

## CONCORDATO PREVENTIVO: IL CONTROLLO GIUDIZIALE SULLA FATTIBILITÀ DEL PIANO<sup>1</sup>

BENEDETTO PATERNÒ RADDUSA

(Nota di commento a Cass. civ., sez. I, 15 settembre 2011, n. 18864<sup>2</sup>)

FALLIMENTO - CONCORDATO PREVENTIVO - SENTENZA DI OMOLOGAZIONE - REGIME CONSEQUENTE ALLA NUOVA LEGGE FALLIMENTARE - VIZI GENETICI DELLA PROPOSTA CONCORDATARIA - RADICALE E MANIFESTA INADEGUATEZZA DEL PIANO DI RISANAMENTO - POSSIBILITÀ DI ACCERTAMENTO DA PARTE DEL GIUDICE - SUSSISTENZA

**In tema di omologazione del concordato preventivo, sebbene, nel regime conseguente all'entrata in vigore del d.lg. 169/2007, al giudice sia precluso il giudizio sulla convenienza economica della proposta, non per questo gli è affidata una mera funzione notarile di regolarità formale, per effetto della quale gli sarebbe preclusa la possibilità di intervenire a tutela dell'interesse pubblico a che il governo della crisi dell'impresa non sia piegato a utilizzazioni improprie, come nei casi di vizio genetico della proposta accertabile in via preventiva, e non sanabile dal consenso dei creditori, di radicale e manifesta inadeguatezza del piano per sopravvalutazione di cespiti patrimoniali o indebita pretermissione, o svalutazione, di voci di passivo, non rilevata "ab initio" nella relazione del professionista (*massima non ufficiale*)**

### I. Il caso

Dopo l'adunanza dei creditori, chiusa con l'approvazione del concordato, il commissario acquisisce notizia di un debito privilegiato non appostato tra le passività, tale da falsare le possibilità di soddisfazione legate alla realizzazione del piano riducendole drasticamente. Presta, al fine, parere

<sup>1</sup> "Per gentile concessione della Rivista *"La Nuova giurisprudenza civile commentata"* (fasc. 2/2012)".

<sup>2</sup> Il testo della sentenza è riportato in calce al commento e in questa Rivista nella sezione "giurisprudenza".

negativo sulla omologabilità al Tribunale il quale, sul presupposto della non realizzabilità del piano per effetto del debito prima non esposto, rigetta l'omologa senza tuttavia procedere alla dichiarazione di fallimento per l'assenza di iniziative in tal senso formulate dai soggetti legittimati. Proposto reclamo avverso il decreto di reiezione dell'omologa la Corte territoriale conferma la decisione del primo giudice perché il credito, certamente concorsuale, incide, escludendola, sulla fattibilità del piano.

Due i motivi di ricorso in sede di legittimità, suscettibili di lettura unitaria: in mancanza di opposizioni il Tribunale, in sede di omologa, e la Corte, in esito al reclamo, in aperta violazione del disposto di cui agli artt. 180 e 173 Legge fall., hanno provveduto ad una valutazione della fattibilità del piano entrando dunque nel merito della proposta ed esercitando un potere loro precluso dal voto favorevole dei creditori e dalla mancanza di opposizioni.

La Cassazione conferma le decisioni di merito dando nuovamente vigore alla concezione pubblicistica del concordato, escludendo per tale via che il ruolo del Tribunale possa ritenersi ridotto e limitato ad una mera funzione notarile di verifica della regolarità formale della proposta e favorendo controlli sostanziali del programma di superamento della crisi in ipotesi di radicale e manifesta inadeguatezza del piano motivata dalla sopravvalutazione di cespiti patrimoniali o indebita pretermissione, o svalutazione, di voci di passivo, non rilevata "*ab initio*" nella relazione del professionista.

L'arresto in commento involge tre diverse questioni, avvinte da un unico, comune, filo conduttore: *il ruolo da ascrivere al Tribunale nel valutare la fattibilità del piano proposto dal debitore in stato di crisi*. La sentenza merita particolare attenzione perché, nel tentativo di fornire una via interpretativa diversa rispetto all'orientamento recentemente espresso sul tema dalla Corte con ben quattro interventi resi in un arco temporale di poco inferiore all'anno, muove da una ricostruzione teorica della natura giuridica da ascrivere all'istituto del concordato alla luce della riforma della legge fallimentare, a sua volta novellata dal correttivo del settembre 2007. E partendo da questo tema generale, nella consapevolezza della valenza tutt'altro che astratta della ricostruzione operata, tenta poi di tracciare una strada interpretativa che, condivisa o meno, possa essere unitaria e coerente avuto riguardo agli ulteriori due temi fatti oggetto di esplicita valutazione. Temi, questi ultimi fortemente legati tra loro, inerenti il perimetro del controllo di merito ascritto al Tribunale in sede di valutazione della ammissibilità della proposta e, in seconda battuta, al momento della omologa, quanto alla realizzabilità del piano proposto per superare la crisi,

(temi) che hanno costituito (dalla novella in poi) l'argomento – il rilievo è quasi statistico - più dibattuto sia in dottrina che in giurisprudenza.

Un commentatore esterno che volesse asetticamente catalogare gli interventi caduti sulla riforma dell'intero *asset* normativo involgente la legge fallimentare non potrebbe che pervenire ad una unica conclusione: l'ambiente giuridico interessato al tema della soluzione delle crisi di impresa vede nel ruolo da ascrivere al giudice in ordine controllo sulla fattibilità del piano – se rimessa esclusivamente alla scelta della maggioranza dei creditori o sottoposta ad un vaglio di merito ascrivito al Tribunale – la partita di maggiore spessore avuto riguardo alle prospettive in termini di efficacia della novella. E la ragione di tanto interesse è piuttosto ovvia giacchè trova fondamento nelle resistenze, più o meno comprensibili e condivise, al marcato tentativo di degiurisdizionalizzazione indotto dalla novella laddove l'intensità di siffatto intervento riformatore risulta coerentemente connotata da un peso maggiore proprio nel campo delle ipotesi concordate di soluzione della crisi di impresa.

## II. Le questioni

1. LA NATURA GIURIDICA DELL'ISTITUTO. La prima questione ha un riscontro tutt'altro che teorico. Già *ante* novella le ricostruzioni dogmatiche dell'istituto avevano dato luogo ad alternative interpretative con abuso di sintesi riassumibili nei corni della natura negoziale del fenomeno o della concezione pubblicistica dell'istituto, favorita, quest'ultima, dalla presenza di interessi collettivi legati alla scelta procedimentale e dalla idea del concordato quale beneficio da riconoscere all'imprenditore in crisi previa valutazione di meritevolezza ascrivita al fine al Tribunale. L'omologa del Tribunale veniva dunque ricondotta ad una ottica che esondava i confini dei singoli interessi coinvolti ma che assumeva una cifra collettiva avuto altresì riguardo alle finalità di recupero al mercato della impresa insolvente e di tutela del ceto creditorio minoritario.

Non è questa la sede nella quale ripercorrere il percorso delle due diverse contrapposte ricostruzioni (al loro interno peraltro variamente diversificate nel selezionare le ragioni che ne giustificavano la prevalenza rispetto alla soluzione alternativa); qui basta ricordare che tra le due tesi ne emergeva anche una intermedia che denunciava la sostanziale irriducibilità dell'istituto ad una natura unica e che, in ogni caso, la concezione pubblicistica, quale che fosse la sfaccettatura propositiva che la connotava tra

le diverse proposte, all'epoca della riforma era di certo la preponderante soprattutto in giurisprudenza.

La scelta non era (né lo è oggi) priva di ricadute pratiche. L'effetto prodotto in precedenza è stato quello di una enfaticizzazione forse eccessiva del ruolo ascritto al Tribunale; eccessiva non tanto alla luce dell'impianto normativo di riferimento – che per vero pochi spazi lasciava a soluzioni diverse da quella della preminenza degli interessi collettivi pubblici a danno dei momenti di autonomia negoziale che comunque connotavano già nel passato l'istituto – quanto piuttosto in considerazione della constatata, nel tempo, incapacità dei Giudici (per carenze endogene dovute ad una formazione difficilmente settoriale e specializzata) ad adeguarsi alle mutate e sempre più mutevoli condizioni del mercato (e quindi del correlativo settore del diritto) al fine di garantire un governo effettivo, funzionale e consapevole delle situazioni di crisi imprenditoriale.

Se prima della riforma era principalmente il dato normativo a garantire il conforto di maggior spessore alla concezione pubblicistica, il quadro normativo di riferimento odierno, rivisto alla luce della novella, di certo non riesce a svolgere più un ruolo di supporto così determinante in favore della medesima ottica ricostruttiva.

Semmai il risultato è di segno assolutamente opposto. A volersi sganciare da qualsivoglia spinta ideologica che aprioristicamente finisca per fornire la cifra di lettura del dato normativo riformato, non sembra discutibile che le innovazioni principali apportate in tema di concordato preventivo consentano, con le opportune precisazioni, una netta prevalenza della tesi che tende a ricondurre l'istituto in ambiti certamente più vicini all'autonomia privata.

L'intervento sui requisiti di ammissibilità, espungendo quelli di matrice più marcatamente pubblicistica; il tenore assolutamente atipico della proposta, lasciata alla libera determinazione e non più rinchiusa in ambiti predefiniti sistematicamente inadeguati rispetto all'atteggiarsi concreto delle diverse situazioni di fatto; la possibilità – non assoluta ma comunque favorita al verificarsi di determinati presupposti – di modificare il dogma della soddisfazione integrale dei privilegiati; la possibile divisione dei creditori chirografari in classi destinate a gradi di soddisfazione diversificati con l'unico limite della omogeneità delle suddivisioni; infine, ma non ultima nel rilievo, l'attribuzione esclusiva ai creditori del potere di valutare la convenienza del concordato rispetto a soluzioni concorsuali diverse salvo il caso, rimesso alla scelta di opportunità del proponente, della suddivisione in classi e della opposizione proposta da uno dei creditori facenti parte di una classe dissenziente: ebbene, tutti questi elementi, quale che sia stata la

motrice ideologica che ne ha favorito l'introduzione, forniscono una chiave di lettura del concordato che vede per forza di cose largamente recessiva la matrice pubblicistica in precedenza prevalente quantomeno nella esperienza giurisprudenziale.

La sentenza in commento, nella parte in cui si sofferma sul tema generale della natura giuridica dell'istituto che volontariamente correla, e non a torto, alla questione centrale sottoposta al vaglio di legittimità (il perimetro da ascrivere al Tribunale nel valutare nel merito la realizzabilità della proposta), giunge a conclusioni parzialmente diverse, forse fin troppo sbrigativamente, e non manca, nel corso dello stesso provvedimento, di cadere in aperta contraddizione nel chiaro tentativo di lasciare aperta una via al controllo di merito della fattibilità, a parole negato per non entrare in immediato ed esplicito conflitto con l'orientamento contrario sempre recentemente espresso dalla stessa Corte. Denunzia, il S.C., l'*intonazione vagamente ideologica* che permea la tesi (esposta a supporto del ricorso) che limita l'intervento del giudice sul piano ad un mero controllo di legalità, formale ed estrinseco; ribadisce che, per quanto presente, l'accentuazione privatistica del concordato non ha finito per pretermettere ogni potere di intervento del tribunale, il cui *ruolo resta peraltro centrale ai fini del conferimento di efficacia vincolante alla proposta accettata, sintomatico dell'insopprimibile ruolo di garanzia degli interessi molteplici in giuoco, anche superindividuali*; segnala che la ricostruzione ermeneutica non possa discendere da suggestioni aprioristiche che nella posizione del problema prefigurano già la soluzione, conforme all'assiologia ed alle coordinate culturali dell'interprete e che debba piuttosto conformarsi, innanzitutto, al canone legale del dato letterale, invero, poi, dalla ricerca dell'intenzione del legislatore (art. 12 disp. prel.); e seguendo tale solco, rinnova l'idea della *irriducibilità dell'istituto, nella sua fase genetica, alla mera formazione di un contratto di diritto privato* facendone all'uopo difetto *un elemento fondamentale, quale la volontà concorde di tutte le parti interessate, destinatarie degli effetti* così da tradire la diversità ontologica dell'istituto concorsuale rispetto all'ipotesi del contratto. Da qui l'essenzialità dell'intervento del giudice, il cui imprimatur, grazie all'omologa, consente di estendere all'intera massa dei creditori l'efficacia della proposta votata dalla maggioranza ma che rimane subordinato al *rispetto formale dei passaggi procedurali, ma anche alla legittimità sostanziale della proposta*.

Pochi concetti, non tutti condivisibili.

La Supr. Corte denuncia l'intonazione ideologica della tesi che limita i poteri di intervento del Tribunale sposando l'accezione più marcatamente negoziale del concordato e lamenta soluzioni interpretative aprioristiche

sganciate dal tenore letterale delle norme. A ben vedere, tuttavia, non sembra tenere un contegno diverso da quello oggetto di lagnanza.

Alla stregua dei non pochi commenti in dottrina che – nell’ottica volta a rivendicare un mantenuto potere di controllo del Tribunale sul contenuto del piano in considerazione di non meglio delineati interessi sovra-individuali comunque sottesi alla procedura – frequentemente vedono il loro *incipit* nel lamentare la marcata ideologia che colora la tesi avversa, la Corte finisce per cadere nel medesimo errore che segnala.

Se la tentazione ideologica di ricostruire l’istituto in chiave sistemica apertamente negoziale è certamente presente nella concezione prettamente privatistica del concordato, del pari la tesi opposta non può dirsi esente da tale vizio radicale. Ed anzi non sembra inopportuno sottolineare che la tesi del controllo sostanziale del piano vede, tra i suoi principali fautori, molti (la gran parte degli) esponenti della c.d. “dottrina giurisprudenziale” (letteralmente costituita da chi riporta in dottrina il tenore delle decisioni assunte nell’esercizio della funzione giurisdizionale, trasformando tautologicamente in opinione il precedente e finendo per avvalorare il secondo tramite la prima) i quali non possono dirsi estranei alla, per vero manifesta, intenzione di far recuperare, dietro lo schermo di non meglio calibrati interessi sovraindividuali, scopo, funzione e capacità di intervento all’autorità giurisdizionale in un settore così nevralgico della definizione delle crisi di impresa. E ciò non tralasciando l’ulteriore dato in forza al quale, mettendo sullo stesso piano ideologia e funzione, la possibile condivisione della idea che ascrive all’accezione spiccatamente negoziale del concordato riformato, oggi più che ieri, l’accrescersi di contegni abusivi del debitore ai danni dei creditori (o, soprattutto, del debitore e della maggioranza dei creditori ai danni della minoranza dei creditori) non porta altresì a dividerne necessariamente la soluzione, *id est* quella della reintroduzione del controllo di merito sulla realizzabilità del piano riferito al Tribunale, in dissonanza al tenore sistematico dell’intervento riformatore ed alla stregua di un passato che non di rado aveva dato adito ad abusi dal tenore affatto diverso (con la sovrapposizione indebita dell’intervento giurisdizionale alla scelta negoziale manifestata non solo dalla maggioranza ma non di rado dalla totalità dei creditori).

Non occorre, cioè, per limitare gli effetti di una eccessiva liberalizzazione dello strumento, recuperare quanto di negativo aveva contrassegnato l’esperienza giurisprudenziale precedente, avendo il legislatore, nella consapevolezza della permanenza dei profili pubblicistici sottesi all’istituto, garantito un ruolo al Tribunale pur se riletto alla luce di un riequilibrato assetto degli interessi in gioco.

Su un punto la Corte ha certamente ragione, quello della irriducibilità dell'istituto all'area esclusiva del contratto. Il contratto presuppone l'accordo di tutti i contraenti, il concordato si basa sulla volontà della maggioranza a discapito di quella della minoranza dei creditori. Ma tale inconciliabilità non giustifica, di per sé sola, né il rinnovarsi delle concezioni pubblicistiche proprie dell'istituto in epoca anteriore alla novella (in forza alle quali solo l'intervento del Tribunale con l'omologa favorisce il sacrificio della minoranza) né la pretermissione di tutti quegli spunti normativi sopra accennati – primo tra tutti l'espropriazione del potere di valutare la convenienza del concordato attribuito in precedenza al Tribunale in funzione quasi annichilente rispetto alla volontà dei creditori – che domiciliano oggi il concordato più marcatamente nell'area dell'autonomia negoziale.

L'esercizio dell'autonomia privata non vede nel contratto l'unico mezzo di realizzazione. Piuttosto che al contratto, l'autonomia privata viene nella specie ad estrinsecarsi attraverso un atto deliberativo – l'accordo tra il proponente e la maggioranza dei creditori – laddove la prevalenza della volontà della maggioranza rispetto a quella della minoranza trova ragione giustificativa nell'interesse comune dell'intero gruppo dei soggetti (i creditori chirografari) coinvolti dalla proposta, quello della convenienza della soluzione prospettata rispetto alle alternative della esecuzione concorsuale e individuale. È vero che, come precisa la Corte con la sentenza in commento, ciascun creditore che intende partecipare al concorso è portatore di una pretesa alla soddisfazione che, nella sua finalizzazione ultima, finisce non per fondersi ma per contrapporsi con quello degli altri concorrenti. Ma è altrettanto vero che il diritto alla soddisfazione passa invariabilmente attraverso il filtro della parità di trattamento imposta quale regola generale derogata solo dalle ipotesi di prelazione imposte *ex lege*; e che, a sua volta, la parità di trattamento costituisce il mezzo di sintesi diretto a garantire il vero interesse comune di tutti i creditori concorrenti, quello della ottimizzazione del risultato della liquidazione nell'ottica di una razionale gestione della crisi.

Questo interesse comune costituisce il momento fondante del prevalere della maggioranza su quello della minoranza, alla stregua ad esempio di quanto accade nelle deliberazioni assembleari di tipo societario, dove l'interesse dell'ente costituisce il collante di posizioni soggettive diverse – quelle dei singoli soci – legate tra loro da un nesso di dipendenza – l'interesse comune invero nella partecipazione sociale – che giustifica la legittimazione collettiva della deliberazione sull'atto da compiere e conseguentemente la valenza recessiva legittimamente ascritta alla volontà dei partecipi in minoranza.

Riassumendo, l'accordo tra proponente a maggioranza dei creditori ha valenza negoziale e contenuto deliberativo; e vede nell'interesse comune di tutti i creditori chirografari alla ottimizzazione della liquidazione del patrimonio del debitore, la c.d. convenienza della procedura rispetto alle possibili iniziative esecutive, la ragione fondante utile a legittimare il sacrificio della minoranza in favore del volere della maggioranza.

Non è dunque l'intervento del Tribunale a determinare questa prevalenza; e non a caso al Tribunale è espressamente preclusa la possibilità di procedere alla valutazione della convenienza della proposta, di pertinenza espressa dei soli creditori, fatto salvo il caso della suddivisione in classi.

Nella situazione da ultimo segnalata la proposta finisce per incidere sul profilo fondante l'interesse comune di tutti i concorrenti e pone in dubbio la legittimazione della collettività tipica dell'atto deliberativo: da qui il potere del Tribunale di intervenire, dapprima in sede di disamina della ammissibilità, passando al setaccio i criteri seguiti per la formazione delle classi (e non a caso il parametro utilizzato per tale controllo è quello della omogeneità delle classi, che, se violato, costituisce, a monte ragione invalidante la proposta proprio perché, attraverso una abusiva ripartizione in classi, si realizza una deroga inaccettabile al trattamento comune di tutti i creditori); poi in sede di omologa, perché pur a fronte della formazione omogenea delle classi, in ipotesi di classe dissenziente e opposizione formulata da uno dei soggetti dissenzienti partecipi a tale classe, coerentemente si ascrive al Tribunale la possibilità di valutare la fondatezza nel merito della contestazione relativa alla convenienza giacché manca il fondamento comune della prevalenza maggioritaria nell'atto negoziale di natura deliberativa, *id est* l'interesse comune alla ottimizzazione della liquidazione, ostacolato da una previsione differenziata dell'entità della soddisfazione in deroga alla regola generale della parità di trattamento.

Non va tralasciato che, come appare ovvio, pur se informato da una nitida natura negoziale, il concordato mira alla soddisfazione esecutiva delle posizioni di credito e mantiene dunque un profilo pubblicistico confermato dalla inserzione all'interno di una procedura, concorsuale, che a differenza di quella fallimentare, si vede primariamente colorata dalla presenza dell'atto deliberativo di natura negoziale. L'ammissione, il parere del commissario, la discussione in adunanza, sono tutti momenti del procedimento funzionali alla deliberazione; l'omologa, l'annullamento e la risoluzione, presuppongono la deliberazione in favore della proposta.

Si tratta dunque di procedura concorsuale deliberativa all'interno della quale, in ragione della funzione esecutiva dell'istituto, permangono ancora interessi sovraindividuali che vanno oltre lo stesso meccanismo deliberativo ;

ed anzi, proprio perché si tratta di procedura guidata dal consenso maggioritario degli interessati, l'atto di autonomia che si esplica attraverso la formulazione della proposta va contenuto dentro i limiti predeterminati dalla legge (le condizioni di ammissibilità e l'insussistenza delle opzioni utili a giustificare l'intervento in revoca *ex art. 173 Legge fall.*), la cui verifica costituisce per l'appunto il perimetro di operatività dell'intervento consentito al Tribunale in materia a tutela degli interessi collettivi rimasti in gioco.

Sulla natura giuridica dell'istituto letta attraverso le indicazioni rese dalla Corte con la sentenza in commento occorre fare, da ultimo, due ulteriori precisazioni.

Stupisce in primo luogo il fatto che, pur dichiarando di voler ancorare la ricostruzione ermeneutica della nuova disciplina conformandosi "*innanzitutto al canone legale del dato letterale (...) inverato poi dalla ricerca dell'intenzione del legislatore*" così richiamandosi, correttamente e coerentemente, all'art. 12 disp. prel., la Cassazione, nell'occasione, abbia poi tralasciato di procedere effettivamente secondo i canoni della lettura integrale, sistematica e concatenata di tutte le disposizioni normative che finiscono per comporre l'istituto in oggetto così come riformato dalla novella.

Fosse stata seguita la via indicata in premessa, la Corte non avrebbe potuto quantomeno disconoscere il diverso spazio da assegnare alla odierna intonazione negoziale del fenomeno, tale da imporre una necessaria rivisitazione del ruolo da ascrivere al Tribunale.

Che poi anche dalla lettura della sentenza che occupa emerga comunque che la concezione del concordato quale fenomeno da ricondurre primariamente all'area dell'autonomia negoziale sia quella da ritenersi oggi prevalente alla luce della novella lo si comprende da ulteriori due profili emergenti dalla motivazione della sentenza della Corte.

Il primo afferisce ai rimedi selezionati al fine di rintracciare i limiti di intervento d'ufficio ascritti al Tribunale a fronte di un piano dubbio in punto alla realizzabilità del programma di superamento della crisi. Riferirsi ai "*principi generali in tema di rilevabilità d'ufficio delle nullità*", utilizzare i canoni della illiceità dell'oggetto, della contrarietà a norme imperative, della impossibilità dell'oggetto (quest'ultima in particolare, quale leva specifica per passare da un controllo di legittimità esterna ad una valutazione di merito sulla realizzabilità del piano) altro non significa, in aperta distonia con le premesse, che affermare in conclusione il ruolo di preminenza da ascrivere all'area dell'autonomia negoziale (o, più bonariamente, ammettere implicitamente con le conclusioni quanto licenziato sbrigativamente in premessa in punto alla natura dell'istituto, irriducibile sì al contratto, ma

comunque riconducibile all'area dell'autonomia privata nelle forme di esplicitazione dell'atto deliberativo).

Il secondo attiene alla mal celata prudenza con la quale il S.C., dovendo fare i conti non solo con il dato normativo di riferimento ma anche con i precedenti sul tema espressi dai recenti interventi resi proprio in sede di legittimità, mira comunque ad introdurre, sia in sede di ammissibilità che di omologa, pur negandolo a parole e trincerandosi dietro la vaghezza del concetto della verifica sostanziale, il controllo di merito sulla fattibilità.

2. IL CONTROLLO SULLA FATTIBILITÀ IN SEDE DI AMMISSIONE DELLA PROPOSTA. Per quanto strano possa sembrare, proprio nella fase di ammissione – in cui, tipicamente, per la modesta profondità cognitiva consentita da tempi e conoscenze tecniche funzionali al provvedimento da emettere, l'intervento giudiziale presta il fianco ad un rilievo di palese marginalità – la Corte, rivendicata aprioristicamente l'essenzialità dell'intervento del Giudice, finisce per favorire un approccio valutativo al contenuto della proposta di tenore palesemente sostanziale.

Secondo il Collegio decidente, il riscontro della documentazione allegata alla domanda da effettuare in questa sede non può ridursi ad una mera *"spunta per accertare omissioni materiali"* dato che *"lo scrutinio dei presupposti sostanziali dello stato di crisi e della rispondenza della proposta allo schema legale ed ai fini tipici dell'istituto impinge nel merito"*. Si dovrebbe dunque procedere ad una analisi del piano esecutivo che sorregge la proposta sia pure entro la soglia minimale *"della non manifesta inadeguatezza, prima facie della relazione del professionista"*; e non potendosi attribuire a siffatta relazione il valore di prova legale vincolante, anche alla luce del disposto di cui all'art. 162 Legge fall. così come modificato dal correttivo (in forza al quale è prevista l'eventuale concessione di un termine per l'integrazione del piano e per la produzione di nuovi documenti, così da presupporre a monte un intervento del Giudice che proprio sul contenuto del piano sia caduto), il controllo del Tribunale finisce per assumere toni contenutistici essendo effettuato in una fase *"ancora sottratta al contraddittorio con i creditori, in cui unico organo di controllo sostanziale è il giudice"* il quale dovrà conformare le linee direttrici del potere di intervento all'obiettivo manifesto *"del prevenire l'apertura di una procedura concorsuale palesemente votata all'insuccesso"*.

Il grado di condivisione con la decisione in commento scende vertiginosamente.

Di certo il Tribunale non deve procedere ad una spunta formale (sintomo di una confusione di ruoli tra compiti di cancelleria e funzione

giurisdizionale) che neppure il più acceso tra i fautori della accezione negoziale dell'istituto ha mai inteso suggerire. Ma da qui a rivendicare un ruolo valutativo, nel merito, del piano, ne corre. E l'atteggiamento preoccupa perché per non entrare in contrasto aperto con i recenti precedenti espressi sempre dalla Supr. Corte, la sentenza in esame si nasconde formalmente dietro l'egida del controllo volto a verificare la manifesta inadeguatezza della relazione che attesta la fattibilità del piano, ma al contempo, si allontana decisamente dai limiti in precedenza dettati dai giudici di legittimità (il controllo dovrebbe cadere solo sulla completezza della disamina e sulla congruenza logica del ragionamento che porta alla valutazione di fattibilità), volutamente confondendo il profilo del controllo sulla relazione con quello della verifica del contenuto del piano.

Una premessa si impone. Una cosa è la relazione chiamata ad attestare la veridicità dei dati contabili e la fattibilità del piano, altra cosa è, in sé, la realizzabilità del piano stesso. Il controllo del Tribunale deve cadere sulle condizioni di ammissibilità della proposta. Tra queste non è annoverata la fattibilità del programma di superamento della crisi (che è un giudizio prognostico, inscindibilmente legato all'alea di realizzazione del programma); piuttosto si chiede, quale condizione per superare il vaglio di ammissione della proposta, che questa sia accompagnata da un piano e che, a sua volta, il piano sia stato effettuato sulla base di dati contabili veritieri e sia ritenuto realizzabile, secondo una valutazione attestativa rilasciata da un professionista a ciò abilitato.

È il piano dichiarato fattibile la condizione di ammissibilità, non la fattibilità del piano in sé. Ed il perimetro di operatività del controllo demandato in questa fase al Tribunale deve cadere sulle condizioni nella loro ontologica dimensione e non va ampliato a dismisura in una prospettiva funzionale (ampliare lo spazio di intervento del Giudice per evitare proposte meramente dilatorie) che, pur se apprezzabile, non impone comunque la strada del controllo nel merito della proposta in punto di prognosi quanto alla realizzabilità del programma.

Se poi il controllo di legittimità sostanziale finisce per coincidere, effettivamente, solo sulla adeguatezza (non del piano) ma della relazione, non sembra ci sia nulla da obiettare. Ma è bene precisare, ed il *dictum* della Corte nella specie pare piuttosto cristallizzare proponimenti logici di segno tutt'altro che coincidente, che tale valutazione non potrà mai avere ad oggetto la realizzabilità del programma secondo le linee proposte dal debitore. Innanzi a piani palesemente irrealizzabili (per il vero frutto più di ipotesi scolastiche che di veri e propri casi pratici), il Tribunale non dovrà rimanere inerte, limitandosi ad accertare la presenza del piano e della

attestazione di fattibilità inopinatamente resa. Potrà piuttosto sindacare l'assenza di coerenza logica nell'exkursus motivazionale sotteso alla attestazione, l'incompletezza della disamina operata a fronte delle conclusioni provalate o ancora l'utilizzo di una metodologia che finisca per inficiare l'atto in radice rendendolo inadeguato allo scopo; tutto ciò senza che per tale via sia necessario rispolverare i precedenti profili di intervento contenutistico ascritti al Tribunale.

Ma se la relazione che attesta la fattibilità del piano è logica e manifesta una completezza di disamina degli elementi messi a disposizione dell'esperto, condivisibile che sia il giudizio sulla realizzazione del programma, la condizione di ammissibilità deve ritenersi integrata ed al Tribunale preclusa ogni diversa valutazione di merito.

Non vale poi, come spesso si legge (ed anche la Corte ne risulta sensibilmente convinta), dare eccessivo spazio al tenore della modifica dell'art. 162 Legge fall. siccome apportata dal correttivo, la quale, a dire dei più, costituirebbe il momento di riscontro più alto del recupero, operato grazie alla novella della novella, del controllo di merito ascritto al Tribunale nella valutazione della fattibilità del piano.

Volutamente (in linea con una predisposizioni ideologica dalla quale ci si allontana solo se diversa da quella condivisa) si utilizza questo dato prescindendo dal contenuto della norma e travalicando lo scopo verosimilmente sotteso all'intervento correttivo *in parte qua*. Scopo che, alla luce di quanto si dirà da qui a poco rispetto ad altri interventi contestualmente operati in aperta direzione di una accentuazione della concezione negoziale dell'istituto (in tema di risoluzione, in particolare) non era quello di favorire ritocchi sostanziali al piano favoriti dai rilievi articolati dal Tribunale in una ottica ostativa all'ammissione in ipotesi di inottempranza; piuttosto, provvedendo a procedimentalizzare questa sub fase del giudizio di concordato alla stregua di quanto già emerso nelle prassi più virtuose, la modifica mirava a scongiurare atteggiamenti radicali, privi di ragionevolezza nell'economia dei gesti che deve guidare procedimenti inevitabilmente incidenti sul mercato, a fronte di domande caratterizzate da omissioni e incompletezze, documentali o anche di tipo logico-espositivo, influenti sulle condizioni di ammissibilità.

Per non allontanarsi dal tema: se la relazione che attesta la fattibilità si fonda su elementi documentali che non trovano riscontro tra le allegazioni e non consentono al Tribunale di seguire la linea logica sottesa al ragionamento espresso dall'esperto; ancora se il detto ragionamento vede profili di illogicità intrinseci tali da minarne le conclusioni in radice (e non renderle dubbie sul piano della valutazione prospettica); ecco allora che

l'intervento propositivo del Tribunale deve ritenersi consentito, senza che ciò legittimi in alcun modo alcuna valutazione di merito sulla fattibilità del piano.

Un ultimo concetto espresso dal S.C. merita un'ulteriore precisazione critica. Impedire una valutazione di merito della fattibilità del piano non equivale ad attribuire alla attestazione del professionista una competenza esclusiva in materia, immune da verifica, alla stregua di una prova legale vincolante.

Sul punto, probabilmente, gioca un rilievo il frequente fraintendimento da ascrivere al ruolo della relazione in questione la quale non assume alcuna funzione probatoria proprio perché quello sulla fattibilità è giudizio estraneo alla disamina ascritta al Tribunale, essendo rimesso alla esclusiva valutazione e scelta dei creditori.

L'attestazione del professionista mantiene una reale efficacia solo all'interno della fase di ammissibilità del concordato; consente esclusivamente di rassicurare il Tribunale, senza procedere immediatamente ad una lunga fase di accertamento tecnico, in ordine alla effettiva sussistenza dei punti cardine della proposta offerta ai creditori: un programma fattibile che assicuri il superamento della crisi e la soddisfazione dei creditori nella misura indicata, obiettivi da realizzare in forza di dati contabili verificati siccome veridici.

Nulla più di questo: il viatico immediato alla fase centrale del concordato, in modo da limitare la presenza di proposte poco serie ma senza vincolare nessuno quanto ai giudizi ivi espressi.

La partita sulla fattibilità si gioca piuttosto in sede di adunanza dei creditori. Ed il rapporto tra fattibilità e poteri del Tribunale si muove su piani diversi da quello della valutazione nel merito, toccando piuttosto il nodo della soddisfatta attribuzione ai creditori, grazie alle indagini disposte d'ufficio dal Tribunale, di tutti i dati che consentano una compiuta disamina dei termini di effettiva realizzabilità del programma così da favorire una deliberazione in adunanza frutto di un diniego o di un consenso consapevole alla proposta.

In questa fase, dunque, l'unico effetto distorsivo che potrebbe legarsi alla erroneità, cercata o incolpevole, della attestazione, *id est* il possibile sviamento dei creditori rispetto ad una consapevole scelta in ordine alla realizzabilità del programma, rimane superato dagli accertamenti tecnici, contabili e di stima dei beni da liquidare, disposti dal Tribunale, di poi trasfusi nella relazione del Commissario. La quale ultima, grazie alle verifiche tecniche operate, si concluderà con un giudizio sulla fattibilità, anch'esso tutt'altro che vincolante per i creditori, giacché la funzione che ne

connota la previsione non è quella di sovrapporsi al volere negoziale dei creditori bensì quella di favorire, in tutti i concorrenti, soprattutto in quelli dotati di minore forza contrattuale specifica ed economica, una disamina critica dei dati propalati dal debitore e verificati in prima battuta dall'attestatore per poi procedere, in termini di assoluta consapevolezza, alla manifestazione di volontà sulla proposta considerando positivamente o negativamente la fattibilità del programma e poi la convenienza della proposta alla luce delle alternative esecutive possibili.

3. LA VALUTAZIONE SULLA FATTIBILITÀ IN SEDE DI OMOLOGA. La forza assertiva del principio in diritto esposto in esito al giudizio di legittimità vede il suo filtro primario nella coerenza tra la regola dettata ed il caso specifico trattato. E nella specie, proprio guardando al caso specifico, emergono, in tutta evidenza, non solo l'erroneità della soluzione suggerita ma anche l'intenzione, ben più di quanto risulti esplicitato, di creare una breccia nell'interpretazione restrittiva in precedenza espressa dalla Corte regolatrice proprio in punto ai poteri di valutazione del Tribunale quanto alla fattibilità del piano.

Partiamo dal caso specifico, *id est* la presenza di un credito privilegiato, non appostato contabilmente né segnalato dall'attestatore, tale da incidere, drasticamente, sulle prospettive di soddisfazione, la cui presenza venga appresa dal Commissario solo dopo la conclusione della adunanza, definita con l'approvazione della proposta. Introdotto il fatto nel corso della omologa grazie al parere illustrativo del Commissario, il quesito è: può il Tribunale, così come ritenuto in tutti e tre i gradi del giudizio, valutare la diversa consistenza della fattibilità alla luce della circostanza non conosciuta in precedenza.

Ad opinione di chi scrive, l'ipotesi in esame, se accompagnata dal dolo che connota l'ipotesi di cui all'art. 173, comma 1°, Legge fall., avrebbe dato luogo alla revoca del concordato, procedura diversa da quella della omologa, ma destinata a sovrapporsi alla stessa laddove l'atto in frode sia per l'appunto emerso nel corso della fase di omologa. Revoca, è bene precisarlo (giacché la Corte fa un cenno a siffatta ipotesi, ancorandola tuttavia alla fattispecie di cui al terzo comma) da fondare sul presupposto della realizzazione di un atto in frode pre-concordatario incidente sulle caratteristiche della proposta e che risulta del tutto sganciata da una nuova disamina delle condizioni di ammissibilità, delle quali comunque non farebbe parte la fattibilità in sé considerata (ma un piano attestato come fattibile).

Supponiamo che manchi l'elemento soggettivo e che non operi dunque la possibilità di procedere alla revoca. Che fare innanzi ad un fatto che,

manifestatosi nel procedimento prima della omologa finirebbe, in caso di inerzia del Tribunale, per privare, in assenza di opposizioni legittimanti la verifica di fattibilità, l'omologa di qualsivoglia utilità (giacchè è certo che la scoperta della circostanza in esame in un momento successivo alla omologa legittima sia l'azione per l'annullamento sul presupposto del vizio della volontà che avrebbe inficiato la deliberazione dei creditori, rimasti all'ignaro di tale debito, sia l'azione di risoluzione, atteso che la modesta descrizione del fatto vede comunque paventata in termini inequivoci una rilevanza della posizione di debito sottaciuta tale da incidere marcatamente sulle possibilità di soddisfazione proposte ai creditori).

A parere di chi scrive, ragioni di economia processuale impongono in casi simili la retroazione del procedimento dalla omologa alla adunanza favorendo una nuova deliberazione che sia consapevole della mutata posizione debitoria del proponente e delle diverse prospettive di soddisfazione, ridotte o quasi integralmente azzerate che esse possano risultare una volta si sia proceduto alla rivisitazione dei dati originariamente propalati ai creditori.

In buona sostanza, il caso in questione non differisce di molto (se non per un ovvio rallentamento della procedura, comunque compensato dall'anticipazione negli effetti delle iniziative rimediali sopra segnalate) da quello in cui il fatto incidente sulle possibilità di soddisfazione, esclusa l'operatività dell'art. 173, comma 1°, Legge fall., emerge prima della adunanza perché accertato dai consulenti del Tribunale e propalato dal Commissario nella sua relazione. In entrambe i casi, l'ultima parola spetta comunque ai creditori, che, a loro spese, potranno accettare l'alea, divenuta quasi assoluta, dell'inadempimento del proponente, votando comunque in favore della proposta; e giammai, né nel caso di fatto emerso precedentemente la deliberazione che di circostanza emersa tra voto e omologa, alla volontà dei creditori che decidono, consapevolmente, di accordare comunque fiducia al proponente, può sovrapporsi quella del Tribunale, in nome di interessi pubblici che, oggi, alla luce della riforma, stentano a trovare una valida giustificazione se non quella di continuare ad ascrivere al Giudice un ruolo di controllo, nel merito, della proposta, (ruolo) da ritenersi oramai estraneo al sistema.

Torniamo al caso giudicato. È bene chiarire che la circostanza addotta a sostegno della reiezione della omologa non concretava, a monte, alcuna irrealizzabilità del piano la quale ricorre piuttosto nel caso della proposta che prevede esclusivamente la liquidazione di beni non commerciabili, accertati come tali solo dopo l'ammissione: in siffatta ipotesi lo strumento da utilizzare sarebbe stato quello dell'art. 173, comma 3°, Legge fall., perché,

diversamente da quanto prospettato al Tribunale e attestato dall'esperto, la proposta mancava di un piano fattibile, condizione, quest'ultima, di ammissibilità.

Il caso che occupa è diverso. Afferisce ad una ridotta, verosimilmente nei minimi termini, possibilità di soddisfazione dei creditori (nelle statuizioni di merito riportate dalla Corte si parla di drastica riduzione). Innanzi a questa ipotesi, la valutazione (sia essa dei creditori o del Tribunale, legittimato nella accezione interpretativa che qui si contrasta) sulla fattibilità ha natura esclusivamente prognostica; ed in quanto tale mal si attaglia alla categoria della impossibilità originaria dell'oggetto e finisce piuttosto per anticipare i temi tipici del giudizio di risoluzione *ex art. 186 Legge fall.*, perché, per quanto manifesta, si verte sempre in ipotesi di inadempienza all'obbligo concordatario proposto.

Questo il caso, è allora di tutta evidenza che, nel dettare il principio in diritto sopra riferito, la Corte ha inteso, corposamente, allontanarsi dai recenti precedenti espressi sul tema, favorendo di fatto la via del controllo di merito sulla fattibilità ogni qual volta sia in discussione, poco importa in che termini, il possibile grado di soddisfazione dei creditori. Va poi rimarcato che, ove effettuata in sede di omologa una verifica della futura realizzabilità del piano, la stessa finisce per coincidere con il perimetro di giudizio ascritto allo stesso Giudice in caso di risoluzione con la sola differenza che, mentre nel caso della risoluzione la valutazione si fonda *ex post* su dati conclamati, nel caso della anticipazione del giudizio in via prognostica in sede di omologa, la disamina assumerà per forza di cose una valenza di discrezionalità certamente più ampia, quale che sia la manifesta incidenza della circostanza di verosimile inadempimento accertata.

Se le cose stanno così, resta da chiedersi della ragione per la quale con il correttivo, il legislatore, nel riformare la norma legata alla risoluzione, introducendo all'interno di essa i canoni civilistici di cui all'art. 1455 cod. civ., ha finito per espungere, dai soggetti legittimati ad agire, lo stesso commissario giudiziale. Resta da chiedersi, in buona sostanza, che coerenza logica può mai avere un sistema nel quale la valutazione *ex post* dell'inadempimento è esclusivamente ascritta ai creditori e che, al contempo, consente, in sede di omologa, di valutare il medesimo fatto d'ufficio al Tribunale autorizzando il sovrapporsi della disamina giudiziale alla stessa volontà dei creditori che, consapevoli della prospettiva di default della proposta, ugualmente hanno accettato l'alea dell'ipotesi prospettata dal debitore.

Il sistema riacquisisce coerenza e razionalità se si esclude che il Tribunale possa d'ufficio procedere alla verifica della fattibilità del piano. Se si accetta

definitivamente una rivisitazione degli interessi sovraindividuali che colorano e giustificano oggi i poteri ascritti al Tribunale nella procedura di concordato, primariamente informati dalla necessità di favorire, per tutti i creditori, una consapevolezza del tenore oggettivo della proposta tale da favorire voti orientati dalla piena comprensione dei termini di fattibilità del piano, ferma la funzione di vigilanza sostanzialmente diretta ad evitare gli abusi, anche quelli posti ai danni dei soli creditori di minoranza, al verificarsi delle condizioni di intervento previsto dall'art. 173 Legge fall. Se si riporta il concetto di fattibilità del piano all'interno di quella strumentalità che lo caratterizza avuto riguardo all'idea della convenienza del concordato, giacchè la realizzabilità del programma è momento logico imprescindibile della valutazione sulla convenienza. Se si accetta, dunque, il corollario finale in forza al quale, se il legislatore ha deciso ascrivere la convenienza della proposta solo esclusivamente al giudizio dei creditori, non di meno deve ritenersi per quello della fattibilità, che del primo costituisce indefettibile passaggio logico.

### III. I precedenti.

La sentenza in commento, tra quelle emesse dalla Corte regolatrice dopo la riforma della legge fallimentare, è la prima che pone una correlazione immediata esplicita tra il tema della natura giuridica dell'istituto e quello dei limiti inerenti il controllo del piano in punto alla fattibilità rivendicando uno spazio di rilievo agli interessi sovraindividuali che, ancora, informano, la procedura in oggetto. Nella vigenza della legge fallimentare precedente alla riforma, tra le statuizioni giurisprudenziali legate alla natura del concordato che ne esaltavano la concezione pubblicistica, piace richiamarsi a CASS., 28.11.1990, n. 1145, in *Fallimento*, 1991, 562 ss. Il controllo nel merito della fattibilità del piano già nella fase di ammissione era escluso dalla giurisprudenza di merito minoritaria ancora prima del correttivo: tra i precedenti che escludevano il controllo spicca APP. TORINO, 19.6.2007, in *Fallimento*, 2007, 1315 ss. mentre tra gli arresti che propendevano per la valutazione di merito, tra i tanti, meritano una segnalazione particolare TRIB. ROMA, decr. 8.3.2006, in *Dir. fall.*, 2007, 2, 103 ss.; TRIB. MILANO, 2.10.2006, in *Fallimento*, 2007, 331 ss. La tesi del controllo di merito ha poi preso predominanza assoluta presso la giurisprudenza di merito con l'introduzione del correttivo e in particolare alla luce della riforma dell'art. 162 Legge fall. (cfr. TRIB. ROMA, 16.4.2008, in *Dir. fall.*, 2008, II, 551 ss.; TRIB. TERNI, 4.5.2009, in *Giur. merito*, 2009, 2785 ss.), per poi subire l'interpretazione

restrittiva e contraria dettata dalla Corte regolatrice dalla fine del 2009 sino alla statuizione in commento.

I limiti al potere del Tribunale di procedere ad un controllo di merito della realizzabilità del piano, dovendosi arrestare la disamina alla adeguatezza della relazione sul punto resa dal professionista si intravedono in CASS., 22.10.2009, n. 22927, in *Giust. civ.*, 2009, I, 2647, ma assumono maggiore forza in CASS., 25.10.2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I, 105 ss.; CASS., 14.2.2011, n. 3586, in *Mass. Giust. civ.*, 2011; ed in CASS., 23.6.2011, nn. 13817 e 13818, in *Giust. civ.*, 2011, 1673 ss.; sentenze, queste ultime, tutte emesse dalla stessa sezione cui è riferibile anche l'arresto in commento in epoca sostanzialmente coeva, che delimitano il potere di intervento ascrivito al Tribunale ad un controllo di legittimità sostanziale immediatamente involgente la mera congruenza logica e metodologica delle valutazioni esposte nella relazione dal professionista, escludendo in radice qualsivoglia disamina nel merito della realizzabilità; disamina per contro nei fatti ammessa dalla decisione in commento tanto da essere stata salutata, dai primi commentatori, quale nuova via di accesso al controllo sulla fattibilità in contrapposizione all'orientamento espresso nell'immediata antecedenza cronologica dalla stessa sezione della Corte.

Da ultimo non sembra superfluo evidenziare che, con decisione assunta in pari data, sempre la prima sezione civile della Corte ha licenziato una nuova pronuncia sul tema, CASS., 16.9.2011, n. 18987, in *Diritto e Giustizia*, 2011, nuovamente ribadendo l'accezione restrittiva più volte espressa tra il 2009 ed il 2011 prima del disallineamento, più sostanziale che formale, portato dal precedente in commento.

#### **IV. La dottrina.**

Si è detto dell'interesse che il tema in dibattito ha rivestito dalla riforma in poi. Per tale ragione sembra opportuno limitare i richiami ai soli interventi più recenti, favoriti dai citati diversi precedenti espressi, in un arco temporale peraltro non particolarmente ampio, dalla Corte regolatrice.

Con riferimento specifico all'indagine sulla natura giuridica dell'istituto rivisitata alla luce della riforma e letta in considerazione della rilevanza pratica del tema nel paradigma esposto della procedura concorsuale deliberativa, vedi DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di GHIA-PICCININNI-SEVERINI, Utet, 2011.

Tra gli interventi che prima dell'orientamento prevalente espresso dalla Corte ritenevano precluso un controllo di merito sul tenore della proposta pur riconoscendo la equivocità del testo normativo dopo il correttivo ed in esito alla riforma dell'art. 162 Legge fall., vedi A. PATTI, *Il sindacato del Tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*, in *La crisi di Impresa*, a cura di DI MARZIO, Cedam, 2010 e FAUCEGLIA, *Ruolo del tribunale e concordato preventivo: quando la scelta risiede nel favorire la soluzione della crisi d'impresa*, nota a TRIB. SALERNO, 9.11.10, in *Giur. it.*, 2011, 2.

Tra i commenti, favorevoli e contrari alla prima sentenza della Corte, la n. 21860/10, che più marcatamente ha finito per escludere la coerenza sistematica del controllo di fattibilità, piace evidenziare in termini di autorevolezza e valore critico dei rispettivi contenuti, tra quelli di adesione lo scritto di FABIANI, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, e tra i contrari l'intervento di BOZZA, *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori*, entrambe in *Fallimento*, 2011, 2, 167.

Infine, per una disamina completa degli interventi della Corte sul tema a far tempo da Cass. n. 21860/10 e sino all'arresto in commento, vedi TEDOLDI, *Il Sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano e l'art. 173 Legge fall. nel concordato preventivo: ovvero la Cassazione e il Cigno Nero*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), intervento nel cui corpo l'a., non senza tralasciare critiche, saluta con soddisfazione il nuovo corso interpretativo segnato dall'arresto in commento in contraddizione con l'orientamento espresso in precedenza dalla stessa sezione della Supr. Corte.

---

Il testo integrale della sentenza in commento

CASS. CIV., I sez., 15.9.2011, n. 18864

PROTO Presidente – BERNABAI *Estensore* – CESQUI P.M. (concl.diff.) – Zincomet s.r.l., Liquidatore *pro tempore* Forme Industriali s.p.a. (avv.ti Putignano e Pasqualino) - V.M.C., METALSIDER S.R.L.]Conferma App. Bari, 14.12.2009

**Il fatto.** Con decreto emesso il 22 giugno 2009 il Tribunale di Bari rigettava la domanda di omologazione del concordato preventivo proposto dalla ZINCOMET s.r.l., rilevando come la proposta iniziale - sulla quale il commissario giudiziale aveva espresso parere positivo e non vi erano state opposizioni di creditori - risultasse ormai superata dalla

sopravvenienza passiva costituita da un ingente credito di Euro 1.231.207,42 vantato dal Ministero delle Attività Produttive a seguito di revoca del contributo in conto capitale in precedenza erogato, con decreto (allo stato sub iudice a seguito di ricorso straordinario al Capo dello Stato) contenente la dichiarazione di volontà di recupero della somma, maggiorata di rivalutazione e di interessi, entro 60 giorni, a pena di esecuzione coattiva.

Il Tribunale di Bari non procedeva, peraltro, alla dichiarazione di fallimento in carenza di ricorsi o di richiesta del pubblico ministero in tal senso.

Il successivo reclamo L. Fall., ex art. 183, proposto congiuntamente dalla medesima società e dalla Forme Industriali s.p.a., assuntrice del concordato, era rigettato dalla Corte d'appello di Bari con decreto in data 14 dicembre 2009.

La corte territoriale motivava che era certamente erronea la qualificazione di sopravvenienza passiva del credito ministeriale, cui doveva invece riconoscersi natura concorsuale, in quanto originato da un fatto costitutivo anteriore alla proposta di concordato;

che per effetto di tale credito, non contemplato nella proposta, la fattibilità del piano, oggetto della verifica di ammissibilità rimessa al giudice, era ormai venuta meno;

che l'omologazione del concordato, con cessione dei beni alla FORME INDUSTRIALI s.p.a. in veste di assuntore, esigeva il requisito della trasparenza e della praticabilità, escluso correttamente dal primo giudice, giacché la società debitrice, sebbene edotta del procedimento amministrativo in fieri, aveva omesso di esporre, tra le passività, il credito vantato da parte del Ministero per lo Sviluppo Economico al rango privilegiato, con violazione del canone di correttezza (L. Fall., art. 173, comma 3): causa di una drastica riduzione della percentuale distributiva promessa al ceto creditorio.

Avverso il provvedimento, comunicato per estratto in data 4 gennaio 2010, la Zincomet s.r.l. in liquidazione e la Forme Industriali s.p.a. proponevano ricorso straordinario per cassazione, ex art. 111 Cost., notificato il 23 febbraio 2010 ed articolato in due motivi.

Deducevano:

1) la violazione della L. Fall., art. 180, nel testo novellato, perchè il tribunale prima e la corte d'appello poi, pur in carenza di opposizione di alcun creditore, avevano proceduto ad una verifica di fattibilità del piano che era loro preclusa, una volta esaurita la fase iniziale dell'ammissione al beneficio;

2) la violazione del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 173, u.c., e art. 180, comma 4, e la carenza di motivazione perchè in assenza di opposizione, la corte non poteva valutare il merito della proposta, e cioè la fattibilità o addirittura la convenienza, neppure in prospettiva sanzionatoria della revoca del beneficio cui la società era stata ammessa.

Il commissario giudiziale non svolgeva attività difensiva.

All'udienza del 30 giugno 2011, il Procuratore generale precisava le conclusioni come da verbale, in epigrafe riportate.

**I motivi.** I due motivi di ricorso possono essere trattati congiuntamente per affinità di contenuto. La tesi interpretativa ad entrambi sottesa è infatti l'inibizione, in sede omotogativa, del giudizio officioso di fattibilità del piano in carenza di opposizione di alcun creditore;

perfino in presenza di una causa di revocabilità dell'ammissione L. Fall., ex art. 173.

Viene quindi riproposta alla disamina di questa Corte la questione nevralgica dei limiti del potere di controllo del giudice;

fortemente controversa nella giurisprudenza di merito ed in dottrina, nonostante la breve vita dell'istituto concorsuale novellato. Il dibattito concettuale risente, in modo marcato, dell'impronta di politica del diritto che informa la recente riforma, riassunta sotto l'esergo della c.d. privatizzazione (o contrattualizzazione) del concordato preventivo (così come di quello fallimentare): frutto della volontà di contenere la verifica d'ufficio entro i confini della regolarità della procedura ab estrinseco, quale mera *condicio juris* di efficacia della soluzione negoziale della crisi d'impresa.

Mens legis di intonazione vagamente ideologica, riscontrabile nella temperie culturale in cui è maturata la novella fallimentare; così come altra riforma processuale pressochè coeva, dimostratasi, alla prova dei fatti, di scarsa vitalità ed effimera durata.

Calata nella fattispecie in esame, la ricostruzione ermeneutica fatta propria dalle ricorrenti - quasi riecheggiando un'antica clausola di chiusura di teoria generale del diritto, secondo cui tutto ciò che non è espressamente permesso è proibito - esclude, in radice, alcun controllo contenutistico del giudice, soprattutto in tema di fattibilità e convenienza. E se ai fini della valutazione di quest'ultima il decreto correttivo ha dettato espressamente quali ne siano le condizioni (nella riscrittura dell'art. 129, comma 5, e dell'art. 180, comma 4), è soprattutto con riguardo alla fattibilità del piano che si pone il dubbio se l'accentuazione privatistica del concordato abbia tagliato fuori, nei tre distinti momenti di verifica scanditi dalla L. Fall., artt. 162, 173 e 180, ogni potere di intervento del tribunale. Il cui ruolo resta peraltro centrale ai fini del conferimento di efficacia vincolante alla proposta accettata, sintomatico dell'insopprimibile ruolo di garanzia degli interessi molteplici in giuoco, anche superindividuali.

Ciò premesso, si osserva 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.).

In quest'ottica, il punto di partenza è l'irriducibilità dell'istituto, nella sua fase genetica, alla mera formazione di un contratto di diritto privato (art. 1326 c.c.). Ne fa difetto un elemento fondamentale, quale la volontà concorde di tutte le parti interessate, destinatarie degli effetti. L'accordo dei soggetti contraenti, secondo la rituale modalità di incontro della proposta e della conforme accettazione, non è solo una regola: ma è "la regola" fondamentale, la Grundnorm in materia. Rispetto a chi ne resta invece estraneo perchè non esprime il consenso, l'accordo resta *res inter alios acta*; e come tale, *nec iuvat nec nocet*.

E' quindi letterale, in questo senso, la diversità ontologica dell'istituto concorsuale, dotato di effetti cogenti per l'intero ceto creditorio anteriore (L. Fall., art. 168), rispetto, ad es., alla forma contrattuale pura di *cessio bonorum*, tipizzata negli artt. 1977 e 1986: che, appunto, vincola solo i creditori che ne sono parte al divieto di azioni esecutive sui beni ceduti (art. 1980 c.c., comma 2) e, salvo patto contrario (espressione, ancora una volta, di scelta concorde), produce la liberazione del debitore nei limiti di quanto da essi ricevuto (art. 1984 cod. civ.).

Pura autonomia negoziale nell'un caso; eteronomia legale, nell'altro, sulla base di un consenso solo maggioritario.

L'estensione di efficacia all'intera massa dei creditori, inclusi gli assenti o dissenzienti (oltre che dei terzi a vario titolo incisi dall'opzione concordataria), della proposta approvata a maggioranza assoluta (non più doppiamente qualificata, come nell'art. 177 previgente), rivela l'essenzialità dell'intervento del giudice:

volto a garantire non solo il rispetto formale dei passaggi procedurali, ma anche la legittimità sostanziale della proposta.

Solo tale controllo positivo giustifica la preclusione di azioni esecutive individuali da parte dei creditori assenti e dissenzienti;

secondo un modello legale non più volontaristico-negoziale, bensì autoritativo, che può essere contrastato solo con formale opposizione al giudizio di omologazione. Sotto il profilo in esame, la sostanziale eterogeneità, conflittuale in re ipsa, degli interessi della massa impedisce, infatti, di ricondurre l'approvazione della maggioranza ad una singola manifestazione di volontà, quale si riscontra negli organismi collettivi con comunione di scopo (art. 2377 c.c., comma 1): e cioè in sostanza, ad una parte unitaria, pur se complessa al proprio interno.

Se dunque l'iter di approvazione del concordato preventivo non può essere ricondotto sic et simpliciter nell'alveo di formazione di un ordinario contratto di diritto privato, estraneo, per definizione, al concorrente controllo giudiziale (salvo che, in ipotesi eccezionali omologative, ispirate ancora una volta alla tutela di interessi superindividuali: art. 158 c.c., art. 2436 c.c., commi 3 e 4), resta imprescindibile, nel vaglio della censura di violazione della L. Fall., art. 180, mossa dalle ricorrenti al diniego di omologazione del concordato preventivo Zincomet pur in assenza di opposizioni, l'actio finium regundorum dei poteri officiosi del Tribunale.

Al riguardo, si osserva che già in sede di ammissione alla procedura (che ha ormai perso il connotato premiale di un beneficio, riconosciutole anteriforma), la verifica dei presupposti L. Fall., ex art. 160, riveste indubbia natura di cognizione sugli elementi qualificanti della proposta: in ordine, ad. es., ai criteri di eventuale suddivisione in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei (pacificamente sindacabili) ed alle ragioni dei trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse (seppur menzionate, come oggetto di controllo, nel solo concordato fallimentare, all'art. 124, comma 2, lett. b); ma da ritenere, ragionevolmente, implicite anche nella norma corrispondente del concordato preventivo).

In quest'ottica, il riscontro della documentazione che deve essere allegata alla domanda (L. Fall., art. 161) non si riduce ad una mera "spunta" per accertare omissioni materiali, dato che lo scrutinio dei presupposti sostanziali dello stato di crisi (o di insolvenza) e della rispondenza della proposta allo schema legale ed ai fini tipici dell'istituto impinge nel merito.

Ne consegue la doverosità di un'analisi anche del piano esecutivo che sorregge la proposta di concordato; sia pure, entro la soglia minimale (consueta, in tema di valutazioni tecniche extragiuridiche) della non manifesta inadeguatezza, prima facie, della relazione del professionista che ne accerti la fattibilità; fermo restando che la sede naturale per la verifica, funditus, della veridicità dei dati è la successiva relazione particolareggiata del commissario giudiziale, illustrata in occasione dell'adunanza dei creditori (Cass., sez. 1<sup>a</sup>, 25 ottobre 2010, n. 21860).

Non risulta, infatti, attribuito dalla norma - e sarebbe eccentrico alle categorie ordinanti del sistema - valore di prova legale della fattibilità, nonché della soddisfazione dei crediti privilegiati in misura non inferiore a quella realizzabile in ragione della collocazione preferenziale in caso di liquidazione (L. Fall., art. 160, comma 2), alla relazione del professionista allegata al ricorso:

così da ritagliare una competenza esclusiva per materia in favore di soggetti privati, immune da verifica dell'organo giurisdizionale, sia pure entro la sola soglia deliberatoria di non manifesta inidoneità del piano: al fine di prevenire l'apertura di una procedura concorsuale palesemente votata all'insuccesso.

Del resto, la stessa formulazione letterale del successivo art. 162 (Inammissibilità della proposta), con l'eventuale concessione di un termine per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti, sta a dimostrare che non si tratta solo di colmare lacune materiali, in una fase ancora sottratta al contraddittorio con i creditori, in cui unico organo di controllo sostanziale è il giudice. Anche se la richiesta di un termine debba provenire dallo stesso imprenditore, non v'è motivo di dubitare che essa possa essere - e il più delle volte sarà - effetto di rilievi del giudice delegato; quanto meno in conformità con il principio di collaborazione (analogamente alla regola dettata nel processo ordinario di cognizione: art. 183 c.p.c., comma 4). E che il termine sia finalizzato ad emendamenti sostanziali, necessari o migliorativi, e non a mere lacune documentali da colmare, è indicato dalla lettera della norma, che parla di integrazioni del piano e di nuovi documenti (diversi, dunque, da quelli indispensabili, L. Fall., ex art. 161).

Disposizione tanto più significativa in quanto frutto, così come l'incipit dell'art. 163, dei ritocchi apportati col D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (c.d. decreto correttivo), che nel delineare sotto questo profilo un giudice più interventista, ha dato nuova linfa alla tesi del controllo di legittimità sostanziale, sia pure entro i ristretti limiti sopra definiti.

E tale controllo non viene meno nel corso della procedura; potendo dar luogo, in qualunque momento, alla revoca del concordato preventivo ove, all'esito degli accertamenti del commissario giudiziale - e dunque, con maggiore cognizione di causa - risultino difettare le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato (art. 173 c.p.c., comma 3).

In particolare, per quanto attiene direttamente al ricorso in esame, valore dirimente ha la rispondenza con la realtà effettuale dello stato analitico ed estimativo delle attività e dell'elenco nominativo dei creditori, corredato dell'indicazione delle rispettive cause di prelazione (L. Fall., art. 161, comma 2, lett. b).

L'accertamento, nel prosieguo, di crediti pretermessi o di cause di prelazione neglette, alterando la prognosi di soddisfazione delle obbligazioni (pur se non enucleata in una percentuale numerica), può quindi fondare, se attribuibile a dolo, la revoca del concordato; ed in ogni altro caso impone l'emendamento della proposta iniziale (e, in ipotesi, l'aggiornamento del relativo piano) - previa, occorrendo, una riconvocazione da parte del giudice delegato - in termini di trasparenza: ineludibile premessa del consenso informato dei creditori, non viziato da errore-motivo (suscettibile di assurgere perfino a causa di annullamento del concordato omologato: L. Fall., art. 186, u.c., e art. 138, comma 1).

La veridicità dei dati contabili, con l'esatta rappresentazione delle attività e passività, e l'attendibilità del valore attribuito ai beni costituiscono, infatti, il presupposto per l'accettazione dei creditori;

e tale requisito diventa tanto più rigoroso nell'ottica della connotazione contrattualistica che parte della dottrina attribuisce al nuovo concordato preventivo (art. 1326 cod. civ.). In ogni caso, il rilievo di fondo è che la cessione di beni e le altre operazioni, anche di ingegneria imprenditoriale e societaria, contemplate dalla L. Fall., art. 160, costituiscono il mezzo e non il fine: onde, non possono essere disancorate dalla promessa di un risultato utile conseguibile, precisato o implicito in una percentuale di soddisfacimento, senza il quale la proposta del debitore diverrebbe aleatoria in senso giuridico, pur a fronte dell'effetto esdebitativo certo della falcidia concordataria.

Per il resto, non v'è ragione di derogare ai principi generali in tema di rilevanza d'ufficio delle nullità (art. 1421 c.c.):

patologie certo più gravi delle irregolarità formali di svolgimento della procedura, espressamente menzionate quale oggetto di doverosa verifica del Tribunale (art. 180, comma 4). Sotto questo profilo, la dizione originaria dell'art. 180, prima del decreto correttivo - che, senza fare uso della definizione di opposizione, poneva a carico delle parti dissenzienti, in sede di costituzione nel giudizio omologativo, l'onere di dedurre tempestivamente le eccezioni processuali e di merito non rilevabili d'ufficio - lasciava intendere, a contrario, per l'evidente affinità con la disciplina processuale ordinaria (art. 167 cod. proc. civ.), la rilevanza officiosa di una gamma di eccezioni di merito: quale, appunto, quella di nullità.

Saranno quindi cause ostative in *subiecta materia*, l'illiceità dell'oggetto (ad es., in presenza, nel piano, di offerte di cessione di *res extra commercium*, quali immobili insanabilmente abusivi o soggetti a confisca penale); o la violazione di norme imperative (come nel caso di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione: L. Fall., art. 160, comma 2); o ancora, l'impossibilità dell'oggetto, riscontrabile ove la proposta concordataria non abbia, alla luce della relazione del commissario giudiziale, alcuna probabilità di essere adempiuta.

Quest'ultima evenienza è di particolare delicatezza, non dovendo essere confusa con la normale alea inscindibilmente connessa con la valutazione di fattibilità di qualsiasi iniziativa economica. Sotto questo profilo, se la realizzabilità è intesa come mera prognosi di adempimento di obbligazioni immuni da vizi genetici, assunte sulla base di una situazione patrimoniale veritiera, non v'è dubbio che il suo apprezzamento spetti esclusivamente ai creditori, indipendentemente dall'eventuale disparere del giudice (Cass., sez.1, 25 Ottobre 2010, n. 21860). Estranea alla sfera dell'autonomia soggettiva di giudizio resta allora solo l'ipotesi - limite, in cui non di rischio di vizio funzionale della causa si debba parlare (e cioè, di inadempimento: causa di risoluzione, su domanda di ciascun creditore insoddisfatto: L. Fall., art. 186); bensì, di vero e proprio vizio genetico, accertabile in via preventiva alla luce della radicale e manifesta inadeguatezza del piano - per sopravvalutazione di cespiti patrimoniali o indebita pretermissione, o svalutazione, di voci di passivo - non rilevata ab initio nella relazione del professionista. In tal caso, il difetto di veridicità dei dati non può essere sanato dal consenso dei creditori, che sarebbe inquinato da errore-vizio.

Per contro, va ribadito che, dopo la riforma, non appartiene più al controllo officioso del tribunale il giudizio di convenienza economica, ormai espunto dal novero dei requisiti da valutare in sede omologativa (art. 181, testo previgente). Correlato, in sede casistica, soprattutto con le azioni revocatorie esperibili, esso era in linea - così come l'ulteriore presupposto, del pari abolito, della meritevolezza dell'imprenditore - con una concezione

non più attuale dell'istituto concordatario come beneficio premiale; e con l'eterotutela dei creditori, espressione di un dirigismo economico ormai residuo, nell'ordinamento, solo in rarissime fattispecie (cfr. L. 18 Giugno 1998, n. 192, art. 6).

Entro i confini fin qui tracciati, non v'è ragione, in ultima analisi, di ridurre la cognizione della proposta e del piano concordatari ad una mera funzione notarile di regolarità formale, svolta da un giudice costretto nel ruolo ancillare di invitato di pietra: in tal modo, inibendo la tutela anche dell'interesse pubblico a che il governo della crisi d'impresa - tutt'altro che privo di costi per la collettività - non sia piegato ad utilizzazioni improprie, con abuso del diritto (Cass., sez. 1<sup>a</sup>, 23 Giugno 2011, n. 13817).

Applicando i principi suesposti al caso in esame, si deve concludere che appare immune da mende - esegetiche del dato normativo, o logiche - l'accertamento della Corte d'appello di Bari, secondo cui l'omessa considerazione nella proposta di concordato Zincomet di un ingente credito vantato al rango privilegiato dal Ministero dello Sviluppo Economico, di radice causale anteriore alla proposta concordataria (Cass., sez. 1<sup>a</sup>, 10 Agosto 2007, n. 17637) alterava, in radice, l'ipotesi prospettata di soddisfacimento delle obbligazioni sociali su cui riposava l'affidamento del ceto creditorio.

E ciò, anche a prescindere dall'elemento psicologico sotteso all'omissione: adombrato, in motivazione, nella connotazione dolosa, con riferimento alla L. Fall., art. 173, comma 3.

A quest'ultimo riguardo, la tesi sostenuta dai ricorrenti, nel secondo motivo, che pur in presenza di atti di frode il tribunale si trovi nell'impossibilità di sanzionare ex officio il debitore scorretto, mediante la revoca dell'ammissione al concordato, si palesa manifestamente *contra legem*, dato l'inequivoco tenore testuale della norma citata. Nè vi sono ragioni plausibili per negare ingresso all'interno del giudizio omologatorio - che rappresenta il momento di cognizione piena della fattispecie concordataria - anche alla disamina dei presupposti della sanzione revocatoria: tra cui, l'inesistenza delle condizioni prescritte dalla L. Fall., artt. 160 e 161 per la sua ammissibilità. Senz'alcuna necessità di un'artificiosa separazione di momenti di verifica, nè, tanto meno, preclusioni maturate in ordine alla loro rilevabilità.

Le restanti argomentazioni difensive delle ricorrenti tendono, in realtà, al riesame degli elementi di fatto analizzati dalla corte territoriale, tramite un sindacato di merito inammissibile in questa sede (*Omissis*).