

**IL SINDACATO GIUDIZIALE SULLA FATTIBILITÀ DEL PIANO E L'ART. 173  
L.FALL. NEL CONCORDATO PREVENTIVO: OVVERO,  
LA CASSAZIONE E IL “CIGNO NERO”**

ALBERTO TEDOLDI

*(Massime e testi integrali delle decisioni commentate sono riportati di seguito all'articolo, si tratta di: Cassazione civile, I sezione, 23 giugno 2011, n. 13817; Cassazione civile, I sezione, 23 giugno 2011, n. 13818; Cassazione civile, Sezione I, 15 settembre 2011, n. 18864; Cassazione civile, I Sezione, 16 settembre 2011, n. 18987.)*

1. - Dalla trilogia delle ampie pronunce in commento - che numericamente son quattro, ma Cass. 13817 e 13818 del 2011 (Est. Zanichelli) sono gemelle e presentano identica motivazione (citeremo dunque, *breviter* e di solito, solo la prima), mentre le ultime due, Cass. 18864/2001 (Est. Bernabai) e Cass. 18897/2011 (Est. Cultrera), sono state deliberate nella stessa camera di consiglio, da identico collegio giudicante ma con relatori diversi - esce un affresco a forti tinte chiaroscurali, diremmo quasi caravaggesche, sul problema del sindacato giudiziale del requisito di fattibilità del piano nell'arco della procedura concordataria, soprattutto in sede di omologa o in seno a procedimento di revoca dell'ammissione a concordato ex art. 173 l.fall. La trilogia diviene poi tetralogia, non propriamente compatta e unitaria come quella wagneriana, se alle sentenze in epigrafe s'aggiunge l'altrettanto ampio *arrêt* intervenuto nel 2010 sui poteri valutativi del tribunale circa la fattibilità del piano nella fase di ammissione della domanda di concordato<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I, 105, con nota redazionale di M. FABIANI e in *Fall.*, 2011, 167 ss. con nota adesiva di M. 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*. Così suonano le massime tratte dall'anzidetta sentenza, che conviene per comodità riportare: “nel procedimento di ammissione di un debitore alla procedura di concordato preventivo il tribunale non è chiamato ad esprimere il giudizio sulla fattibilità del piano e quindi la domanda non può essere dichiarata inammissibile per

Le tre sentenze che traversano l'estate del 2011, così travagliata per l'intero sistema economico-monetario europeo, han già suscitato reazioni adesive o critiche a seconda degli approcci, *lato sensu* ideologici, con i quali ci si avvicini all'istituto del concordato preventivo, ampiamente modificati dal *conditor* nell'ultimo lustro, non senza ripensamenti e modifiche anche assai ampie in più volte riscritto tessuto normativo. Contrapposizioni talora aprioristiche dalle quali non passa indenne alcuna delle pronunce in commento, neppure la seconda di queste (Cass. 18864/2011), verso cui (conviene dire sin d'ora) va la nostra personale predilezione e che pur vuole, *in apicibus* e giustamente, prender le distanze da quell'"impronta di politica del diritto che informa la recente riforma, riassunta sotto l'esergo della c.d. privatizzazione (o contrattualizzazione) del concordato preventivo", troppo spesso adoperata quale comoda etichetta e, pur va notato, presto superata nei fatti dalla crisi economica e finanziaria globale, viepiù acuitasi dalla seconda metà del 2008 e icasticamente simboleggiata dal crac *Lehman Brothers*. Una crisi che si tenta ora di arginare e contrastare mediante apparenti ossimori e un aggettivo cui s'attribuiscono virtù quasi taumaturgiche, la responsabilità *sociale* dell'impresa e l'economia *sociale* di mercato, se non fosse che le casse dell'erario sono ormai esangui e il contesto economico-finanziario generale ha già reso anacronistica, in brevissimo volger di tempo, l'anzidetta impostazione ultraprivatistica nella regolazione concorsuale dei crediti: la quale vorrebbe accantonare quasi del tutto e ridurre il più possibile

---

la ritenuta non fattibilità del piano stesso"; "la valutazione sulla fattibilità del piano compete in via esclusiva ai creditori che la esprimono tramite il voto e si fonda da un lato sulla relazione attestativa del professionista e dall'altro lato sui rilievi del commissario giudiziale"; "In tema di concordato preventivo, nel regime conseguente all'entrata in vigore del d.leg. n. 169 del 2007 che è caratterizzato da una prevalente natura contrattuale, e dal decisivo rilievo della volontà dei creditori e del loro consenso informato, il controllo del tribunale nella fase di ammissibilità della proposta, ai sensi degli art. 162 e 163 l.fall., ha per oggetto solo la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, senza che possa essere svolta una valutazione relativa all'adeguatezza sotto il profilo del merito; ne consegue che, quanto all'attestazione del professionista circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, il giudice si deve limitare al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione - inquadrabile nel tipo effettivo richiesto dal legislatore, dunque aggiornata e con la motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti - possa corrispondere alla funzione, che le è propria, di fornire elementi di valutazione per i creditori, dovendo il giudice astenersi da un'indagine di merito, in quanto riservata, da un lato, alla fase successiva ed ai compiti del commissario giudiziale e, dall'altro, ai poteri di cui è investito lo stesso tribunale, nella fase dell'omologazione, in presenza di un'opposizione, alle condizioni di cui all'art. 180 l.fall. (principio affermato dalla suprema corte in sede di cassazione, con rinvio, del decreto con cui il tribunale aveva rigettato la domanda di ammissione alla procedura di concordato, in realtà pronunciandone l'inammissibilità, con valutazioni sul merito della fattibilità del piano concordatario e con modalità decisorie, dalle quali è conseguita l'ammissibilità del ricorso ex art. 111 cost.)".

l'intervento giudiziario anche nel campo dei concordati preventivi, lasciando il maggiore e più libero sfogo agli accordi tra debitore e creditori che avvengono, soventi volte, sottobanco e con i soggetti forti, talvolta mediante moderne alchimie di ingegneria finanziaria anche sovranazionale a tutto svantaggio delle minoranze dissenzienti, che debbon subire l'effetto esdebitatorio sol perché imposto loro da una maggioranza assenziente, organizzata per classi e portatrice di opachi e non sempre decifrabili interessi<sup>2</sup>.

Già altrove esprimemmo il nostro pensiero sul controllo giudiziale nel concordato preventivo<sup>3</sup>: troppi e complessi e superindividuali sono gli interessi coinvolti da una crisi d'impresa per abbandonarli e consegnarli esclusivamente all'accordo, che vuolsi puramente negoziale e privatistico, tra debitore e maggioranza dei creditori, vincolando la minoranza al *Diktat* di costoro, senza alcuna forma di protezione e di tutela, sol perché si è avuta la (s)ventura di entrare a far parte di quella collettività involontaria, accidentale

---

<sup>2</sup> Esemplare ci pare il provvedimento di Trib. Milano, decr. 19 luglio 2011 (ined.), che, pur dando conto dell'orientamento iper-restrittivo adottato dalla Cassazione con la prima delle pronunce in commento, secondo cui l'esposizione nella proposta di concordato delle pregresse condotte fraudolentemente depauperative del patrimonio potrebbe contribuire a farle considerare irrilevanti ai fini della revoca dell'ammissione al concordato ex art. 173 l.fall., ebbe a negare l'omologa del concordato nonostante l'approvazione della maggioranza dei crediti e delle classi sia perché era stata abusivamente e artificiosamente introdotta una classe di creditori infragruppo, essenziale per il conseguimento della maggioranza richiesta, sia perché la relazione dei commissari giudiziali aveva evidenziato gravi atti di ingiustificabile depauperamento del patrimonio sociale, tali da fondare una revoca dell'ammissione ai sensi dell'art. 173 l.fall.

Cfr. sul tema le considerazioni di analisi economica del diritto di GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, 730 ss.: "il diritto concorsuale riformato nel 2005, 2006, ed in fine nel 2007, presentava gravi rischi di abuso ed opportunismo a spese dei creditori meno "forti" ed attrezzati per analizzare ed affrontare le situazioni che interessano la crisi dei loro debitori. Lo spostamento massiccio di competenze dall'Autorità Giudiziaria al ceto creditorio, veicolato a livello ideologico con gli ambigui concetti di "privatizzazione" e di "degiurisdizionalizzazione", enfatizza ed amplifica infatti l'endemico conflitto di interessi interno a tale compagine, dovuto all'enorme differenza di incentivi e di propensione al rischio, che non abbisogna di particolari dimostrazioni". Considerazioni critiche sulla comoda formula della "degiurisdizionalizzazione" in M. MONTANARI, *Profili processuali del nuovo concordato preventivo*, in *Giusto Proc. Civ.*, 2009, 722 s., che preferisce semmai discorrere di privatizzazione del concordato, siccome derivante da un'opera di semplificazione della fattispecie sostanziale, piuttosto che da un'autentica rarefazione dell'intervento giudiziario; e v. anche BOTTAI, *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua*, nota a Cass. 14 febbraio 2011, n. 3586 e Trib. Biella, decr. 10 febbraio 2011, in *Fall.*, 2011, 805 e spec. 817 dove si osserva che "accettare il mercato, anche nelle crisi d'impresa, come meccanismo generale di coordinazione sociale ed economica e poi contrapporre ad esso il salvataggio forzoso di entità che non possono più definirsi imprese (solo da espellere dal mercato) non appare coerente e può arrivare a sommare ingiustizia ad ingiustizia" ed ivi ulteriori richiami bibliografici.

<sup>3</sup> Sia consentito rinviare a TEDOLDI, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 647 ss.

eppur forzosa, che è la massa dei creditori, non certo per spontanea adesione né, tampoco, per naturale *affectio societatis*<sup>4</sup>.

2. – Dicevamo, ordunque, che i principii fissati da Cass. 18864/2011 ci paion assai più persuasivi e condivisibili rispetto a quelli affermati nella prima coppia delle sentenze in esame, Cass. 13817 e 13818/2011, già acclamate a gran voce con arpe, cetre e cimbali e profeticamente anticipate, una manciata di giorni prima della camera di consiglio, dai sostenitori della corrente contrattualistica e, a dir così, riduzionistica dell'intervento e dell'ingerenza giudiziale nel concordato preventivo<sup>5</sup>.

La difficoltà e la crisi, in senso etimologico, in cui versa la questione anche presso la Suprema Corte ben si coglie nella terza delle pronunce in epigrafe, Cass. 18897/2011, la quale intraprende, non senza fatica, un percorso argomentativo che vorrebbe fors'essere sincretico tra le contrapposte visioni seguite dalle sentenze che l'hanno preceduta, ma che accentua ancor più e riassume in sé le contraddizioni tra gli opposti corni del dilemma, circa il potere o meno dell'autorità giudiziaria di vagliare la

---

<sup>4</sup> “Impedire procedimenti inutili, reprimere abusi del debitore (nonché dei creditori eventualmente collusi con lo stesso), consentire all'istituto concordatario di svolgere una funzione di regolatore concordato della crisi e non già di strumento dilatorio del fallimento, evitare che il concordato diventi un moltiplicatore degli effetti negativi dell'insolvenza, sono esigenze che rispondono ad interessi pubblicistici che possono essere tutelati soltanto attribuendo all'autorità giudiziaria un compito di vigilanza sulla trasparenza dell'operazione che si sostanzia in una verifica della correttezza dei dati che diano garanzia di tenuta in ordine alla realizzazione e della fondatezza del giudizio di realizzabilità del piano, cioè «soltanto consentendo al tribunale un controllo forte sulla fattibilità del piano» (così BOZZA, *op.cit.*, 188). V., soprattutto, GALLETTI, *op.cit.*, 730 ss.

Un'impostazione diametralmente opposta si rinviene in SACCHI, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'Autorità giudiziaria*, in *Fall.*, 2009, 30 ss.; ID., *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fall.*, 2009, 1063 ss.

<sup>5</sup> Cass. 23 giugno 2011, n. 13817 trovasi, infatti, pubblicata in *Fall.*, 2011, 933, in uno a consonante pronuncia di Trib. Mantova, decr. 22 giugno 2011, con nota adesiva di AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, e in *Foro it.*, 2011, I, 2308, con nota di richiami di M. FABIANI. V. inoltre AMBROSINI, *Per un'interpretazione “evolutiva” della fattispecie “altri atti di frode” di cui all'art. 173, 1° c., l.fall.*, in [www.ilcaso.it](http://www.ilcaso.it), doc. n. 244/2011 del 18 aprile 2011, dove si richiamano le conformi opinioni di CENSONI, *Il concordato preventivo: organi, effetto, procedimento*, in JORIO, M. FABIANI (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, 1010 ss.; ZANICHELLI, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 229 ss. (estensore di Cass. 13817 e 13818/2011); DIDONE, *Note minime sull'art. 173 l. fall.*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2035 ss. (estensore di Cass. 3586/2011); FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in FAUCEGLIA, PANZANI (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, 3, Torino, 2009, 1698 ss.

Sulla concezione contrattualistica v. soprattutto M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee loc.cit.*, e spec. ID., *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2010, *passim*.

fattibilità del piano attestato, che viene annesso e forma parte integrante della proposta concordataria. Contraddizioni che non varrebbe tentar di negare, come fa sempre Cass. 18897/2011, e che esigono ormai l'intervento nomofilattico delle Sezioni Unite, onde ricomporre a unità e assicurare l'uniforme interpretazione delle norme sui poteri di controllo del tribunale nel concordato preventivo.

È dunque formulando questo auspicio che ci accingiamo a più minuta disamina delle pronunce in commento e dei principii ai quali esse variamente s'informano, non senza richiamare i criteri ermeneutici che già indicavamo nel precedente scritto dianzi ricordato, consci che le soluzioni giuridiche e operative non paiono in grado di assidersi esclusivamente su letture esegetiche o sistematiche, dovendosi inserire in un contesto ermeneutico improntato ai canoni costituzionali della ragionevolezza, del rispetto dovuto alla titolarità delle posizioni giuridiche soggettive e alle regole del giusto processo, tramite i quali si fissano limiti all'esercizio delle libertà e delle prerogative individuali. Non vi è, infatti, libertà, non vi è prerogativa individuale o collettiva che non incontri limiti. Li si rinviene anche nel modello ispiratore delle recenti, italiche riforme, che accentuano l'autonomia delle parti nella composizione della crisi d'impresa: nel celebrato *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense sono diuturni i richiami alla buona fede (*good faith*) dei vari soggetti coinvolti e ai requisiti di correttezza, equità e realizzabilità del piano (*fair, equitable and feasible*), informato al miglior interesse dei creditori (*the best interest of creditors*) e che soggiace all'approvazione di questi non meno che al controllo del giudice<sup>6</sup>. In varie norme UNCITRAL si raccomanda che i sistemi concorsuali siano muniti di idonei strumenti volti a prevenire e reprimere la frode di alcuni creditori in danno di altri o del debitore proponente<sup>7</sup>.

Ed anche una rilettura del cap. XIV sulla "Storia generale dei fallimenti", qual si trova puntualmente descritta nella prima edizione del 1837 del *César Birotteau* di Honoré de Balzac (il cui titolo per esteso è: «*Histoire de la Grandeur et de la Décadence de César Birotteau, parfumeur, chevalier de la Légion d'honneur, adjoint au maire du deuxième arrondissement de Paris*»), è particolarmente istruttiva circa la naturale e antica attitudine delle procedure concorsuali a prestarsi ad abusi ed elusioni da parte di

---

<sup>6</sup> Cfr. soprattutto i §§ 1121 ss. del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*, su cui v. PICONE, *La reorganization* nel diritto fallimentare statunitense, Milano, 1993, 116 ss. e DE SENSI (a cura di), *La ristrutturazione dell'impresa in crisi. Una comparazione tra diritto italiano e statunitense*, Roma, 2006, 126 ss.

<sup>7</sup> V. la *Legislative Guide on Insolvency Law*, a cura dell'UNCITRAL, 2005, 135 ss., consultabile sul sito [www.uncitral.org](http://www.uncitral.org).

imprenditori, commercianti, banchieri, usurai e legulei senza scrupoli che, nel periodo successivo alla Restaurazione, ordivano speculazioni e frodi ai danni dei creditori sotto l'occhio distratto e sonnacchioso dei Tribunali di Commercio, che quegli stessi commercianti eleggevano e di cui spesso erano chiamati a far parte. Tanto che Balzac, che aveva fatto larga esperienza di procedure concorsuali per le sue note e frequenti vicissitudini finanziarie, ha agio di notare che “*l'effet de toute loi qui touche à la fortune privée est de développer prodigieusement les fourberies de l'esprit*”, dacché “*la législation, faite à la hâte, qui régit la matière a lié les mains du juge-commissaire et dans plusieurs circonstances il consacre des fraudes sans les pouvoir empêcher*”<sup>8</sup>.

3. – Dopo aver fissato un condivisibile principio processuale per il caso in cui sul procedimento di revoca dell'ammissione del debitore al concordato preventivo ex art. 173 c.p.c. s'innesti un'istanza di fallimento, sancendo l'inutilità di frazionare in subprocedimenti un contesto unitario e che pur sempre si informa al *genus* cameral-fallimentare<sup>9</sup>, nonché altro parimenti condivisibile principio sull'idoneità del reclamo avverso sentenza dichiarativa di fallimento a contenere e recepire anche i motivi di doglianza concernenti i presupposti della revoca dell'ammissione al concordato, come risulta dallo stesso art. 173, 2° co., l.fall., Cass. 13817/2011 (Est. Zanichelli, che è altresì autore di numerosi scritti *in subiecta materia*<sup>10</sup>) si sofferma sui poteri di sindacato del tribunale sulla fattibilità del piano, legando il problema a quello dell'indicazione della presumibile percentuale di soddisfacimento dei crediti all'esito del concordato e dei tempi di realizzo. Un'indicazione che certo non genera un'obbligazione da adempiersi perfettamente o entro un termine essenziale, pena la risoluzione immediata e automatica del concordato, dacché solo l'inadempimento di non scarsa

---

<sup>8</sup> V. BALZAC, *César Birotteau*, Paris, 1975 (di cui può leggersi la traduzione italiana di F. Spinelli, edita a cura di P. Décina Lombardi, Milano, 2006, in particolare alle pagg. 331 e 350 quella delle citazioni riportate nel testo: “L'effetto di qualunque legge relativa alla proprietà privata è di sviluppare prodigiosamente le astuzie dell'intelletto”, dacché “fatta alla svelta, la legislazione relativa a questa materia ha legato le mani al giudice commissario, il quale spesso e volentieri consacra delle frodi senza riuscire a impedirle”). Sui profili di diritto commerciale, giudiziario e fallimentare nel *César Birotteau* v. il gustoso articolo di CIANCIO, *Dalla fiducia nei mercanti alla fiducia nei mercati Leggi e giustizia commerciale nel César Birotteau di Balzac*, in CASUCCI (a cura di), *Diritto di parola. Saggi di diritto e letteratura*, Napoli, 2010, 113 ss., spec. 128 ss.

<sup>9</sup> Sul quale cfr., *si vis*, TEDOLDI, *Il rito cameral-fallimentare e l'efficacia devolutiva del reclamo ex art. 18 l.fall.*, in *Fallimento*, 2011, 293 ss. e ID., *Brevi note sul reclamo avverso sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2011, 432 ss.

<sup>10</sup> V., in particolare e da ultimo, ZANICHELLI, *I concordati giudiziali* cit., spec. 189 ss., dove si rinviene gran parte delle opinioni riprese da Cass. 13817/2011.

importanza potrà condurre, su istanza anche di un solo creditore, al venir meno del beneficio concordatario, a norma dell'art. 186, 2° co., l.fall.<sup>11</sup>, come finisce con il riconoscere anche la sentenza qui esaminata, sia pure con passaggi argomentativi improntati ad un *favor debitoris* ben maggiore di quello che si rinviene in Cass. 18864/2011 (Est. Bernabai), la quale fissa nella massima sub 8 un principio al postutto analogo a quello di cui alla massima sub 3, ancorché espresso con parole e motivazioni assai più severe verso il debitore e i suoi consulenti.

Il concordato preventivo, anche quello proposto, approvato, omologato e attuato mediante *cessio honorum*, è ovviamente istituito ben diverso e distinto dalla fattispecie, strettamente e propriamente negoziale, della cessione dei beni ai creditori, in cui l'effetto compiutamente e integralmente esdebitativo, a differenza di quel che avviene all'esito della procedura concordataria ex art. 184 l.fall., non costituisce un *naturale negotii*, essendo richiesto l'esplicito consenso di ciascuno dei creditori cessionarii, a mente dell'art. 1984 c.c., quali unici soggetti legittimati a disporre dei propri diritti soggettivi. Sicché nel concordato preventivo la proposta, formulata anche mediante eventuali operazioni di ristrutturazione aziendale o finanziaria, non può prescindere dall'indicazione di un risultato utile, espresso in una percentuale di soddisfacimento dei crediti, sia pure in termini non strettamente vincolanti, con l'indicazione dei presumibili (e ragionevoli) tempi di realizzo: senza di che detta proposta risulterebbe puramente *aleatoria*, in senso giuridico, pur a fronte dell'*effetto esdebitativo certo* della falcidia concordataria, estintivo di ogni ulteriore pretesa, azione e ragione, come ben scrive e argomenta Cass. 18864/2001.

Non par dunque appropriato legare, come fa invece Cass. 13817/2011, il problema dell'indicazione della percentuale di soddisfacimento dei crediti al sindacato del tribunale in ordine alla fattibilità del piano: gli scostamenti marginali nel presumibile realizzo, che appaiano già *ex ante* di scarsa importanza rispetto all'economia generale della proposta, non incidono sulla fattibilità del piano, che è valutazione tipicamente e intrinsecamente prognostica, così come non condurrebbero *ex post*, a fatto compiuto, a una risoluzione del concordato ex art. 186, 2° co., l.fall. Sono le divergenze notevoli, quali rilevate dal commissario nella relazione e nel proprio parere, rispetto al piano attestato a poter dar luogo a provvedimenti di revoca dell'ammissione o dinieghi di omologa, nonostante l'approvazione maggioritaria del ceto creditorio.

---

<sup>11</sup> Sul quale sia consentito rinviare, ancora e per brevità, a TEDOLDI, *Appunti in tema di omologazione e di risoluzione del concordato preventivo*, in *Studi in onore di Modestino Acone*, III, Napoli, 2010, 1647 ss., ove ulteriori richiami.

E i casi concreti esaminati nelle due più recenti sentenze in commento lo attestano: nella fattispecie decisa da Cass. 18987/2011 (Est. Cultrera) lo scostamento, rettificato e ridotto dopo la relazione del commissario mediante una modifica della proposta sottoposta ai creditori prima del voto e poi approvata dalla maggioranza di loro, poteva considerarsi marginale; non così nella fattispecie decisa da Cass. 18864/2011 (Est. Bernabai), in cui la non fattibilità del piano era macroscopicamente evidenziata dalla relazione del commissario giudiziale, dacché la debitrice aveva ommesso di esporre tra le passività un ingente credito privilegiato, violando il canone di correttezza di cui all'art. 173, 3° co., l.fall. e causando, già in base a una valutazione prognostica, un'evidente e assai drastica riduzione della percentuale distributiva promessa al ceto creditorio.

4. – Cass. 13817/2011 prende inoltre le mosse da Cass. 21860/2010 (Est. Fioretti), la quarta delle pronunce che compongono la “tetralogia concordataria”, ed estende a ogni fase e stato della procedura l'approccio riduzionistico dell'ingerenza giudiziale, che quest'ultima pronuncia adotta per la fase di ammissione della domanda di concordato, quando il tribunale, per vero, dispone della sola relazione attestata dall'esperto nominato dal debitore e soltanto su questa può condurre il proprio esame, eminentemente deliberativo della coerenza logica e motivazionale dell'attestazione da lui resa in ordine alla veridicità dei dati aziendali e alla fattibilità del piano (art. 161, 3° co., l.fall.).

Non ripeteremo qui le puntuali e assai severe critiche rivolte a Cass. 21860/2010, alla stregua di obiettivi elementari testuali, storici e sistematici<sup>12</sup>: quella sentenza sovrappone le nozioni di fattibilità del piano e di convenienza della proposta, laddove il primo è un antecedente logico e un presupposto indispensabile affinché i creditori possano compiere quel giudizio di convenienza che, indubbiamente, è di loro esclusiva pertinenza. Se il piano non è fattibile e, dunque, se la proposta concordataria, di cui il piano forma parte integrante, non può essere *ictu oculi* adempiuta – sia pure in modo non strettamente né matematicamente vincolante, ma con il limite della scarsa importanza dell'inadempimento – non ha *a priori* senso ragionare di

---

<sup>12</sup> V. BOZZA, op.loc.cit., che pure ha mutato opinione rispetto a quella professata prima del decreto correttivo del 2007 (in ID., *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Fallimento*, 2005, 1208 ss.; ID., *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ultima parte, legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2007, 689 ss.).

In adesione a Cass. 21860/2010 v., in conformità con l'impostazione contrattualistica professata in materia, M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee* loc. cit.

convenienza della proposta, che rientra sì nella sfera decisionale esclusiva dei creditori, ma che s'innesta su propedeutica possibilità che la prestazione sottoposta all'approvazione dei *plures* venga adempiuta, almeno in massima parte. Ove così non fosse, il giudizio di convenienza, pur riservato ai soli creditori, verrebbe *funditus* privato di basi.

Non è d'uopo però, e pare anzi frutto d'*Inversionsmethode*, estendere *ipso facto* il limite cognitivo del tribunale – intrinseco alla fase d'ammissione del concordato e, per forza di cose, circoscritto a un potere meramente deliberativo della relazione attestata dall'esperto prescelto dal debitore – alle successive fasi del concordato, a quella d'omologa o a quella di revoca ex art. 173 l.fall., allorché la non veridicità dei dati aziendali, la non fattibilità del piano o il compimento di atti in frode vengano accertate grazie all'attività del commissario giudiziale smentendo, magari in modo eclatante e clamoroso, le unilaterali attestazioni rilasciate dall'esperto per superficialità o, nei casi estremi, per collusione con il debitore o con talune classi di creditori forti, specialmente finanziari.

La scelta dello strumento del concordato preventivo non può, per sua natura e per la funzione assegnatagli anche dalla riforma delle procedure concorsuali, passare indenne da un controllo giudiziale che non si limiti a una notarile presa d'atto della completezza della documentazione, nella fase d'ammissione, o dell'esito della votazione nella fase di omologa e persino in sede di revoca dell'ammissione ex art. 173 l.fall.

Il debitore aveva a disposizione una serie assai variegata di strumenti negoziali di composizione della crisi:

*i)* il piano di risanamento attestato a norma dell'art. 67, 3° co., lett. d) l.fall., che esenta da revocatoria la concessione di nuova finanza, ma non produce effetti esdebitatorii;

*ii)* l'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 *bis* l.fall., raggiunto con il sessanta per cento dei creditori e accompagnato da una relazione di un esperto che ne attesti l'attuabilità, con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei, il quale determina effetti esdebitatorii soltanto verso i creditori che abbiano negoziabilmente e volontariamente rinunciato, in tutto o in parte, ai loro diritti, disponendone direttamente e individualmente, non già attraverso votazioni informate al principio maggioritario;

*iii)* il concordato preventivo, infine, che produce effetti vincolanti per l'intera massa dei creditori, determinando un generale effetto esdebitatorio e, proprio in ragione di ciò, sottostando al controllo del tribunale in ogni sua fase, secondo modalità che variano e s'accrescono del corso della procedura

in base alla *Prozessstoff*, cioè al materiale probatorio di cui il tribunale disponga e che venga man mano acquisendo grazie, soprattutto, all'attività del commissario giudiziale.

In questo *climax* di strumenti di soluzione della crisi d'impresa, al cui vertice si pone il concordato preventivo, è il legislatore stesso a voler solo in quest'ultimo un coinvolgimento pieno e penetrante del tribunale sin dalla fase di ammissione, potendo i giudici vagliare l'attestazione dell'esperto, ovviamente e in quel momento in modo esclusivamente estrinseco ed eminentemente logico, con facoltà di assegnare un termine per apportare integrazioni o emende alla proposta, e dovendo verificare la sussistenza dei presupposti tutti di ammissibilità della domanda (come risulta dal 1° e dal 2° co. dell'art. 162 l.fall. e come espressamente voluto dal *conditor*<sup>13</sup>), in qualunque momento della procedura e tanto più in sede di omologa, anche in assenza d'opposizioni e proprio in grazia del generale potere previsto dall'ultimo comma dell'art. 173 l.fall., che troppo sbrigativamente la concezione contrattualista del concordato liquida e, nella sostanza, abroga e cancella siccome “fossile normativo”.

Basti sol dire che la norma esiste e ancor oggi prevede a chiarissime lettere che il tribunale possa, *anche d'ufficio*, aprire il procedimento di revoca su segnalazione del commissario giudiziale, se questi accerti 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” (art. 173, 1° co., l.fall.) e “se *in qualunque momento* risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato” (art. 173, u.c., l.fall.), tra le quali rientra anche la fattibilità del piano, giusta il non meno chiaro richiamo che l'art. 162, 2° co., fa all'intero disposto dell'art. 161 l. fall. Il che, del resto, risulta anche dall'*intentio* del *conditor* del decreto correttivo 2007 che, pur cancellando l'automatica apertura del fallimento siccome incompatibile con la regola necessaria dell'istanza di parte in luogo della pregressa possibilità di una declaratoria d'ufficio, espressamente ha serbato in vita i presupposti per la revoca dell'ammissione al concordato ex art. 173, 1° e 3° co., l.fall., attivabile *anche d'ufficio e in qualunque momento* della procedura, “ove si accertino i gravi fatti indicati nella norma o la

---

<sup>13</sup> V. infatti il Parere della Commissione Giustizia della Camera, reso nella seduta del 25 luglio 2007, dove si legge che, “considerato che i presupposti per l'ammissione al concordato preventivo sono quelli indicati non solo dall'articolo 160 della legge fallimentare, ma, necessariamente, anche dall'articolo 161, appare opportuno precisare, all'articolo 12, comma 3, dello schema di decreto, che il Tribunale è tenuto a verificare anche la sussistenza degli elementi di cui al citato articolo 161 della legge fallimentare” (cioè, essenzialmente, la fattibilità del piano). Rilievo questo ripreso anche dalla II Commissione permanente del Senato, nel parere reso a seguito della seduta del 1° agosto 2007.

mancanza delle condizioni del concordato”<sup>14</sup>.

Non sembra, dunque, conforme al criterio ermeneutico dettato dall’art. 12 prel., che notoriamente vuol che alla legge non s’attribuisca “altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e dalla intenzione del legislatore”, una lettura che, cancellando l’ultima frase dell’art. 173, u.c., l.fall. e adattando le altre norme sul concordato a una preconstituita visione contrattualistica, finisce per annacquare in un’indistinta nozione di “merito” della proposta concordataria, asseritamente riservato al monopolio esclusivo dei creditori e non attingibile dal tribunale, fattibilità del piano e convenienza della proposta, che sono concetti chiari e distinti<sup>15</sup>: il primo costituisce, infatti, un presupposto della seconda nonché una condizione di ammissibilità del concordato, delibabile dal tribunale in sede di ammissione attraverso l’esame della coerenza logica dell’attestazione dell’esperto (artt. 161 e 162 l.fall.), verificabile (*recte*, criticamente esaminabile e “falsificabile”) in base alle risultanze dell’attività commissariale al momento dell’omologa (art. 180 l.fall.) o, anche prima di questa, allorché se ne accerti il venir meno in qualunque momento (art. 173, 3° co., ultima parte, l.fall.).

La disciplina nel suo assieme possiede, in tal modo, un’intima coerenza, poiché:

a) su un piano sistematico generale, armonizza gli istituti posti dal legislatore a disposizione dell’imprenditore per ricercare una soluzione negoziata della crisi, in un *climax* che va:

i) dal piano di risanamento attestato, che non soggiace ad alcun avallo giudiziale e produce effetti limitati all’esonazione da revocatoria fallimentare ex art. 67, 3° co., lett. d), l. fall.,

ii) all’accordo di ristrutturazione dei debiti, in cui l’esdebitazione riguarda i soli creditori individualmente aderenti alla proposta del debitore e, proprio per questo, il controllo del tribunale è circoscritto e condizionato alla

---

<sup>14</sup> Cfr. la relazione illustrativa al d.lgs. 169 del 2007, sub art. 14 (“Il comma 1 sostituisce l’art. 173 del r.d., onde evitare che la dichiarazione di fallimento, nei casi ivi contemplati, possa atteggiarsi come mera sanzione rispetto a comportamenti scorretti del debitore. Si prevede, pertanto, la revoca dell’ammissione al concordato preventivo, ove si accertino i gravi fatti indicati dalla norma o la mancanza delle condizioni di ammissibilità. Si prevede altresì la dichiarazione di fallimento, ma solo su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero e previo accertamento dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5, nel rispetto, comunque, del diritto di difesa del debitore”), nonché gli ulteriori argomenti letterali e sistematici addotti da Bozza, *Il sindacato* cit., 182 ss., che pienamente meritano d’esser condivisi.

<sup>15</sup> V. perspicuamente, sia pur nell’ambito della visione contrattualistica qui contrastata, M. FABIANI, *Per la chiarezza* cit., 173.

proposizione di opposizioni (art. 182 *bis* l.fall.)<sup>16</sup>,

*iii)* sino al concordato preventivo, in cui l'esdebitazione generale del debitore quale effetto conseguente a meccanismi di approvazione della proposta affidati al principio maggioritario, anziché alla libera e individuale volontà dei titolari delle posizioni soggettive creditorie, impongono un più penetrante controllo giudiziale, a tutela della molteplicità e della complessità degli interessi colpiti dalla crisi d'impresa e sottesi alla disciplina della regolazione concorsuale dei crediti.

*b)* Su un piano sistematico interno al concordato preventivo, assicura un controllo giudiziale:

*i)* *ex ante*, al momento dell'ammissione della domanda, sulla coerenza logica dell'attestazione dell'esperto nominato dal debitore,

*ii)* *pendente processu* e attraverso l'attività del commissario giudiziale, in sede di omologa ovvero di revoca dell'ammissione al concordato, quando sussistano i presupposti di cui all'art. 173, 1° e 3° co., l.fall.,

*iii)* *ex post*, con la risoluzione, su istanza anche di un solo creditore, allorché risulti un inadempimento di non scarsa importanza, ovvero con l'annullamento, anche su istanza del commissario giudiziale, “quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo, ovvero sottratta o

---

<sup>16</sup> Salvo acquisire un'ampiezza maggiore allorché il debitore richieda di anticipare le misure protettive, cioè il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive, già nel corso delle trattative con i creditori e prima di formalizzare l'accordo con il sessanta per cento di questi, a norma dei commi 6° e segg. dell'art. 182 *bis*, quali introdotti nel 2010. Sugli accordi di ristrutturazione dei debiti la letteratura è già assai ampia: basti qui menzionare, dopo l'intervento legislativo del 2010, M. FABIANI, *L'ulteriore “up-grade” degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, 898 ss.; AMBROSINI, in JORIO, FABIANI, *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, 1168 ss. Per alcune prime applicazioni dell'istituto, dopo l'ultima riscrittura, v. Trib. Bergamo, 12 maggio 2011, Trib. Novara, 2 maggio 2011, Trib. Torino, 15 febbraio 2011; Trib. Novara, 1° febbraio 2011, in *Foro it.*, 2011, I, 2533, con nota di CARMELLINO, ove ulteriori ed esaurienti richiami bibliografici.

BOZZA, *Il sindacato* cit., 188, in nota 26, e 195 giustamente nota come i nuovi commi inseriti nel 2010 nel corpo dell'art. 182 *bis* l.fall. e, in particolare, il 7° - là dove subordina la concessione delle misure protettive al riscontro, da parte del tribunale, della “sussistenza dei presupposti per pervenire a un accordo di ristrutturazione dei debiti con le maggioranze di cui al primo comma” (sessanta per cento dei crediti, *ndr*) e “delle condizioni per il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare” (*id est* l'attendibilità della relazione dell'esperto nominato dal debitore, che attesti l'idoneità della proposta ad “assicurare il regolare pagamento dei creditori con i quali non sono in corso trattative o che hanno comunque negato la propria disponibilità a trattare”) – abbiano demandato al tribunale un controllo sul merito della proposta di ristrutturazione dei debiti (o di concordato stragiudiziale, che dir si voglia), concludendo che “sarebbe paradossale che proprio nella procedura più giurisdizionalizzata del concordato preventivo il giudice avesse poteri minori di quelli che ha nella fase dell'inibitoria delle azioni esecutive nella procedura ex art. 182 *bis*”.

dissimulata una parte rilevante dell'attivo” (artt. 186, 137 e 138 l.fall.)<sup>17</sup>.

5. – La lettura “contrattualisticamente orientata” dell’intero plesso di norme che la legge fallimentare dedica al concordato preventivo - dopo aver obliterato l’ultimo comma dell’art. 173 l.fall., trattato alla stregua del celeberrimo “cigno nero” di popperiana memoria, ch  tale norma, pur essendo idonea a falsificare la regola onde “tutti i cigni sono bianchi”, vien cancellata dal novero della *species*, come se non potesse appartenervi – s’accentua viepi  quando Cass. 13817/2011 rilegge il 1° comma del citato articolo, offrendone un’interpretazione “evolutiva” adattata all’impostazione privatistica cui ha dichiarato di aderire.

Gli “altri atti in frode” idonei a determinare la revoca del concordato ex art. 173, 1° co., l.fall., secondo l’anzidetta pronuncia, consisterebbero esclusivamente in quei comportamenti del debitore anteriori alla presentazione della domanda di concordato che abbiano una “valenza decettiva” e siano, quindi, “tali da pregiudicare un consenso informato” da

---

<sup>17</sup> Disciplina questa ritagliata sull’art. 1986 c.c., dove si prevede che la *cessio bonorum* possa essere annullata “se il debitore, avendo dichiarato di cedere tutti i suoi beni, ha dissimulato parte notevole di essi, ovvero se ha occultato passivit  o ha simulato passivit  inesistenti” e possa venire “risolta per inadempimento secondo le regole generali”, cio  quando l’inadempimento sia di non scarsa importanza. La parificazione degli strumenti impugnatorii del concordato preventivo a quelli, schiettamente negoziali, della cessione dei beni si spiega in grazia dell’avvenuta omologa del concordato e della chiusura del procedimento: se, oltre ai creditori, anche il tribunale ha dato il suo avallo omologando il concordato, non v’  a quel punto particolare ragione per adottare un trattamento diverso da quello riservato ai contratti e, segnatamente, alla *cessio bonorum*. Ma prima dell’omologa e prima che si chiuda il procedimento di ammissione al beneficio, azzerare la funzione di controllo, sostanziale e non solo formale, di merito (escluso il solo giudizio di convenienza, in assenza di opposizioni) e non si semplice legittimit , ci pare essere un *moral hazard*, in cui il debitore, e spesso con lui alcune classi di creditori forti, assume arbitrariamente “*the decision about how much risk to take, while someone else bears the cost if things go badly*” (secondo la definizione che di *moral hazard* nella teoria economica d  KRUGMAN, *The Return of Depression Economics and the Crisis of 2008*, W.W. Norton Company Limited, 2009), meritevole delle stesse censure che ora anche POSNER, *The Crisis of Capitalist Democracy*, trad. it. *La crisi della democrazia capitalista*, Milano, 2010, con prefazione di G. Rossi, rivolge ai fideistici principii del libero mercato e della “mano invisibile”.

Per critiche al “fondamentalismo contrattuale” nelle procedure concorsuali v. gi  G. ROSSI, *Introduzione*, in AA.VV., *Crisi dell’impresa e riforma delle procedure concorsuali*, atti del convegno di Courmayeur, 23-24 settembre 2005, Milano, 2006. Anche GALLETTI, op.cit., 730 ss., in nota 9, rileva che “quello del controllo “di merito”   uno dei concetti pi  ambigui utilizzati dai detrattori dei poteri giudiziari nell’ambito del concordato preventivo, siccome equivoco, e sospeso fra verifica del Giudice circa la “convenienza” del piano (bandito, salvo il caso eccezionale del *cram down*) e la sua “fattibilit ”, ossia la sua congruenza e razionalit , in relazione alle risorse disponibili ed alle condizioni verificabili. D’altro canto la dottrina ha in passato dimostrato che ancora nel vigore del cod. comm., ove pure la verifica del Tribunale era testualmente limitata a quella di legittimit , si era finito col reputare in sede interpretativa legittima solo quell’offerta ai creditori che fosse anche congrua” (sulla scia di SACCHI, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell’amministrazione controllata*, Milano, 1984, 316 ss.).

parte del ceto creditorio, qual si esprime attraverso la votazione sulla proposta concordataria. A sostegno di tale interpretazione evolutiva s'adduce, anzitutto, la lettera della norma, osservando "che l'atto di frode, per avere rilievo ai fini della revoca dell'ammissione, deve essere "accertato" dal commissario giudiziale e quindi dallo stesso "scoperto" essendo prima ignorato dagli organi della procedura o dai creditori, non potendosi certo attribuire al termine "accerta" il significato di "trova la conferma di quanto già enunciato nella domanda" in ordine a determinati eventi". Nel caso di specie, la Suprema Corte ha ritenuto che una serie di contratti di godimento stipulati dalla proprietà concordataria con altra società (si presume riconducibile direttamente o indirettamente al debitore), che avevano di fatto depauperato il patrimonio della Società dacché, "per la loro durata, avrebbero scoraggiato l'acquisto degli immobili oggetto della cessione ai creditori" quale prospettata nella proposta di concordato, non costituiva atto in frode, per la semplice ragione che i contratti erano espressamente indicati nella domanda e, dunque, non erano stati "scoperti" dal commissario successivamente a questa.

È agevole, tuttavia, osservare che il verbo "accerta" contenuto nell'art. 173, 1° co., l.fall. non può in alcun modo venir semanticamente equiparato al verbo "scopre": accertare indica, anzitutto, quell'attività di cognizione che, inquadrando un fatto o un atto 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<sup>18</sup>. La spontanea indicazione di un fatto o di un atto giuridico mediante dichiarazione confessoria dell'interessato non costituisce ancora accertamento, se non quando il significato economico-giuridico di quell'atto non venga chiarito, conosciuto e "accertato" compiutamente, collocandolo entro lo schema generale di inquadramento secondo i meccanismi tipici della rilevanza giuridica e degli effetti che ne conseguono<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> V. *amplius* E.F. RICCI, *Accertamento giudiziale*, in *Dig. civ.*, I, Torino, 1987, 16: "Con il termine «accertamento giudiziale» si può, in genere, designare l'attività con la quale il giudice verifica i presupposti del provvedimento a volta a volta da emettere". V. altresì FALZEA, *Accertamento (teoria generale)*, in *Enc.dir.*, I, Milano, 1958, 205 ss.

<sup>19</sup> FALZEA, *Rilevanza giuridica*, in *Enc.dir.*, XL, Milano, 1989, 900: "il diritto, nell'intero suo sistema normativo e nelle singole norme che lo compongono, risolve in termini di regole di condotta problemi di vita ricorrenti nel divenire sociale. Al fatto spetta di fare emergere al livello della giuridicità la situazione di interesse rispetto alla quale i problemi di vita si vanno ponendo; all'effetto di risolvere giuridicamente, secondo le scelte fatte dal diritto, il problema reso attuale dal fatto. Il fatto diventa giuridico, cioè fatto giuridicamente rilevante, in quanto è portatore della situazione di interesse presa in considerazione, e in questo senso come problema da risolvere, dall'ordinamento giuridico. L'effetto, costituendo la risposta del diritto alla situazione di interesse,

Tornando al caso di specie, dichiarare nella domanda di concordato che esistono dei contratti di godimento di lunga durata sugli immobili offerti in cessione non significa nulla se non si chiariscono, nel complessivo equilibrio concordatario e all'esito delle attività svolte dal commissario giudiziale, la portata e le conseguenze economico-giuridiche di tali atti. Senza una fedele e completa ricostruzione dell'intero contesto, indicare l'esistenza di contratti potenzialmente dannosi nella domanda di concordato non fornisce alcuna intelligibile informazione, poiché è solo la complessiva disamina della situazione del debitore proponente e del contenuto della proposta, quali saggiate dalle attività commissariali, a svelarne appieno la natura pregiudizievole e il carattere frodatario, cioè la prava intenzione di nuocere al ceto creditorio o di trarre ingiusti vantaggi, pur nella esteriore osservanza del dettato di legge. Nel che, classicamente e *ab antiquo*, si realizza una *fraus* (Paulus D. 1.3.29: "*Contra legem facit qui id facit, quod lex prohibet, in fraudem legis vero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit*"), che or si preferisce declinare con la formula dell'"abuso del diritto", scaturente da violazione dei doveri di solidarietà ex art. 2 Cost. e dei canoni di buona fede e correttezza che debbono improntare i rapporti tra i *cives*, come fa anche Cass. 13817/2011 *ad finem*<sup>20</sup>, quasi per attenuare l'esegesi restrittiva offerta sull'art. 173, 1° co., l.fall.<sup>21</sup>.

Non v'è dunque ragione alcuna per discostarsi dalla tradizionale lettura che si dà della nozione di "atti in frode", siccome certo distinta e ben più grave di quella che giustifica l'esperimento di azioni revocatorie, ma nondimeno assai ampia e tale da abbracciare ogni genere di atto distrattivo commesso dal debitore, che partecipi della natura degli atti tipizzati nello stesso 1° co. dell'art. 173 l.fall., cui si assiste "se il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più

---

presuppone una preventiva valutazione dell'interesse in termini di giuridicità e dunque un fatto già divenuto giuridico, un fatto giuridicamente rilevante". V. anche ID., *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 432 ss., spec. par. 41: "La fattispecie parziale, fino a quando non viene completata e reintegrata nella totalità dell'ordinamento giuridico, non è in grado di esprimere pienamente l'interesse tutelato dal diritto e non può produrre i suoi effetti tipici e fondamentali".

<sup>20</sup> Sulla scia di Cass. 18 settembre 2009, n. 20106, in *Foro it.*, 2010, I, 85, con osservazioni e nota parzialmente critica di PALMIERI e PARDOLESI, *Della serie «a volte ritornano»: l'abuso del diritto alla riscossa*; in *Giur. It.*, 2010, 556 (m), con nota adesiva di P. MONTELEONE, *Clausola di recesso ad nutum dal contratto e abuso del diritto*; in *Riv. Dir. Civ.*, 2010, II, 149, con nota critica di ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009, n. 20106)*.

<sup>21</sup> Sulla figura dell'abuso del diritto e sul suo utilizzo nel campo dei concordati v. le condivisibili perplessità di PERRINO, *Abuso del diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio della giustizia contrattuale?*, nota critica a Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274 (est. Zanichelli), in *Foro it.*, 2011, I, 2118 ss. V, inoltre, COSTANZA, *Perché ricorrere alle clausole generali quando è sufficiente l'applicazione della norma positiva?*, in *Fallimento*, 2009, 463 ss.

crediti, esposto passività insussistenti o commesso [appunto] altri atti di frode<sup>22</sup>.

Il commissario, dice la norma, è tenuto a “riferirne immediatamente al tribunale”, che apre d’ufficio il procedimento di revoca, non già ai creditori: di tal che l’intero discorso sull’efficacia decettiva del consenso informato dei creditori apparentemente contrasta con la stessa *littera legis*, che identifica nel tribunale il destinatario dell’informativa e il titolare del potere di revoca anche d’ufficio, non nel ceto creditorio, come ancora opina Cass. 13817/2011 nell’assiduo e insistito tentativo di far dire alla norma quel ch’essa non dice né sottintende punto, cioè che tutti gli atti elencati nel 1° co. l.fall. siano accomunati dal minimo denominatore di aver per destinatari esclusivamente i creditori. Che l’interesse tutelato dall’art. 173, 1° co., l.fall. sia riferibile al ceto creditorio è indiscusso; ma che destinatari degli accertamenti del commissario siano i creditori è smentito, diremmo, *per tabulas*.

Sino a che il concordato non abbia ottenuto l’omologa, il tribunale può esercitare d’ufficio, mercé l’attività del commissario giudiziale ch’è anzitutto ausiliario (tecnico) di giustizia, un controllo sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano, quali attestati dall’esperto nominato dal debitore nella relazione annessa alla domanda di concordato: se il tribunale 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” (art. 173, 1° co., l.fall.) ovvero che “durante la procedura di concordato ha compiuto atti non autorizzati” o “comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori” o, ancora, “se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l’ammissibilità del concordato” ex art. 173, 3° co., l.fall. (tra le quali, essenzialmente, la fattibilità del piano attestato), revoca l’ammissione al beneficio e, quando vi siano istanze di fallimento, provvede su queste, sì da render computabile il termine a ritroso per le revocatorie sin dalla data di deposito della domanda di concordato, assicurando la *consecutio* del fallimento al concordato preventivo senza soluzione di continuità<sup>23</sup>.

È invero dal confronto tra il 1° e il 3° comma dell’art. 173 l.fall. che si trae definitivo convincimento dell’impraticabilità dell’*interpretatio abrogans*

---

<sup>22</sup> Non v’è qui lo spazio per occuparsi *funditus* della nozione di “atti in frode”, su cui si rinvia alla ragionata ed esauriente rassegna critica di PENTA, *La revoca del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2011, 735 ss., nonché a FILOCAMO, *L’articolo 173, 1° comma, l.fall. nel «sistema» del nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, 1467 ss. e AUDINO, in MAFFEI ALBERTI (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009, sub art. 173, 992 ss., dove ulteriori richiami.

<sup>23</sup> Cfr., sul punto, M. MONTANARI, *op.cit.*, 735.

seguita da Cass. 13817/2011: la fattispecie delineata dal 3° co. fa specifico riferimento a quanto avviene in seno alla procedura di concordato preventivo e, nella sua prima parte (là dove parla di atti del debitore “non autorizzati a norma dell'art. 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori”), ascrive l'intento frodatario alle condotte perpetrate dal debitore a procedura iniziata, quand'egli è posto sotto la vigilanza del commissario giudiziale (art. 167, 1° co., l.fall.), che del tribunale è *longa manus* tecnica, anche al di fuori degli atti che esigono una speciale autorizzazione, in quanto eccedenti l'ordinaria amministrazione ex art. 167, 2° co., l.fall.; per contrapposizione il 1° co. dell'art. 173 l.fall. riferisce *tout court* le condotte del debitore ivi contemplate, inclusi gli “altri atti in frode”, al periodo anteriore al deposito della domanda di concordato, senza discorrere affatto di un disegno ingannevole specificamente orientato, sul piano intenzionale non meno che funzionale, a conseguire ingiusti vantaggi attraverso la procedura concordataria, finendosi in tal modo per introdurre *praeter legis litteram* una sorta di “dolo specifico” che esula dai confini ermeneutici segnati all'interprete dall'art. 12 prel., più volte invocato dalla stessa Suprema Corte<sup>24</sup>.

Che debba trattarsi di condotte gravi e non semplicemente riprovevoli nessuno discute; ma che esse debbano per forza connettersi a un abuso dello strumento concordatario è un *surplus* che il 1° co. dell'art. 173 l.fall. non contempla.

6. - Né varrebbe obiettare che una lettura riduzionistica dell'ingerenza giudiziale, come quella abbracciata da Cass. 13817/2011, si armonizza con la scomparsa dei requisiti per l'accesso e del giudizio di meritevolezza in sede di omologa, quale voluta dal legislatore della riforma.

L'abrogazione dei presupposti indicati nell'*ante* vigente art. 160, 1° co., l.fall. - cioè la contabilità regolare, la mancata sottoposizione a fallimento o concordato preventivo nel quinquennio anteriore e l'assenza di condanne per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio – e del giudizio di meritevolezza del debitore in relazione alle cause del dissesto e alla sua complessiva condotta, di cui al precedente art. 181, 1° co., n. 4, l.fall., esclude ogni automatismo

---

<sup>24</sup> *Contra, ex multis*, CENSONI, *Il concordato preventivo: gli organi, gli effetti, il procedimento*, in JORIO, M. FABIANI (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, Bologna, 2010, 1011, che espressamente esige la presenza del “dolo specifico consistente nella consapevolezza e nell'intenzione – ben espressa d'altra parte anche nel 1° co. dell'art. 236 l.fall. – di alterare le regole del gioco, ingannando i creditori sia quanto all'attivo, sia quanto al passivo”.

nella verifica dei requisiti ed elimina un'area di discrezionalità giudiziale troppo ampia ed eccessivamente impregnata di significati etici subiettivi anziché propriamente economico-patrimoniali<sup>25</sup>.

Tale pur condivisibile abolizione non cancella quel vaglio di insussistenza di condotte gravi e altamente lesive da parte del debitore proponente domanda di concordato, prima e dopo di questa, che l'art. 173, 1° e 3° co., l.fall. affida alla sapienza e all'equilibrio del tribunale: un vaglio da compiersi volta per volta e in concreto, in base alla obiettiva gravità dei comportamenti "accertati" dal commissario, quand'anche confessati *sua sponte* dal debitore nella domanda di concordato anziché "scoperti" dal commissario nel corso della sua attività, e da questi tosto denunciati al tribunale, affinché apra il subprocedimento ex art. 173, 2° co., l.fall.<sup>26</sup>.

Se non si vuol trasformare il concordato preventivo in "*une des plus monstrueuses plaisanteries légales*" – come scriveva Balzac nel 1837 a proposito dei fallimenti, dipingendo i volti beffardi dei commercianti insolventi abituati al lassismo dei giudici nel concedere loro il *sauf-conduit* necessario ai falliti per circolare liberamente già all'indomani del deposito dei libri presso il Tribunale di Commercio, le fronti corruciate con la mente concentrata nella ricerca della scappatoia legale sicuramente possibile per sfuggire alla perdita del proprio patrimonio, dinanzi agli occhi assenti del giudice-commissario, "*placé dans le drame comme un buste royal*"<sup>27</sup> – non si può consentire che il tribunale assista impotente all'avallo dato dai creditori forti alle condotte distrattive commesse dall'imprenditore, spesso in concorso con loro, e agli innumerevoli *escamotage* adoperati per raggiungere finalità

---

<sup>25</sup> Soleva insegnarsi che l'art. 181, 1° co., n. 4 l.fall., nel porre il requisito della meritevolezza del debitore al fine dell'omologazione del concordato preventivo, non imponeva parametri specifici e predeterminati, né esigeva comportamenti del tutto immuni da critiche od addebiti, ma affidava al giudice del merito una valutazione di sintesi, in esito ad un esame globale di quelle cause e di quella condotta, consentendogli di pervenire ad un apprezzamento positivo circa la correttezza morale e professionale del debitore, nonostante errori ed imprudenze in singoli episodi (v., *ex plurimis*, Cass. 18 giugno 1992, n. 7557).

<sup>26</sup> V. soprattutto GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 730 ss., spec. § 4, che ravvisa nell'art. 173 l.fall. la "chiave di volta del sistema", dacché "la generale funzione di *disclosure* riconosciuta alla procedura, ed all'operato dei suoi organi, consente... di ricondurre al sistema la norma di cui all'art. 173 l. fall.: sarà "in frode" ai sensi del 1° comma qualsiasi comportamento, compiuto prima dell'inizio della procedura, che possa alterare la percezione da parte dei creditori della situazione patrimoniale dell'impresa, ed indurli così a preferire la soluzione concordataria alle altre astrattamente disponibili". V. anche, sia pur nell'ambito di un'impostazione "privatistica" fortemente critica verso le tesi di Galletti, Censoni, op.ult.cit., 1012, in nota 20, dove si riconosce che l'art. 173 l.fall. contiene una "disciplina (sostanziale e processuale) finalizzata ad un controllo che non si vede come potrebbe non definirsi di "meritevolezza" (anzi è l'unico controllo di questo tipo sopravvissuto alla riforma)".

<sup>27</sup> Cfr. CIANCIO, op.cit., 133.

contrarie agli interessi della massa di piccoli creditori, connotata da un'“apatia razionale”, come si è giustamente scritto, perché “chiamati ad investimenti eccessivi al fine di analizzare a fondo la situazione e di esercitare la propria opzione consapevolmente”, finendo per delegarla *de facto* ai suddetti creditori più forti e meglio attrezzati<sup>28</sup>.

La possibilità per l'imprenditore di superare la crisi con lo strumento del concordato preventivo, grazie al completo effetto esdebitatorio che a questo consegue, va dunque saggiata volta per volta dal tribunale alla stregua dell'art. 173 l.fall., senza canoni né condizioni aprioristiche, ma con la saggezza e l'equilibrio di chi non dà certo rilievo a manchevolezze, quand'anche volontarie, o a scostamenti prognostici nel loro complesso di scarso momento (cfr. l'art. 186, 2° co., l.fall.), ma non può tollerare condotte gravi perpetrate dal debitore o dai creditori forti in concorso con quello, né può conferire l'*imprimatur* a promesse palesemente aleatorie e irrealizzabili o del tutto sbilanciate a favore di alcuni in danno di altri, quand'anche approvate mediante il giuoco delle maggioranze dei crediti e delle classi<sup>29</sup>.

Questo dice, in buona sostanza, Cass. 18864/2011 e questo *toto corde* sottoscriviamo<sup>30</sup>.

7. – La confusione che regna, anche in sede funzionalmente nomofilattica, sul tema del controllo giudiziale circa la fattibilità del piano concordatario è confermata non solo dall'intima contraddizione esistente tra la prospettiva contrattualistica integralmente abbracciata da Cass. 13817 e 13818/2011 e l'assai più moderata e, a parer nostro, persuasiva visione offerta da Cass. 18864/2011, che fissa principii sensibilmente diversi, se non addirittura

---

<sup>28</sup> Così GALLETTI, op.cit., 731.

<sup>29</sup> Cfr. GALLETTI, op.cit., 731: “l'esperienza del diritto societario dimostra infatti che la presenza di interessi e di incentivi eterogenei, all'interno di una vasta platea di soggetti membri di un organo collegiale, determina inevitabilmente la possibilità, per pochi soggetti ben organizzati, di controllare agevolmente il risultato. Ed il procedimento "democratico" non è certo idoneo a prevenire questo fenomeno”.

<sup>30</sup> “...non è il giudice chiamato a dichiarare della obbligatorietà nei confronti di detta minoranza, ma è chiamato a riconoscere ispirandosi ad un pubblico interesse l'esistenza di determinate condizioni perché questa obbligatorietà sia operativa così nei confronti della minoranza come in quelli della maggioranza»: così, sia pur in diverso contesto normativo, autorevolmente Ascarelli, *Sulla natura dell'attività del giudice nell'omologazione del concordato*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1928, I, 228 e, ancor prima, CARNELUTTI, *Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1924, I, 65: “il concordato è sostanzialmente un contratto concluso tra il debitore e una determinata maggioranza dei creditori, con effetti obbligatori anche per i creditori dissenzienti. In vista di questa sua efficacia anomala e pericolosa, la legge vuole che codesti effetti non si dispieghino se alcuni requisiti non sono stati controllati dal Tribunale”.

antitetici, rispetto alla prima coppia di sentenze (e basta leggere le massime poste in epigrafe per rendersene conto), ma anche dall'infelice sincretismo tentato dall'ultima delle pronunce in commento, la n. 18987/2011, che si premura di assicurare, quasi con *excusatio non petita*, come non vi siano contrasti di legittimità rispetto a Cass. 13817 e 13818/2011.

Non ci pare, invero, ascrivibile alla visione contrattualistica professata dalle pronunce gemelle argomentare, come fa Cass. 18987/2011, che “il ruolo ritagliato per il giudice, seppur non sia di carattere notarile, come del resto ha già affermato questa Corte nella sentenza n. 13818/2011 (rispetto alla quale non è dato ravvisare contrasti di legittimità), se l'omologa ha il senso collegato alla sua tipica funzione d'imprimere giuridica efficacia al consenso espresso sulla proposta, esplicandosi nel controllo della regolarità della procedura, comporta necessariamente la verifica circa la persistenza sino a quel momento delle stesse condizioni di ammissibilità della procedura, seppur siano già state scrutinate nella fase iniziale, l'assenza dei fatti o atti di frode che potrebbero dare impulso al procedimento di revoca ex art. 173, ed infine, in caso di riscontro positivo di tali condizioni, il rispetto delle regole che impongono che la formazione del consenso dei creditori sulla proposta concordataria sia stata improntata alla più consapevole ed adeguata informazione, garanzia dell'espressione nel voto della valutazione - consapevole e ponderata - della fattibilità del piano in essa illustrato. La nozione di regolarità, come del resto è pacificamente ammesso anche in sede dottrina, va insomma riferita alla legittimità, indubbiamente formale, ma anche sostanziale della procedura, che impone il riscontro dell'assenza nella proposta che recepisce il piano concordatario di violazioni di legge, che certamente la regola della maggioranza non potrebbe aver convalidato”.

E così via, in continua altalena tra l'una e l'altra sponda delle due contrapposte visioni, sol per brevità e comodità etichettabili come privatistica e pubblicistica, utilizzando altresì concetti tutt'altro che perspicui e finanche pleonastici, almeno *in subiecta materia*, quali sono il controllo di legittimità formale piuttosto che sostanziale, che nessun apporto recano alla chiarezza delle idee.

Né ci pare condivisibile, sul piano più schiettamente procedurale, la scelta di Cass. 18987/2011 d'escludere la perentorietà del termine per l'opposizione all'omologa sol perché l'art. 180, 2° co., l.fall. tace in proposito, ritenendo “troppo vaghe le esigenze connesse al sollecito svolgimento della procedura per colmare il silenzio serbato dal legislatore” e non coordinandosi siffatta qualificazione “con la snellezza impressa al procedimento dalle modifiche introdotte” dal decreto correttivo del 2007. Al contrario, se si considera la natura *lato sensu* impugnatoria dell'opposizione e si vuole che il

procedimento di omologa abbia uno sviluppo celere e coerente, come si evince altresì dalla biforcazione procedurale di cui ai successivi commi 3° e 4° dell'art. 180 l.fall., legata alla proposizione o meno di opposizioni, par chiaro come il termine di costituzione nei dieci giorni *ante* udienza persegua esigenze di tutela del contraddittorio, di certezza del rapporto giuridico processuale e di ordinato svolgersi del procedimento, proprio come esige la giurisprudenza consolidata per qualificare un termine come perentorio<sup>31</sup>.

Vero è, invece, che il commissario giudiziale, se vuol proporre l'opposizione all'omologa cui l'art. 180, 2° co., l.fall. lo abilita - accostandolo agli altri soggetti legittimati (creditori dissenzienti o ogni altro interessato) e distinguendo tra la sua costituzione nel subprocedimento di omologa, chiaramente anche in veste di parte legittimata ad opporsi, e il deposito del suo motivato parere, attività quest'ultima propriamente d'ausiliario di giustizia<sup>32</sup> - ha l'onere di costituirsi tramite un difensore munito di procura *ad litem*, come rettamente statuisce sulla questione Cass. 18897/2011.

8. - Se un piccolo appunto può muoversi a Cass. 18864/2011, con la cui impostazione la nostra consonanza è totale, è quello d'aver preso a prestito principii vigenti per i contratti sinallagmatici, con ibridismo che costituisce, in certo qual modo, un cedimento alle imperanti dottrine privatistiche successive alla riforma dei concordati. Si tratta di quel passaggio, che si condensa nella massima sub 9, in cui la Suprema Corte ritiene che “non v'è ragione di derogare ai principi generali in tema di rilevabilità d'ufficio delle nullità (art. 1421 c.c.)”, essendo “cause ostative [dell'omologa, *ndr*] *in subiecta materia*, l'illiceità dell'oggetto (ad es., in presenza, nel piano, di offerte di cessione di *res extra commercium*, quali immobili insanabilmente

---

<sup>31</sup> Cfr. Cass. 8 febbraio 2006, n. 2787; Cass. 5 marzo 2004, n. 4530. Sulle contrapposte tesi v., da un canto, quella più largheggiante di SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1966, 533, assai vicina alla giurisprudenza e, dall'altro canto, quella assai più restrittiva di ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, I, Napoli, 1957, 408, secondo cui è sempre necessaria una previsione espressa e formale di perentorietà. Nel senso della perentorietà del termine ex art. 180, 2° co., l.fall. si esprime anche M. MONTANARI, *op.cit.*, 746.

<sup>32</sup> A differenza di quel che accade per il curatore rispetto al concordato fallimentare, alla stregua del diverso tenore letterale dell'art. 129 l.fall., sul quale v. Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274 (Est. Zanichelli), in *Foro it.*, 2011, I, 2091, con nota redazionale di richiami e nota critica di PERRINO, *Abuso del diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio della giustizia contrattuale?*, che ha negato legittimazione al curatore ad opporsi all'omologa e, conseguentemente, a proporre reclamo avverso il decreto di omologazione del concordato fallimentare, “posto che, nell'ambito della procedura fallimentare, il curatore, in quanto dotato di poteri di gestione e di ausiliario del giudice per le funzioni a questi riservate, riveste il ruolo di parte soltanto in senso formale”.

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”.

Non giova, infatti, compiere innesti spurii né arditamente trapianti su un terreno difficilmente assimilabile ai caratteri del contratto sinallagmatico<sup>33</sup>, accostando la non fattibilità del piano all'impossibilità dell'oggetto contrattuale di cui favella, in ben altro senso, l'art. 1346 c.c.<sup>34</sup>. Se un parallelismo potesse e volesse mai compiersi, il pensiero andrebbe semmai al requisito della causa contrattuale in concreto, quale scopo pratico del negozio e sintesi degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare, *id est* funzione individuale della singola e specifica negoziazione<sup>35</sup>. Anche questa prospettiva “causale” significherebbe, però, cedere alle impostazioni contrattualistiche qui criticate.

A ben guardare, la divergenza sui poteri di sindacato del tribunale in sede di omologa circa la fattibilità del piano si ricompone ad unità proprio in grazia dell'art. 173 l.fall., chiave di volta del sistema, senza necessità di ricorrere a prestiti privatistici, che contaminano il quadro normativo,

---

<sup>33</sup> Come evidenziano anche e all'unisono COSTANZA, op.loc.cit., e PERRINO, op.loc.cit.

<sup>34</sup> L'impossibilità dell'oggetto contrattuale deve essere originaria, cioè ricorre allorché la prestazione sia obiettivamente insuscettibile di essere effettuata per la sussistenza di impedimenti originari di carattere materiale o giuridico, che ostacolano in modo assoluto il risultato cui essa è diretta (Cass. 21 maggio 2001, n. 6927); ed è irrilevante l'eventualità che, al momento della stipulazione, la prestazione dedotta in contratto diventi impossibile, anche se ciò risulti prevedibile (cfr. Cass. 25 gennaio 2007, n. 1623).

<sup>35</sup> Cfr. Cass. 12 novembre 2009, n. 23941; Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corriere Giur.*, 2006, 1718, con nota di ROLFI, *La causa come «funzione economico sociale»: tramonto di un idolum tribus*.

Non potrebbe, viceversa, concepirsi la fattibilità del piano secondo le coordinate dell'istituto, di matrice pandettistica, della presupposizione evocata da BOZZA, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ultima parte, legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2007, 698, che pur giustamente lo esclude con riguardo al problema in esame, a differenza di M. FABIANI, *Per la chiarezza delle idee* cit., 181 s., in nota 40, che supera le perplessità manifestate da Bozza sul rilievo che “oggetto dell'obbligazione non è il piano ma la proposta” e “la fattibilità attiene al piano”. A noi pare che il piano, pur distinto dalla proposta, ne sia parte integrante e inscindibile e, con l'attestazione di fattibilità dall'esperto, costituisca requisito di ammissibilità della domanda di concordato, condizionando l'intero corso della procedura, sino all'omologa. Ed anche a voler adottare, per un solo istante, un'impropria prospettiva contrattualistica, l'acclarata irrealizzabilità del piano incide direttamente sul sinallagma, quale elemento intrinseco e costitutivo dell'obbligazione assunta dal debitore, come esattamente nota BOZZA, op.loc.cit., sulla scorta del normale concetto di presupposizione (v. Cass. 18 settembre 2009, n. 20245, ricordata anche da M. FABIANI, op.loc.cit.).

superando altresì possibili censure d'illegittimità costituzionale del procedimento di omologa allorché manchi un'istruzione probatoria, a norma del 3° co. dell'art. 180 l.fall., per difetto di opposizioni: invero, il tribunale dovrebbe aprire d'ufficio il procedimento ex art. 173, 2° co., l.fall. e, in tal modo, il contraddittorio e il diritto di difesa del debitore riuscirebbe pienamente garantito<sup>36</sup>.

Infatti:

a) se vi sono opposizioni all'omologa in cui si faccia rilevare la non fattibilità del piano, il tribunale ben dovrà esaminarne la fondatezza, assumere i necessari mezzi di prova e deciderle a norma dell'art. 180, 4° co., l.fall. (ovviamente senza imporre il *cram down* al creditore appartenente a una classe dissenziente, dacché l'istituto riguarda il diverso profilo della convenienza del concordato, non il suo presupposto, *id est* che il piano sia presumibilmente realizzabile);

b) anche se non vi sono opposizioni, il tribunale può sempre rilevare dagli elementi fattuali comunque acquisiti, soprattutto attraverso la relazione e il motivato parere del commissario e non escluse le spontanee dichiarazioni del debitore proponente, la necessità di aprire un subprocedimento ex art. 173, 2° co., l.fall., se fin lì non l'abbia ancor fatto, ovviamente allorché ricorrano i presupposti di cui al 1° o al 3° co. art. cit., ivi inclusa la mancanza o il venir meno del requisito di fattibilità del piano, invece di dar corso *de plano* all'omologa nelle forme semplificate di cui all'art. 180, 3° co., l.fall.

È questo un potere innegabile *in iure quo utimur*: almeno finché sopravviva e scampi agli strali del “fondamentalismo contrattuale”<sup>37</sup> il “cigno nero” dell'art. 173 l.fall., capace di falsificare visioni precostituite e dogmatiche.

---

#### I.

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 23 GIUGNO 2011, N. 13817 – PLENTEDA *Presidente* – ZANICHELLI *Estensore* – ZENO *P.M.* (diff.) – Casa di cura Lay S.p.A. (Avv.ti Sandulli, Bandiera e Segneri) c. Fallimento Casa di cura Lay S.p.A. (Avv.ti Vassalli e Luminoso) ed altri.

Cassa App. Cagliari, 30 settembre 2009.

---

<sup>36</sup> Per queste preoccupazioni sulla tenuta costituzionale di un diniego di omologa emesso *ex officio* dal tribunale pur in assenza di opposizioni v., in particolare, M. MONTANARI, op.cit., 740 ss., spec. 744, che individua, per tale ragione, un preciso onere del commissario giudiziale a proporre opposizione al concordato, ove ritenga insussistente il requisito della fattibilità, senza limitarsi a depositare il parere

<sup>37</sup> Così G. ROSSI, *Introduzione* cit.

## II.

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 23 GIUGNO 2011, N. 13818 – PLENTEDA *Presidente* – ZANICHELLI *Estensore* – ZENO *P.M.* (diff.) – La Rosa dei Marganai S.p.A. (Avv.ti Sandulli, Bandiera e Segneri) c. Fallimento La Rosa dei Marganai S.p.A. (Avv.ti Vassalli e Luminoso).

Cassa App. Cagliari, 30 settembre 2009.

**Concordato preventivo – sentenza di fallimento a seguito di revoca dell'ammissione al concordato – conoscenza delle istanze di fallimento – sufficienza per il contraddittorio** (R.D. 16 marzo 1967, n. 267, artt. 15 e 173).

**Concordato preventivo – reclamo avverso sentenza di fallimento – motivi inerenti alla revoca dell'ammissione al concordato – ammissibilità** (R.D. 16 marzo 1967, n. 267, artt. 18 e 173).

**Concordato preventivo – indicazione della percentuale di soddisfacimento e dei tempi di liquidazione – necessità per la determinatezza della proposta – inesistenza di un obbligo** (R.D. 16 marzo 1967, n. 267, artt. 160 e 186).

**Concordato preventivo – fattibilità del piano – procedimento di omologazione – sindacato giudiziale in mancanza di opposizioni – esclusione** (R.D. 16 marzo 1967, n. 267, artt. 161, 173 e 180).

**Concordato preventivo – atti in frode - valenza decettiva dei creditori – indicazione nella domanda di concordato – sufficienza per il consenso informato dei creditori** (R.D. 16 marzo 1967, n. 267, art. 173).

Nell'ambito del procedimento di revoca dell'ammissione al concordato ex art. 173 l.fall., la conoscenza da parte della debitrice di iniziative per la dichiarazione di fallimento è sufficiente a garantire il diritto di difesa, integrando la "indicazione che il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento" richiesta dall'art. 15 l.fall., quale monito in ordine al possibile esito della procedura, che è strutturalmente unitaria e non frazionabile in subprocedimenti (*massima non ufficiale*).

In sede di reclamo avverso la sentenza di fallimento, dichiarato a seguito di revoca dell'ammissione al concordato preventivo ex art. 173 l.fall., si possono far valere anche motivi attinenti alla legittimità della revoca (*massima non ufficiale*).

L'indicazione, nella domanda di concordato preventivo, della percentuale di soddisfacimento che, all'esito del realizzo dei beni, i creditori sono verosimilmente destinati a ottenere e la menzione dei presumibili tempi della liquidazione sono necessarie ai fini della determinatezza e della piena intelligibilità, da parte dei creditori, dei termini effettivi della proposta, ma non sono vincolanti ai fini del buon esito del concordato (*massima non ufficiale*).

Il giudizio in ordine alla fattibilità del piano di concordato spetta ai creditori, sicché il tribunale non può procedere alla revoca dell'ammissione alla procedura sul presupposto dell'assenza o del venir meno di detta fattibilità, né su tali basi può rifiutare l'omologazione, salvo che siano state proposte e vengano accolte opposizioni aventi specificamente ad oggetto questo profilo (*massima non ufficiale*).

Le condotte del debitore anteriori alla presentazione della domanda di concordato vengono in evidenza ai fini della revoca dell'ammissione alla procedura ex art. 173 l.fall., solo se rivestano una valenza decettiva tale da pregiudicare la formazione di un consenso informato e non quando si tratti di comportamenti chiaramente individuati e resi noti ai creditori prima del voto (*massima non ufficiale*).

### III.

CASSAZIONE CIVILE, SEZIONE I, 15 SETTEMBRE 2011, N. 18864 – PROTO *Presidente* – BERNABAI *Relatore* – CESQUI P.M. (diff.) – Zincomet S.r.l. in Liquidazione e Forme Industriali S.p.A. (Avv.ti Putignano e Catena) – V.M.C. e altri.

Conferma App. Bari, 19 dicembre 2009.

**Concordato preventivo – fattibilità del piano – controllo del tribunale nella fase di ammissione – esame di non manifesta inadeguatezza della relazione attestata** (R.D. 16 marzo 1967, n. 267, artt. 161 e 162).

**Concordato preventivo – fattibilità del piano – accertamenti del commissario giudiziale – controllo del tribunale – ammissibilità** (R.D. 16 marzo 1967, n. 267, artt. 173 e 180).

**Concordato preventivo – indicazione della percentuale di soddisfacimento dei crediti – necessità – inesistenza di un obbligo – non aleatorietà della proposta** (R.D. 16 marzo 1967, n. 267, artt. 160 e 186).

**Concordato preventivo – non fattibilità del piano – impossibilità dell'oggetto – vizio genetico della proposta – errore-vizio nel consenso dei creditori – diniego di omologa** (R.D. 16 marzo 1967, n. 267, artt. 173, 180 e 186)

*Nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo il tribunale deve compiere un'analisi anche del piano che sorregge la proposta di concordato, sia pure entro la soglia minimale della non manifesta inadeguatezza, prima facie, della relazione del professionista che ne attesti la fattibilità (massima non ufficiale).*

*Il controllo del giudice 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 ex art. 173, comma 3, l. fall. (massima non ufficiale).*

*La cessione di beni e le altre operazioni, anche di ingegneria imprenditoriale e societaria, contemplate dall'art. 160 l. fall., 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 (massima non ufficiale).*

*Sono cause ostative all'omologa del concordato preventivo l'illiceità dell'oggetto o la violazione di norme imperative o l'impossibilità dell'oggetto, riscontrabile ove la proposta concordataria non abbia, alla luce della relazione del commissario giudiziale, alcuna probabilità di essere adempiuta: in tal caso, infatti, non si tratta di vizio funzionale della*

*causa (che potrà metter capo alla risoluzione, su domanda di ciascun creditore insoddisfatto, ex art. 186 l. fall.), bensì di vero e proprio vizio genetico, accertabile in via preventiva alla luce della radicale e manifesta inadeguatezza del piano, 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 (massima non ufficiale).*

#### IV.

CASSAZIONE CIVILE, I SEZIONE, 16 SETTEMBRE 2011, N. 18987 – PROTO *Presidente* – CULTRERA *Relatore* – CESQUI P.M. (conf.) – C&I S.r.l. in liquidazione e altri (Avv.ti Carello e Breschi) – P.M. presso il Tribunale di Prato.

Cassa App. Firenze, 11 gennaio 2010.

**Concordato preventivo – Procedimento di omologazione - Termine di costituzione – Non perentorietà** (R.D. 16 marzo 1967, n. 267, art. 180).

**Concordato preventivo – Opposizione all’omologazione – Legittimazione commissario giudiziale – Onere di costituzione mediante difensore** (R.D. 16 marzo 1967, n. 267, art. 180).

**Concordato preventivo – Controllo del tribunale – Trasparenza e completezza informativa – Sufficienza – Controllo di mera legittimità sostanziale** (R.D. 16 marzo 1967, n. 267, artt. 173 e 180).

**Concordato preventivo – Fattibilità del piano – Controllo in sede di omologa – Esclusione in assenza di opposizioni** (R.D. 16 marzo 1967, n. 267, art. 180)

*In mancanza di espressa previsione normativa, deve escludersi il carattere perentorio del termine per la costituzione delle parti ex art. 180, 2° co., l.fall. nel procedimento di omologa del concordato preventivo (massima non ufficiale).*

*Il commissario giudiziale, organo necessario della procedura di concordato nel suo intero svolgimento, nonché contraddittore nel giudizio di omologazione, stante quanto disposto dall'art. 180, commi 1 e 2, del R.D. n. 267 del 1942, assume la veste di parte del procedimento di omologa e può opporsi alla stessa solo se provveda alla formale costituzione tramite difensore, depositando una memoria in cui siano esposte le ragioni che palesino la volontà di opporsi all'omologazione. Ne deriva che il commissario, ove si limiti a depositare il parere motivato prescritto ex lege, non è necessariamente tenuto a costituirsi, restando in tal caso non legittimato a interloquire con le altre parti (massima non ufficiale).*

*Nel giudizio di omologa del concordato preventivo il giudice ha il compito di verificare che al ceto creditorio sia stato garantito il diritto ad avere una veritiera e trasparente ricostruzione della situazione aziendale, nonché un'approfondita analisi delle ragioni di sostegno del piano concordatario, come illustrati nella relazione del commissario giudiziale, al fine di poter prestare un voto informato. L'indagine, pertanto, da parte del giudice non può spingersi alla fattibilità del piano che, con quel voto consapevole, sia stato accettato dal ceto creditorio (massima non ufficiale).*

*Il sindacato di merito del giudice in tema di fattibilità del concordato, in assenza di*

*opposizione da parte dei creditori, non è ammesso, anche ove il parere del commissario evidenzi fatti ed alleggi circostanze atte a confutare l'attendibilità dei dati forniti dal debitore e la fattibilità del piano (massima non ufficiale).*

## I-II.

*Omissis.* – Con il primo motivo di ricorso si deduce la violazione della L. Fall., artt. 15 e 173, addebitandosi alla Corte d'appello di aver escluso la violazione del diritto di difesa della debitrice pur avendo omesso il Tribunale di convocarla in camera di consiglio per interloquire specificatamente in ordine alle istanze di fallimento.

Il motivo non è fondato in quanto, come risulta dalla parte narrativa dell'impugnata decisione, alla prima udienza (3 luglio 2008) tenutasi nell'ambito del procedimento apertosi per la revoca dell'ammissione al concordato comparvero anche i creditori che avevano già presentato ricorso L. Fall., ex art. 6, "e tra loro numerosi avanzarono istanza per la dichiarazione di fallimento" di cui fu dato atto a verbale; seguirono poi altre udienze e scambi di memorie fino a quando, in data 13 marzo 2009, il Tribunale revocò con decreto l'ammissione al concordato e, con sentenza in pari data, dichiarò il fallimento.

Anche prescindendo (ma la circostanza sarebbe già di per sé decisiva) da quanto risulta dalla motivazione della sentenza di fallimento, riportata dalla ricorrente, secondo cui "dell'apertura d'ufficio del procedimento per la revoca dell'ammissione della Casa di Cura Lay spa dal concordato e per l'eventuale successiva dichiarazione di fallimento è stata data comunicazione alla società, ai commissari giudiziali, al Pubblico Ministero ed ai creditori ed è stata disposta la comparizione delle parti e dei creditori in camera di consiglio davanti al Tribunale", non vi è dubbio che la formale conoscenza da parte della debitrice nell'ambito del procedimento di cui alla L. Fall., art. 173, dell'esistenza di un'iniziativa per la dichiarazione di fallimento sia sufficiente ad integrare la "indicazione che il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento" richiesta dalla L. Fall., art. 15, comma 4, quale monito in ordine al possibile esito della procedura e invito ad esercitare, volendo, il diritto di difesa dal momento che dal tenore dell'art. 173, comma 2, emerge chiaramente che a conclusione del procedimento di revoca dell'ammissione e se ne sussistono i presupposti processuali e sostanziali viene emessa la sentenza di fallimento senza ulteriori adempimenti procedurali. Non è dunque corretta la tesi difensiva secondo la quale la presenza di iniziative per la dichiarazione di fallimento comporta che debba farsi luogo a procedimenti distinti ma è vero invece che l'accertamento del tribunale e correlativamente l'ambito della difesa del debitore attengono ad una fattispecie più complessa nella quale uno dei presupposti per la dichiarazione di fallimento è la revocabilità dell'ammissione al concordato. Di ciò convincono non solo la lettera della norma, che non a caso prevede che "all'esito del procedimento", che quindi è unico, il tribunale provvede alla revoca dell'ammissione e alla dichiarazione di fallimento, ma la stessa struttura del medesimo che è quella disciplinata dall'art. 15 e quindi non frazionabile in autonomi sub procedimenti di cui oltretutto non si avverte la necessità, stante la complementarietà delle questioni trattate e la piena possibilità di difendersi contestualmente su tutte una volta conosciuta l'intervenuta iniziativa.

..., la dichiarazione di fallimento della ricorrente è strettamente connessa alla contestuale revoca dell'ammissione al concordato preventivo in precedenza accordata, essendo stata emessa nell'ambito del procedimento disciplinato dalla L. Fall., art. 173,

comma 2.

Peraltro, e a parte le esaminate doglianze attinenti a pretesi vizi procedurali della fase prefallimentare, i motivi del ricorso attengono non già alla insussistenza dei presupposti di cui all'art. 5 e quindi dei presupposti tipici della dichiarazione di fallimento, ma all'insussistenza di quelli per la revoca dell'ammissione al concordato preventivo.

Non vi è dubbio che l'allegazione di motivi di contestazione del decreto di revoca dell'ammissione possano trovare ingresso nel procedimento di reclamo avverso la sentenza di fallimento emessa in esito al procedimento di cui alla L. Fall., art. 173, anche se tale norma non ripropone il disposto dell'art. 162, comma 3, che, con riferimento all'impugnazione della sentenza che dichiara il fallimento in esito alla ritenuta inammissibilità della proposta di concordato, prevede che "Contro la sentenza che dichiara il fallimento è proponibile reclamo a norma dell'art. 18. Con il reclamo possono farsi valere anche motivi attinenti all'ammissibilità della proposta di concordato". Si tratta invero di due situazioni processuali assolutamente identiche per gli aspetti che qui interessano e non avrebbe alcuna logica trattare separatamente la questione sostanzialmente pregiudiziale relativa alla legittimità della revoca dell'ammissione nell'ambito di un autonomo procedimento di impugnazione che peraltro non viene espressamente previsto.

In tale ottica deve dunque essere valutato il secondo motivo di ricorso con il quale si deduce innanzitutto violazione di legge (L. Fall. artt. 160, 161, 162 e 173) per avere la Corte d'appello ritenuto in consonanza con il Tribunale che al giudice spetti un giudizio sulla fattibilità del piano in quanto, come si legge nella premessa della motivazione "Le norme dettate in materia di concordato preventivo con la riforma del 2005 e successive modifiche lasciano intendere come sia demandato all'autorità giudiziaria un generale potere di controllo, non solo formale, ma anche sostanziale, sulla fattibilità del concordato, dovendosi escludere un ruolo dell'autorità giudiziaria di tipo per ed. notarile, limitato cioè al semplice esame della sussistenza dei presupposti formali".

Il motivo è fondato.

La Corte d'appello, sulla base della richiamata dichiarazione di principio che non trova riscontro nella nuova legge fallimentare che ha ridisegnato i ruoli degli organi preposti alle procedure concorsuali attribuendo al giudice il controllo della regolarità formale e sostanziale del procedimento finalizzato, per quanto qui interessa, a consentire ai creditori di prendere le loro decisioni con la responsabilità che deriva dall'essere i primi interessati al buon esito della procedura, confermando la decisione del tribunale ne ha avallato il duplice errore commesso.

Il primo errore è quello di ritenere che quando, come nella fattispecie, il concordato proposto assuma la forma della cessione dei beni, la percentuale di soddisfacimento indicata nella proposta sia vincolante e costituisca l'oggetto dell'obbligazione del proponente.

A parte 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, e limitando il discorso all'ipotesi di cessione dei beni è noto come la stessa consista nell'attribuzione ai creditori del potere di disporre, attraverso gli organi della procedura,

dei beni dell'imprenditore e di rivalersi sul ricavato.

Nessuna specifica disposizione prevede espressamente l'onere di indicare la percentuale di soddisfacimento che, in esito alla liquidazione, i creditori otterranno ma si può convenire con l'opinione secondo la quale tale indicazione, come quella relativa ai presumibili tempi della liquidazione, siano necessarie al fine della determinatezza e piena intellegibilità della proposta di concordato.

Ciò non significa, tuttavia, che in difetto di esplicita assunzione di un'obbligazione in tal senso, detta percentuale costituisca oggetto dell'obbligazione che il proponente si assume in quanto ciò 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. In realtà, oggetto dell'obbligazione può ben essere, e tale è in difetto di diversa ed inequivoca assunzione di responsabilità, unicamente l'impegno a mettere a disposizione dei creditori i beni dell'imprenditore liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne alterino apprezzabilmente il valore, assumendo l'indicazione della percentuale unicamente una funzione chiarificatrice del presumibile risultato del completamento del piano di concordato. In altri termini, il proponente, ovviamente sulla base di dati concretamente apprezzabili, indica ai creditori la prospettiva che ritiene plausibile e questi, approvando la proposta, condividono la valutazione e quindi accettano il rischio di un diverso esito della liquidazione comparandone la complessiva convenienza con riferimento alle alternative praticabili (esecuzione singolare o collettiva in sede fallimentare).

Sulla base dell'erroneo convincimento che il proponente avesse fatto oggetto dell'impegno che chiedeva di assumere il pagamento di determinate percentuali la Corte di appello ha avallato l'ulteriore errore in cui è incorso il tribunale consistente nell'assunto a mente del quale al giudice sarebbe consentita una valutazione della fattibilità del piano di concordato e quindi un giudizio di inammissibilità della proposta (nella specie in sede di procedimento L. Fall., ex art. 173, per intervenuto accertamento dell'insussistenza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato).

Sul punto è già intervenuta la Corte che, con Sentenza n. 21860 del 25/10/2010, ha affermato il principio secondo cui "In tema di concordato preventivo, nel regime conseguente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 169 del 2007, che è caratterizzato da una prevalente natura contrattuale, e dal decisivo rilievo della volontà dei creditori e del loro consenso informato, il controllo del tribunale nella fase di ammissibilità della proposta, ai sensi della L. Fall., artt. 162 e 163, ha per oggetto solo la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, senza che possa essere svolta una valutazione relativa all'adeguatezza sotto il profilo del merito; ne consegue che, quanto all'attestazione del professionista circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, il giudice si deve limitare al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione - inquadrabile nel tipo effettivo richiesto dal legislatore, dunque aggiornata e con la motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti - possa corrispondere alla funzione, che le è propria, di fornire elementi di valutazione per i creditori, dovendo il giudice astenersi da un'indagine di merito, in quanto riservata, da un lato, alla fase successiva ed ai compiti del commissario giudiziale e, dall'altro, ai poteri di cui è investito lo stesso tribunale, nella fase dell'omologazione, in presenza di un'opposizione, alle condizioni di cui alla L. Fall., art. 180, (Principio affermato dalla S.C. in sede di cassazione, con rinvio, del decreto con cui il tribunale aveva "rigettato" la

domanda di ammissione alla procedura di concordato, in realtà pronunciandone l'inammissibilità, con valutazioni sul merito della fattibilità del piano concordatario e con modalità decisorie, dalle quali è conseguita l'ammissibilità del ricorso ex art. 111 Cost.)".

Tale principio, che il Collegio pienamente condivide, è applicabile non solo alla fase di valutazione dell'ammissibilità del concordato ma anche in sede di riesame della proposta L. Fall., ex art. 173. È vero che, a differenza di quanto avviene in occasione dell'esame di ammissibilità della proposta, il tribunale avrebbe il conforto dell'apporto conoscitivo e valutativo del commissario giudiziale, ma questo in realtà non è destinato al giudice ma alla platea dei creditori che possono così comparare la proposta e le valutazioni dell'esperto attestatore con la relazione redatta da un organo investito di una pubblica funzione; resta sempre, infatti, insuperabile il rilievo secondo cui il tribunale è privo del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori così che solo in caso di dissidio tra i medesimi in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l'opposizione all'omologazione, il tribunale, preposto per sua natura alla soluzione dei conflitti, può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito in esito ad un giudizio, quale è quello di omologazione, in cui le parti contrapposte possono esercitare appieno il loro diritto di difesa del tutto inattuabile, invece e almeno per quanto concerne i creditori, nella fase in esame.

Tali considerazioni comportano che non possa assumere rilievo la considerazione della Corte di merito secondo la quale, come avrebbe accertato il tribunale, "i creditori chirografari non avrebbero ricevuto alcunché". A parte la considerazione che tale affermazione è contestata nel motivo di ricorso in esame che riporta una diversa lettura della sentenza di primo grado, ciò che rileva è che dovendosi logicamente escludere che la stessa proposta non prevedesse alcun pagamento in favore dei chirografari, in quanto se così fosse l'inammissibilità sarebbe stata rilevata e pronunciata immediatamente in sede di esame della proposta stessa in quanto difforme dal modello legale, il giudizio della Corte d'appello è frutto evidentemente di una diversa valutazione dell'esito della liquidazione dei beni e quindi ancora una volta di una valutazione in concreto e di merito della fattibilità della proposta di concordato in modo difforme dal proponente, operazione, questa, che si è già rilevato non essere consentita al giudice prima del giudizio di omologazione e in assenza di esplicita richiesta di un creditore.

Con il terzo motivo di ricorso si deduce violazione e falsa applicazione della L. Fall., art. 173, per avere la Corte di merito ritenuto integrare un comportamento in frode dei creditori e quindi tale da comportare la revoca dell'ammissione del concordato l'avvenuta stipulazione, anteriormente alla presentazione della proposta di concordato, di atti di disposizione del patrimonio idonei a pregiudicare le aspettative di soddisfacimento dei creditori: in particolare tali atti, come risulta dalla motivazione della decisione impugnata, consistevano "in una serie di contratti stipulati dalla proprietà concordataria con tale società Segesta e con altre entità societarie a questa collegate che avevano di fatto depauperato il patrimonio della Società", contratti che, per la loro durata, avrebbero scoraggiato l'acquisto degli immobili oggetto della cessione ai creditori.

La censura, che attiene al nucleo fondamentale della controversia sottoposta alla Corte, è fondata.

A parte la considerazione che la valutazione secondo cui gli immobili oggetto della cessione dei beni non sarebbero stati facilmente vendibili a causa dei contratti di godimento che li concernevano appartiene al novero delle valutazioni attinenti alla

fattibilità del piano, come tali non consentite nella fase anteriore all'omologazione, ciò che rileva è l'errore di diritto compiuto dal giudice del merito nell'individuare nella descritta attività del debitore proponente un'ipotesi di atto in frode ai creditori nell'accezione propria della L. Fall., art. 173, come tale idoneo ad integrare un caso di revoca dell'ammissione.

È innanzitutto necessaria una premessa in fatto: l'esistenza dei contratti in questione e il loro contenuto non sono stati nascosti ai creditori e accertati solo in seguito alle indagini del commissario giudiziale ma sono stati chiaramente esposti nella domanda di concordato. Tale circostanza è pacifica come risulta anche dal tenore del controricorso e dalla motivazione della sentenza del tribunale nello stesso testualmente riportata dalla quale emerge che ciò che è stato occultato ai creditori secondo il giudice del merito (e della rilevanza di tale elemento si dirà *infra*) non è l'esistenza dei contratti ma la circostanza che gli stessi hanno causato un depauperamento del patrimonio della debitrice e sarebbero stati posti in essere da amministratori che, in considerazione delle condizioni della società, avrebbero dovuto astenersi dal compiere atti di un tale rilievo.

Il problema che allora si pone e che non è ancora stato affrontato dalla giurisprudenza di legittimità (se non in una risalente pronuncia non invocabile in considerazione del mutato panorama legislativo) attiene alla portata del concetto di frode ai creditori applicabile al disposto della L. Fall., art. 173, dovendosi accertare, in sintesi, se tale concetto ricomprenda qualunque comportamento volontario 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.

Poiché il primo canone ermeneutico è quello individuato dall'art. 12 preleggi, è opportuno prendere le mosse dalla lettera della norma a mente della quale "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..." (L. Fall., art. 173, comma 1).

La prima osservazione che deve essere fatta in base alla formulazione della norma è che l'atto di frode, per avere rilievo ai fini della revoca dell'ammissione, deve essere "accertato" dal commissario giudiziale e quindi dallo stesso "scoperto" essendo prima ignorato dagli organi della procedura o dai creditori, non potendosi certo attribuire al termine "accerta" il significato di "trova la conferma di quanto già enunciato nella domanda" in ordine a determinati eventi. D'altra parte, la circostanza che l'evento "accertato" per essere tale dovesse essere prima ignoto è logicamente desumibile dalla considerazione che se la norma si volesse riferire alla segnalazione di eventi già noti al momento dell'ammissione alla procedura la segnalazione degli stessi da parte del commissario costituirebbe una sollecitazione al tribunale a riprendere in considerazione e a diversamente valutare fatti già ritenuti non ostativi all'ammissione e quindi, in sostanza, l'esercizio di un potere di sollecitazione di una pronuncia giurisdizionale modificativa di una precedente che costituirebbe una straordinaria deviazione dalle funzioni proprie dell'organo che sono unicamente consultive.

Già solo, dunque, alla luce di tali considerazioni la pronuncia della Corte che ha dato

rilievo a fatti già noti al momento dell'ammissione non sarebbe condivisibile.

Ma vi è di più. Il legislatore enuncia espressamente alcuni dei possibili comportamenti rilevanti (occultamento o dissimulazione di parte dell'attivo, dolosa omissione dell'esistenza di crediti, esposizione di passività inesistenti) e con una evidente disposizione di chiusura integra tale elencazione, indicativa e non tassativa, con il richiamo ad "altri atti di frode". Non pare contestabile, stante l'utilizzo dell'aggettivo "altri", che abbia inteso creare un collegamento con la precedente elencazione nel senso che i comportamenti espressamente indicati sono atti di frode e che nella stessa categoria rientrano quegli altri comportamenti che hanno le stesse caratteristiche distintive. E allora non può non rilevarsi che gli atti elencati non sono accomunati, ad esempio, dall'attitudine a creare un danno al patrimonio, posto che tale attitudine non ha l'esposizione di passività inesistenti, mentre invece un minimo comune denominatore è dato dalla loro attitudine ad ingannare i creditori sulla reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, sottacendo l'esistenza di parte dell'attivo o aumentando artatamente il passivo in modo da far apparire la proposta maggiormente conveniente rispetto alla liquidazione fallimentare. In altri termini, si tratta di comportamenti volti 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. Ma se tale è la connotazione unificante degli atti espressamente individuati dal legislatore come fraudolenti la stessa connotazione debbono avere gli altri indefiniti comportamenti dell'imprenditore per poter essere qualificati atti di frode.

Se questa è l'interpretazione che si ricava dalla lettera della legge, allo stesso risultato interpretativo deve giungersi in base a considerazioni di carattere sistematico.

Si è già osservato come al tribunale non competeva nella fase preparatoria della votazione sulla proposta da parte dei creditori alcuna valutazione in ordine alla fattibilità della stessa. Si deve aggiungere che, pacificamente, non gli compete più, alla luce della riforma e salvo che in sede di omologazione e dietro esplicita richiesta nel concordato per classi (art. 180, comma 4), un giudizio di convenienza sulla proposta stessa.

Compete invece al giudice, oltre al controllo della regolarità del procedimento, 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. È conferma della prima esigenza l'esame della proposta e del piano sotto il profilo della chiarezza e completezza e della relazione dell'esperto attestatore sotto quello dell'affidabilità della verifica dei dati e della logicità, completezza e congruità della motivazione del giudizio di fattibilità (Cass. Sentenza n. 21860 del 25/10/2010, citata) mentre esprime l'esigenza di garantire una corretta manifestazione del voto l'esame d'ufficio che deve compiere il tribunale nei casi di concordato con classi della rispondenza dei criteri di formazione delle stesse al canone legale (controllo, questo, espressamente previsto dall'art. 125, comma 3, in tema di concordato fallimentare ma implicitamente imposto al tribunale dall'art. 162, comma 2, che richiede il controllo di rispondenza della proposta anche al disposto dell'art. 160 che, a sua volta, detta il criterio per la formazione delle classi).

Se tale è dunque il ruolo del tribunale nella fase prodromica al voto dei creditori e prescindendo da ogni considerazione in ordine al rilievo e alla natura delle altre condotte illegittime individuate nell'art. 173, u.c., che nella fattispecie non assumono rilevanza in quanto collocate nel corso di procedura pare evidente che 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 ed quindi siano tali da pregiudicare un consenso informato, ipotesi questa che deve escludersi in relazione a condotte, come quella in esame, chiaramente individuate e rese note agli interessati al concordato. Deve aggiungersi, per completezza, che l'acclarato ruolo di garanzia comporta la possibilità di intervento anche dopo la manifestazione di voto in quanto la scoperta degli atti di frode impone l'interruzione di un procedimento in cui il momento essenziale del giudizio dei creditori sulla proposta è viziato dall'accertata falsa rappresentazione della realtà sul quale il giudizio stesso è fondato.

A conferma di quanto argomentato in ordine all'interpretazione evolutiva del concetto di frode da applicarsi alla norma in esame alla luce dell'attuale struttura del concordato preventivo non è inutile osservare che se si attribuisse al medesimo il generico significato di atti pregiudizievoli per i creditori dovrebbero ricomprendersi nello stesso anche tutti gli atti revocabili che l'art. 203, 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.

Può in conclusione osservarsi che nessun intervento sul patrimonio del debitore è di per sé qualificabile come atto di frode ma solo l'attività del proponente il concordato volta ad occultarlo in modo da poter alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore influenzando il loro giudizio, 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.

Né vale l'obbiezione secondo la quale così argomentando si legittimano manovre in danno dei creditori volte ad alterare la consistenza patrimoniale prima della proposta di concordato.

L'argomento coglie un aspetto di possibile criticità della disciplina ma non sposta i termini del problema e la sua soluzione anche se merita una puntualizzazione.

L'esclusione di una qualsiasi rilevanza della meritevolezza del debitore per l'accesso alla soluzione concordataria e quindi per l'esclusione della soggezione al fallimento è un chiaro indice che per quanto concerne la sfera dei rapporti patrimoniali il legislatore ha 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, indipendentemente, salvo i limiti indicati, dal grado di eccentricità della condotta del debitore dal modello di correttezza imprenditoriale: 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 specie pacificamente insussistente) o di annullamento degli atti in ipotesi maggiormente dannosi.

Questo non significa che determinate condotte non trovino una sanzione. A parte infatti la possibilità che siano gli stessi creditori a rigettare la proposta facendo prevalere il giudizio negativo sul comportamento del debitore rispetto a valutazioni di carattere puramente economico, se determinate condotte costituiscono reato possono e debbono

essere perseguite nella sede appropriata (L. Fall., art. 236) ma tale piano deve essere tenuto distinto da quello concorsuale dove il giudizio sulla meritevolezza può essere un elemento di valutazione da parte dei creditori ma non un criterio per l'ammissione o l'omologazione del concordato.

C'è tuttavia un limite implicito che è quello, più volte e anche di recente, richiamato dalla giurisprudenza di legittimità (Sez. 1<sup>a</sup>, sent. n. 3274/10 ed altre ivi citate), dell'abuso del diritto che nella specie si declina nell'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 una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali in modo da indurli ad accettare una proposta comunque migliore della prospettiva liquidatoria. E' indubbio che in presenza di una tale condotta (del cui accertamento, nella fattispecie, non vi è sicura traccia) il concordato non sia ammissibile in quanto rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio immanente nell'ordinamento.

L'accoglimento degli esaminati motivi rende privo di interesse l'esame di quelli ulteriori nonché dell'eccezione relativa alla tardiva produzione documentale da parte della ricorrente.

L'impugnata decisione deve dunque essere cassata e la causa rinviata, anche per le spese, alla stessa Corte d'appello che riesaminerà la controversia alla luce dei principi enunciati. – *Omissis*.

### III.

*Omissis*. – 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 judice 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 ommesso 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, perché 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 perché 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.

*Omissis*

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 omologativa, 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 extrinseco*, 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 pressoché 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 perché non esprime il consenso, l'accordo resta *res inter alios acta*; e come tale, *nec iuvat nec nocet*.

È 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 procedimentali, 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 ante riforma), 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 deliberativa 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 (susceptibile 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. Né 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, né, tanto meno, di preclusioni maturate

in ordine alla loro rilevabilità. – *Omissis*.

#### IV.

*Omissis*. – Con ricorso 8 aprile 2008, la società C. & I. s.r.l. in liquidazione e le società R&G. s.r.l. in liquidazione e F.Ili Cosci di Cosci Roberto, Gianfranco & C. s.a.s. hanno chiesto l'ammissione alla procedura di concordato preventivo con suddivisione dei creditori in otto classi. Il Tribunale di Prato, con decreto del 16.4.2008, ha ammesso le società alla procedura disponendo la convocazione dei creditori.

Raggiunta nell'adunanza la prescritta maggioranza, ed acquisita la relazione del commissario giudiziale ai sensi della L. Fall., art. 172 che aveva segnalato l'insufficienza del ricavato della liquidazione ad adempiere quanto prospettato ai creditori, il Tribunale ha fissato l'udienza di comparizione del giudizio di omologa L. Fall., ex art. 180, per il giorno 8 aprile 2009.

Ritualmente costituitesi le parti proponenti, il commissario giudiziale, il giorno 6 aprile, ha depositato il suo parere confermando quanto già rappresentato nella precedente relazione.

Il Tribunale, sostenendo che nel perimetro del controllo ad esso demandato rientrasse anche il potere-dovere di accertare la fattibilità dell'accordo intervenuto tra la società proponente ed i creditori, tenuto conto dei rilievi del commissario giudiziale che ha ribadito il già riscontrato deficit del ricavato della liquidazione, seppur in importo inferiore a quello precedentemente segnalato, ha respinto il concordato ed ha disposto la convocazione in camera di consiglio dell'imprenditore per la dichiarazione di fallimento.

Il decreto è stato reclamato innanzi alla Corte d'appello di Firenze dalle proponenti che, per quel che rileva, hanno denunciato la nullità della costituzione del commissario, in quanto avvenuta senza il doveroso rispetto dei dieci giorni precedenti l'udienza, rilevando a mo' di corollario, che in assenza di opposizioni, il Tribunale, verificata la regolarità della procedura, avrebbe dovuto in ogni caso omologare il concordato. La Corte territoriale ha respinto il reclamo. Ha sostenuto che la costituzione tardiva, quanto meno delle parti necessarie, dunque del commissario, non può ritenersi inammissibile in assenza di meccanismo normativo preclusivo esplicito, tanto meno implicito. Comunque l'opposizione del commissario è proponibile o integrabile in qualsiasi momento, anche nel corso dell'udienza di comparizione.

Ritenuto inoltre che in presenza di opposizioni, nella specie appunto del commissario, l'ambito del controllo rimesso al tribunale fallimentare sia esteso anche alla fattibilità del piano, intesa come coerenza e realizzabilità del programma d'azione proposto, da valutare in relazione alle concrete modalità di attuazione, ha riscontrato lo sbilancio segnalato del fabbisogno concordatario e la conseguente impossibilità di conseguire gli obiettivi prefissati.

Avverso la decisione la società C. & I. s.r.l. in liquidazione e le società R&G. s.r.l. in liquidazione e F.Ili Cosci di Cosci Roberto, Gianfranco & C. s.a.s. hanno proposto ricorso per cassazione in base a due motivi non resistiti da alcuno degli intimati.

1.- Il primo motivo denuncia violazione e falsa applicazione della L. Fall., art. 173, comma 3 e art. 180, e correlato vizio d'insufficiente e contraddittoria motivazione su punto decisivo della controversia. Le ricorrenti ascrivono alla Corte del merito d'aver

escluso la tardività, e dunque la conseguente inammissibilità della costituzione del commissario giudiziale, sulla base dell'erronea affermazione della natura ordinatoria e non perentoria del termine posto dalla L. Fall., art. 180, nonché ponendo, parimenti, erroneo distinguo fra termine per la costituzione e termine per l'opposizione.

Pacifico in punto di fatto che il commissario giudiziale si costituì il giorno 6 aprile 2009, in vista dell'udienza di comparizione fissata nel successivo 8 aprile, assumono la natura perentoria del termine in discorso, alla luce del più ampio dispiegarsi del diritto di difesa del proponente, e che, comunque, pur ammessa in tesi, la natura ordinatoria del termine, il suo mancato rispetto determina comunque l'inammissibilità della costituzione tardiva. La duplicità, posta dalla Corte territoriale tra il termine per la costituzione e quello per l'opposizione, confliggerebbe con l'esigenza di parità di trattamento e del diritto di difesa delle parti.

L'inammissibilità della costituzione del commissario giudiziale e, per l'effetto, dell'opposizione da esso spiegata, secondo quanto disposto dalla L. Fall., art. 180, comma 3, avrebbe circoscritto il controllo del Tribunale alla mera regolarità della procedura, precludendo il controllo sulla fattibilità del piano concordatario.

2.-Il secondo motivo deduce violazione della L. Fall., artt. 173 e 180, ed ancora correlato vizio di motivazione.

L'errore di diritto denunciato dalle ricorrenti si anniderebbe nella prevalenza attribuita all'impostazione pubblicistica rispetto al, pur riscontrato, profilo privatistico della procedura.

Le ricorrenti confutano la legittimità della costruzione esegetica, rilevando che la permanenza di elementi pubblicistici all'interno del giudizio di omologazione del concordato preventivo non ne comprime la natura squisitamente privatistica, sì che a fronte di una votazione positiva dei creditori il controllo del tribunale è e resta solo formale, vale a dire di mera legalità, segnatamente si estende alla sola verifica che il consenso dei creditori sia stato effettivamente informato. Nel caso di specie, l'informazione ricevuta dai creditori è stata esauriente e dettagliata. La volontà d'aderire alla proposta si fonda perciò su visione del suo contenuto chiara e completa. La realizzabilità del piano presenta comunque profili di aleatorietà, e ove accettata dai creditori, non può essere oggetto di valutazione del giudice.

I motivi meritano esame congiunto in quanto pongono questioni connesse.

Secondo quanto deducono le ricorrenti nella sintesi dei fatti esposta nel ricorso, nonché si riferisce nella narrativa della vicenda illustrata del decreto impugnato, il commissario giudiziale si costituì nel giudizio di omologa innanzi al Tribunale fallimentare di Prato solo due giorni prima dell'udienza fissata per la comparizione delle parti, e depositò il suo parere scritto, nel quale evidenziò il deficit del fabbisogno concordatario, riscontrato nell'importo di Euro 277.011,55. Analoga segnalazione aveva già espresso nella sua relazione depositata ai sensi della L. Fall., art. 172, ma nel maggior importo di Euro 556.814,87, e sulla sua base le ricorrenti avevano presentato un'integrazione della proposta rendendo necessario un differimento dell'adunanza. La Corte del merito, esclusa la tardività della costituzione dell'anzidetto organo, ha dato ingresso al controllo sulla fattibilità del piano contenuto nella proposta ed approvato dai creditori, interpretando il contenuto del parere quale opposizione all'omologazione. Si legge infatti nel decreto impugnato che il commissario si costituiva depositando il parere scritto e opponendosi all'omologa.

Le censure indirizzate contro la costruzione esegetica che sorregge tale *iter* argomentativo meritano parziale accoglimento.

L'omessa previsione circa la natura del termine per la costituzione delle parti nel procedimento di omologa del concordato, come correttamente ha sostenuto la Corte del merito, osta alla qualificazione della sua perentorietà. A mente dell'art. 152 c.p.c., comma 2, sono perentori i termini processuali dichiarati espressamente tali dal legislatore, il che vuoi dire che l'assunzione di tale carattere postula precisa volontà del legislatore resa manifesta nel dettato della norma che prevede il termine. La L. Fall., art. 180, comma 2, laddove stabilisce che "il debitore, il commissario giudiziale, gli eventuali creditori dissenzienti ed ogni altro interessato devono costituirsi almeno dieci prima dell'udienza fissata" non solo non esprime tale qualificazione, ma neppure sanziona la mancata osservanza del termine previsto. Pur prescindendo da tale rilievo, *ex se* non esaustivo siccome il silenzio serbato nella norma non esclude necessariamente la perentorietà del termine essendo comunque rimessa al giudice l'indagine su tale natura alla luce dello scopo della sua previsione e della funzione che adempie, deve escludersi che la regolamentazione del procedimento ne legittimi la perentorietà. Troppo vaghe le esigenze connesse al sollecito svolgimento della procedura per colmare il silenzio serbato dal legislatore, pur da taluno valorizzato, siffatta qualificazione non si coordina sistematicamente con la snellezza impressa al procedimento dalle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 69 del 2007.

Affrancata la costituzione delle parti indicate dall'onere, previsto invece nel precedente contesto normativo riformato dal D.Lgs n. 5 del 2006, del deposito della memoria scritta contenente le eccezioni di merito e processuali non rilevabili d'ufficio nonché l'indicazione dei mezzi istruttori e dei documenti prodotti, il correttivo ha improntato il procedimento di omologa del concordato preventivo ad una libertà di forma, nella fase introduttiva, cui non risulta funzionale la previsione di una rigidità dei tempi della costituzione che non circoscrive tematiche e correlato *thema probandum* entro lo schema dalle sole allegazioni introduttive, ammettendone l'ingresso anche successivamente. L'espressione "devono costituirsi" non ha senso se si riferisce al termine perentorio in un contesto in cui non solo non sono previsti termini a difesa, ma a tutte le parti, che pur in tesi rappresentano interessi contrapposti, viene concesso il medesimo termine di costituzione e il potere d'integrare le proprie allegazioni anche successivamente.

La Corte del merito, uniformandosi a questa costruzione, ha ineccepibilmente escluso l'inammissibilità della costituzione del commissario giudiziale, siccome intervenuta nella procedura all'esame tardivamente, due giorni prima della data dell'udienza fissata.

Nondimeno è incorsa in errore laddove ha valorizzato il contenuto del parere motivato in cui palesava il deficit del fabbisogno concordatario qualificandolo in termini d'opposizione all'omologa.

Il commissario, organo necessario della procedura di concordato nel suo intero svolgimento, e contraddittore necessario nel giudizio di omologazione secondo quanto emerge dal disposto dell'art. 180, comma 1 che impone la notifica nei suoi confronti del decreto di fissazione dell'udienza e comma 2 che ne prevede la costituzione in giudizio, intanto assume la veste di parte del procedimento di omologa, in quanto provveda alla propria formale costituzione, munendosi della rappresentanza tecnica ai sensi dell'art. 82 c.p.c., comma 3, e depositando, al pari delle altre parti, memoria con cui, rappresentando le ragioni che manifestino la volontà di opporsi all'omologazione, sottopone al tribunale

contestazioni che postulano la presenza del difensore. Già presente nel giudizio, siccome tenuto a svolgere il suo tipico ruolo consultivo attraverso la relazione, se si limita al deposito del parere motivato, la cui acquisizione è indefettibile trattandosi di adempimento obbligatorio, non è necessariamente tenuto a costituirsi, restando per l'effetto non legittimato ad interloquire con le altre parti.

Nel caso di specie, secondo quanto emerge dalla narrativa dei fatti, il commissario giudiziale si è costituito per depositare il proprio parere motivato, col quale ha illustrato le carenze della previsione di realizzo del concordato che già aveva segnalato nella sua relazione sottoposta all'esame dei creditori in adunanza. La rappresentazione di quel dato attraverso quello strumento non può aver concretato rituale opposizione all'omologa che, sulla base di quanto premesso, distinguendosi dal parere, postulava la rituale costituzione nel procedimento, con memoria che esplicitasse tale specifica volontà, sì da consentire alle altre parti, in particolare alle proponenti, di replicare, chiedendo se del caso termine all'uopo.

L'errore del giudice del reclamo è dunque consistito nell'aver equivocato circa la funzione del parere, cui ha attribuito, per il solo fatto d'aver segnalato il deficit riscontrato, la funzione tipica dell'opposizione pur in assenza d'espressa formulazione consacrata nelle forme previste per la costituzione in giudizio, che introducesse l'attività istruttoria da espletarsi nel contraddittorio delle parti costituite.

In logica consecuzione, ulteriore errore convalidato dalla Corte distrettuale, si è annidato nell'estensione dell'ambito del controllo esercitato procedendo ai sensi del comma 4 del cennato art. 180. In assenza d'opposizioni, secondo la previsione del comma 3 della norma in argomento, il Tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito delle votazioni, omologa il concordato.

All'esito di quello scrutinio, il decreto d'omologa viene dunque emesso "*de plano*".

In questo procedimento semplificato, il ruolo ritagliato per il giudice, seppur non sia di carattere notarile, come del resto ha già affermato questa Corte nella sentenza n. 13817/2011 (rispetto alla quale non è dato ravvisare contrasti di legittimità) se l'omologa ha il senso collegato alla sua tipica funzione d'imprimere giuridica efficacia al consenso espresso sulla proposta, esplicandosi nel controllo della regolarità della procedura, comporta necessariamente la verifica circa la persistenza sino a quel momento delle stesse condizioni di ammissibilità della procedura, seppur siano già state scrutinate nella fase iniziale, l'assenza dei fatti o atti di frode che potrebbero dare impulso al procedimento di revoca ex art. 173, ed infine, in caso di riscontro positivo di tali condizioni, il rispetto delle regole che impongono che la formazione del consenso dei creditori sulla proposta concordataria sia stata improntata alla più consapevole ed adeguata informazione, garanzia dell'espressione nel voto della valutazione - consapevole e ponderata - della fattibilità del piano in essa illustrato.

La nozione di regolarità, come del resto è pacificamente ammesso anche in sede dottrinarica, va insomma riferita alla legittimità, indubbiamente formale, ma anche sostanziale della procedura, che impone il riscontro dell'assenza nella proposta che recepisce il piano concordatario di violazioni di legge, che certamente la regola della maggioranza non potrebbe aver convalidato. Momento centrale della procedura nel suo complesso è l'adunanza dei creditori, al quale l'impianto rimodulato dalle riforme intervenute conferisce ruolo decisivo e di massima responsabilità, e che riscontra in parallelo, nell'ambito indicato, la restrizione del potere d'intervento del giudice che ad

esso si correla nella visione, prevalentemente ma non esclusivamente privatistica della procedura, contraendone l'ambito del controllo di garanzia, in cui si innesta la relazione del commissario che è finalizzata alla corretta informazione dei creditori, ma nel contempo dello stesso giudice, circa l'oggetto della proposta, vale a dire il contenuto del piano fondato sulla base dei dati "veritieri" illustrati nella relazione accompagnatrice del professionista.

L'accertamento del Tribunale, in ordine al risultato dell'apprezzamento espresso dal commissario riguardo a tale requisito, resta necessariamente perimetrato entro il limite dello scrutinio di legittimità ammesso in fase di omologa, il che vuoi dire che deve essere orientato alla verifica della salvaguardia della consapevole acquisizione di quel dato da parte del ceto creditorio e della regolare espressione del consenso a suo riguardo (cfr. con riferimento alla fase dell'ammissibilità il precedente di questa Corte n. 21860/2011 cui, in piena condivisione, si presta adesione, e sul medesimo solco Cass. n. 3586/2011). Il bilanciamento tra le esigenze, opposte ma non per ciò solo necessariamente confliggenti, che presidiano la procedura, secondo precisa scelta del legislatore, è perciò adeguatamente assicurato, nello spirito del riformato assetto, dal riscontro del giudice limitato a quel profilo, da cui resta assolutamente escluso il merito.

Nel caso di specie, secondo quanto si è riferito, il commissario giudiziale aveva rappresentato nella sua iniziale relazione lo sbilancio del fabbisogno concordatario, anche più grave, che a suo avviso, rappresentava condizione ostativa alla realizzabilità del piano concordatario. Ne era seguita la modifica in senso migliorativo della proposta che, sottoposta ai creditori, venne accettata con la prescritta maggioranza. In simile evenienza, pur potendo siffatta condizione ricondursi ad un'ipotesi d'impossibilità originaria del piano, suscettibile di determinare a sua volta l'impossibilità della proposta, in quanto tale rilevabile dal giudice nell'ottica della legittimità sostanziale dell'atto negoziale, la verifica della compiutezza e regolarità dell'informazione resa ai creditori e del conseguente processo di formazione della loro volontà d'accettare quella condizione di rischio, adeguatamente rappresentata dal commissario, confermata dall'assenza di opposizioni, ha segnato, e in senso risolutivo, il limite del controllo del giudice, precludendo quel tipo d'indagine. I creditori hanno accordato alla gestione concordata della crisi loro sottoposta, e pur con l'alea segnalata dal commissario, preferenza rispetto alla liquidazione concorsuale, e di questa scelta consapevole il Tribunale si sarebbe dovuto limitare a prendere atto. La verifica della legittimità, pur sostanziale, della proposta secondo quanto premesso, mirata al riscontro dell'effettività della salvaguardia del diritto dei creditori ad avere, sin dall'inizio e durante le successive fasi, la "veritiera e trasparente" ricostruzione della situazione aziendale e l'approfondita analisi delle ragioni di sostegno del piano concordatario che ne avesse consentito l'espressione del voto informato, non avrebbe né dovuto né potuto coinvolgere, in coerenza con la cennata prescrizione posta dall'art. 163 nella fase introduttiva della procedura, la fattibilità del piano che, con quel voto consapevole, era stato accettato regolarmente.

La Corte distrettuale ha fatto malgoverno di questo principio e, valorizzando il profilo pubblicistico della procedura che, seppur immanente alla stessa, non è però prevalente rispetto alla natura negoziale impressavi dalle riforme intervenute sull'istituto, ha ritagliato l'ambito della propria cognizione entro il contenuto della ravvisata opposizione del commissario. Sarebbe incorsa in ulteriore errore di diritto per aver perimetrato l'indagine consentita dall'art. 180, comma 4 in presenza d'opposizione al contenuto dell'opposizione

stessa, invece di circoscrivere, in senso speculare ma opposto, il tema, pur proposto con l'opposizione, entro l'ambito dell'indagine consentita al giudice dell'omologa. *In parte qua* ancora inesplorata in questa sede di legittimità, la questione non spiega concreta rilevanza. L'assenza di opposizioni, infatti, esclude in radice la stessa ipotizzabilità di uno scrutinio sul merito della scelta soggettiva ed individuale dei creditori, intendendosi tale la realizzabilità del piano, tanto più sulla sua convenienza, che è, peraltro, nozione riferita a ben diverso connotato, destinato ad esplicitarsi su piano differente ed in un momento successivo e nella sola ipotesi prevista dalla L. Fall., art. 180, comma 4 parte seconda, tipica e tassativa, che presupponendo il dissenso di una delle classi, giustifica, nel sistema improntato sulla regola della maggioranza, il sindacato del giudice solo in ragione della crisi dell'espressione maggioritaria del consenso. Nella fattispecie in esame, in conclusione, se i fatti incidenti sulla fattibilità del piano rappresentati dal professionista e valutati dal commissario giudiziale nella sua relazione, momento essenziale della procedura e garanzia della "veridicità" dei dati illustrati dal privato, dovessero risultare vagliati criticamente e regolarmente accettati dai creditori, l'omologa, applicandosi il procedimento semplificato previsto dall'art. 180, comma 3, rappresenterebbe un atto dovuto.

Tutto ciò premesso, il ricorso deve essere accolto. – *Omissis*.