parte l’ipotesi residuale di cui all’art. 180, 4° comma legge fall.); nel caso poi di concordato con cessione dei beni, fermo restando l’interrogativo di cui sopra, ci si dovrebbe, prima ancora, chiedere se il debitore sia obbligato ad indicare una percentuale⁷⁹ e, qualora la indichi anche senza es-

⁷⁸ Giustamente Cass., 23 giugno 2011, n. 13817 cit. ha sottolineato “l’impredicabilità, in linea generale, di un onere di indicare in ogni caso la percentuale di soddisfacimento dei creditori a fronte di una pressoché infinita gamma di possibili articolazioni della proposta di concordato e quindi delle possibilità di soluzioni che, anche coinvolgendo i creditori nella gestione dell’impresa attraverso l’attribuzione di quote di capitale, non consentono un’immediata quantificazione del risultato utile”; è ragionevole ritenere che l’obbligatorietà dell’indicazione di una percentuale (o di una percentuale minima) debba essere valutata in concreto, in relazione al variabile contenuto del piano concordatario.

⁷⁹ Lo esclude espressamente Cass., 23 giugno 2011, n. 13817 cit., pur convenendo con l’opinione secondo la quale tale indicazione, come quella relativa ai presumibili tempi della liquidazione, sarebbero necessarie “al fine della determinazione e piena intelligibilità della proposta di concordato”; per ulteriori richiami di dottrina e giurisprudenza sul tema cfr. FILOCAMO, in *La legge fallimentare* cit., p. 1963 s., il quale ugualmente condivide la tesi secondo cui tutto dipende dalla concreta configurazione del piano, non potendo escludersi, neppure in relazione all’art. 173 legge fall., l’ammissibilità di forme di cessione dei beni senza indicazione di una percentuale di soddisfacimento dei crediti o senza garanzia di soddisfacimento di una determinata percentuale.

Ed anche nel caso in cui il debitore si sia espressamente impegnato a soddisfare i suoi creditori in una percentuale fissa (o in una percentuale variabile fra un mi-

servi obbligato, se l'indicazione, una volta inserita nella proposta, costituisca oggetto di una vera e propria obbligazione (da valutare in futuro anche ai fini di un'eventuale risoluzione del concordato) od abbia un valore meramente prognostico sui presumibili risultati della liquidazione, ma senza accettazione del rischio di un esito insoddisfacente, oramai trasferito sui creditori.

In effetti, poiché la percentuale che verrà effettivamente corrisposta ai creditori è un elemento determinabile solo a seguito della compiuta liquidazione del patrimonio del debitore, su di essa non può esercitarsi (anche da parte del tribunale) che un mero giudizio prognostico, nel quale, per l'aleatorietà connotata a qualsiasi stima, il dato numerico esposto nella domanda, recepito nella relazione del professionista qualificato, confermato o corretto (al rialzo o al ribasso) nella relazione particolareggiata del commissario giudiziale, non può avere normalmente che un valore meramente indicativo per i creditori votanti, comunque suscettibile di modificazione da parte del debitore concordatario fino alla votazione, a norma dell'art. 175, 2° comma legge fall.; detto questo, non può escludersi naturalmente che, in relazione al contenuto concreto della proposta, questa sia inequivocabilmente costituita proprio dall'offerta di una percentuale ben determinata, da realizzare mediante la liquidazione del suo patrimonio.

E nella direzione qui indicata mi pare che conduca ora anche l'art. 161, 2° comma legge fall. laddove richiede che il piano contenga la descrizione analitica “delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta”, ma non necessariamente della “percentuale”, che potrebbe risultare incompatibile con la concreta articolazione della proposta.

D'altra parte, se il contenuto di questa si risolve semplicemente in una *cessio bonorum*, il debitore altro non deve fare che trasferire ai suoi creditori e per essi ai liquidatori nominati dal tribunale i poteri di disposizione di tutti i beni compresi nel

nimo e un massimo) al termine della liquidazione e in un periodo di tempo predeterminato, il giudizio (ugualmente prognostico) sulla realizzabilità dell'impegno preso, intesa nel senso probabilistico della futura sufficienza di quanto si ricaverà dalla liquidazione al puntuale rispetto di quell'impegno spetta innanzitutto al commissario giudiziale (che non può non farne oggetto di valutazione nella sua relazione) e naturalmente a ciascuno dei creditori concorsuali, ma non al tribunale, se non (ed eventualmente) in caso di opposizione all'omologazione.

suo patrimonio (artt. 1979 e 1980 c.c.)⁸⁰, naturalmente liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore⁸¹.

Ma la questione ben più controversa, con riferimento all'ultimo inciso contenuto nel terzo comma dell'art. 173 legge fall., è quella che riguarda la possibilità di inserire fra le condizioni del concordato la "fattibilità" del piano: ciò che imporrebbe preventivamente di definire la linea di confine fra autonomia negoziale e controllo giudiziale nel "nuovo" concordato preventivo, dunque chiarendo fin dove possa spingersi, nelle varie fasi della procedura in esame, l'intervento del giudice sull'iniziativa del debitore, che è rivolta innanzitutto ai suoi creditori⁸².

Ancora una volta il problema è particolarmente complesso, perché, per un verso, si tratta di stabilire, in generale, se il tribunale, fra i suoi poteri di controllo, ai fini dell'ammissione alla procedura concordataria, abbia anche quello di verificare la fattibilità del piano e, se sì, sotto quale profilo (sostanziale di merito o solo formale di legalità); per un altro verso, ci si domanda se, una volta aperta la procedura, il tribunale possa rivedere le sue precedenti valutazioni, nel corso del concordato (in

⁸⁰ Cfr. CENSONI, *Il concordato preventivo: gli organi, gli effetti, il procedimento*, in *Il nuovo diritto fallimentare* (a cura di JORIO-FABIANI), Bologna, 2010, p. 1016 s.; sul punto v. anche BOSTICCO, *La "resurrezione giurisprudenziale"* cit., p. 1450 s.; nello stesso senso ora anche Cass., 23 giugno 2011, n. 13817 cit., secondo cui il contrario, in difetto di esplicita assunzione di un'obbligazione in tal senso, "equivarrebbe a ritenere sempre necessario che il concordato assuma quantomeno la forma del concordato misto nel quale la cessione dei beni è accompagnata dall'impegno a garantire ai creditori una percentuale minima di soddisfacimento".

⁸¹ Qualora l'indicazione di una percentuale minima abbia un valore meramente prognostico, il mancato raggiungimento di detta percentuale non costituirebbe motivo di risoluzione del concordato, fermo restando peraltro il diritto dei creditori chirografari a vedersi attribuito tutto quanto realizzato, anche in eccedenza rispetto a quella percentuale e fino all'integrale pagamento del residuo credito; qualora invece l'indicazione della percentuale costituisca oggetto di una precisa obbligazione concordataria e il debitore si sia espressamente impegnato a soddisfare i creditori in quella misura (né minore, né maggiore), per un verso il mancato raggiungimento della percentuale promessa costituirebbe motivo di inadempimento e quindi di risoluzione del concordato; ma, per un altro verso, l'eventuale eccedenza ricavata dalla liquidazione dovrà essergli restituita.

⁸² Sul tema cfr. CENSONI, *Autonomia privata e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa* (a cura di DI MARZIO-MACARIO), Milano, 2010, p. 493 ss.

relazione alla disposizione in esame) o nell'ambito del giudizio di omologazione, magari distinguendo fra l'ipotesi che sia stata proposta opposizione (in relazione al quarto comma dell'art. 180 legge fall.) e l'opponente abbia contestato la fattibilità del piano; e quella che non sia stata proposta alcuna opposizione (nel qual caso poi occorrerebbe coordinare il terzo comma dell'art. 173 legge fall. con il terzo comma dell'art. 180 legge fall., che sembra limitare il potere del tribunale alla verifica della "regolarità della procedura" e dell'esito della votazione).

Per ciò che riguarda il primo problema è noto il dibattito (sorto in dottrina e in giurisprudenza sia dopo il d.l. n. 35 del 2005, sia soprattutto dopo le modifiche introdotte negli artt. 162 e 163 legge fall. dal d.lgs. n. 169 del 2007 ed ancora in corso⁸³) fra chi esclude qualsiasi sindacato del tribunale non meramente formale e di legalità, essendo altrimenti inspiegabile il motivo per il quale il legislatore avrebbe preteso che l'attestazione di fattibilità della proposta concordataria dovesse provenire da un professionista qualificato; chi invece ritiene che il controllo debba estendersi (quanto meno) alla ragionevolezza, correttezza metodologica, logicità, comprensibilità e coerenza dei criteri valutativi adottati dall'esperto, anche sotto il profilo della completezza argomentativa della sua relazione, al fine di assicurare ai creditori, prima della votazione, una corretta informazione e un consenso informato⁸⁴; e chi invece ritiene

⁸³ Per ampi richiami sul punto cfr. FERRO, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* (a cura di FERRO)² cit., sub art. 162, p. 1856 ss., *ivi* p. 1860 s.; FILOCAMO, in *La legge fallimentare* cit., p. 1963; PENTA, *La revoca* cit., p. 742 ss.; BOTTAI, *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua*, in *Fallimento*, 2011, p. 810 ss., spec. in nota 5.

⁸⁴ E' questa la tesi seguita per la prima volta da Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Giur. it.*, 2011, p. 856; e in *Fallimento*, 2011, p. 167, con nota adesiva di FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*; e nota critica di BOZZA, *Il sindacato del Tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, in base alla considerazione che, avendo il legislatore "inteso dare una netta prevalenza alla natura contrattuale, privatistica del concordato, che dà decisivo rilievo al consenso dei creditori", al tribunale, qualora ritenga non fattibile il piano, non compete, in sede di ammissione, privare i creditori "della possibilità di esaminare la proposta, di valutarne la congruità e convenienza e di accettarla dopo avere eventualmente vagliato anche il rischio di un insuccesso della proposta concordataria"; è invece al commissario giudiziale che è affidato, nelle intenzioni del legislatore, "il compito di garantire che i dati sottoposti alla valutazione dei creditori siano completi, attendibili e veritieri, mettendo gli stessi in condizione di decidere con cognizione di causa sulla base di elementi che corrispondono alla realtà"; nello stesso senso successivamente Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274 (in motivazione), *ivi*,

2011, p. 403 (con nota di NISIVOCCIA, *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*); in *Giur. comm.*, 2012, II, p. 276 (con nota di FABIANI, *La ricerca di una tutela per i creditori di minoranza nel concordato fallimentare e preventivo*); in *Giust. civ.*, 2012, I, p. 516; e in *Foro it.*, 2011, I, p. 2095 (con nota critica di PERRINO, *Abuso del diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio della giustizia contrattuale?*), che peraltro, sotto diverso profilo, anch'essa per la prima volta, ha ritenuto incontestabile l'applicabilità del concetto di abuso del diritto anche allo strumento concordatario; Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Fallimento*, 2011, p. 805 (con la citata nota di BOTTAI, *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua*), la quale ha aggiunto che la possibilità offerta al tribunale dall'art. 162 legge fall. "di concedere al debitore un termine per integrare il piano e produrre nuovi documenti va intesa nel senso che essa è diretta a soddisfare maggiormente la completezza informativa del piano e non nel senso di riconoscere al giudice il potere di formulare un giudizio di merito sulla fattibilità del piano stesso"; Cass., 23 giugno 2011, n. 13817 cit., che ugualmente ha individuato nell'abuso del diritto, quale violazione del principio di buona fede, il limite all'utilizzazione (e all'ammissibilità) dello strumento concordatario, "laddove emerga la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato, ponendo i creditori di fronte ad una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria" (nello stesso senso le sentenze in pari data nn. 13818 e 13819); Cass., 16 settembre 2011, n. 18987, in *Giur. it.*, 2012, p. 82, con la citata nota di TEDOLDI, *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano e l'art. 173 l. fall. nel concordato preventivo: la Cassazione e il "cigno nero"*; e in *Fallimento*, 2012, p. 36, con nota di A. PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*.

Contemporaneamente alla sentenza da ultimo menzionata, altra sentenza della medesima Corte di cassazione (la n. 18864 del 15 settembre 2011, in *Fallimento*, 2012, p. 39, con la citata nota di A. PATTI; in *Giur. it.*, 2012, p. 82, con la citata nota di TEDOLDI; e in *Giust. civ.*, 2012, II, p. 718), pur senza sconfessare (apparentemente) le precedenti conclusioni, ha finito per discostarsene in modo significativo laddove ha ritenuto che non vi sia "ragione di derogare ai principi generali in tema di rilevanza d'ufficio delle nullità (art. 1421 c.c.)", per illiceità dell'oggetto ("ad esempio, in presenza, nel piano, di offerte di cessione di *res extra commercium*, quali immobili insanabilmente abusivi o soggetti a confisca penale"); o per violazione di norme imperative (come nel caso di alterazione delle cause legittime di prelazione nelle ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 160 legge fall.); o per impossibilità dell'oggetto, "riscontrabile ove la proposta concordataria non abbia, alla luce della relazione del commissario giudiziale, alcuna probabilità di essere adempiuta".

Proprio quest'ultima evenienza – come riconosce detta pronuncia – "è di particolare delicatezza", però non tanto per il motivo che essa possa "essere confusa con la normale alea inscindibilmente connessa con la valutazione di fattibilità di qualsiasi iniziativa economica", il cui apprezzamento spetta esclusivamente ai creditori; e neppure per le "ipotesi-limite" qualificate dalla menzionata pronuncia come casi di "vero e proprio vizio genetico" (sopravalutazione di cespiti patrimoniali o indebita pretermissione o svalutazione di voci di passivo) – che non riguardano profili di inammissibilità delle condizioni del concordato, ma ipotesi di atti in frode autonomamente sanzionati nel primo e nel terzo comma dell'art. 173 legge fall. – quanto per il fatto che dietro la presunta impossibilità

che il controllo del tribunale possa entrare anche nel merito delle valutazioni di fattibilità (eventualmente affidate ad una consulenza tecnica), sotto il profilo della ragionevole possibilità che il piano abbia concreta attuazione.

Prescindendo, per il momento, dall'una o dall'altra delle soluzioni proposte e limitando lo sguardo al significato letterale dell'espressione contenuta nell'ultima parte dell'art. 173 legge fall., si è indotti ad affermare innanzitutto che intanto il tribunale potrebbe revocare il concordato per infattibilità dello stesso (solo) in quanto la fattibilità sia elevata al rango di "condizione prescritta per l'ammissibilità del concordato", considerata dunque quale oggetto necessario di valutazione del tribunale fin dal momento dell'ammissione.

In generale, detto giudizio non potrebbe avere nel corso della procedura ("in qualunque momento") ed eventualmente anche in sede di omologazione connotati diversi (solo formali o anche sostanziali) da quelli che gli vengono attribuiti in occasione della fase di ammissione.

Diverso può essere ciò che "risulta" al tribunale nel corso della procedura e che lo convince a modificare il precedente giudizio positivo sulle "condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato" in uno negativo di "mancanza" di tali condizioni, generalmente a seguito dell'emersione di fat-

dell'oggetto riferita ad un giudizio di infattibilità (economica) del piano concordatario risultante dalla relazione del commissario giudiziale si nasconda, in realtà, l'attribuzione al giudice di un potere di controllo (anche d'ufficio) di "legittimità sostanziale" della proposta concordataria dai confini molto incerti, sostanzialmente rimessi alla discrezionalità di valutazione del giudice del merito, con tutti i rischi connessi, anche per ciò che riguarda l'uniformità dell'applicazione del diritto da parte di giudici diversi.

Ed è per questo che, appena tre mesi dopo, la stessa Suprema Corte, con ordinanza n. 27063 del 15 dicembre 2011, ha rimesso la questione alle Sezioni Unite, ritenendo a ragione che la *ratio decidendi* su cui si fonda la sentenza n. 18864 del 2011 "rende necessario chiedersi in qual misura l'eventuale non fattibilità del piano si traduca in un'impossibilità dell'oggetto del concordato: il che finisce per riproporre in altra veste il medesimo problema dei limiti entro cui il giudice è legittimato a sindacare l'anzidetto requisito della fattibilità".

Ma nel frattempo, in attesa della decisione delle Sezioni unite, qualche giudice di merito ha preferito disattendere l'orientamento prevalente della Suprema Corte, continuando ad attribuirsi un potere di controllo anche sul merito della proposta, nel senso che questa debba essere "redatta in modo coerente, completo e compatibile coi fatti, in modo da consentire ai destinatari di accettarla o respingerla con cognizione di causa": così, ad esempio, App. Firenze, 28 settembre 2012, nel sito www.ilcaso.it; nello stesso senso Trib. Vicenza, 12 novembre 2012, nel sito www.ilcaso.it.

ti nuovi (ma senza escludere neppure l'ipotesi di un ripensamento del tribunale medesimo su elementi noti già presi in considerazione al momento dell'ammissione) e fatta salva la facoltà del debitore proponente di ripristinare la sussistenza della "condizione" venuta meno o di modificare la proposta concordataria (come l'ultimo capoverso dell'art. 186-bis legge fall. dimostra)⁸⁵.

In secondo luogo, se si ritiene che la fattibilità sia una condizione di "ammissibilità" del concordato, il riferimento alla tutela dell'informazione dei creditori non sarebbe di alcuna utilità; un concordato infattibile non diventerebbe automaticamente ammissibile solo per il motivo che ai creditori, prima della votazione, sia stata fornita adeguata informazione sugli elementi di valutazione emersi (o riconsiderati dal tribunale); o solo per il motivo che i creditori, pur adeguatamente informati, lo abbiano approvato: le condizioni di ammissibilità di una procedura concorsuale non sono materia disponibile da parte dei creditori.

Più utile appare invece verificare quanto decisiva sia l'argomentazione comunemente ricavata dall'art. 161 legge fall. (richiamato dall'art. 162, 2° comma, a sua volta richiamato dall'art. 163, 1° comma), che tuttavia non si occupa espressamente dei "presupposti" del concordato preventivo, quanto piuttosto di aspetti processuali legati alla presentazione della domanda di concordato, imponendo fra l'altro al debitore (al terzo comma) di allegare al piano anche la relazione di un professionista qualificato e indipendente che "attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo".

Deve convenirsi che se, per un verso, la semplice lettura delle norme sopra ricordate non aiuta ad elevare veridicità e fattibilità al rango di presupposti del concordato, per un altro verso è ugualmente incontestabile che, se detti elementi devono essere "attestati", la relazione non può non indicare quali verifiche e quali criteri siano stati seguiti a supporto delle conclusioni prese dal professionista; e dunque il tribunale non può esimersi

⁸⁵ Ciò che lo stesso può fare sia nella fase di apertura del concordato, nella quale fra ricorrente e tribunale può aprirsi un confronto costruttivo sulle "integrazioni" da apportare al piano prima che il collegio si pronunci in modo formale, come dimostra l'art. 162, 1° comma legge fall.; sia "in qualunque momento" successivo all'apertura, ma anteriore all'inizio delle operazioni di voto, per la possibilità offertagli dal secondo comma dell'art. 175 legge fall. di "modificare" la sua proposta originaria.

dal controllare (quanto meno) la sufficienza e l'attendibilità degli strumenti ispettivi adottati e dei percorsi argomentativi seguiti nella redazione dell'attestazione.

E tuttavia il richiamo al terzo comma dell'art. 161 legge fall. – che consentirebbe di attribuire la natura di “condizione prescritta per l'ammissibilità del concordato” non solo alla “fattibilità del piano”, ma anche alla “veridicità dei dati aziendali” – prova anche troppo, finendo per contraddire i limiti posti dallo stesso art. 173, 1° comma legge fall. alla valenza interruttiva delle rilevazioni contabili mendaci o semplicemente errate, quali quelle esaminate nelle pagine precedenti (occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo, omissione di denuncia di uno o più crediti, esposizione di passività insussistenti, ecc.), il cui accertamento può essere preso in considerazione solo in presenza di ben precise condizioni (ad esempio, solo se è dimostrato l'elemento soggettivo del dolo)⁸⁶.

Come si è constatato, non tutte le ipotesi di non veridicità dei dati aziendali sono considerate dal primo comma dell'art. 173 legge fall. motivo di interruzione della procedura concordataria; non avrebbe senso una lettura del terzo comma così ampia da comprendere qualsiasi ipotesi di non veridicità e da vanificare la disposizione del primo comma.

Quindi l'espressione utilizzata nel terzo comma (“se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato”) non è riferibile alla “veridicità dei dati aziendali”⁸⁷; e questo finisce per ridurre l'efficacia ermeneutica del richiamo al terzo comma dell'art. 161 legge fall.

Naturalmente è ben possibile che la scoperta di poste contabili non veritiere (ancorché prive dell'elemento psicologico del

⁸⁶ Nel senso che, con riferimento agli “altri atti di frode”, il tribunale non può prescindere dall'accertamento che il comportamento del proponente è stato posto in essere con dolo, cfr. Cass., 5 agosto 2011, n. 17038, in *Dir. fall.*, 2012, II, 355, con nota di VECCHIONE, *Sull'indagine del carattere doloso degli “altri atti di frode” nel procedimento di revoca dell'ammissione al concordato preventivo ex art. 173 legge fallim.*

⁸⁷ E' qui che Cass., 16 settembre 2011, n. 18987 cit., lascia maggiormente perplessi, riferendo il giudizio sulla realizzabilità del concordato anche alle ipotesi di “sopravalutazione di cespiti patrimoniali o indebita pretermissione, o svalutazione, di voci di passivo” considerate come cause “di vero e proprio vizio genetico, accertabile in via preventiva alla luce della radicale e manifesta inadeguatezza del piano”.

dolo) conduca ad una prognosi negativa di fattibilità del piano; così come, al contrario, la scoperta di poste contabili caratterizzate da dolo condurrebbe ugualmente all'interruzione della procedura ancorché la prognosi di fattibilità non ne risulti in alcun modo alterata; questo però non dimostra ancora che la fattibilità del piano assurga al rango di condizione (o, se si preferisce, di presupposto) di ammissibilità del concordato; e soprattutto non consente di qualificare il controllo del giudice in un senso (formale) o nell'altro (sostanziale).

E ancora, per non lasciarsi pregiudizialmente suggestionare dall'intento – di matrice prevalentemente ideologica⁸⁸ – di spostare in avanti, in direzione di una più penetrante interferenza del giudice sul merito della proposta, la (incerta) linea di confine fra poteri giurisdizionali e autonomia privata, emersa a seguito della riforma⁸⁹, non è superfluo ricordare quale rilevanza assuma, anche con riferimento al problema in esame, la facoltà offerta al debitore dall'art. 175, 2° comma legge fall. di modificare la sua proposta fino al giorno dell'adunanza dei creditori e comunque fino a quando le operazioni di voto non siano iniziate⁹⁰: una facoltà indubbiamente esercitabile (a maggior ragione) in tutte le ipotesi che per qualche motivo (per eventi successivi all'apertura del procedimento o semplicemente per una diversa valutazione degli organi concordatari) il piano sia ritenuto non fattibile.

⁸⁸ La stessa Cass., 15 settembre 2011, n. 18864 cit., giustamente ammonisce come “la ricostruzione ermeneutica della nuova disciplina, *in parte qua*, non possa discendere da suggestioni aprioristiche che nella posizione del problema prefigurano già la soluzione, conforme all'assiologia ed alle coordinate culturali dell'interprete; bensì debba conformarsi, innanzitutto, al canone legale del dato letterale: inverato, poi, dalla ricerca dell'intenzione del legislatore (art. 12 disp. gen.)”.

⁸⁹ Sul tema cfr. recentemente anche TARANTINO, *I confini del controllo giudiziale in sede di ammissibilità della proposta di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, II, p. 408 ss. (in nota a Trib. Crotone, 26 ottobre 2011).

⁹⁰ Alla modifica della proposta concordataria il d.l. n. 83 del 2012 dedica due nuove disposizioni: quella inserita nel terzo comma dell'art. 161 legge fall., per la quale, se la modifica è “sostanziale” (quindi non sempre), deve essere presentata una relazione (di fattibilità) “analogà” a quella iniziale proveniente dallo stesso (o da altro) professionista qualificato e indipendente; e quella di cui all'ultimo capoverso del nuovo art. 186-*bis* legge fall., per la quale resta “salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato” con continuità aziendale, se nel corso del procedimento “l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori”.

Se veramente la fattibilità della proposta (quale che essa sia) fosse una “condizione prescritta per l’ammissibilità del concordato”, una volta accertata la sua infattibilità, il tribunale – raccolta la segnalazione – dovrebbe revocare tout court il concordato⁹¹, senza attendere l’adunanza dei creditori, sottraendo conseguentemente a costoro ogni potere di valutazione del piano (così come proposto) e al debitore quello appunto di modificarlo; a meno di ritenere che, anche con riferimento alla fattibilità, il terzo comma dell’art. 173 legge fall. non sia applicabile fintanto che non abbia avuto inizio la votazione dei creditori: ipotesi questa che però sembrerebbe contraddetta dalla constatazione che a norma dell’ultimo capoverso dell’art. 186-bis legge fall. (introdotto dal d.l. n. 83 del 2012) la possibilità di revocare il concordato ai sensi dell’art. 173 legge fall. (quando l’attività d’impresa è cessata o risulta manifestamente dannosa per i creditori) è postergata alla facoltà del debitore di modificare la proposta, che però non può più essere esercitata dopo l’inizio delle operazioni di voto⁹².

Se, per un verso, è incontestabile che in un concordato con continuità aziendale la cessazione dell’impresa costituisce una fattispecie particolarmente evidente di (sopravvenuta) infattibilità del piano, per un altro verso è ugualmente predicabile che, ove l’espressione contenuta nell’ultima parte dell’art. 173 legge fall. venga riferita anche alla fattibilità del piano, non vi sarebbe stata alcuna necessità di una disposizione così specifica come quella contenuta nell’ultima parte dell’art. 186-bis legge fall., che meglio si giustifica appunto se, a monte, la fattibilità non viene considerata una condizione di ammissibilità del concordato.

Escluso dunque che l’art. 173 legge fall. riguardi direttamente o indirettamente la fattibilità del concordato (che non è una condizione di ammissibilità), resta semmai da verificare sotto quale diverso profilo e fino a quale punto possa spingersi il sindacato del giudice sulla effettiva realizzabilità del piano

⁹¹ Ma all’interruzione della procedura potrebbe non seguire alcuna dichiarazione di fallimento (in mancanza di istanze in tal senso).

⁹² La norma, in verità, non specifica se quella facoltà possa essere esercitata in qualunque momento della procedura, anche successivamente alla votazione dei creditori (che allora andrebbe rinnovata); o se il *dies ad quem* resti comunque costituito dall’inizio delle operazioni di voto; nel dubbio questa seconda interpretazione, che non tocca l’ambito normativo della disposizione contenuta nel secondo comma dell’art. 175 legge fall., mi pare decisamente preferibile.

concordatario, in relazione al suo variabile e variegato contenuto, che può essere estremamente semplice (come nel caso che la proposta si limiti alla cessione dei beni ai creditori, in cui la fattibilità, sotto il profilo giuridico, è – come detto – in re ipsa, consistendo solamente nel trasferimento dei poteri di disposizione dei beni compresi nel patrimonio ceduto dal debitore ai suoi creditori e per essi ai liquidatori nominati dal tribunale in sede di omologazione) o può essere estremamente complesso, come nelle ipotesi in cui il soddisfacimento dei creditori avvenga anche a mezzo di ristrutturazioni societarie⁹³ e richieda comunque un controllo sulla fattibilità “giuridica” del piano concordatario; come ugualmente deve riconoscersi con riferimento all’esistenza di eventuali motivi di nullità della proposta concordataria per violazione di norme imperative o per illiceità o impossibilità dell’oggetto, trattandosi qui di condizioni generali di giuridicità di qualunque atto negoziale⁹⁴, ma sempre che

⁹³ Ad esempio mediante mutamento dell’assetto proprietario; conversione di una parte dei crediti concorsuali in capitale di rischio; emissione di obbligazioni o di obbligazioni convertibili o di strumenti finanziari partecipativi a favore dei creditori o di terzi; fusione della società insolvente con altra società dotata di mezzi patrimoniali e finanziari; altre operazioni sul capitale, magari con l’intervento di società sane del medesimo gruppo di imprese al quale appartiene quella proponente il concordato; ecc.

⁹⁴ In questo senso (e in questi limiti) può condividersi il principio generale enunciato da Cass., 15 settembre 2011, n. 18864 cit., che adduce quale esempio di violazione di norme imperative il caso di alterazione dell’ordine delle cause legittime di prelazione; quale esempio di illiceità dell’oggetto la “presenza, nel piano, di offerte di cessione di *res extra commercium*, quali immobili insanabilmente abusivi o soggetti a confisca penale”; e quale esempio di impossibilità dell’oggetto il caso che la proposta “non abbia, alla luce della relazione del commissario giudiziale, alcuna probabilità di essere adempiuta”; ma deve trattarsi effettivamente di “ipotesi-limite”: così la stessa Cass., 15 settembre 2011, n. 18864 cit., che tuttavia (sulla scia di Cass., 23 giugno 2011, n. 13817 cit. e, con riferimento al concordato fallimentare, di Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274 cit.) aggiunge alle ipotesi precedentemente esaminate quella (discussa e dai confini eccessivamente indefiniti e variabili) dell’abuso del diritto, legato ad “utilizzazioni improprie” dell’istituto concordatario (sostanzialmente nel medesimo senso anche Cass., 23 giugno 2011, n. 13817 cit., ove “emerge la prova che determinati comportamenti depauperativi del patrimonio siano stati posti in essere con la prospettiva e la finalità di avvalersi dello strumento del concordato, ponendo i creditori di fronte ad una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria”); ma, se l’utilizzazione impropria consiste nel compimento di atti fraudolenti, finalizzati alla presentazione di una domanda di concordato, non c’è nessuna necessità di ricorrere al concetto di abuso del diritto, bastando ai fini della revoca del concordato la disposizione di cui al primo comma dell’art. 173 legge fall.; se invece ci si riferisce genericamente ad altre fattispecie non ricomprese in attività fraudolente, ciò finirebbe per reintrodurre

naturalmente se ne presentino in concreto i presupposti, così come individuati in dottrina e in giurisprudenza con riferimento agli artt. 1418, 1° comma c.c. (per la contrarietà a norme imperative) e 1346 c.c. (quanto all'impossibilità o all'illiceità dell'oggetto)⁹⁵.

In effetti – come è stato osservato in passato (con riferimento ad altro ordinamento)⁹⁶ – il rafforzamento di un disegno legislativo di magistrature économique (che può andare a detrimento della tradizionale funzione del giudice) ha un senso laddove ai creditori sia impedito di pronunciarsi sui piani di risa-

apoditticamente nel giudizio di ammissibilità (e in apparente contrasto con la *voluntas* del legislatore della riforma) una valutazione della meritevolezza delle stesse intenzioni del debitore concordatario nella predisposizione del piano e surrettiziamente anche una valutazione della convenienza del concordato per i creditori, essendo ben evidente, per un verso, la difficoltà di escludere la buona fede del debitore nei casi in cui la proposta sia ritenuta conveniente per i creditori; e per un altro verso (ma all'opposto) la possibilità di ricorrere all'abuso del diritto quante volte il tribunale ritenga (con giudizio discrezionale caso per caso) quella proposta non conveniente, senza attendere che su di essa si pronuncino i creditori.

⁹⁵ Senza voler approfondire il tema, basta qui considerare, per quanto riguarda la contrarietà a norme imperative, che la giurisprudenza, pur in assenza di parametri univoci, sembra orientata ad identificare l'imperatività di una norma con la sua inderogabilità, a sua volta qualificata dalla natura generale degli interessi a cui presidio la stessa è stata posta dal legislatore (così, *ex plurimis*, Cass., 18 luglio 2003, n. 11256, in *Arch. civ.*, 2004, p. 653; in *Contratti*, 2004, p. 237, con *Commento* di SANVITO, cui si rinvia per ulteriori richiami, particolarmente in nota 8); quanto poi all'impossibilità dell'oggetto (sia in senso fisico, sia in senso giuridico) è noto che questa, per essere rilevante ai fini della nullità dell'atto negoziale, deve essere caratterizzata da absolutezza, obiettività (per la sussistenza di impedimenti che ostacolano in modo assoluto il risultato cui la prestazione è diretta) e definitività, rimanendo ininfluenti sia le eventuali difficoltà (materiali o giuridiche) che ostacolano in modo non irrimediabile il risultato al quale la prestazione è diretta, sia la medesima inesistenza attuale del bene previsto, data la disposizione dell'art. 1347 c.c., che considera valido il contratto sottoposto a condizione sospensiva o a termine “*se la prestazione inizialmente impossibile diviene possibile prima dell'avveramento della condizione o della scadenza del termine*”; l'applicazione di tali principi al concordato preventivo (che comunque ne presuppone la natura contrattuale) lascia intendere quanto marginali ed eccezionali siano le ipotesi di “infattibilità” giuridica (sotto il profilo dell'assenza di una condizione di ammissibilità) del concordato per impossibilità dell'oggetto, anche in considerazione del fatto che l'attuale difficoltà di realizzazione (od anche la “manifesta inadeguatezza”) del piano, quale ritenuta dal giudice nel corso della procedura, potrebbe non avere quel carattere di absolutezza e definitività tale da escludere che in futuro, ma prima della scadenza dei termini previsti per l'esecuzione degli obblighi concordatari, le difficoltà emerse vengano meno per qualche plausibile motivo.

⁹⁶ Cfr. LONGOBARDI, *Crisi dell'impresa e intervento pubblico*, Milano, 1985, p. 126, con riferimento all'ordinamento francese.

namento; lo ha molto meno nei casi in cui su questi siano innanzitutto i creditori a doversi pronunciare (non solo con il voto, ma anche dibattendo fra di loro e con il debitore in adunanza), come accade nel concordato preventivo.

A parte il controllo sulla fattibilità “giuridica” del piano concordatario e sulle “ipotesi-limite” di cui sopra, non mi pare che il sindacato del tribunale sul merito della proposta e del piano concordatario, in sede di ammissione e nel corso della procedura (almeno fintanto che il tribunale medesimo non sia formalmente chiamato a risolvere una controversia sul punto, come può accadere in caso di opposizione all’omologazione), possa spingersi oltre la correttezza, la logicità e la coerenza dei criteri valutativi adottati dall’esperto.

E in questa stessa direzione sembrano condurre anche le novità normative introdotte dal d.l. n. 83 del 2012, sia a proposito dei requisiti di indipendenza (art. 67, 3° comma, lett. d legge fall.) e delle responsabilità penali (art. 236-bis legge fall.) del professionista attestatore, sia a proposito delle nuove attestazioni, come quelle ora previste per l’autorizzazione a contrarre finanziamenti (art. 182-quinquies, 1° comma legge fall.) o a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi “essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori” (art. 182-quinquies, 4° comma legge fall.); o quelle previste, nei concordati con continuità aziendale, relativamente alla funzionalità della prosecuzione dell’attività al miglior soddisfacimento dei creditori” (art. 186-bis, 2° comma legge fall.); o relativamente alla prosecuzione di contratti pubblici (art. 186-bis, 3° comma legge fall.) o per la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici (art. 186-bis, 4° comma legge fall.), anche a mezzo di un raggruppamento temporaneo di imprese (art. 186-bis, 5° comma legge fall.), allorché sia dimostrata la conformità degli stessi contratti al piano e la “ragionevole capacità di adempimento” del debitore concordatario: attestazioni queste che non possono non coinvolgere una valutazione “economica” delle istanze del debitore anche in relazione alla realizzabilità del piano concordatario; ma che altrettanto chiaramente mostrano l’intenzione del legislatore di affidare quel sindacato di merito al professionista attestatore, non a caso gravandolo di

maggiori responsabilità a fronte⁹⁷ di un sostanziale minor impegno del giudice.

5. Profili processuali della revoca del concordato preventivo

L'art. 173 legge fall. pone una lunga serie di interrogativi anche per ciò che riguarda i profili processuali della revoca del concordato preventivo.

Le relative regole sono contenute in parte nel primo comma, in parte nel secondo comma (applicabile anche alle ipotesi di revoca menzionate nel terzo comma): il commissario giudiziale, una volta accertato che il debitore ha commesso un atto di frode, “deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori”; tale procedimento, all'esito del quale il tribunale provvede con decreto, “si svolge nelle forme di cui all'articolo 15” (cioè in quelle dell'istruttoria prefallimentare); e, in ipotesi di revoca, “con contestuale sentenza” dichiara il fallimento, se vi è stata specifica istanza di un creditore o richiesta del pubblico ministero e naturalmente se ve ne sono i presupposti (soggettivi e oggettivi).

Innanzitutto ci si domanda se l'iniziativa resti affidata al solo commissario giudiziale – cosicché quella di qualunque altro soggetto sia destinata ad una pronuncia di inammissibilità⁹⁸ – oppure se possa riconoscersi una facoltà di impulso anche ad un creditore o al pubblico ministero, ai quali comunque l'eventuale apertura del procedimento deve essere comunica-

⁹⁷ In qualche caso l'attribuzione al giudice di un sindacato (anche) di merito è *in re ipsa*: così, ad esempio, per ciò che riguarda le richieste del debitore di autorizzazione al compimento di atti “urgenti” di straordinaria amministrazione nel corso dell'istruttoria pre-concordataria (art. 161, 7° comma legge fall.) o allo scioglimento (o sospensione) dei contratti pendenti (art. 169-bis legge fall.); ma si tratta di ipotesi che nulla hanno in comune con le condizioni di ammissibilità del concordato; e in cui semmai è il diniego dell'autorizzazione che può determinare in concreto l'infattibilità del progetto concordatario.

⁹⁸ In questo senso cfr. FAUCEGLIA, *Revoca* cit., p. 1702, per l'ipotesi che la fattispecie rilevante emerga successivamente all'adunanza dei creditori; e App. Napoli, 21 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, p. 248.

ta⁹⁹; e se, sul punto, sia possibile distinguere fra le ipotesi del primo comma e quelle del terzo comma (che in effetti richiama solo le disposizioni del secondo comma).

Non c'è dubbio che il commissario giudiziale, in quanto organo della procedura dotato di ampi poteri di indagine (artt. 171 e 172 legge fall.) e di vigilanza sul comportamento del debitore (art. 167, 1° comma legge fall.) abbia più di qualunque altro (pubblico ministero a parte) l'opportunità di accertare l'eventuale compimento da parte del debitore medesimo di atti suscettibili di condurre alla revoca del concordato; ed è quindi logico che il primo comma dell'art. 173 legge fall. (che non a caso è collocato subito dopo la disposizione relativa alla relazione del commissario) si rivolga innanzitutto a lui; così come è comprensibile che ad esso venga imposto il dovere di riferire "immediatamente" al tribunale ogniqualvolta venga accertato il compimento di taluni di quegli atti¹⁰⁰; ritenere che il tribunale, raccolta aliunde la notizia criminis, non possa aprire quel procedimento in assenza di un'iniziativa del commissario giudiziale, non pare coerente né con la natura officiosa del relativo potere del tribunale ("apre d'ufficio"), né con l'obbligo di comunicazione dell'apertura del procedimento al pubblico ministero e ai creditori, ai quali viene attribuito ad ogni effetto il ruolo processuale di "parti" (anche in considerazione della loro legittimazione a interloquire nei modi consentiti dall'art. 15 legge fall. e a proporre nella medesima sede istanza di fallimento)¹⁰¹, che invece non può predicarsi allo stesso modo con riferimento al commissario giudiziale, per il quale la norma non prevede

⁹⁹ In questo senso GALLETTI, *La revoca* cit., p. 737 s., secondo cui, ancorché il primo comma faccia riferimento alla preventiva segnalazione del commissario giudiziale, che peraltro può più agevolmente di altri accorgersi di eventuali alterazioni contabili (mentre per il terzo comma il tribunale può provvedere d'ufficio indipendentemente da detta segnalazione), una ricostruzione più armonica della norma consente di affermare che non vi sia "alcuna restrizione di fronte all'ipotesi che invece le circostanze vengano portate all'attenzione del Tribunale direttamente da un creditore, da un terzo interessato (ad es. un garante del debitore) oppure dal Pubblico Ministero", senza differenza fra il primo e il terzo comma; conf. CENSONI, *Il concordato preventivo: gli organi, gli effetti, il procedimento* cit., p. 1006 s.; e FILOCAMO, in *La legge fallimentare* cit., p. 1967.

¹⁰⁰ Ma il tribunale, da chiunque sollecitato, non è obbligato ad aprire il procedimento di revoca, ove ritenga inconsistenti le accuse formulate: in questo senso cfr. anche GALLETTI, *La revoca* cit., p. 738.

¹⁰¹ Così anche FILOCAMO, in *La legge fallimentare* cit., p. 1968, pur osservando che la norma non precisa se si tratti di una mera *denuntiatio* o di una *vocatio*.

alcuna attività procedurale successiva all'apertura del procedimento di revoca¹⁰².

Quanto poi alle ipotesi (eterogenee) di revoca di cui al terzo comma dell'art. 173 legge fall. (che – come si è constatato – derivano tanto da comportamenti del debitore concordatario, quanto dalla mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato), se per un verso è vero che la norma si limita a richiamare “le disposizioni di cui al secondo comma” (che non riguardano la fase relativa all'iniziativa per la revoca del concordato), per un altro verso non può essere agevolmente disconosciuto il legame esistente fra questo e il primo comma, che appunto si occupa dell'avvio d'ufficio del procedimento, cosicché preferibile appare senz'altro la tesi orientata a non distinguere, in direzione di un'ampia legittimazione all'iniziativa (commissario giudiziale, creditori, pubblico ministero), fra il primo ed il terzo comma, come può dirsi confermato anche dalla perentorietà dell'espressione contenuta nell'ultima parte della norma in esame (“se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato”), nella quale è rilevante non il fatto che l'iniziativa sia assunta dal commissario giudiziale piuttosto che da un creditore o dal pubblico ministero, quanto semmai l'emergere della mancanza delle condizioni che consentono alla procedura di andare avanti.

L'apertura d'ufficio del procedimento, che va comunicata al pubblico ministero e ai creditori¹⁰³, riguarda solo la revoca del concordato; per la dichiarazione di fallimento occorre invece l'istanza di un creditore o la richiesta del pubblico ministero; ma non può essere dubbio che, in questo secondo caso, il relativo contenitore sia comunque unico, non solo perché il secondo comma parla di “procedimento” (al singolare) o per la stretta complementarietà delle questioni trattate o per evidenti ragioni di economia processuale¹⁰⁴, ma soprattutto perché

¹⁰² Salva naturalmente la facoltà del tribunale di acquisire da lui informazioni e valutazioni: così anche FILOCAMO, in *La legge fallimentare* cit., p. 1968; in passato l'informazione relativa al compimento di atti fraudolenti doveva essere data al giudice delegato, al quale spettava il potere-dovere di eseguire le “opportune indagini” e promuovere dal tribunale la dichiarazione di fallimento d'ufficio.

¹⁰³ La norma non dice a chi spetti il relativo onere se non al tribunale, il quale peraltro potrebbe addossarlo alla cancelleria o al commissario giudiziale.

¹⁰⁴ Cfr. D'AMBROSIO, *Il sindacato del tribunale* cit., p. 220 ss.

l'eventuale dichiarazione di fallimento (con sentenza) deve essere "contestuale" rispetto alla revoca del concordato (con decreto) e la contestualità non potrebbe mai realizzarsi ove i procedimenti fossero separati e consecutivi l'uno all'altro¹⁰⁵.

Il generico richiamo alle "forme" dell'art. 15 legge fall. è certamente coerente con l'ipotesi che un creditore (o il pubblico ministero) presenti istanza (o richiesta) di fallimento; ed anzi il fatto che ad essi debba essere data comunicazione dell'apertura del procedimento di revoca sembra appunto indirizzata a sollecitarne l'iniziativa in tal senso¹⁰⁶; ma lo è molto meno con l'ipotesi opposta che non debba svolgersi alcuna istruttoria prefallimentare per mancanza di un contraddittore che si costituisca (tale non potendo essere – come detto – il commissario giudiziale); né può escludersi che qualche creditore si costituisca non per chiedere la revoca del concordato, ma al contrario per sostenerne l'infondatezza.

D'altra parte la stessa scelta del legislatore di eliminare la dichiarazione di fallimento di ufficio in ogni caso – e quindi anche in quello di revoca del concordato – è tutt'altro che condivisibile (almeno) quando lo stato di crisi denunciato dal debitore medesimo con la domanda di concordato preventivo (che, a differenza da quella di concordato fallimentare, può essere proposta solo da lui, contenendo però già in sé gli elementi essenziali del ricorso del debitore di cui all'art. 6, 1° comma legge fall.) consista in concreto nell'insolvenza¹⁰⁷.

Da qui sorgono poi ulteriori interrogativi.

Intanto ci si domanda se nel corso del procedimento il tribunale possa emettere "provvedimenti cautelari o conservativi a

¹⁰⁵ Immotivatamente contesta la "contestualità" FAUCEGLIA, *Revoca cit.*, p. 1704, nota 47.

¹⁰⁶ Quanto all'iniziativa del pubblico ministero (ai sensi dell'art. 7, 2° comma legge fall.) a seguito di comunicazione, da parte dello stesso tribunale fallimentare, della *notitia decoctionis* va segnalato il cambiamento giurisprudenziale realizzato da Cass., 14 giugno 2012, n. 9781, reperibile sul sito www.ilcaso.it; e in *Foro it.*, 2012, p. 2031; in effetti (cfr. CENSONI, *Il concordato preventivo: gli organi, gli effetti, il procedimento cit.*, p. 1008), la scelta del legislatore di non menzionare più nell'art. 173 legge fall. la dichiarazione di fallimento d'ufficio appare anch'essa sostanzialmente illogica, tanto più che non si vede come il pubblico ministero possa esimersi dal richiedere il fallimento almeno ogniqualvolta i fatti imputabili al debitore abbiano rilevanza penale, anche in relazione all'art. 238 legge fall.

¹⁰⁷ Sul punto rinvio ancora a CENSONI, *Il concordato preventivo: gli organi, gli effetti, il procedimento cit.*, p. 1008 s.

tutela del patrimonio o dell'impresa", di cui all'ottavo comma dell'art. 15 legge fall.; e la risposta dovrebbe essere affermativa¹⁰⁸, almeno qualora vi sia l'istanza di fallimento di un creditore o la richiesta del pubblico ministero, ancorché l'apertura del concordato preventivo abbia già prodotto sul patrimonio del debitore effetti sostanziali assai rilevanti, per il debitore, per i creditori ed ora anche sui rapporti giuridici preesistenti (artt. 169-bis e 186-bis legge fall., introdotti dal d.l. n. 83 del 2012), tali comunque da perseguire normalmente anche una funzione di natura cautelare¹⁰⁹.

Ma più dubbia è l'applicazione di quei provvedimenti allorché manchi (o fintanto che manchi) un'istanza di fallimento (e dunque la presenza nel giudizio di una "parte" legittimata a chiederli), anche per il motivo che, a seguito della revoca, cesserebbero immediatamente tutte le limitazioni ai poteri di amministrazione del debitore e le eventuali misure cautelari o conservative non potrebbero avere alcuna funzione anticipatoria né degli effetti di una sentenza di fallimento (che non potrebbe essere pronunciata per difetto della relativa istanza), né di quelli del decreto conclusivo, con cui anzi si porrebbero in palese contrasto.

Un secondo interrogativo, ancor più inquietante, è quello che riguarda l'incidenza sulla norma in esame della facoltà espressamente riconosciuta al debitore (dall'art. 175, 2° comma legge fall.) di modificare la proposta di concordato fino all'inizio delle operazioni di voto (e naturalmente prima dell'eventuale dichiarazione di fallimento)¹¹⁰; ma anche qui occorre opportunamente distinguere secondo che i motivi di revoca consistano

¹⁰⁸ Cfr. Trib. Latina, 10 dicembre 2009, reperibile sul sito www.ilcaso.it; e FIOCCO, in *La legge fallimentare* cit., p. 1968; nello stesso senso anche GALLETTI, *La revoca* cit., p. 739, nota 32, secondo cui i poteri cautelari del tribunale fallimentare possono incidere anche sulla struttura dell'impresa e della società, sino al punto di inibire gli amministratori dal compiere certi atti o di farli affiancare dal commissario o da altro professionista o di sostituirli, in tutto o in parte, attraverso la nomina di un curatore provvisorio che amministri il patrimonio destinato a confluire nella massa fallimentare.

¹⁰⁹ Ma, proprio ricorrendo all'ottavo comma dell'art. 15 legge fall., non si può escludere, ad esempio, l'ipotesi che il tribunale sottragga al debitore la gestione del suo patrimonio, affidandola al commissario giudiziale, in modo analogo a quella gestione commissariale in passato prevista per l'amministrazione controllata dall'abrogato art. 191 legge fall.

¹¹⁰ Dopo non resterebbe al debitore che il reclamo *ex art. 18* legge fall. o il concordato fallimentare, con i limiti temporali di cui al primo comma dell'art. 124 legge fall.

nella mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato o nel comportamento fraudolento del debitore.

Nella prima ipotesi occorre ulteriormente distinguere: se la condizione mancante riguarda il presupposto soggettivo del concordato (e del fallimento) o la sussistenza di uno stato di crisi (che potrebbe anche venir meno nel corso del procedimento per eventi straordinari), il problema non si pone neppure (salvo il diritto del debitore non assoggettabile a procedure concorsuali di ricorrere ai diversi e recenti strumenti non concorsuali di composizione delle crisi da sovraindebitamento, di cui alla l. 27 gennaio 2012, n. 3, così come modificata dal d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221).

Ma, se si parte dal presupposto che la norma in esame riguardi anche la "fattibilità" del piano concordatario e questa sia appunto la condizione mancante, la revoca del concordato non potrebbe non restare paralizzata dall'esercizio da parte del debitore della facoltà di modificare la sua proposta ai creditori (come indirettamente risulta confermato dall'ultimo capoverso dell'art. 186-bis legge fall., introdotto dal d.l. n. 83 del 2012): una facoltà che, se lo stesso ha diritto di esercitare fino all'inizio delle operazioni di voto (che segue la fase dibattimentale dell'adunanza dei creditori), non può essere a sua volta paralizzata dalla revoca del concordato; tanto più che la stessa valutazione di infattibilità eventualmente contenuta nella relazione del commissario giudiziale ai sensi dell'art. 172 legge fall. potrebbe essere, essa stessa, contestata anche da parte dei creditori in adunanza.

Dunque sono sicuramente da respingere sia l'opinione secondo cui il debitore non potrebbe modificare la sua domanda fino all'esito della decisione sull'istanza di fallimento¹¹¹; sia l'opinione opposta secondo cui al debitore sarebbe consentito modificare la sua proposta anche successivamente alle operazioni di voto e anche in fase di omologazione, semplicemente rimettendo in moto la procedura mediante rinnovazione del vo-

¹¹¹ Sul punto, richiamandosi ad una presunta inammissibilità della modifica per litispendenza, cfr. FILOCAMO, in *La legge fallimentare* cit., p. 1969, ove ulteriori citazioni.

to oppure mediante rinuncia al ricorso e presentazione di una nuova proposta emendata¹¹².

Quanto poi all'ipotesi che i motivi di revoca traggano origine da comportamenti del debitore ritenuti fraudolenti, se anche qui l'obbiettivo affidato alla norma in esame dal legislatore della riforma fosse quello di tutelare l'interesse dei creditori ad una corretta informazione circa la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, in modo che essi possano esprimere, in sede di votazione, un consenso informato e non viziato, ad ostacolare il giudizio di revoca dovrebbe bastare la completa disclosure del debitore prima di quel momento ed eventualmente un'adequata modifica del piano concordatario.

Ma, accogliendo questa opinione, ne deriverebbe che, una volta avvenuta la votazione, quell'obbiettivo non potrebbe più essere conseguito neppure mediante una modifica del piano concordatario; e conseguentemente, di fronte alla constatazione dell'esistenza di un vizio del consenso, non sarebbe comunque possibile prescindere dalla originaria funzione sanzionatoria della norma, in qualche misura ancora legata alla "meritevolezza" del debitore e applicata ad un fatto oramai consumato¹¹³.

Il secondo comma dell'art. 173 legge fall. non chiarisce se il tribunale possa prendere in considerazione anche istanze di fallimento presentate precedentemente all'apertura del concordato e dichiarate inammissibili, improcedibili o sospese; ma la risposta negativa appare preferibile, sia per il motivo che le stesse non si riattivano automaticamente¹¹⁴, sia per la precisa scansione temporale prevista dalla norma, in cui l'istanza di fallimento (secondo comma) segue l'apertura d'ufficio del procedimento di revoca e la relativa comunicazione al pubblico ministero e a tutti i creditori (primo comma), non solo a quello che avesse già presentato un'istanza di fallimento e che – una

¹¹² In questo senso GALLETTI, *La revoca* cit., p. 738 s. e soprattutto p. 752 s., secondo cui impedire al debitore di far ciò "contrasterebbe con la nuova funzione dell'istituto, che mette ora in primo piano l'interesse dei creditori ad una idonea e fattibile soluzione alternativa al fallimento (di qui la soppressione del requisito della meritevolezza), restaurandosi una concezione meramente 'sanzionatoria' dell'art. 173 l. fall."

¹¹³ Solo quando alla revoca del concordato (per motivi diversi da quelli relativi ai presupposti soggettivi e oggettivi) non segua alcuna dichiarazione di fallimento per mancanza dell'istanza di un creditore o della richiesta del pubblico ministero, sarebbe ancora possibile reiterare la domanda di concordato con un diverso contenuto.

¹¹⁴ Così giustamente GALLETTI, *La revoca* cit., p. 755, nota 77.

volta informato della situazione economica, patrimoniale e finanziaria del suo debitore – potrebbe non avere più alcun interesse all'accoglimento della stessa ed essere anzi favorevole al concordato.

All'esito del procedimento il tribunale provvede comunque con decreto: a) di “non luogo a provvedere” (e di reiezione dell'eventuale istanza di fallimento proposta da un creditore o dal pubblico ministero) ove accerti l'insussistenza o l'irrelevanza delle accuse portate a sua conoscenza; b) di revoca del concordato, nel caso contrario.

In questa seconda ipotesi, ove sia stata presentata un'istanza di fallimento e la revoca del concordato sia avvenuta per motivi diversi da quelli della mancanza dei presupposti soggettivi e oggettivi del concordato e del fallimento, il tribunale con “contestuale” sentenza apre la procedura fallimentare.

Se il tribunale dichiara il fallimento, l'unico mezzo di impugnazione è il “reclamo” (alla corte d'appello) ex art. 18 legge fall. contro la sentenza dichiarativa (con assorbimento dell'eventuale mezzo di impugnazione del decreto che revoca il concordato); è infatti opinione comune¹¹⁵ che, analogamente a quanto stabilito per il caso di inammissibilità della proposta concordataria dall'art. 162, 3° comma legge fall. (ritenuto applicabile anche alla mancata approvazione del concordato da parte dei creditori, per il richiamo al secondo comma di detta norma da parte dell'art. 179, 1° comma legge fall.), con il reclamo possono farsi valere anche motivi attinenti alla revoca del concordato.

Maggiori dubbi nascono, invece, quando il tribunale con decreto decida per il “non luogo a provvedere” o quando si limiti a revocare il concordato senza dichiarare il fallimento (perché, ad esempio, non sono state presentate istanze in tal senso).¹¹⁶

Sul punto sono state espresse numerose opinioni, dal momento che la norma in esame nulla dispone quanto al relativo mezzo di impugnazione, discutendosi innanzitutto se quel decreto sia soggetto a reclamo oppure no; e nel caso affermativo in base a quale disciplina.

¹¹⁵ Da ultimo cfr. D'AMBROSIO, *Il sindacato del tribunale* cit., p. 227 s., ove ulteriori richiami.

¹¹⁶ Quando il tribunale respinga eventuali istanze di fallimento l'unico mezzo di impugnazione dovrebbe essere il reclamo alla corte d'appello di cui all'art. 22 legge fall.

A quest'ultimo fine è stato fatto riferimento da taluni al reclamo ex art. 26 legge fall. (in quanto richiamato dall'art. 164 legge fall.¹¹⁷, che però lo limita ai decreti del giudice delegato); da altri al reclamo ex art. 739 c.p.c., nel quadro della disciplina generale dei procedimenti in camera di consiglio¹¹⁸; da altri ancora al reclamo ex art. 183 legge fall. (che riguarda l'impugnazione del decreto di rifiuto dell'omologazione del concordato preventivo) in quanto integrato dalla disciplina dell'art. 131 legge fall. relativa al concordato fallimentare¹¹⁹.

Nessuna di queste tesi è convincente; già il fatto che il legislatore si sia preoccupato, nel secondo comma dell'art. 173 legge fall., di richiamare quale mezzo di impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento il reclamo ex art. 18 legge fall. (sulla cui ammissibilità, in difetto, non vi sarebbero stati dubbi di sorta) e di restare silente sul mezzo di impugnazione del decreto di revoca del concordato (su cui al contrario sarebbe stato assai più utile intervenire) indurrebbe a dare a quel silenzio il preciso significato di non soggezione a reclamo.

E' poi quanto meno singolare che, da un lato, vi sia unanime consenso nell'estendere alla revoca del concordato la disciplina degli artt. 162 e 179 legge fall. quando ad essa segua la dichiarazione di fallimento (con la possibilità di far valere con il reclamo ex art. 18 legge fall. anche i motivi attinenti alla revoca); e dall'altro lato il richiamo alle medesime norme sia apoditticamente rifiutato¹²⁰ quando alla revoca non segua alcunché.

¹¹⁷ Cfr. FILOCAMO, in *La legge fallimentare* cit., p. 1969; FABIANI-NARDECCHIA, *Formulario commentato della legge fallimentare*, Milano, 2007, p. 1639.

¹¹⁸ Cfr. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2008, p. 78; FAUCEGLIA, *Revoca* cit., p. 1703; DEMARCHI, *I provvedimenti immediati*, in AMBROSINI-DEMARCHI-VITIELLO, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, p. 145.

¹¹⁹ In questo senso cfr. MONTANARI, *Sul regime impugnatorio della revoca dell'ammissione al concordato preventivo non seguita da dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2011, p. 341 ss., quale "alternativa credibile e non necessariamente postergata a quelle consacrate nella dicotomia reclamo ex art. 739 c.p.c. – reclamo ex art. 26 l. fall."

¹²⁰ Giustamente ha osservato MONTANARI, *Sul regime impugnatorio* cit., p. 343, "che ben di rado le voci levatesi a favore della reclamabilità del provvedimento in oggetto sono andate al di là della sua mera asserzione; e che quando uno sforzo argomentativo è stato esplicato al riguardo, questo non si è spinto oltre il rilievo – tipicamente echeggiante gli stilemi dell'argomentazione *a contrariis* – della mancanza di una formale comminatoria di irreclamabilità sulla falsariga di quella rinvenibile nell'art. 162 l. fall."

Né a tal fine può giovare l'argomento ricavato dalla constatazione che, mentre l'art. 162 legge fall. viene a collocarsi nelle battute d'avvio del procedimento di concordato, con la possibilità della riproponibilità dell'istanza da parte del debitore che sia al contempo riuscito a sfuggire al fallimento, l'art. 173 legge fall. viene a collocarsi anche quando la procedura abbia visto ultimata la fase di approvazione della proposta e sia pervenuta al successivo snodo del giudizio di omologazione¹²¹, essendo agevole constatare¹²² quanto l'efficacia argomentativa della distinzione sia compromessa dal richiamo dell'art. 162 legge fall. da parte dell'art. 179 legge fall., che pure viene a collocarsi in una fase avanzata della procedura, cioè una volta avvenuta la votazione.

Per l'ipotesi che il tribunale revochi il concordato senza dichiarare il fallimento è dunque preferibile escludere (in sintonia con la disposizione dell'art. 162, 2° comma legge fall.) il reclamo alla corte d'appello¹²³, restando semmai da verificare se quel decreto possa essere impugnato con ricorso straordinario per cassazione a norma dell'art. 111 Cost.¹²⁴, naturalmente nelle ipotesi in cui ne ricorrano le condizioni di decisorietà e di definitività: condizioni che in verità non possono né negarsi, né affermarsi pregiudizialmente, dipendendo in concreto dai motivi della revoca, com'è dimostrabile, ad esempio, pensando al caso che il concordato sia revocato per accertata mancanza del presupposto soggettivo del concordato (legata alla qualifica di imprenditore commerciale non esente)¹²⁵, in cui sarebbe irragionevole escludere la condizione della definitività¹²⁶ sulla ba-

¹²¹ Così MONTANARI, *Sul regime impugnatorio* cit., p. 344 s.

¹²² Ed effettivamente se lo obietta lo stesso MONTANARI, *Sul regime impugnatorio* cit., p.344 s., che però è costretto a ricorrere ad una presunta (ma discutibile) censura di incostituzionalità dell'art. 179 legge fall. per il *vulnus* che ne deriva al valore della ragionevole durata del processo.

¹²³ In questo senso CENSONI, *Il concordato preventivo: gli organi, gli effetti, il procedimento* cit., p. 1007 s.; Id., *Il concordato preventivo*, in BONFATTI-CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, quarta ed., Padova, 2011, p. 595; GALLETTI, *La revoca* cit., p. 755, nota 78; ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, p. 235; e in giurisprudenza App. Salerno, 19 ottobre 2010, in *Fallimento*, 2011, p. 338.

¹²⁴ Così anche GALLETTI, *La revoca* cit., p. 755.

¹²⁵ Cfr. anche Cass., Sez. un., 14 aprile 2008, n. 9743, in *Fallimento*, 2008, p. 1149.

¹²⁶ Come fa MONTANARI, *Sul regime impugnatorio* cit., p. 345, nota 19, ove ulteriori richiami di dottrina e di giurisprudenza sul punto.

se dell'affermazione di una presunta riproponibilità dell'istanza respinta.

Quanto all'arco temporale che delimita l'applicabilità dell'art. 173 legge fall., sia sul piano sostanziale, sia su quello processuale, nessuna incertezza può nascere per ciò che riguarda il dies a quo, evidentemente coincidente con l'apertura del procedimento di concordato (e con la nomina del commissario giudiziale)¹²⁷.

Nessuna incertezza può nascere neppure per ciò che riguarda il periodo successivo alla fase di omologazione e alla chiusura del concordato, a seguito della quale i comportamenti del debitore potranno essere valutati solo ai fini dell'eventuale risoluzione o annullamento del concordato, ricorrendone in concreto i presupposti di cui agli artt. 186, 137 e 138 legge fall.¹²⁸, restando solo da stabilire in quale momento collocare l'effettiva chiusura della procedura di concordato secondo il dettato dell'art. 181 legge fall. ("con il decreto di omologazione"), non tanto nel caso che nel giudizio di omologazione non siano state proposte opposizioni (in cui a norma dell'art. 180, 3° comma legge fall. il decreto del tribunale non è soggetto a gravame), quanto nel caso opposto, dovendo tenersi conto, per un verso, della provvisoria esecutività del decreto (art. 180, 5° comma legge fall.) e per un altro verso della sua impugnabilità con reclamo alla corte d'appello (art. 183 legge fall.) e dell'eventuale durata del giudizio di impugnazione, durante il quale continuano a prodursi gli effetti sostanziali del concordato (art. 168 legge fall., che fa espresso riferimento al momento in cui il decreto di omologazione "diventa definitivo").

Assai più delicato è stabilire in qual modo possano fra loro coordinarsi il sub-procedimento di revoca (art. 173) e quello di omologazione (art. 180), fermo restando che le fattispecie che possono condurre alla revoca del concordato, se sussistenti in concreto e risultanti al tribunale, a prima vista non potrebbero non essere prese in considerazione (negativamente) nell'ambito del giudizio di omologazione, anche indipendentemente dalla

¹²⁷ Deve quindi ritenersi ancora inapplicabile l'art. 173 legge fall. nel corso dell'istruttoria preconcordataria, anche nel caso di presentazione di una domanda di concordato "con riserva".

¹²⁸ In questo senso recentemente cfr. Trib. Busto Arsizio,, 30 marzo 2012, n. 264, in *Guida al diritto*, 2012, n. 28, p. 44, con nota di PAGANINI, *La sussistenza del dolo è nella ideazione del piano che ha il fine di tutelare i soci a danno dei creditori*.

proposizione di eventuali opposizioni¹²⁹ (dato che, se il tribunale può procedere “d’ufficio” per la revoca, ugualmente dovrebbe poter valutare d’ufficio in sede di omologazione la sussistenza in concreto di taluna di quelle fattispecie), a meno che – per escludere la loro rilevanza (ma non mi pare una tesi sostenibile)¹³⁰ – non si ritengano decisive l’intervenuta approvazione da parte dei creditori¹³¹ e l’assenza di opposizioni all’omologazione¹³².

Certo è tuttavia che il dato normativo da cui trarre ispirazione – nella rubrica e nel terzo comma dell’art. 173 legge fall. – non sembra lasciare molto spazio per un’interpretazione diversa da quella letterale, che, facendo indistintamente riferimento a “qualunque momento” del “corso della procedura”, dal decreto di apertura a quello di omologazione, disciplina un percorso in realtà tutt’altro che sovrapponibile (quanto all’oggetto, alle parti, alle modalità di svolgimento, alle regole relative alle impugnazioni) con quello previsto per il giudizio di omologazione; e non soltanto quando non siano proposte opposizioni¹³³; se si considera, ad esempio: che il creditore assenziente in generale non può proporre opposizione all’omologazione (salvo il caso previsto dal secondo comma dell’art. 179 legge fall.)¹³⁴, ma può chiedere la revoca dell’ammissione; che al contrario un soggetto “interessato” (ancorché non creditore) può opporsi all’omologazione, ma non può chiedere la revoca dell’ammissione; che l’art. 15 legge fall., richiamato per il sub-procedimento di revoca, non è applicabile a quello di omologa-

¹²⁹ Così anche Trib. Tivoli, 15 luglio 2009, in *Fallimento*, 2009, p. 111.

¹³⁰ Conf. Trib. Monza, 2 novembre 2011, nel sito www.ilcaso.it; e FILOCAMO, in *La legge fallimentare* cit., p. 1965 s., ove ulteriori richiami di dottrina e giurisprudenza, giustamente contrarie anche ad un’eventuale rinnovazione della votazione.

¹³¹ In questo senso cfr. Trib. Firenze, 1° febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, p. 379.

¹³² In questo senso cfr. GALLETTI, *La revoca* cit., p. 738 s.

¹³³ Nel senso che in mancanza di opposizioni, quando i fatti rilevanti *ex art.* 173 legge fall. siano veicolati nel giudizio di omologazione dal parere del commissario giudiziale non costituito in giudizio o da altri atti della procedura utilizzabili dal tribunale, il diritto di difesa del debitore (o di altre parti) non sarebbe garantito in misura equipollente a quella garantita dall’art. 15 legge fall., cfr. FILOCAMO, in *La legge fallimentare* cit., *sub art.* 180, p. 2041 ss., *ivi* p. 2066 s., ove ulteriori richiami.

¹³⁴ Quando il commissario, dopo l’approvazione del concordato, rileva che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali (se assenzienti) possono modificare il voto costituendosi nel giudizio di omologazione.

zione, autonomamente disciplinato in modo del tutto sintetico ed insufficiente; che il decreto di revoca dell'ammissione – come si è constatato – non è soggetto ad autonomo reclamo, mentre quello di omologazione, se sono state proposte opposizioni, è reclamabile davanti alla corte d'appello; se si considera tutto ciò, appare problematico dimostrare che le caratteristiche strutturali del sub-procedimento di omologazione, in caso di opposizioni, non differiscano sostanzialmente da quelle del sub-procedimento di cui all'art. 15 legge fall., così da consentire l'assorbimento del secondo da parte del primo, all'interno del quale potrebbero farsi valere – mediante opposizione – i motivi di revoca¹³⁵.

Dunque, nel caso in cui la sollecitazione all'esercizio dei poteri officiosi del tribunale sopravvenga all'avvio del giudizio di omologazione (ed anche nell'ipotesi che essa sia oggetto di specifici motivi di opposizione) la scelta più corretta da fare resta quella della sospensione di detto giudizio in attesa dell'esito del sub-procedimento di revoca¹³⁶.

¹³⁵ In questo senso, invece, FILOCAMO, in *La legge fallimentare* cit., p. 2067; un diverso tentativo di coordinamento, fra l'art. 173 e l'art. 180, è quello proposto da GALLETTI, *La revoca* cit., p. 739, secondo cui, ove la segnalazione della fattispecie di revoca pervenga prima dell'avvio del giudizio di omologazione, il collegio potrebbe provvedere a comunicarla a tutte le parti interessate (creditori, anche non dissenzienti, debitore e pubblico ministero), fissando, a sua discrezione secondo la percezione dell'urgenza, o apposita udienza ai sensi dell'art. 173 o quella di cui all'art. 180 e in questo secondo caso “dovranno essere poste in essere tutte le eventuali opposizioni, dieci giorni prima, ed il procedimento proseguirà esclusivamente nelle forme del giudizio di omologa”; ma non è chiaro da dove il tribunale attinga quel potere discrezionale, il cui esercizio potrebbe comunque modificare le regole processuali della revoca del concordato.

¹³⁶ Conf. PENTA, *La revoca* cit., p. 740.