

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO COMMERCIALE

Scuola di Dottorato di Ricerca in Scienze Giuridiche
La cultura giuridica europea dell'impresa e delle istituzioni
Ciclo XXVII

AUTONOMIA NEGOZIALE E ABUSO DEL DIRITTO
NEL CONCORDATO PREVENTIVO

Candidata

Dott.ssa Giulia Visentini

Relatore (Tutor)

Chiar.mo Prof. Sido Bonfatti

Direttore della Scuola di Dottorato

Chiar.mo Prof. Aljs Vignudelli

**AUTONOMIA NEGOZIALE E ABUSO DEL DIRITTO
NEL CONCORDATO PREVENTIVO**

INDICE

	<i>pag.</i>
Introduzione	5

CAPITOLO PRIMO

Il rafforzamento dell'autonomia privata nel concordato preventivo

1. Gli obiettivi delle riforme della legge fallimentare e cenni sugli interventi legislativi riformatori	7
2. L'evoluzione del dato normativo della disciplina concordataria	22
3. La privatizzazione della gestione della crisi d'impresa	35
3.1 Gli incentivi al ricorso al concordato preventivo	40
4. La natura del concordato preventivo all'esito delle riforme	43
4.1 Il ruolo del principio maggioritario	49
4.2 Il rapporto tra contratto e processo	57

CAPITOLO SECONDO

Il difficile equilibrio tra autonomia negoziale e controllo giudiziale

1. I presupposti di ammissibilità della domanda di concordato preventivo	59
1.2 La relazione del professionista	65
2. I poteri di controllo demandati al tribunale	70
2.1 Il sindacato di legittimità del tribunale in sede di ammissione	71
2.2 Il requisito della fattibilità: evoluzione normativa e <i>iter</i> giurisprudenziale	80

2.3 L'intervento delle Sezioni Unite del gennaio 2013	88
2.4 Fattibilità giuridica ed economica	92
2.5 Il rilievo della causa	96
3. Le ulteriori garanzie offerte ai creditori	102
3.1 Il ruolo del commissario giudiziale	102
3.2 Il giudizio di convenienza del tribunale in caso di opposizione dei creditori	106

CAPITOLO TERZO

L'abuso del concordato preventivo

1. Il principio dell'abuso del diritto	109
2. L'abuso del concordato preventivo	119
2.1 Il ruolo dell'art. 173 l.fall. e l'abuso del concordato in presenza di atti di frode	124
2.2 L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità	129
3. Profili applicativi sostanziali	132
3.1 L'abuso nella formazione delle classi	132
3.2 L'abuso del diritto di voto	139
4. Profili applicativi processuali: l'abuso del concordato "con riserva"	145
 Considerazioni conclusive	 155
 Bibliografia	 161

Introduzione

Il lavoro di ricerca ha ad oggetto l'istituto del concordato preventivo e, in particolare, il difficile equilibrio tra l'autonomia negoziale affidata alle parti per il superamento della crisi d'impresa e i controlli attribuiti all'organo giurisdizionale, che, seppur ridimensionati rispetto al testo originario della legge fallimentare, sono tuttora presenti, a tutela e garanzia dei penetranti interessi pubblicistici coinvolti nella crisi d'impresa, nonché dei diritti dei soggetti vincolati dalla decisione della maggioranza dei creditori.

La tesi si occupa dunque dello studio della disciplina concordataria e si sviluppa dall'analisi delle riforme legislative che si sono succedute e che hanno apportato significative novità, ridisegnando così la fisionomia della procedura all'insegna di un oggettivo ampliamento del potere di autonomia riconosciuto all'imprenditore in crisi. L'elaborato prosegue poi con l'analisi dei corrispettivi limiti fissati dall'ordinamento a questo potere negoziale, costituiti *in primis* dai controlli affidati all'autorità giudiziaria, anche al fine di evitare usi opportunistici dello strumento concordatario.

Il tema dell'equilibrio tra autonomia privata e controllo giurisdizionale nel concordato preventivo è oggetto di studio dottrinale e di pronunce giurisprudenziali ormai da anni, e sottende del resto il complesso problema della difficile qualificazione della natura dell'istituto; risulta però quanto mai attuale dal momento che la prassi ha fatto registrare, soprattutto a seguito delle recenti modifiche legislative apportate al concordato preventivo nel 2012, frequenti usi distorti della procedura, che hanno condotto i tribunali a ricorrere all'istituto dell'abuso del diritto.

L'elaborato si conclude dunque con l'analisi dell'istituto dell'abuso del diritto, dei casi in cui è stato applicato dalla giurisprudenza, e della sua astratta applicabilità alla procedura in commento.

Solo laddove siano chiari i confini dell'intervento del tribunale potrà infatti essere giustificato il ricorso al principio dell'abuso, che non potrà invece essere utilizzato per allargare il potere giurisdizionale attribuito dall'ordinamento.

CAPITOLO PRIMO
Il rafforzamento dell'autonomia privata
nel concordato preventivo

1. Gli obiettivi delle riforme della legge fallimentare e cenni sugli interventi legislativi riformatori

A quasi dieci anni dall'importante serie di interventi riformatori della legge fallimentare, che hanno realizzato quella che gli Autori definiscono come una "rivoluzione copernicana"¹ del sistema, ci sembra opportuno, al fine di analizzare e meglio comprendere l'attuale disciplina del concordato preventivo, prendere le mosse dall'indagine degli obiettivi che il legislatore ha inteso perseguire con i numerosi provvedimenti normativi di cui si è composta la riforma, complessivamente considerata, anche al fine di verificare se quegli obiettivi possono dirsi raggiunti a distanza di quasi dieci anni.

L'esigenza di apportare un' incisiva riforma al sistema era invero avvertita da anni, come testimoniano i diversi progetti che si sono succeduti, al fine di assicurare alle imprese strumenti idonei ad affrontare le difficili sfide dettate dal mutamento del sistema economico globale, nonché per armonizzare il diritto fallimentare italiano a quello degli altri Paesi membri dell'(allora) Comunità europea, creando così un diritto di impresa diverso e più evoluto². La legge fallimentare, tuttora in vigore, è stata del resto emanata il 16 marzo 1942, e quindi

¹ Così S. Ambrosini, *Sub Art. 160*, in *Il nuovo concordato preventivo*, a cura di S. Ambrosini e P.G. Demarchi, Milano, 2005, 5, con riferimento al concordato preventivo.

² La definizione è di V. Piccinini, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il "decreto correttivo"*, in *Dir. fall.*, 2008, II, 551.

pensata per un'economia chiusa ai mercati internazionali, dove lo Stato era altamente interventista.

Innanzitutto, tenendo in considerazione un'esigenza già avvertita con la promulgazione del regio decreto n. 267 del 16 marzo 1942, dal momento che anche il legislatore del 1942 era "*consapevole del danno che l'insolvenza dell'impresa reca all'economia generale*"³, con la riforma si è cercato di offrire alle imprese in crisi procedure alternative al fallimento, caratterizzate dallo spazio di autonomia negoziale assicurato ai proponenti, in grado di creare i presupposti per il loro risanamento e il loro ricollocamento sul mercato, nonché di conservare le componenti positive delle imprese e di realizzare anche maggiore competitività tra le stesse.

Il legislatore ha così abbandonato quella concezione ormai superata di controllo pubblico dell'attività d'impresa e del mercato, che era propria della prima versione della legge fallimentare, affiancando all'obiettivo, considerato primario nel '42, di soddisfacimento dei creditori, ulteriori e diverse esigenze (che in parte, comunque, sono ancora di carattere pubblicistico).

E ciò in quanto l'insolvenza di un imprenditore, lungi dal costituire un fatto unicamente privato, comune eventualmente solo ai suoi creditori, si riflette invece su tutte le diverse categorie di soggetti che operano a vario titolo sul mercato, rendendo così opportuno perseguire la prosecuzione e il risanamento dell'attività d'impresa (quantomeno se sussistono determinate condizioni), al fine di tutelare i livelli occupazionali e i beni produttivi.

Al riguardo, non sembra eccessivo affermare che proprio la nuova disciplina degli strumenti alternativi al fallimento costituisce il settore più innovativo della riforma, finalizzata alla creazione, come detto, di competitività tra le imprese, riducendo il numero di quelle soggette al fallimento ed offrendo strumenti diversi, in grado di offrire i presupposti per il loro risanamento.

Il legislatore ha preso infatti atto dell'inidoneità e dell'insufficienza delle procedure concorsuali alternative al fallimento, come disciplinate dal testo originario della legge fallimentare, prive ormai di efficacia in quanto basate su

³ V. criterio n. 3 della relazione ministeriale illustrativa del regio decreto.

presupposti irrealistici⁴, ad agevolare la sopravvivenza dei complessi aziendali, soprattutto di quelli di grandi dimensioni, la cui insolvenza poteva determinare un forte impatto sociale e creare un danno alla collettività (per la perdita dei posti di lavoro e la distruzione del patrimonio aziendale) ancora maggiore di quello altrimenti procurato ai creditori⁵.

E proprio la riforma della procedura concorsuale dell'amministrazione straordinaria dedicata alle grandi imprese in stato di insolvenza, attuata dal d.lgs 8 luglio 1999, n. 270 e connotata da una spiccata finalità conservativa del patrimonio dell'impresa, ha costituito il segno evidente del cambiamento: i tempi erano infatti maturi per una riforma incisiva ed organica dell'intera materia⁶, benché il predetto intervento legislativo abbia anche dimostrato la lontananza del legislatore dal concetto di privatizzazione.

Già negli anni '70 si era infatti registrato l'ingresso, in alcune delle procedure di gestione dell'insolvenza, delle autorità amministrative e tale impostazione è stata poi confermata anche dagli interventi legislativi di riforma successivi a quello del

⁴ Basterà al riguardo ricordare che per poter ricorrere all'amministrazione controllata, il debitore doveva essere in grado di dimostrare la sua capacità di superare la crisi in un periodo massimo di due anni, assicurando il pagamento integrale dei crediti anteriori, maggiorati di interessi: tali presupposti rendevano quindi, di fatto, l'amministrazione controllata un tipo di procedura compatibile con le sole situazioni di crisi di minore entità. Tale valutazione può essere estesa anche al concordato, a causa della previsione del necessario pagamento integrale dei privilegiati, del soddisfacimento minimo nella misura del 40% dei chirografari, nonché delle incertezze che sussistevano in relazione al trattamento riservato alla nuova finanza in caso di successivo fallimento. Sul punto cfr. A. Jorio, *Sub Art. 160*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2010, tomo III, 2037.

⁵ Ciò ha dato tra l'altro origine alla legislazione speciale finalizzata alla gestione dell'insolvenza delle imprese di grandi dimensioni, per le quali era avvertita la necessità di attutire i conseguenti riflessi sociali: il d.l. n. 26 del 30 gennaio 1979, convertito nella l. 3 aprile 1979, n. 95, vale a dire la c.d. "legge Prodi", ha infatti introdotto nel nostro ordinamento l'amministrazione straordinaria, rivolta appunto alle sole imprese di grandi dimensioni, che venivano conseguentemente sottratte al fallimento; tale procedura, a seguito dell'abrogazione della "legge Prodi", è ora disciplinata dal d.lgs 8 luglio 1999, n. 270.

⁶ Così come osservato da P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di S. Bonfatti e P.F. Censoni, Padova, 2011, 4.

1999⁷. Si è assistito, infatti, all'adozione di modelli pubblicistici di gestione dell'insolvenza in cui vi è stato un trasferimento di competenza dall'autorità giudiziaria a quella amministrativa, senza ampliare, invece, lo spazio assegnato all'autonomia privata, in un'ottica di intervento marcatamente statalista⁸.

Del resto, una parte delle imprese che rientrano nei parametri fissati nel d.lgs n. 270/99 e nel successivo d.l. n. 347/03, è tuttora sottoposta a procedure concorsuali in cui è predominante il ruolo dell'autorità amministrativa, anziché di quella giudiziaria, in ragione non del campo d'azione dell'impresa, che è irrilevante, ma delle sole dimensioni della stessa. E ciò in quanto la crisi economica degli anni '70 aveva chiarito che la procedura di fallimento non poteva essere applicata a prescindere dalle circostanze, in quanto vi erano imprese meritevoli di essere salvate perché costituivano, di per sé stesse, una ricchezza da salvaguardare⁹.

E proprio questa nuova avvertita esigenza di tutelare e salvaguardare gli organismi produttivi meritevoli di essere salvati, assicurando prevenzione e tempestività all'intervento, era presente nel d.lgs 8 luglio 1999, n. 270 che, fermo restando la tutela dei creditori, mirava quindi a garantire alle imprese in crisi redditività, protezione dei valori e risanamento, e che può dunque essere considerata quale intervento precursore della più ampia riforma del diritto fallimentare.

Anche la crisi occupazionale degli anni '70 ha tra l'altro costituito una forte spinta al processo di riforma e, in particolare, dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo, che si erano rivelati inadeguati a rappresentare una reale alternativa alla liquidazione fallimentare. Sovente infatti le imprese in crisi ammesse alle predette procedure non riuscivano nei termini

⁷ Il riferimento è al d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito nella legge 18 febbraio 2004, n. 39; al d.l. 29 novembre 2004, n. 281, convertito nella legge 28 gennaio 2005, n. 6 e al d.l. 28 agosto 2008 n. 134, convertito nella legge 27 ottobre 2008, n. 166, che hanno modificato la disciplina della ristrutturazione delle grandi imprese in stato di insolvenza.

⁸ Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Fallimento e concordato preventivo*, volume II, *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2014, 16. Sul dilemma tra la via giudiziaria e quella amministrativa nella gestione della crisi e la possibile esistenza di un terzo polo contraddistinto dall'autonomia privata, si veda G. Tarzia, *Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 260.

⁹ Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 18.

previsti a recuperare l'auspicato equilibrio patrimoniale e finanziario, con il conseguente progressivo ricorso a procedure concorsuali diverse che si concludevano con il fallimento dell'impresa, con una evidente dispersione dei valori produttivi e una lesione delle ragioni di credito dei creditori anteriori, in ragione dell'appesantimento dei crediti nel corso delle procedure, da soddisfare in prededuzione.

L'esigenza di modificare la legge fallimentare era invero avvertita da anni anche dagli organi legislativi, e, a testimonianza di ciò, basterà ricordare i diversi progetti di riforma che si sono succeduti nel tempo, senza trovare, per anni, compiuta realizzazione.

Già negli anni '80, infatti, su incarico del Ministero della Giustizia, Piero Pajardi, nominò una commissione che ha poi portato il suo nome, che ha elaborato un progetto di legge delega che non è però mai stato approvato dagli organi istituzionali. Stessa sorte è toccata anche al successivo disegno di legge delega c.d. "Fassino"¹⁰, che non vide mai la luce anche in ragione della fine della legislatura. Nel corso di quella successiva, i tentativi di riforma si concretizzarono in un nuovo progetto, elaborato dalla commissione c.d. "Trevisanato", costituita dal Ministro della Giustizia nel gennaio 2002, che ha predisposto uno schema di legge delega¹¹ e un disegno di legge ordinaria, che non furono però approvati dagli organi istituzionali, per poi essere dimenticati¹².

I lavori ministeriali sono invece terminati con l'adozione del d.l. n. 35 del 2005, c.d. "decreto competitività" (pubblicato in G.U. il 16 marzo 2005, n. 62), convertito poi nella legge 14 maggio 2005, n. 80, che non ha apportato modifiche rilevanti al decreto, il cui testo è rimasto sostanzialmente immutato, e che si è

¹⁰ Per un esame approfondito del disegno di legge delega c.d. "Fassino", realizzato durante il "Governo Amato", si veda G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, 102.

¹¹ Per il testo dello schema del d.d.l. di riforma della legge fallimentare, redatto con d.m. 27 febbraio 2004 dal Ministro di Giustizia di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, si veda l'allegato al n. 8 di *Fall.*, 2004.

¹² Per un esame approfondito del disegno di legge delega c.d. "Trevisanato" si veda G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 109.

viceversa limitata ad inserire rettifiche formali e principi di legge delega a completamento della riforma¹³.

La legge di conversione non ha quindi dettato deleghe generali sull'intera materia (invero auspicata da una parte degli Autori) al fine del coordinamento di quanto sancito dal d.l. n. 35/2005, costringendo così gli operatori ad una *“ricostruzione interpretativa difficoltosa e incerta”*¹⁴, anche in ragione della scelta normativa della decretazione d'urgenza effettuata dal Governo, in una materia che forse avrebbe richiesto un dibattito parlamentare più articolato (in realtà, comunque, è opportuno segnalare che l'intervento è meno estemporaneo di quello che si potrebbe pensare, dal momento che alcune delle disposizioni ivi contenute ricalcavano lo schema di disegno di legge delega predisposto durante il “Governo Amato”).

In dottrina si è altresì registrata una critica diffusa verso la scelta normativa di apportare modifiche ad un sistema giuridico ormai vecchio e superato, anziché introdurre nuove disposizioni, rendendo così difficile l'armonizzazione tra le vecchie e nuove norme, soprattutto nella disciplina del concordato preventivo.

Per comprendere appieno le intenzioni del legislatore della riforma, nonché per cogliere le istanze di riforma allora più sentite, basterà ricordare il testo della Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, adottato dal Governo a norma della legge delega n. 80/2005: *“L'attuale disciplina si ispira ad una finalità essenzialmente liquidatoria dell'impresa insolvente e ad una tutela accentuata dei diritti dei creditori, determinando un completo spossessamento del patrimonio del debitore che viene posto in una condizione di assoluta incapacità di disporre, anche con effetti extra concorsuali e di tipo personale del proprio patrimonio. In tale quadro, la finalità recuperatoria del patrimonio imprenditoriale ha finito per trovare collocazione secondaria rispetto allo scopo sanzionatorio del fallimento. Si tratta di una procedura che non risulta più adeguata alle finalità che la evoluzione socio-economica intende realizzare nelle situazioni di insolvenza imprenditoriale: finalità ispirate ad una maggiore sensibilità verso la conservazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali); inoltre, il rilevante contenzioso a cui la*

¹³ V. G. Lo Cascio, *I principi della legge delega della riforma fallimentare*, in *Fall.*, 2005, 985.

¹⁴ Così G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 127.

procedura dà vita ne determina l'eccessiva durata. L'inadeguatezza del quadro normativo da lungo tempo in vigore ha stimolato vari tentativi, rimasti senza esito, di riforma del sistema, con l'obiettivo di renderlo più flessibile ed adeguato alla nuova realtà economica. Va tenuto presente che, muovendo dall'attuale sistema normativo concorsuale, qualsiasi tentativo di riforma della materia non soltanto deve risultare compatibile con la legislazione europea, ma deve anche ispirarsi ad una nuova prospettiva di recupero delle capacità produttive dell'impresa, nelle quali non è più individuabile un esclusivo interesse dell'imprenditore, secondo la ristretta concezione del legislatore del '42, ma confluiscono interessi economici e sociali più ampi, che privilegiano il ricorso alla via del risanamento e del superamento della crisi aziendale. Nella legislazione dei Paesi europei si è da tempo affermata la tendenza non dissimile volta a considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori-sanzionatori, ma piuttosto come destinate ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi dell'impresa, assicurando la sopravvivenza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, ed in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento e il trasferimento a terzi delle strutture aziendali”.

In concreto, la portata innovatrice e riformatrice di questo primo intervento normativo è comunque tanto evidente se si considera che ha modificato l'azione revocatoria¹⁵ e il concordato preventivo¹⁶, nonché introdotto nuovi strumenti volti

¹⁵ Con riferimento all'azione revocatoria, segnaliamo che ne è stato completamente rivisto l'ambito operativo, dal momento che il c.d. “periodo sospetto” è stato dimezzato e che sono state incrementate le ipotesi di esenzione; fra di esse merita di essere ricordata quella riguardante gli atti posti in esecuzione di un piano attestato di risanamento, che costituiva una figura nota nella prassi, ma che ancora non era stata normativamente riconosciuta. Al riguardo, Fabiani ritiene che l'azione revocatoria sia stata demolita e che tale demolizione abbia un significato ideologico dal momento che testimonia l'attenzione del legislatore alla protezione della continuità aziendale e della conservazione dell'impresa, evitando che il creditore abbandoni l'impresa, nell'ottica, anzi, di favorire la prosecuzione del rapporto commerciale (cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 29).

¹⁶ Sulla riforma del concordato preventivo in generale si vedano: G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit.; A. Castagnola, *La nuova riforma delle procedure concorsuali: una prima lettura*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 167; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2006, 327; F. Di Marzio (a cura di), *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*,

a favorire la soluzione della crisi di impresa come l'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182 *bis* l.fall.)¹⁷ e il piano attestato di risanamento (art. 67, comma 3, lett. d) l.fall.)¹⁸.

A prescindere dalle macroscopiche differenze tra i tre istituti, ciò che per ora è importante sottolineare è l'intento del legislatore della riforma di creare strumenti in grado di risolvere, o quantomeno di affrontare, la crisi dell'impresa mediante il ricorso ad accordi tra il debitore ed i suoi creditori, con uno speculare arretramento del potere di intervento degli organi statali in generale e dell'autorità giudiziaria in particolare.

Per quanto riguarda il concordato esamineremo nei prossimi paragrafi, più nel dettaglio, la nuova disciplina dell'istituto, così come delineata da questo intervento legislativo e dai numerosi successivi. Per il momento basterà ricordare che il d.l. n. 35/2005 ha consentito l'accesso alla procedura non solo alle imprese insolventi, ma anche a quelle in crisi¹⁹, estendendo così l'ambito oggettivo di

Torino, 2006; N. Salanitro, *Motivi ispiratori e valutazioni interpretative della riforma concorsuale*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2006, 511; S. Ambrosini e P.G. Demarchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit.; S. Pacchi, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005; G. Canale, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 897; P.F. Censoni, *Il "nuovo" concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 723; M. Ferro, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese tra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fall.*, 2005, 592; M. G. Giannelli, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1162.

¹⁷ La disciplina degli accordi di ristrutturazione dei debiti, su cui avremo modo di tornare in seguito, soprattutto in relazione alla formazione della volontà dei creditori rispetto al concordato, è stata poi modificata dal d.lgs n. 169/07 e da ultimo anche dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, nella legge 7 agosto 2012, n. 134.

¹⁸ Anche la disciplina del piano attestato di risanamento è stata più volte modificata dalle novelle successive e, in particolare, dal d.lgs n. 169/07 e anche dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito come detto, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 2012, n. 134. Il piano attestato non costituisce una procedura concorsuale, non possedendo le relative caratteristiche essenziali, anche e soprattutto in considerazione della totale assenza di coinvolgimento dell'autorità giudiziaria.

¹⁹ Il d.l. n. 273/2005 è poi intervenuto nuovamente sul testo dell'art. 160 l.fall., chiarendo che con il termine "crisi" si intende anche, ma non soltanto, la situazione di insolvenza. Per quanto riguarda il concetto di "crisi", si ricorda che il progetto di riforma della legge fallimentare, predisposto dalla commissione c.d. "Trevisanato", nominata con d.m. del 27

accesso per le imprese in difficoltà, ha previsto altresì che la domanda debba essere redatta in funzione di un piano preordinato alla ristrutturazione dei debiti o alla cessione delle attività, ha introdotto la possibilità di suddividere i creditori in classi omogenee, con trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse, apportando tra l'altro alcune limitazioni ai poteri del tribunale, non essendo più possibile per l'autorità giudiziaria valutare, quantomeno in termini generali, il merito della proposta e soprattutto la sua convenienza economica.

Anche solo dall'elencazione delle modifiche apportate, risultano quindi evidenti le differenze strutturali dell'istituto rispetto a quello conosciuto sino al 2005.

E ciò è frutto della scelta perseguita dal legislatore di porre al centro del sistema le soluzioni concordatarie e gli strumenti di composizione negoziale della crisi alternativi al fallimento²⁰, garantendo al debitore la possibilità di negoziare la ristrutturazione della sua impresa con i creditori, al fine di limitare il più possibile il numero dei casi di liquidazione fallimentare.

Al riguardo, i commentatori della riforma hanno individuato nell'attribuzione di assoluta libertà di contenuto alla domanda di concordato, nonché alla privatizzazione del processo di concordato, rimesso in gran parte al potere dispositivo del debitore e dei suoi creditori, i principi ispiratori della riforma²¹, su cui si era uniformata anche la giurisprudenza del periodo²². Corre comunque l'obbligo di rilevare che tali principi sono stati messi in discussione dall'intervento correttivo della riforma (d.lgs 12 settembre 2007, n. 169), da cui è scaturito un acceso dibattito sull'interpretazione delle norme del concordato

febbraio 2004, lo definiva, all'art. 2, come “*la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza*”. Per la distinzione dei concetti di crisi ed insolvenza si veda il paragrafo successivo.

²⁰ Tant'è appunto che prima della riforma il concordato era di fatto l'unica procedura regolamentata alternativa al fallimento.

²¹ Cfr. G. Canale, *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 358.

²² Cfr. App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fall.*, 2007, 1315, che aveva negato qualunque potere valutativo circa la fattibilità del piano, rimesso unicamente ai creditori, debitamente informati dalla relazione del commissario giudiziale. Per una più approfondita ricostruzione dell'*iter* giurisprudenziale formatosi sul punto si rimanda al secondo capitolo del presente lavoro.

preventivo che sono state ulteriormente modificate e, in particolare, circa la possibile restituzione al tribunale di quei poteri penetranti di controllo sulla proposta del debitore rispetto a quelli previsti dalla prima riforma.

Il d.l. n. 35/2005 ha senz'altro rappresentato il pilastro fondamentale della riforma della legge fallimentare, che, però, è stata arricchita da numerosi interventi legislativi successivi e, in particolare dal d.lgs n. 5/2006²³, dal d.lgs n. 169/2007, dal d.l. n. 78/2010²⁴, dal d.l. n. 83/2012 (convertito nella legge n. 134/2012) e dal d.l. n. 69/2013 (convertito nella legge n. 98/2013).

Il legislatore, infatti, prendendo atto delle lacune della riforma fallimentare e delle conseguenti difficoltà di interpretazione e di applicazione che riscontravano gli operatori, ha delegato il Governo, con la legge 12 luglio 2006, n. 228 (di conversione del d.l. 12 maggio 2006, n. 173) ad emanare disposizioni correttive e integrative, adottate dal d.lgs 12 settembre 2007, n. 169 "*Disposizioni*

²³ Il d.lgs n. 5/2006 non ha apportato modifiche di rilievo alla disciplina del concordato preventivo e si è invece occupato dell'aspetto processuale del fallimento, abolendo la possibilità per il tribunale di dichiararlo d'ufficio (è rimasto però inalterato il meccanismo, già previsto dalla disciplina del '42 che porta alla dichiarazione automatica di fallimento in caso di inammissibilità, improcedibilità o reiezione della proposta concordataria) e ridisegnando la distribuzione di competenze e responsabilità tra i vari organi della procedura fallimentare (accrescendo i poteri del curatore e del comitato dei creditori e diminuendo quelli del giudice delegato).

Il d.lgs n. 5/2006 è intervenuto anche sul concordato fallimentare, cui sono state estese le novità apportate al concordato preventivo (la proposta può infatti oggi prevedere la cessione dei beni o la ristrutturazione dei debiti attraverso qualunque forma; la possibilità di dividere i creditori in classi e di prevedere un trattamento diverso tra classi diverse; limitazione del controllo del tribunale, che non può più essere di merito), apportando al concordato fallimentare modifiche molto rilevanti che hanno radicalmente mutato la fisionomia dell'istituto rispetto alla versione tradizionale. È stata infatti introdotta la possibilità di prevedere un pagamento parziale anche dei creditori privilegiati, purché in misura non inferiore a quella realizzabile sul ricavato della vendita, riequilibrando così la posizione del creditore privilegiato, cui non è attribuito un vantaggio assoluto, con quella degli altri creditori; è stato inoltre reso possibile per il curatore, i creditori e i terzi, non solo presentare la relativa domanda, ma anche formularla ancora prima dell'approvazione dello stato passivo (al fallito e ai soggetti a lui collegati non è invece consentito prima che sia trascorso sei mesi -diventerà un anno con il d.lgs n. 169/07- dalla dichiarazione di fallimento).

Il d.lgs n. 5/2006, infine, ha abrogato l'istituto dell'amministrazione controllata (artt. 187-193 l.fall.) e introdotto l'istituto della transazione fiscale, di cui all'art. 182 *ter* l.fall.

²⁴ Il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito nella legge 30 luglio 2010, n. 122, non ha modificato la disciplina del concordato preventivo.

*integrative e correttive del regio decreto 16 marzo 1942 n. 267 nonché al d.lgs 9 gennaio 2006 n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'art. 1, commi 5, 5-bis, e 6 della legge n. 80 del 2005*²⁵. Il decreto c.d. “correttivo” è dunque intervenuto su alcuni dei problemi interpretativi sorti a seguito delle riforme del 2005, ad esempio in relazione al rapporto tra stato di crisi e di insolvenza, o alla possibilità di pagamento parziale dei creditori privilegiati, lasciando però aperti altri profili, oggetto tuttora di discussione (tra cui, naturalmente, quello dei limiti del potere di controllo del tribunale nel merito della proposta concordataria).

Il predetto intervento normativo ha riguardato anche il procedimento di privatizzazione delle procedure concorsuali²⁶, ponendosi in contrasto con la maggior parte della giurisprudenza che sembrava voler conservare la natura giurisdizionale delle procedure concorsuali²⁷.

Il concordato preventivo, nel corso degli anni “è divenuto un vero e proprio nuovo fenomeno di massa nel circuito economico”²⁸, complice naturalmente la crisi economica globale, che ha indotto il legislatore a modificare, con diverse stratificazioni normative, la disciplina delle procedure concorsuali per cercare di adeguarla alla realtà economica attuale, eliminando le inefficienze del sistema.

In particolare, nel 2012, la disciplina del concordato preventivo è stata poi ulteriormente modificata (*rectius* arricchita) dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, il c.d. “decreto sviluppo”, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 134/2012²⁹, che ha introdotto il fenomeno del concordato preventivo con riserva (anche detto

²⁵ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 241 del 16 ottobre 2007.

²⁶ Sul d.lgs 12 settembre 2007, n. 169, si veda M. Fabiani, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, V, 225.

²⁷ V. App. Bologna, 27 giugno 2006, in *Fall.*, 2007, 661; Trib. Milano, 16 febbraio 2007, in *Fall.*, 2007, 548; Trib. Milano, 2 ottobre 2006, in *Fall.*, 2007, 333; Trib. Firenze, 8 febbraio 2006 in *Fall.*, 2006, 608; Trib. Milano, 8 giugno 2006, in *Fall.*, 2006, 1389.

²⁸ La definizione è di M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 5.

²⁹ Più precisamente il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 147 del 26 giugno 2012, ed è stato convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012, n. 134, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 187 dell'11 agosto 2012.

concordato in bianco, concordato prenotativo o pre-concordato)³⁰, nonché quello con continuità aziendale disciplinato dall'art. 186 *bis* l.fall.

Come avremo modo di analizzare nel terzo capitolo del presente lavoro, gli utilizzi strumentali e distorti, finanche abusivi, del concordato con riserva hanno poi indotto il legislatore, a distanza di solo un anno dall'emanazione del d.l. n. 83/2012, ad intervenire nuovamente sul testo dell'art. 161 l.fall., modificato dall'art. 82 del d.l. n. 69/2013, convertito nella l. n. 98/2013, ampliando il novero dei documenti che il debitore deve produrre in sede di deposito della domanda e attribuendo al tribunale poteri più pervasivi nella fase precedente all'ammissione.

Questo, per il momento, il quadro in termini generali delle riforme apportate con riferimento al concordato preventivo alla legge fallimentare, che è sicuramente destinata ad essere ulteriormente modificata in ragione delle spinte dell'economia e delle scelte di politica legislative che verranno conseguentemente adottate, in considerazione anche della centralità della regolamentazione dell'insolvenza all'interno del sistema economico e sociale, che è in continua evoluzione.

Con riferimento, comunque, alla disciplina del concordato attualmente in vigore, come delineata dall'iniziale riforma degli anni 2005-2007 e dalle novelle legislative successive, sottolineiamo che diversi Autori ritengono che il legislatore abbia perso l'opportunità di creare un istituto moderno e innovativo, in grado di

³⁰ Ricordiamo brevemente che gli studiosi ritengono che questo istituto costituisca la versione italiana del "Chapter Eleven" statunitense, procedura prevista appunto dal capitolo 11 del Bankruptcy Code, finalizzata alla soluzione della crisi dell'impresa attraverso un piano di riorganizzazione, e simile al concordato. Il Chapter Eleven, che è una procedura di riorganizzazione e non di liquidazione, è volto al risanamento dell'impresa attraverso il pagamento dei creditori e la conservazione dell'attività dell'impresa in crisi, i cui beni, che non possono essere aggrediti in costanza di procedura dai creditori, rimangono in possesso dell'imprenditore, il quale deve naturalmente soddisfare il ceto creditorio, almeno in parte (i creditori garantiti devono però essere sempre soddisfatti integralmente, nella misura della garanzia). Il piano, predisposto dall'imprenditore, deve essere approvato dalla maggioranza dei creditori per poi essere valutato, ai fini dell'omologazione, da parte del tribunale, che, in assenza di opposizioni, si limita ad accertare che il debitore sia in buona fede e che non siano state violate norme imperative. Viceversa, in caso di opposizioni, il tribunale è chiamato ad accertare anche la realizzabilità del piano e l'idoneità dello stesso a soddisfare i creditori in misura maggiore rispetto al fallimento. Con l'omologazione la procedura viene chiusa e il debitore liberato dei debiti precedenti (discharge).

offrire da una parte una tutela effettiva al ceto creditorio e dall'altra garantire alle imprese uno strumento in grado di preservare i valori aziendali³¹; e che, benché sia inevitabile tenere in considerazione le istanze dettate dall'economia, l'esigenza, spesso urgente, di offrire al mondo delle imprese strumenti per far fronte alla crisi economica, abbia portato il legislatore ad interventi frammentati, privi di un disegno armonico, che rischiano di creare disequilibri³².

La disciplina dell'insolvenza, più ancora di altri settori del diritto, è comunque indissolubilmente legata e fortemente influenzata dagli sviluppi dell'economia e dai continui mutamenti della realtà sociale³³, e, nello specifico, con riferimento all'attuale situazione economica, è indubbio che la crisi, iniziata nel 2008, abbia costituito e costituisca un *“vero e proprio banco di prova per la nuova legge fallimentare con particolare riferimento alla realtà della piccola e media impresa”*, soprattutto *“in relazione all'effettiva adeguatezza (da valutarsi anche con riguardo al rischio di un utilizzo abusivo) del sottosistema degli strumenti alternativi al fallimento a fornire risposte e soluzioni alla crisi”*³⁴.

Ecco allora che, al fine di evitare usi distorsivi delle norme, è quanto mai opportuno proporre un'interpretazione del sistema che, prendendo atto del quadro legislativo (spesso frammentario) in cui gli operatori del diritto si trovano ad operare, tenga conto dei valori fondamentali e fondanti il concordato,

³¹ Cfr. G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 161.

³² G. Meo, *Il risanamento finanziato dai creditori*, Milano, 2013, 3, definisce come un “mostro” creato dal legislatore la procedura di amministrazione straordinaria. Al riguardo si veda anche P. Vella, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 320/2012, 2, secondo cui: *“E' invero sotto gli occhi di tutti come l'attuale crisi economica abbia snaturato il senso delle riforme concorsuali, ormai guidate non dall'esigenza di affinamento degli istituti, ma dall'impellente necessità di porre rimedio alle gravi difficoltà in cui versano le imprese italiane. [...] Di fatto, i tempi (plurime modifiche ogni anno), le forme (abuso della decretazione d'urgenza) e i modi (non interventi organici, ma continui inserti e ritocchi) delle riforme concorsuali degli ultimi sette anni - peraltro subentrate a settant'anni di fissità della legge fallimentare - appaiono emblematici di un affanno legislativo privo di una progettualità strutturata, e dunque apparentemente destinato a rincorrere i problemi, piuttosto che a prevenirli”*.

³³ Cfr. L. Stanghellini, *La crisi d'impresa tra diritto ed economia: le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007, 337.

³⁴ Così E. Bertacchini, *Clausole generali e autonomia negoziale nella crisi d'impresa*, in *Contratto e impresa*, 2011, 3, 695.

allontanandosi da una rigida interpretazione letterale che rischierebbe di applicare l'istituto in modo non conforme a quello che era il reale spirito della norma (naturalmente evitando letture ideologiche che non tengono conto del dato positivo)³⁵.

Non sembra comunque sbagliato affermare che, considerando complessivamente le novelle legislative, le riforme hanno dato rilievo allo spazio di autonomia privata affidato alle parti, sottolineando la natura privatistica del concordato, offrendo al mercato e alla dialettica tra debitore e creditori procedure di autoregolamentazione della crisi e, più in generale, strumenti più duttili rispetto al passato, “*con il dichiarato fine di superare la tradizionale antinomia tra tutela dei creditori e conservazione degli organismi produttivi*”³⁶. E con ciò superando anche quanto sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria che, nel sistema previgente la riforma, riteneva che la conservazione dell'impresa andasse valutata in considerazione della convenienza per il ceto creditorio e non costituisse la finalità principale perseguita dalla legge fallimentare, dal momento che era nettamente prevalente quella liquidatoria³⁷.

L'imprenditore in crisi, oggi, può scegliere tra diversi strumenti alternativi al fallimento, caratterizzati da una presenza più o meno marcata dell'autorità giudiziaria.

Può dunque dirsi superata la concezione essenzialmente liquidatoria dell'impresa insolvente e lo scopo sanzionatorio del fallimento, avendo il legislatore fattivamente perseguito finalità ispirate dall'evoluzione socio-economica alla conservazione e valorizzazione delle componenti positive dell'impresa (beni produttivi e livelli occupazionali *in primis*), favorendo la conclusione di un

³⁵ Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 6.

³⁶ V. V. Piccinini, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il “decreto correttivo”*, cit., 554.

³⁷ Cfr. Cass., 12 luglio 1991, n. 7790, in *Fall.*, 1991, II, 1248, secondo cui nella legge fallimentare non si rinvergono “*né un dato normativo testuale, né una situazione di struttura procedimentale, che consentano di considerare la conservazione dell'impresa nel concordato come una finalità primaria perseguita dalla legge*”; Cass., 27 ottobre 1995, n. 11216, in *Fall.*, 1996, 529, secondo cui la funzione del concordato sarebbe “*meramente liquidatoria*”.

accordo tra il debitore e i suoi creditori che permetta (anche) la prosecuzione dell'attività di impresa con il minore sacrificio possibile dei diritti dei creditori.

Ciò è strettamente correlato al tema, che tratteremo nel secondo capitolo, oggetto di un amplissimo dibattito dottrinario e giurisprudenziale, relativo all'equilibrio e il contemperamento dell'autonomia negoziale da una parte e la tutela dei terzi non aderenti all'accordo dall'altra, e quindi all'ampiezza dei poteri del tribunale. Se infatti, in termini generali, è possibile affermare che prima della riforma al tribunale erano attribuiti poteri penetranti fin dalla fase di ammissione alla procedura in ordine alla sussistenza dei requisiti soggettivi di meritevolezza dell'imprenditore, di veridicità della situazione economica prospettata e sulla concreta e reale possibilità per l'imprenditore di pagare le percentuali offerte ai propri creditori, dopo le riforme la linea di confine dei poteri demandati all'organo giurisdizionale non è più così netta e definita.

Le aspettative comunque che ruotano intorno alla procedura di concordato e, più in generale, alla gestione dell'insolvenza sono altissime, in quanto la regolamentazione dell'insolvenza costituisce il banco di prova di tutti gli interessi connessi allo svolgimento dell'attività d'impresa³⁸, nonché del funzionamento dell'ordinamento giuridico sia in termini sostanziali che processuali, evidenziando la capacità dello stesso di predisporre regole in grado di rispondere all'incapacità del debitore di far fronte alle proprie obbligazioni, circostanza che ha evidenti ripercussioni su soggetti ulteriori rispetto ai soli creditori³⁹.

³⁸ Cfr. G. Ragusa Maggiore, *La legge fallimentare nella sua realtà economico – sociale. Relazione generale*, in *Dir. fall.*, I, 1979, 102.

³⁹ Così D. Restuccia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra autonomia privata e controllo nell'interesse dei terzi*, in www.ildirittodegliaffari.it, sez. V e-book - n. 3 del 22/04/13, 9.

2. L'evoluzione del dato normativo della disciplina concordataria

Entriamo ora nel merito della disciplina del concordato preventivo, analizzando le principali modifiche apportate all'istituto dalle disposizioni legislative riformatrici che abbiamo ricordato nel paragrafo precedente⁴⁰.

⁴⁰ Ricordiamo solo brevemente la disciplina delle procedure alternative al fallimento precedenti all'entrata in vigore della legge fallimentare. Innanzitutto, il codice del commercio, agli artt. 819-829, disciplinava l'istituto della "moratoria", che consentiva all'imprenditore incolpevole (vale a dire quello che non poteva essere ritenuto responsabile per l'emersa incapacità di far fronte alle proprie obbligazioni, che doveva dunque essere avvenuta per eventi imprevedibili e/o scusabili) e meritevole (anche perché in regola con la tenuta dei libri del commercio, che dovevano essere depositati) di ottenere o la provvisoria sospensione dell'esecuzione della sentenza di fallimento, oppure, nella fase antecedente alla dichiarazione di fallimento, provvedimenti conservativi e cautelari sul proprio patrimonio da parte del tribunale, per un periodo di sei mesi, prorogabile, con il consenso dei creditori, per ulteriori sei, nel corso dei quali l'imprenditore doveva predisporre un piano di pagamento, o ottenere una dilazione da parte degli stessi creditori (con esclusione di quelli privilegiati, non coinvolti nella moratoria in quanto dovevano essere soddisfatti per l'intero). Il consenso dei creditori, che venivano convocati in un'udienza, era necessario non solo per ottenere la predetta proroga ma anche per raggiungere la maggioranza di tre quarti necessaria per il perfezionamento dell'accordo. Fabiani (in *Concordato preventivo*, cit., 8) ricorda, al riguardo, come la dottrina del tempo reputasse comunque la moratoria "*uno strumento eccessivo a disposizione del debitore*", nel quale potevano realizzarsi "*gli abusi più spudorati e le frodi più raffinate*" (v. M. Vitalevi, *La moratoria*, Torino, 1884, 21).

L'istituto della moratoria venne poi abrogato e completamente sostituito dal concordato preventivo, introdotto dalla legge 24 maggio 1903, n. 197. L'insuccesso della moratoria, o comunque il suo superamento, è stato individuato nei vincoli troppo rigidi dettati per poter beneficiare dell'istituto (in particolare l'eccedenza dell'attivo sul passivo), nonché nelle condotte opportunistiche dei creditori, che, di fatto, decidevano se far fallire o meno il debitore.

Nell'intenzione del legislatore del 1903 il concordato era dunque finalizzato a premiare l'imprenditore meritevole (in considerazione del necessario deposito delle scritture contabili regolarmente tenute negli ultimi due anni) e sfortunato, salvaguardando comunque le posizioni dei creditori, e accrescendo le ipotesi in cui era possibile evitare la costosa e complessa liquidazione fallimentare. Nel corso della procedura l'amministrazione e la titolarità del patrimonio aziendale rimaneva ancora nelle mani dell'imprenditore, che aveva il dovere giuridico di salvaguardarne l'integrità. Punto nevralgico del concordato era l'accordo siglato tra il debitore e i suoi creditori, che doveva semplicemente essere omologato dal Tribunale, a tutela dei creditori dissenzienti, quale *condicio iuris* dell'efficacia dell'accordo stesso.

Nell'età delle codificazioni, anche a seguito dell'accorpamento del codice civile e di quello del commercio, il diritto fallimentare divenne un corpo normativo autonomo.

Abbiamo già avuto modo di sottolineare che nella visione del legislatore del 1942, il fallimento aveva conseguenze estremamente gravi ed era connotato da una valenza sanzionatoria⁴¹: comportava la cessazione dell'impresa, la distruzione dei rapporti commerciali, la liquidazione integrale del patrimonio aziendale con modalità lunghe e complesse che rischiavano di assorbire gran parte del ricavato della vendita⁴². A fronte di tali gravi ripercussioni, la disciplina del concordato preventivo del '42 perseguiva l'obiettivo di attenuare le conseguenze della liquidazione fallimentare, garantendo all'imprenditore "onesto e sfortunato", la cui insolvenza non poteva essere imputata al comportamento dallo stesso tenuto, la possibilità di evitare il fallimento e, talora, proseguire la propria attività (salva ovviamente l'ipotesi di concordato con cessione dei beni), estinguendo definitivamente i propri debiti, conservando l'amministrazione dei beni ed evitando le conseguenze della dichiarazione di fallimento (purché il debitore, oltre

Fabiani, ritiene che la novità più significativa apportata alla disciplina del concordato è stata l'inserimento della espressa previsione della *cessio bonorum* quale modalità di soddisfacimento del ceto creditorio, che, benché frequente nella prassi, non era ancora legislativamente codificata.

Per una più completa ricostruzione storica si veda M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 7.

⁴¹ Così A. Maisano, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, Milano, 1989, 24.

⁴² Occorre comunque considerare che anche nel testo originario della legge fallimentare era stata prevista la possibilità della continuazione dell'attività aziendale da parte di un'impresa insolvente, al fine naturalmente di salvaguardarne i relativi valori (v. art. 167 nel concordato preventivo; artt. 187 e 188, oggi abrogati, nell'amministrazione controllata; art. 90, oggi corrispondente all'art. 104, nel fallimento; art. 206, comma 2, nella liquidazione coatta amministrativa). In questi casi, però, ai creditori era riconosciuto il diritto di impedire o interrompere l'attività (più nello specifico, nel fallimento i creditori potevano esprimere parere contrario mediante il proprio organo rappresentativo, il comitato dei creditori; nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata votando contro la proposta) e ciò "coerentemente con l'obiettivo primario di tali procedure che era costituito dal soddisfacimento dei creditori" (v. P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 4). Censoni rileva infatti che mentre l'interesse dell'impresa in crisi alla continuazione dell'attività aziendale normalmente è comune anche ad altre categorie di operatori del mercato, non è detto sia condiviso anche dai creditori, nel caso in cui la continuazione dell'attività non realizzi anche il recupero della solvibilità del debitore. È evidente infatti che nel caso in cui il patrimonio dell'imprenditore sia insufficiente a far fronte alle obbligazioni che lo gravano, i rischi della gestione ricadrebbero sui creditori, che si vedrebbero depauperati di ulteriori risorse finanziarie destinate alla prosecuzione dell'attività.

a essere meritevole, fosse in grado di assicurare ai creditori quel minimo di soddisfacimento previsto dalla legge, corrispondente al pagamento integrale dei creditori privilegiati e del quaranta per cento dei crediti chirografari).

Ciò assolveva anche a una finalità di tipo pubblicistico, in quanto permetteva di salvare un'impresa che poteva ancora essere utile per la collettività (si pensi ad esempio all'opportunità di salvaguardare posti di lavoro) e per l'economia nazionale⁴³.

Negli anni la funzione del concordato preventivo è poi notevolmente mutata al variare della situazione politico-economica, che imponeva di sganciare l'istituto alla figura dell'imprenditore "onesto ma sventurato" e di perseguire, prim'ancora che la tutela dei creditori, il risanamento delle imprese e la conservazione dei posti di lavoro. A questo si aggiunga che nella prassi, avevano perso di significato le finalità perseguite sulla carta dall'istituto, che era diventato un "*mezzo legalizzato per ritardare il fallimento*"⁴⁴.

Di fatto, la scelta dell'imprenditore in crisi di ricorrere allo strumento concordatario era quindi determinata dall'esigenza di evitare le sanzioni conseguenti alla dichiarazione di fallimento: *in primis* il rischio di un'imputazione penale per il reato di bancarotta, nonché, in caso di impresa individuale, le conseguenti incapacità personali. La finalità perseguita in concreto con il ricorso al concordato era dunque, al pari del fallimento, la liquidazione del patrimonio aziendale, dal momento che le ipotesi di sopravvivenza dell'impresa in capo allo

⁴³ Cfr. G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 149, che ricorda le definizioni attribuite dalla dottrina allo strumento concordatario, che parlavano di "*una proporzione tra l'effetto e la causa, la sanzione e l'illecito, se è consentito così esprimersi, tra il rimedio ed il male*" (v. A. Candian, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937, 6); "*una sistemazione amichevole di un dissesto commerciale sostituita alla dichiarazione di fallimento*" (v. L. Bolaffio, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932, 1); "*un beneficio per il debitore, nel senso che egli aveva diritto (potestativo) di proporlo ai creditori, dando luogo ad una procedura autonoma accanto al fallimento*" (v. S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, 8); "*il concordato preventivo consisteva in un'esonazione dal fallimento: concessione che non era ispirata soltanto, come poteva a prima vista sembrare, al particolare riguardo che si era inteso accordare al debitore, ma, anche e soprattutto, a considerazioni d'interesse pubblico*" (v. R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, 2207).

⁴⁴ Così G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 156; cfr. anche S. Satta, *Diritto fallimentare*, cit., 481; R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., 2207.

stesso debitore (nel concordato con garanzia esterna) o mediante la cessione della stessa ad un terzo, erano assai rare.

A fronte di ciò, come vedremo, il legislatore della riforma ha conservato lo schema del concordato preventivo, così come previsto nella legge del '42⁴⁵, delineando però un istituto completamente diverso nelle premesse, nei contenuti e nelle finalità⁴⁶.

Se infatti nell'impostazione precedente il concordato era concepito come un beneficio per l'imprenditore "onesto ma sfortunato", l'aspetto premiale e i relativi profili soggettivi hanno perso rilevanza, a fronte della oggettivizzazione dei presupposti per il ricorso alla procedura e dell'accentuazione del carattere negoziale⁴⁷.

Prova ne è il giudizio in ordine alla meritevolezza, affidato al tribunale in sede di omologazione nella versione ante riforma⁴⁸ e completamente scomparso nella nuova formulazione, venendo semmai in rilievo in termini di giudizio etico sulla condotta da parte dei creditori in sede di voto.

Ricordiamo ora quelle che sono le modifiche più rilevanti apportate alla disciplina del concordato preventivo dalle novelle legislative già menzionate nel paragrafo precedente.

Le novità più significative apportate dal d.l. n. 35/05 e dal d.lgs. n. 169/07 riguardano innanzitutto i presupposti per l'ammissione alla procedura, dal momento che, dal punto di vista dei requisiti soggettivi, la riforma ha eliminato ogni riferimento -come detto- alla meritevolezza dell'imprenditore⁴⁹, mentre per

⁴⁵ Come abbiamo già ricordato, diversi Autori hanno criticato la tecnica legislativa dell'interpolazione, che ha contribuito alla nascita di disarmonie interpretative ed applicative.

⁴⁶ Così G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 160.

⁴⁷ Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 33.

⁴⁸ L'originaria formulazione dell'art. 181 l.fall. prevedeva infatti che il tribunale in sede di omologa dovesse accertare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità, la regolarità della procedura, nonché valutare, ai sensi del n. 4 del primo comma, "se il debitore, in relazione alle cause che hanno provocato il dissesto e alla sua condotta, è meritevole del concordato".

⁴⁹ Il d.l. n. 35/2005 ha completamente riscritto il testo dell'art. 160 l.fall., eliminando qualsiasi riferimento alle condizioni previste originariamente per l'ammissione alla procedura. L'art. 160 prevedeva infatti che l'imprenditore in stato di insolvenza potesse proporre ai creditori un concordato preventivo a condizione che: "1) [fosse] iscritto nel

quanto riguarda quelli oggettivi, la legge non richiede più la sussistenza di uno stato di insolvenza⁵⁰, ritenendo sufficiente (anche) quello di crisi. L'adozione di tale espressione ha determinato notevoli difficoltà interpretative, in quanto non era chiaro in cosa lo stesso consistesse, che hanno indotto il legislatore ad intervenire con un provvedimento normativo di interpretazione autentica⁵¹, che ha chiarito come per stato di crisi si debba intendere sia la fase precedente all'insolvenza, sia quella in cui si profila il suo concreto rischio e la sua iniziale insorgenza, sia la fase di insolvenza irreversibile⁵²: anche un'impresa che si trova, dunque, in una

registro delle imprese da almeno un biennio o almeno dall'inizio dell'impresa, se questa ha avuto una minore durata, ed ha tenuto una regolare contabilità per la stessa durata; 2) nei cinque anni precedenti non [fosse] stato dichiarato fallito o non [fosse] stato ammesso a una procedura di concordato preventivo; 3) non [fosse] stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio”.

⁵⁰ Il legislatore del '42 equiparava infatti la procedura concordataria a quella fallimentare dal punto di vista dei presupposti oggettivi, rendendo necessario per l'accesso ad entrambe le procedure lo stato di insolvenza dell'imprenditore, benché i due istituti perseguissero finalità diverse (quantomeno sulla carta). L'obiettivo perseguito dalla scelta legislativa originaria era dunque quello di garantire a una parte degli imprenditori, vale a dire solo a quelli meritevoli, di salvare le rispettive imprese e di liberarli dalle loro obbligazioni, assicurando ai creditori il soddisfacimento minimo nella misura del 40% in tempi più rapidi rispetto alla liquidazione fallimentare.

⁵¹ L'art. 36 del d.l. 30 dicembre 2005, n. 273 (c.d. “mille proroghe”), convertito con modificazioni dalla l. 23 febbraio 2006, n. 51, ha introdotto il secondo comma dell'art. 160, ai sensi del quale: “*Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*”.

⁵² Sui concetti di crisi e di insolvenza si vedano in giurisprudenza: Trib. Milano, 7 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 51; Trib. Bari, 7 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 52; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Fall.*, 2006, 56; Trib. Treviso, 15 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, 63; Trib. Sulmona, 14 luglio 2005, in *Fall.* 2005, 793; Trib. Alessandria, 7 giugno 2005, in *Giur. it.*, 2006, 990; Trib. Treviso, 22 luglio 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 919. In dottrina: S. Scarafoni, *Il giudizio di ammissione al concordato preventivo: riflessioni sul decreto legislativo correttivo della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, 906; M. Ferro, *Stato di crisi, relazione di fattibilità del piano e sindacato del giudice nel concordato preventivo*, in *Foro. it.*, 2006, I, 919; G. Terranova, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 573; S. Ambrosini e P.G. Demarchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 81; M.R. Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, 136.

situazione di “*temporanea difficoltà di adempiere*”⁵³, potrà accedere alla procedura.

La scelta legislativa di permettere l’ammissione alla procedura di concordato anche in una situazione di insolvenza è stata fortemente criticata da alcuni commentatori della riforma. Alcuni Autori ritengono infatti che rendere praticabile tale istituto alle medesime condizioni del fallimento “*fa venire meno le ragioni che possono giustificare una procedura anticipatoria perché altre eventuali soluzioni più rapide con cui definire la procedura di liquidazione possono essere sperimentate nell’ambito di questa, senza bisogno di disporre di ulteriori ed inutili fasi processuali dalle quali non può che derivare assenza di competitività, durata ingiustificata dei processi e maggiori oneri per il debitore ed i creditori*”⁵⁴.

Al di là comunque delle critiche mosse alla scelta legislativa di continuare a rendere possibile il ricorso al concordato anche in presenza della conclamata insolvenza, ciò che rileva è che la riforma ha concesso agli imprenditori la facoltà di affrontare l’emersione dello stato di crisi, senza dover attendere il verificarsi dell’irreversibile stato di insolvenza per il ricorso alla procedura concordataria.

Il riconoscimento della facoltà di suddividere i creditori in classi “*secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei*” (art. 160, comma 1, lett. c) l.fall.) e di prevedere “*trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse*” (art. 160, comma 1, lett. d) l.fall.) costituisce poi un’altra delle novità più significative apportate dalla riforma e una deroga al principio della *par condicio creditorum*⁵⁵, dal momento che è consentito prevedere trattamenti differenziati per

⁵³ Situazione che nella versione originaria della legge fallimentare condizionava l’ammissione alla procedura di amministrazione controllata (cfr. art. 187 l.fall. precedente formulazione).

⁵⁴ Così G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 165, il quale sostiene anche che: “*Sotto un profilo più tecnico, identificare lo stato di crisi con quello di insolvenza appare contrario a tutti i principi posti dalla letteratura economica in materia e denota una scarsa attenzione del legislatore ai principi ispiratori di una ricerca scientifica che dovrebbe precedere qualsiasi tipo di riforma legislativa*”.

⁵⁵ La deroga al principio della *par condicio creditorum* si deve comunque realizzare solo in presenza di interessi meritevoli di tutela e, pertanto, è controbilanciato dal potere attribuito all’autorità giudiziaria di verificare, ai sensi degli artt. 160 e 163 l.fall., “*la correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi*”, “*secondo posizione giuridica e*

le diverse classi, purché i creditori ubicati nella medesima classe vengano trattati in modo eguale e la formazione delle classi non abbia “*l’effetto di alterare l’ordine delle cause legittime di prelazione*” (art. 160, comma 2, l.fall.). La funzione della formazione delle classi, dunque, lungi dal determinare una alterazione dell’ordine delle cause legittime di prelazione, dovrebbe tutelare i creditori privilegiati da possibili abusi.

La riforma ha altresì eliminato qualsiasi riferimento a percentuali minime di soddisfacimento che devono essere garantite ai creditori, con riferimento sia a quelli chirografari, sia a quelli privilegiati; l’art. 160, comma 2⁵⁶, l.fall., consente infatti alla proposta di prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella concretamente realizzabile in sede di liquidazione, tenuto conto del valore di mercato dei beni sui quali sussiste il privilegio, come quantificato e attestato nella relazione giurata del professionista⁵⁷. Ricordiamo che la versione originaria dell’art. 160 prevedeva una soglia minima di soddisfacimento dei creditori chirografari nella misura del 40%, dunque la ragionevolezza economica della proposta era predeterminata dal legislatore.

Un altro punto nevralgico della riforma ha riguardato il contenuto della proposta di concordato; la versione vigente dell’art. 160 consente infatti all’imprenditore in stato di crisi di proporre ai propri creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che preveda la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei

interessi economici omogenei”. La suddivisione in classi non deve dunque essere strumentale al perseguimento degli interessi del debitore, ma dovrebbe rispecchiare le diverse caratteristiche giuridiche ed economiche dei crediti (cfr. F. Marotta, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Riforma fallimentare lavori preparatori e obiettivi*, a cura di M. Vietti, F. Marotta e F. Di Marzio, Torino, 2008, 230; D. Galletti, *La formazione di classi nel concordato preventivo: ipotesi applicative*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 52/2007).

⁵⁶ Così modificato dal d.lgs n. 169/2007.

⁵⁷ Prima della riforma del 2007, e dopo quella del 2005, non era chiaro se potesse essere falcidiato anche il credito dei creditori privilegiati. In giurisprudenza, il Tribunale di Torino, con due sentenze del 16 ottobre 2005 (in *Giur. it.*, 2006, 559) e del 17 novembre 2005 (in *Foro it.*, 2006, I, 911), aveva ritenuto persistente l’obbligo di pagamento integrale dei creditori muniti di diritto di prelazione.

beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, oppure l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta ad un assuntore.

Il legislatore ha quindi inteso eliminare qualsiasi riferimento alle diverse tipologie di concordato originariamente previste, vale a dire il concordato con garanzia⁵⁸ e con cessione dei beni⁵⁹, attribuendo rilevanza al contenuto del piano (che deve contenere la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta), nonché alla relazione del professionista, di cui all'art. 161 l.fall., parti integranti della proposta di concordato, e da allegare formalmente al ricorso di cui all'art. 160 l.fall. Al ricorso deve altresì essere allegata una relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa (lett. a); uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione (lett. b); l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore (lett. c); il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili (lett. d).

Nell'odierna versione della legge fallimentare, il contenuto sostanziale del piano di cui agli artt. 160 e 161 lett. e)⁶⁰ l.fall., è sottratto ad ogni vincolo di tipicità e può essere liberamente organizzato secondo le più ampie determinazioni dell'autonomia privata; la proposta di concordato può infatti prevedere la

⁵⁸ Teoricamente il concordato con garanzia sarebbe stato compatibile con la prosecuzione dell'attività d'impresa, qualora il debitore fosse stato in grado di garantire formalmente il pagamento integrale dei privilegiati e del quaranta per cento dei chirografari.

⁵⁹ Il testo originario del secondo comma dell'art. 160 l.fall. prevedeva infatti che: *“La proposta di concordato deve rispondere ad una delle seguenti condizioni: 1) che il debitore offra serie garanzie reali o personali di pagare almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato; ovvero, se è proposta una dilazione maggiore, che egli offra le stesse garanzie per il pagamento degli interessi legali sulle somme da corrispondere oltre i sei mesi; 2) che il debitore offra al creditore per il pagamento dei suoi debiti la cessione di tutti i beni esistenti nel suo patrimonio alla data della proposta di concordato, tranne quelli indicati dall'art. 46, sempreché la valutazione di tali beni faccia fondatamente ritenere che i creditori possano essere soddisfatti almeno nella misura indicata al n. 1”*. La cessione dei beni, con la riforma, diviene solo una delle possibili modalità di esecuzione dell'accordo concluso con i creditori.

⁶⁰ Lettera introdotta dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83.

ristrutturazione dei debiti e il pagamento dei creditori secondo le modalità indicate in un piano che può avere i contenuti di cui all'art. 160 lett. a-d) l.fall.

La proposta concordataria può dunque ora avere natura prettamente dilatoria (con l'assunzione dell'impegno da parte del debitore di pagare i creditori a scadenze differite), liquidatoria (nella quale l'imprenditore si impegna a liquidare il proprio patrimonio aziendale e a distribuire il ricavato tra i suoi creditori), partecipativa (con la quale l'impresa in crisi propone ai suoi creditori di convertire i crediti in capitale di rischio -ordinario o privilegiato, con diritto di voto incondizionato o limitato ecc.- coinvolgendoli così direttamente nella gestione della crisi)⁶¹.

L'applicazione successiva alla riforma della legge fallimentare ha evidenziato il ricorso, soprattutto, ai modelli di tipo liquidatorio, di continuazione diretta dell'attività d'impresa (in cui i proventi derivanti dallo svolgimento dell'attività aziendale vengono utilizzati per il pagamento dei creditori antecedenti), nonché di continuazione indiretta dell'attività imprenditoriale (basati sull'affitto e sulla successiva cessione dell'azienda ad altra impresa, nei quali l'attivo necessario per il pagamento dei creditori è costituito dai canoni e dal prezzo della gestione). In entrambe le fattispecie *“l'obiettivo perseguito è quello del risanamento dell'impresa, individuato anche come il mezzo più efficace per il migliore soddisfacimento dei creditori pregressi (oltre che come soluzione idonea a tutelare i livelli occupazionali e salvaguardare l'integrità degli impianti produttivi)”*⁶².

Sempre con riferimento al contenuto della proposta, un'altra delle novità più rilevanti apportate dalla riforma è costituita dall'eliminazione dell'obbligo per il debitore di offrire ai creditori il suo intero patrimonio. Ciò significa che, con il consenso dei creditori, all'imprenditore viene concessa la possibilità di proseguire l'attività aziendale con una parte dei cespiti e di alienarne invece un'altra al fine di soddisfare i creditori precedenti. Di fatto, il legislatore ha preso atto di un'esigenza avvertita nella prassi, in quanto poteva succedere che i creditori preferissero ricevere una soddisfazione non integrale del proprio credito,

⁶¹ Cfr. S. Bonfatti, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 214/2010.

⁶² Così S. Bonfatti, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi*, cit.

favorendo la continuazione dell'attività d'impresa, in ragione di particolari rapporti commerciali che li legano al debitore, per il mantenimento dei quali il creditore è disponibile a rinunciare ad una parte del suo credito⁶³.

Un importantissimo ruolo è stato inoltre affidato alla relazione di cui all'art. 161, comma 3, l.fall., che deve accompagnare il piano e l'altra documentazione prevista dall'art. 161, commi 1 e 2, l.fall., e che deve essere redatta da un professionista cui è demandato il compito di attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo. Sull'importanza di tale documento in relazione alla distribuzione dei poteri tra i diversi soggetti coinvolti nella procedura e all'importante ruolo assegnato ad una corretta informazione dei creditori, avremo modo di tornare nel secondo capitolo, per il momento è sufficiente sottolineare che la relazione non ha solo contenuto descrittivo, bensì anche valutativo, essendo chiamato, il professionista, ad attestare la veridicità dei dati aziendali e a compiere un proprio giudizio sulla realizzabilità del piano nei termini proposti.

La riforma ha inoltre completamente ridisegnato il ruolo dell'autorità giudiziaria nelle varie fasi della procedura, dal momento che nella versione originaria al tribunale spettavano poteri penetranti in ordine alla "*sussistenza dei requisiti soggettivi, sulla meritevolezza dell'imprenditore, sulla veridicità della situazione economica prospettata e sulla concreta possibilità di pagare le percentuali proposte ai creditori*"⁶⁴. Esamineremo nel secondo capitolo i confini dei poteri oggi riconosciuti al tribunale, che non sono definiti con certezza dalla legge; è comunque possibile sin da ora affermare, sulla base dell'esame delle disposizioni normative, che il potere di valutazione del tribunale sia in ordine alla sussistenza dei requisiti soggettivi (che in parte sono venuti meno, come detto) sia con riferimento al merito della proposta, si è considerevolmente ridotto.

Le importanti modifiche apportate alla disciplina del concordato preventivo, dalle predette riforme del 2005/2007 hanno reso l'istituto la procedura

⁶³ Cfr. V. Piccinini, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il "decreto correttivo"*, cit., 557.

⁶⁴ Cfr. V. Piccinini, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il "decreto correttivo"*, cit., 558.

più importante per il superamento della crisi da parte delle piccole e medie imprese.

Come già abbiamo avuto modo di ricordare, la disciplina del concordato preventivo è poi stata significativamente modificata dall'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, il "decreto sviluppo", convertito con modificazioni dalla legge 7 agosto 2012, n. 134⁶⁵, che, in particolare, ha apportato rilevanti novità e introdotto il c.d. concordato preventivo con riserva e quello con continuità aziendale (oltre ad aver disposto la pubblicazione nel Registro delle imprese del ricorso introduttivo, ai sensi dell'art. 168 l.fall., adempimento che accresce i doveri di informazione imposti a favore e a garanzia dei creditori; nonché ad aver previsto, sempre ai sensi dell'art. 168 l.fall., che non siano efficaci nei confronti dei creditori anteriori le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni antecedenti la pubblicazione del ricorso).

La prima rilevante novità consiste nella possibilità, sancita dall'art. 161,

⁶⁵ Tra i primi commentatori di questa riforma legislativa si segnalano: L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2012, 321; U. Apice e S. Mancinelli, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012, 431; F. Lamanna, *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, sez. Focus, 27 giugno 2012; F. Lamanna, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, sez. Focus, 26 novembre 2012; S. Ambrosini, *Appunti flash per una "miniriforma" del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 293/2012; S. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 306/2012; G. Schiano Di Pepe, *Il concordato preventivo "con continuità aziendale" nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. fall.*, 2012, I, 482; M. Fabiani, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 303/2012; G. Lo Cascio, *Percorsi virtuosi e abusi del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 891; A. Munari, *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012; N. Rondinone, *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2012; L.A. Bottai, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fall.*, 2012, 924; G. Nardecchia, *L'art. 179 l.fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano*, in www.ilcaso.it, sez. II, documento n. 315/2012; A. Penta, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci e ombre*, in *Riv. dir. fall.*, 2012, I, 673; P. Vella, *L'accrescimento dei controlli giudiziari di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, cit.; G. Terranova, *Le nuove forme di concordato*, Torino, 2013.

comma 6, l.fall., concessa all'imprenditore, di *“depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice compreso fra sessanta e centoventi giorni”* prorogabile di non oltre sessanta. Nel corso del suddetto termine il debitore può compiere gli atti di ordinaria amministrazione, mentre per quelli urgenti di straordinaria amministrazione è necessaria l'autorizzazione del tribunale.

La prassi ha fatto registrare un ricorso amplissimo all'istituto introdotto, la cui applicazione ha fatto però registrare, fin dai primi mesi, forme di abuso o comunque di uso distorto della procedura prenotativa, segnalate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che saranno oggetto di analisi del terzo capitolo del presente lavoro.

Per porre (in parte) rimedio ai predetti usi strumentali del concordato con riserva, nonché (forse) per ridurre il margine di discrezionalità affidato ai tribunali, il “Governo Letta” con il c.d. “decreto del fare” 21 giugno 2013, n. 69⁶⁶, convertito - con modificazioni - nella legge 9 agosto 2013, n. 98, ha apportato alcune modifiche finalizzate a conferire ai tribunali maggiori poteri di controllo e di intervento⁶⁷.

Il predetto decreto ha infatti modificato i commi sesto, settimo e ottavo dell'art. 161 l.fall., ampliando l'elenco dei documenti che il debitore deve produrre al momento del deposito del ricorso prenotativo e aumentando gli obblighi informativi successivi, nonché attribuendo al tribunale il potere di nominare un commissario giudiziale con lo stesso decreto con cui concede il termine al debitore per il deposito della proposta e del piano definitivo.

Al commissario così nominato viene quindi demandato dal legislatore un potere di vigilanza delle attività svolte dal debitore nelle more del termine concesso per il deposito della domanda, con il conseguente obbligo di segnalazione al tribunale nel caso accerti che l'impresa ha tenuto una delle condotte rilevanti ai sensi

⁶⁶ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 21 giugno, n. 144, suppl. ord. n. 50.

⁶⁷ Tra i primi commentatori della riforma si veda F. Lamanna, *Il decreto del “fare” e le nuove misure di controllo contro l'abuso del preconcordato*, in www.ilfallimentarista.it del 18/06/2013.

dell'art. 173 l.fall.; il tribunale, adottando la procedura prevista dall'art. 15 l.fall., deve poi verificare l'effettiva sussistenza delle condotte denunciate, dichiarando eventualmente improcedibile la domanda, finanche dichiarando il fallimento su richiesta di uno dei creditori o del P.M.

E ciò, ci sembra, al fine di fare emergere nel più breve tempo possibile, i casi di abuso del concordato.

A ulteriore riprova del fine perseguito dal legislatore basterà ricordare che l'altra modifica apportata all'art. 161, comma 8, l.fall. consente al tribunale di ridurre il termine già concesso al debitore, quando l'attività dallo stesso compiuta risulti manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano.

La seconda (ma non per importanza) macro modifica apportata alla legge fallimentare in materia di concordato dal "decreto sviluppo" consiste nell'introduzione dell'art. 186 *bis* l.fall. dedicato al concordato con continuità aziendale. La novella legislativa attribuisce all'imprenditore, a fronte dell'introduzione di rigide regole a carico del professionista attestatore, una serie di agevolazioni (in particolare una moratoria fino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca -salvo sia prevista la liquidazione di quei beni-; il mantenimento in vita dei contratti, compresi quelli pubblici, in corso di esecuzione, che non si sciolgono a causa dell'ammissione alla procedura nemmeno nell'ipotesi di clausole contrattuali contrarie che sono inefficaci per espressa previsione legislativa; la possibilità per il debitore, purché sussistano i presupposti di cui all'art. 186 *bis*, comma 4, l.fall. di partecipare a procedure di assegnazione di contratti pubblici). Queste agevolazioni, come vedremo meglio nel paragrafo 3.1, fanno parte di tutta quella serie di incentivi⁶⁸ che il legislatore ha voluto attribuire agli imprenditori per una

⁶⁸ Cfr. la disposizione di cui all'art. 182 *quinquies* l.fall., pure introdotto dalla novella legislativa del 2012, dettata in materia sia di concordato preventivo che di accordi di ristrutturazione dei debiti, e volta ad attribuire la prededucibilità a tutti quei finanziamenti contratti con l'autorizzazione del tribunale, necessari per proseguire l'attività d'impresa e funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori. L'art. 182 *quinquies*, comma 4, l.fall. attribuisce tra l'altro la possibilità di pagare, dietro autorizzazione del tribunale, fuori concorso, crediti anteriori per beni o servizi, se valutati essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori.

più efficiente gestione delle crisi d'impresa.

Benché infatti, come detto, l'idea che il concordato potesse essere funzionale alla salvaguardia dei valori organizzativi mediante la continuazione dell'attività d'impresa, in forma diretta o indiretta, fosse diffusa in dottrina e giurisprudenza, la portata innovativa del “decreto sviluppo” risiede nell'averla tradotta in norma di legge. Con la conseguenza che problemi che nella precedente formulazione potevano essere marginali, quali la preeducibilità di certi crediti, la sorte dei contratti in corso di esecuzione o il pagamento di corrispettivi essenziali alla continuazione dell'attività d'impresa, diventano ora centrali.

L'intervento legislativo del 2012 evidenzia dunque un cambiamento di prospettiva, o comunque il rafforzamento di una prospettiva già *in nuce* presente nelle riforme precedenti, che si può riassumere in questi termini: la legge fallimentare non è più incentrata su un soggetto, vale a dire il debitore, e sui suoi rapporti (debiti e garanzie patrimoniale) interpretati in una prospettiva statica, quanto sull'attività imprenditoriale e sulle sue relazioni pensate in una prospettiva dinamica, volta al ripristino del ciclo produttivo e dei flussi finanziari⁶⁹.

3. La privatizzazione della gestione della crisi d'impresa

Nei precedenti paragrafi abbiamo già avuto modo di ricordare come nel sistema antecedente la riforma, il ricorso a soluzioni stragiudiziali della crisi di

Occorre ancora ricordare, sempre in tema di agevolazioni concesse all'imprenditore, l'introduzione dell'ultimo periodo del comma 3 dell'art. 168, nonché l'art. 169 *bis* sempre a norma del “decreto sviluppo”. La prima delle disposizioni richiamate rende inefficace le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese; la seconda invece consente al debitore di chiedere al tribunale l'autorizzazione allo scioglimento dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso, oppure alla loro sospensione.

⁶⁹ Così G. Terranova, *Le nuove forme di concordato*, cit., 7; il quale richiama S. Pacchi, *Dalla meritevolezza del debitore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Siena, 1988.

impresa non fosse agevolato dal legislatore e rimase in larga parte un fenomeno poco diffuso. L'attuale disciplina registra invece il netto *favor* del legislatore per le procedure di composizione negoziata della crisi di impresa, prevedendo una serie di incentivi connessi al ricorso a dette procedure, attribuendo un ampio margine alla negoziazione tra debitore e creditori circa i modi e i termini della composizione dei contrapposti interessi, ridimensionando il ruolo dell'autorità giudiziaria nei procedimenti giudiziali e, anzi, introducendo modelli procedurali stragiudiziali in cui il potere dell'autorità giudiziaria è assolutamente residuale.

In altre parole, la legge fallimentare, quindi, *“favorisce la conclusione di accordi tra l'imprenditore e i suoi creditori allo scopo di prevenire/superare/sistemare la situazione di crisi dell'impresa, alla condizione che tali tentativi siano perseguiti attraverso uno dei possibili modelli procedurali appositamente ideati”*⁷⁰.

I procedimenti previsti dalla legge fallimentare per il superamento della crisi d'impresa sono, come detto, oltre al concordato preventivo, il piano di risanamento attestato (la cui disciplina è contenuta nell'art. 67, comma 3, lett. d) e per quanto riguarda gli aspetti fiscali nel d.p.r. n. 917/1986) e gli accordi di ristrutturazione dei debiti (disciplinati anch'essi dalla disposizione di cui all'art. 67, comma 3, lett. e) l.fall, e per quanto riguarda gli aspetti fiscali dal d.p.r. n. 917/1986, nonché, e principalmente, dagli artt. 182 *bis* e segg. l.fall)⁷¹.

⁷⁰ V. S. Bonfatti, *Gli incentivi alla composizione negoziata delle crisi d'impresa: uno sguardo d'insieme*, in *Le procedure di composizione negoziata delle crisi e del sovraindebitamento*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2014, 11. Il ricorso a modelli atipici nonché allo strumento della cessione dei beni ai creditori di cui agli artt. 1977 e segg. c.c., continua infatti ad esporre il debitore alle sanzioni comminate nel previgente sistema, soprattutto in relazione alla possibilità per il curatore fallimentare di esperire l'azione revocatoria nei confronti degli atti dispositivi del patrimonio.

⁷¹ Al riguardo, merita naturalmente un richiamo la procedura di composizione delle crisi da sovraindebitamento introdotta, recentemente, dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3, modificata profondamente dal successivo d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito nella legge 17 dicembre 2012, n. 221, e che è diretta a prevenire/affrontare/superare la crisi di quei soggetti che non possono fare ricorso alle procedure concorsuali vere e proprie (fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa, amministrazione straordinaria) e a quelle di composizione della crisi, che non sono, tecnicamente, procedure concorsuali, comunque previste dalla legge fallimentare (vale a dire piano di risanamento attestato e accordi di ristrutturazione), tutte dedicate alle imprese

Da una parte quindi le riforme hanno fatto registrare l'introduzione nel nostro ordinamento di strumenti negoziali di gestione dell'insolvenza prima sconosciuti, e, dall'altra, hanno esteso i confini dell'autonomia negoziale e parallelamente ridotto i poteri dell'autorità giudiziaria nel concordato preventivo. Naturalmente, la rilevanza attribuita all'elemento negoziale non è assoluta e il legislatore non ritiene ammissibile qualunque negozio concluso tra il debitore e i creditori, sul presupposto del semplice perfezionamento di un accordo, anche solo a maggioranza. Il tema, tutt'altro che di facile soluzione, va ricompreso nella più ampia questione che vede *“il diritto dei contratti al centro del dilemma fra libertà contrattuale e giustizia del contratto”*⁷².

Al fine di meglio comprendere che cosa si debba intendere con il concetto di privatizzazione, sembra opportuno riepilogare quelli che sono i diversi valori sottesi alla disciplina precedente e successiva alla riforma. Se nel modello legislativo del '42 il concordato era concepito come *“antidoto al fallimento”*⁷³, promosso al solo fine di evitare le conseguenze sanzionatorie connesse alla liquidazione fallimentare (benché la procedura fosse sostanzialmente sempre diretta alla liquidazione) e basato su pilastri quali la concorsualità e la meritevolezza, in quello frutto delle riforme, predomina e addirittura viene elevato *“a valore il profilo della negoziabilità non solo e non tanto come mezzo per risolvere un conflitto, ma persino come obiettivo da proteggere e da*

commerciali che superano almeno una delle soglie fissate dall'art. 1 l.fall. (eccezion fatta per gli accordi di ristrutturazione cui possono fare ricorso anche le imprese agricole, giusto il disposto dell'art. 43 del d.l. n. 98/2011). Il legislatore ha quindi inteso offrire agli imprenditori agricoli, a quelli commerciali di piccole dimensioni, nonché ai debitori civili, compresi i consumatori, la possibilità di offrire ai propri creditori un accordo per la composizione della crisi o di richiedere la liquidazione del proprio patrimonio, con effetti esdebitativi.

⁷² V. E. Bertacchini, *Clausole generali e autonomia negoziale nella crisi d'impresa*, cit., 711; in tema di contratto in generale si veda F. Galgano, *Tratt. dir. civ.*, vol. II, Padova, 2009, 131; e, in tema di rapporti tra autonomia contrattuale e giustizia del contratto F. Volpe, *La giustizia contrattuale fra autonomia e mercato*, Napoli, 2004; U. Perfetti, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005; C. Caccavale, *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005; E.M. Pierazzi, *La giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, 647; C. Miriello, *La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?*, in *Contratto e impresa*, 2008, 284.

⁷³ V. A. Maisano, *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, cit., penultima nota, 81.

“*accompagnare*” con *disposizioni di favore*”⁷⁴, che prescindono da una valutazione etica dell’imprenditore.

Naturalmente, come già più volte ricordato, la rilevanza attribuita all’autonomia negoziale non è assoluta, bensì limitata da una serie di regole e di controlli da parte dell’autorità giudiziaria.

In relazione al concordato preventivo, l’autonomia negoziale affidata al debitore è evidente se si considera innanzitutto che solo a lui è riservato il diritto di proporlo, nonché la libertà di scelta del contenuto della proposta da sottoporre ai propri creditori. Come detto, la riforma ha eliminato le rigidità del precedente sistema che imponeva la scelta tra concordato con garanzia o con cessione di beni, attribuendo all’imprenditore la possibilità di articolare con estrema flessibilità la proposta che reputa migliore per i propri creditori⁷⁵.

Con riferimento alla liberalizzazione della proposta, e comunque all’autonomia negoziale affidata alle parti, è opportuno precisare che la stessa non deve essere confusa con la privatizzazione del concordato e più in generale con la degiurisdizionalizzazione della procedura in commento, in quanto occorre tenere distinti il concetto di autonomia negoziale e il sistema di gestione della crisi⁷⁶.

Benché infatti l’imprenditore non sia più vincolato a schemi legali preordinati, né al possesso di specifiche qualità personali⁷⁷, è pur sempre vero che il debitore non può rivolgersi direttamente ai propri creditori, dovendo viceversa instaurare un procedimento giudiziale. La presenza del tribunale è del resto strutturalmente necessaria per estendere l’efficacia dell’accordo concluso tra il debitore e la

⁷⁴ V. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 34.

⁷⁵ P.F. Censoni, con riferimento alla domanda concordataria parla di “*straordinaria duttilità del contenuto*” in *Autonomia negoziale e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in *Autonomia negoziale e crisi d’impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 495; F. Guerrera invece di “*detipizzazione*” della proposta in *Le soluzioni concordatarie*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, AA.VV., Milano, 2008, 134.

⁷⁶ Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 63, che in nota segnala l’opinione contraria di D. Galletti, *La revoca dell’ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 731, il quale mescola privatizzazione e degiurisdizionalizzazione con il contrattualismo.

⁷⁷ Cfr. A.M. Azzaro, *Concordato preventivo ed autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, 1267; N. Nisivoccia, *Concordato preventivo e limiti dell’autonomia privata*, in *Fall.*, 2011, 1294.

maggioranza dei creditori, e la sua obbligatorietà dunque, anche ai dissenzienti e agli estranei.

Sul punto, Carnelutti già nel 1924 sosteneva che: “*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*”⁷⁸.

Al di là quindi dell’indubbia privatizzazione della procedura che riduce la presenza del giudice nella composizione dei contrapposti interessi all’interno della procedura e all’oggettivo ampliamento dello spazio di autonomia privata assegnato al debitore nella determinazione dei contenuti del piano e della proposta, il presidio del tribunale si rende ancora strutturalmente necessario proprio per la presenza di più interessi contrapposti, che non consentono di rimettere la decisione unicamente nelle mani della sola maggioranza dei creditori, dal momento che la procedura incide su interessi che trascendono quello del debitore e dei creditori e che consistono anche in quelli superiori della produzione e dell’economia nazionale⁷⁹.

All’interno del procedimento giudiziale, come verrà analizzato più approfonditamente nel secondo capitolo, vi è stata una riformulazione dei poteri attribuiti al tribunale, dal momento che il controllo giurisdizionale non si deve più spingere sino al vaglio della meritevolezza dell’imprenditore né, tendenzialmente, alla convenienza della proposta, la cui valutazione è rimessa alla decisione della maggioranza dei creditori.

⁷⁸ Cfr. F. Carnelutti, *Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, I, 65.

⁷⁹ Così F. Carnelutti, *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1930, 679.

3.1 Gli incentivi al ricorso al concordato preventivo

Il legislatore, al fine di perseguire la pronta emersione dello stato di crisi delle imprese, necessaria per agevolarne il superamento e il ricollocamento sul mercato, ha introdotto una serie di incentivi, di disposizioni premiali, per gli imprenditori che decidono di fare ricorso a uno dei modelli procedurali predisposti dal legislatore, e ciò anche al fine di superare le resistenze degli imprenditori a rendere pubblico lo stato di crisi.

Tali incentivi sono tanto più intensi quanto è il grado di presenza dell'autorità giudiziaria nella procedura prescelta⁸⁰. Nel concordato preventivo saranno dunque massimi, dal momento che l'autorità interviene sia nella fase di ammissione che in quelle di svolgimento nonché di omologazione; medi nell'accordo di ristrutturazione, considerato che il tribunale interviene nella sola fase finale dell'omologa; e minimi del piano di risanamento attestato, in considerazione del carattere stragiudiziale della procedura, che non prevede alcun coinvolgimento dell'autorità giudiziaria.

Gli incentivi per il ricorso al concordato preventivo sono rappresentati innanzitutto dall'esenzione dall'azione revocatoria nell'eventuale successivo fallimento, ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. e) l.fall., di quegli atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione del concordato, nonché di quelli legalmente eseguiti dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161 l.fall. Perché dunque operi la predetta esenzione, occorre che tali atti/pagamenti/garanzie siano stati posti in essere in esecuzione del piano concordatario⁸¹.

⁸⁰ Così S. Bonfatti, *Gli incentivi alla composizione negoziale delle crisi d'impresa: uno sguardo d'insieme*, cit., 14, cui si rinvia per la disamina completa degli incentivi nel piano di risanamento attestato e negli accordi di ristrutturazione dei debiti. Per quanto riguarda il concordato preventivo, in relazione agli incentivi dell'esenzione da revocatoria e della prededuzione, si veda invece S. Bonfatti, *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi*, cit.

⁸¹ Potendosi quindi astrattamente configurare l'ipotesi, nel successivo fallimento, di azioni revocatorie promosse nei confronti di atti/pagamenti/garanzie realizzate in costanza di concordato, ma non in esecuzione del piano, nonché di altre azioni promosse ai sensi dell'art. 67 l.fall. con riferimento ad atti compiuti nel periodo sospetto che, in caso di consecuzione di procedure, deve essere calcolato dalla data di pubblicazione della domanda di concordato preventivo nel Registro delle imprese. La normativa comporta

In secondo luogo, il legislatore ha previsto il pagamento preferenziale, vale a dire in prededuzione rispetto ai crediti precedenti, dei finanziamenti erogati alle imprese per permetterne l'accesso alla procedura di concordato e la conseguente esecuzione del piano. Questo incentivo è di fondamentale importanza per le imprese che intendono rivolgersi a una procedura di gestione negoziale della crisi, che necessita della c.d. "nuova finanza" (normalmente ottenuta attraverso il ricorso al credito bancario), per sostenere l'impresa nella fase antecedente al deposito del ricorso in cui, realisticamente, già versa in una situazione di tensione finanziaria, aggravata dal ricorso alla procedura, nonché per far fronte ai costi necessari per dare impulso alla procedura e in particolare per soddisfare le obbligazioni nei confronti dei professionisti a vario titolo coinvolti.

La disposizione normativa di riferimento è quella contenuta nel secondo comma dell'art. 111 l.fall.⁸² che prevede che siano prededucibili i crediti sorti in occasione o in funzione di una delle procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare. In tale disposizione vi rientrano dunque tutti quei debiti contratti dall'imprenditore e finalizzati all'accesso ad una delle procedure concorsuali, compresi dunque anche quelli precedenti all'ammissione al concordato, purché funzionali alla stessa e nonostante fossero stati contratti in un momento in cui era assente il controllo giudiziario sulle modalità e sulle finalità di assunzione dell'obbligazione⁸³.

quindi necessarie riflessioni in ordine alla compatibilità delle nuove disposizioni introdotte al fine di agevolare la composizione negoziale della crisi d'impresa con il principio della consecuzione delle procedure.

⁸² Ora anche gli artt. 182 *quater* e *quinquies* l.fall., che richiamano l'art. 111 l.fall., e che attribuiscono la prededuzione, rispettivamente, a quei finanziamenti contratti in esecuzione di un piano o in funzione della presentazione di una proposta concordataria, oppure con l'autorizzazione del tribunale dopo il deposito di un ricorso ex art. 161, comma 6, l.fall., in quanto funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori.

⁸³ Ciò ha trovato recente conferma nell'abolizione, ad opera del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, della norma di interpretazione autentica dell'art. 111 l.fall. contenuta nel c.d. "decreto destinazione Italia", d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 (convertito nella legge 21 febbraio 2014, n. 9) che prevedeva, all'art. 11, comma 3-*quater*, "*che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'articolo 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato*

Il legislatore prevede inoltre delle agevolazioni fiscali sia per l'impresa in crisi (la plusvalenza realizzata con l'eventuale stralcio dei crediti pregressi accordato dai creditori non è infatti soggetta a imposizione fiscale ai sensi del d.p.r. n. 917/1986) che per i creditori (che possono immediatamente dedurre dal proprio reddito la perdita prospettata nel piano), nonché effetti protettivi per il debitore, rappresentati dal divieto imposto ai creditori dall'art. 168 l.fall., a pena di nullità, di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sui suoi beni o di acquisire su di essi titoli di prelazione non concordati con il debitore stesso.

Tali effetti protettivi decorrono dalla data di deposito della domanda nel Registro delle imprese anche se la stessa è di tipo prenotativo, e possono anche essere retroattivi, dal momento che l'art. 168, comma 3, l.fall., prevede, come detto, che le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori precedenti.

Al debitore, a seguito della novella legislativa del 2012, è altresì garantita la possibilità, in caso di presentazione di una domanda con continuità aziendale, in virtù del disposto di cui all'art. 182 *quinquies*, comma 4, l.fall., di ottenere l'autorizzazione per l'esecuzione di quei pagamenti "preferenziali", funzionali a sostenere la continuità aziendale e quindi in favore di soggetti strategici, e ciò anche dopo il solo deposito della domanda prenotativa.

Il legislatore ha inoltre previsto, ai sensi dell'art. 182 *sexies* l.fall. l'esenzione, fino all'omologazione, dall'applicazione della disciplina volta a garantire l'integrità del capitale sociale ai fini dell'ammissione alla procedura (non si applicano dunque le norme del codice civile che dispongono lo scioglimento in caso di perdita del capitale sociale o comunque di riduzione al di

dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'articolo 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato articolo 161, sesto comma". La norma, di fatto, subordinava quindi il riconoscimento della prededuzione dei crediti sorti in occasione della presentazione del ricorso prenotativo all'effettiva ammissione alla procedura di concordato.

Nella relazione illustrativa del d.l. 91/2014, si legge che la norma di interpretazione autentica è "*in netto contrasto con gli interventi di riforma della disciplina del concordato preventivo che si sono susseguiti a partire dal 2005*".

sotto dei limiti legali), nonché il rafforzamento della posizione contrattuale del debitore, cui viene garantito il diritto di sciogliersi da quei contratti che hanno effetti economici pregiudizievoli (art. 169 *bis* l.fall.).

La legge fallimentare contiene altresì un'esimente penale (art. 217 *bis* l.fall.), laddove stabilisce che gli atti o i fatti compiuti in esecuzione del piano concordatario non possano integrare condotte penalmente rilevanti in relazione ai reati di bancarotta.

Ultimo incentivo individuato dagli Autori, ma non ultimo per importanza, soprattutto in relazione al concordato preventivo, è quello relativo all'operare del principio maggioritario, che consente di assoggettare anche i creditori contrari alla proposta del debitore, se accettata dalla maggioranza.

4. La natura del concordato preventivo

Strettamente connesso al tema della privatizzazione e dei confini dell'autonomia negoziale è poi il dibattito sulla natura del concordato preventivo, sorto già all'inizio del Secolo scorso⁸⁴.

⁸⁴ Per una disamina completa dell'argomento si veda G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 193. L'Autore, in particolare, ripercorre le diverse concezioni dell'istituto che si sono succedute nel tempo; prima dell'entrata in vigore del r.d. n. 267/1942, la dottrina ricostruiva l'istituto del concordato in termini contrattualistici quale accordo stragiudiziale fondato sulla cessione dei beni ai creditori, o quale transazione, sussistendone gli elementi tipici delle reciproche concessioni e dell'intenzione di evitare la lite, rappresentata in questo caso dalla dichiarazione di fallimento. La tesi contrattualistica era invece stata contrastata dalla giurisprudenza dominante (v. *ex multis* Cass. 1 aprile 1960, n. 723, in *Giust. civ.*, 1960, I, 1142; Cass. 26 ottobre 1961, n. 2405, in *Foro it.*, 1961, I, 1602. Favorevole invece alla ricostruzione contrattualistica dell'istituto Cass., 20 luglio 1954, n. 2593, in *Giust. civ.*, 1954, 1798), che riteneva il giudizio di omologazione del quale era investito il Tribunale, in contrasto con detta concezione, attenendo il controllo giudiziale non solo alla legittimità della procedura, ma anche al merito della proposta. Viceversa, anche l'inquadramento pubblicistico e processualistico si esponeva però a critiche, laddove era difficile ricondurre l'istituto

nell'ambito di un procedimento tipico (contenzioso, cautelare, di cognizione o di esecuzione). Tanto più che proprio l'assenza di un conflitto giudiziario tra debitore e creditori rendeva e rende difficile qualificare il concordato quale processo giurisdizionale e che la pronuncia di omologazione non costituisce titolo per l'espropriazione dei beni del debitore a vantaggio della collettività dei creditori, dal momento che la stessa si limita in effetti ad omologare un negozio concluso tra le parti.

Così come pure non è apparsa convincente la tesi di chi cercava di ricondurre l'istituto nell'ambito della volontaria giurisdizione, non tenendo debitamente in considerazione la natura giurisdizionale contenziosa connaturata al procedimento in commento, in ragione dei poteri di controllo di legittimità e di merito della proposta, in capo al tribunale.

Prima della riforma, diversi erano gli studiosi che avevano dunque rinunciato a una ricostruzione unitaria del concordato preventivo, analizzando semmai l'inquadramento giuridico delle diverse fasi.

Con l'introduzione della legge fallimentare del '42 è indubbio che il legislatore abbia voluto assicurare, come detto, il recupero dell'impresa in crisi accentuando l'attenzione volta ai molteplici interessi coinvolti nel dissesto e non solo di quelli dei creditori, enfatizzando così la natura pubblicistica del concordato. Nel momento in cui, infatti, si abbandona una prospettiva esclusivamente liquidatoria per abbracciarne una tesa alla valorizzazione dei fattori produttivi dell'impresa nell'ottica del suo risanamento (cfr. Cass., 15 gennaio 1985, n. 67, in *Fall.*, 1985, 640; Cass., 28 novembre 1990, n. 1145, in *Fall.*, 1991, 562; Corte Cost., 24 maggio 1991, n. 218, in *Fall.*, 1991, 1117), in grado di offrire una migliore garanzia patrimoniale per i creditori, l'Autore ritiene che “*si era anche imposta una costruzione unitaria del modello concorsuale in termini essenzialmente pubblicistici*”, essendo risultata incompatibile quella privatistica e negoziale che avrebbe imposto l'intervento giudiziale quale mero controllo esterno della legalità di un accordo concluso *inter partes*.

La ricostruzioni in termini solo pubblicistici non era però convincente, avendo la riforma d'altra parte sicuramente ampliato il margine di autonomia assegnato alle parti. Per questi motivi, sono sorte teorie miste che prendono atto dell'esistenza di elementi negoziali e processuali (cfr. lo stesso G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 96; M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, 120; A. Jorio, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2000, 716) e che sono state fortemente criticate per aver raggiunto solo risultati descrittivi (cfr. F. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011, 177).

Proprio Di Marzio contesta poi la ricostruzione di chi presenta il concordato preventivo come procedura concorsuale (cfr. A. Bonsignori, *Concordato preventivo art. 160-186*, in *Commentario Scialoja-Branca Legge Fallimentare*, Bologna, 1979, 146), dal momento che tale soluzione focalizza l'attenzione sulla concorsualità, senza valorizzare adeguatamente l'elemento della negozialità, che è ciò che distingue la procedura in esame dalla liquidazione fallimentare. Ecco dunque che l'Autore, muovendo da tali rilievi, interpreta il concordato quale procedura concorsuale negoziale (v. F. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., 178).

Si sono infatti contrapposti due orientamenti sulla natura del concordato, uno privatistico-contrattuale⁸⁵, l'altro pubblicistico-processuale⁸⁶.

La qualificazione giuridica del concordato costituisce il fulcro principale sotteso alla difficoltà di rinvenire un punto di equilibrio tra autonomia negoziale e controllo giudiziale; più si valorizza lo spazio accordato al debitore e ai creditori per il raggiungimento di una soluzione condivisa dell'insolvenza più si sottolinea la valenza privatistica dell'istituto, mentre più si evidenziano i plurimi interessi coinvolti che trascendono quelli singoli dell'impresa e dei suoi creditori e i controlli giudiziali posti a tutela e garanzia di detti interessi esterni e generali, più si inquadra la procedura in termini pubblicistici⁸⁷.

Indubbiamente il tema della natura del concordato costituisce uno degli aspetti più dibattuti dalla dottrina e dalla giurisprudenza, finanche dalle Sezioni Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521⁸⁸; ai fini del presente lavoro si ritiene opportuno sinteticamente ricordare che nella prospettiva ante riforma, il sacrificio dei creditori dissenzienti si giustificava non tanto sul presupposto della convenienza del concordato quanto sulla meritevolezza del debitore dei conseguenti effetti

⁸⁵ Cfr. G. De Semo, *La natura giuridica del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1960, I, 5; S. Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1953, n. 152; F. Ferrara, *Fallimento*, Milano, 1995, 432; E. Tomajuoli, *Natura giuridica del concordato fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, 313.

⁸⁶ Cfr. G.A. Micheli, *Amministrazione controllata, concordato preventivo e fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 1420; R. Provinciali, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1955, 875; G. Ragusa Maggiore, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, 996.

⁸⁷ In generale sul tema si vedano: L. Abete, *La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 208; G.P. Macagno, *Natura giuridica della liquidazione nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, 5; N. Rocco di Torrepadula, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 216; L. Abete, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo*, in *Fall.*, 2008, 253; G. Minutoli, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, 2008, 1047.

In giurisprudenza a sostegno della concezione privatistica dell'istituto si vedano: Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.* 2011, I, 105; Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Fall.*, 2011, 403; Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Foro it.*, 2011, IX, 2308, in *Giust. civ.*, 2011, 7-8, 1673, e in *Fall.*, 2011, 933. Di segno contrario invece Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, in *Foro it.* 2012, I, 136.

⁸⁸ V. Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, V, 1534, in *Fall.*, 2013, 149, e in *Dir. fall.*, 2013, II, 1.

esdebitativi⁸⁹, in un'ottica pertanto pubblicistica. Tant'è che l'assenso della maggioranza dei creditori non era infatti ritenuto sufficiente ad assicurare alla procedura l'omologazione da parte del tribunale, subordinata anche al giudizio di meritevolezza dell'imprenditore.

Non si può al contrario non evidenziare come, con la riforma, l'accordo concluso tra debitore e creditori acquisti importanza fondamentale e il giudizio di omologazione si risolva, nella maggioranza dei casi, nell'accertamento del raggiungimento delle maggioranze prescritte.

Autorevoli Autori hanno dunque rilevato la perdita di ogni venatura pubblicistica, essendo ora il concordato improntato “*alla finalità di consentire a debitore e creditori chirografari di accordarsi per evitare il fallimento attraverso un pagamento “a saldo e stralcio”, senza che in quest’ottica rilevino, sul versante dell’imprenditore, situazioni soggettive ostative, né, per quanto concerne i creditori, percentuali minime di soddisfacimento. Il nuovo concordato preventivo, in definitiva, sembra tradursi essenzialmente in un contratto fra l’imprenditore in crisi e la maggioranza dei suoi creditori, che produce effetti esdebitativi anche per i creditori dissenzienti*”⁹⁰. L'importanza attribuita quindi all'elemento contrattuale fa sì che venga dato rilievo all'aspetto contrattualistico del concordato e che quindi venga meno la lettura pubblicistica dell'istituto; in altre parole, la riforma avrebbe spostato “*l’ago della bilancia verso la natura privatistica del concordato*”⁹¹.

Tale interpretazione, se considerata in termini assoluti, risulta però in contrasto con la valorizzazione dei fattori produttivi dell'impresa nell'ottica del

⁸⁹ Cfr. S. Ambrosini, in *Sub Art. 160*, in *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 4, e F. Carnelutti, *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, cit., 681.

⁹⁰ Cfr. S. Ambrosini, in *Sub Art. 160*, in *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 5.

⁹¹ Così L. Stanghellini, *Sub Art. 124. Proposta di concordato*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio, II, Bologna, 2007. Di Marzio ha qualificato le teorie a sostegno della natura contrattuale del concordato riformato come “neocontrattualistiche”, basate sull'ampliamento “*dei poteri determinativi dei soggetti privati (del potere di proposta del debitore e del potere di approvazione dei creditori)*” da una parte e sul contenimento dell'intervento del giudice dall'altra (v. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., 174).

suo risanamento che si è avuta con la riforma, che rende evidente la difficoltà di una ricostruzione unitaria.

È comunque possibile affermare che con la riforma si è oggettivamente arrestato, *rectius* arretrato, il potere di controllo demandato ai tribunali (cui non è però demandata una funzione meramente “notarile”), rafforzando invece quello affidato al debitore e ai suoi creditori. Se è vero però che all’impresa in crisi è assegnata la possibilità di ricorrere ad uno strumento duttile, caratterizzato oggi da una ampia flessibilità e libertà di contenuti, che ne valorizzano l’aspetto privatistico⁹², occorre sempre considerare che l’efficacia dell’accordo concluso non discende dal semplice consenso della maggioranza, essendo necessaria l’omologa giudiziale, che non costituisce una mera *condicio iuris* dell’efficacia dell’accordo. In considerazione della eterogeneità e molteplicità degli interessi coinvolti, il legislatore, seppur in un’ottica di privatizzazione della gestione della crisi, continua infatti a richiedere l’intervento del tribunale nella fase di omologazione affinché il patto di concordato possa esplicare i suoi effetti.

Nel dibattito sorto sulla natura del concordato preventivo sono intervenute, come detto, anche le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione del 23 gennaio 2013, n. 1521⁹³, laddove hanno affermato testualmente: “*che per quanto sin dalla sua introduzione si discutesse circa la natura dell’istituto del concordato preventivo, essendo questa connotata da profili rilevanti sia sul piano pubblicistico che su quello negoziale, non sembra si possa dubitare del fatto che la precedente disciplina fosse più solidamente ancorata ad uno schema di evidente stampo pubblicistico, in cui al giudice era affidato il compito del controllo di legalità e di merito della proposta*”.

In effetti la questione appare di difficile definizione, perché la disciplina dell’istituto non può prescindere dal considerare anche gli interessi pubblicistici coinvolti e, conseguentemente, la natura del concordato sarà sempre in bilico tra autonomia privata e autotutela dei creditori da una parte e eterotutela dall’altra, e ciò proprio in ragione, come detto, della pluralità degli interessi coinvolti. La

⁹² Anche G. Lo Cascio, interpreta infine in termini privatistici la natura del concordato preventivo, nella formulazione successiva alle riforme: cfr. *Il concordato preventivo*, cit., 208.

⁹³ Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

necessaria presenza del tribunale nonché di quella del pubblico ministero testimoniano del resto che il legislatore continua a considerare “*il fenomeno dell’insolvenza come un accadimento che non può essere confinato nel rapporto creditore-debitore, posto che sono incisi interessi superindividuali, spesso non catalogabili a priori*”⁹⁴.

Si può dunque parlare di necessità strutturale del tribunale nonostante la dimensione privatistica in cui si muove il nuovo concordato, “*per consentire all’autonomia privata di dispiegare appieno i propri effetti, anche in situazioni diverse da quelle del tradizionale diritto dei contratti*”⁹⁵.

L’omologazione da parte del tribunale e in generale i poteri di controllo ancora demandati allo stesso sono dunque sinonimo di garanzia per i creditori dissenzienti che devono avere il diritto di sollecitare l’intervento del giudice. Un controllo giudiziale non contraddice infatti l’autonomia assegnata alle parti, anzi, al contrario, offre alle stesse quella autorevolezza che da sole non potrebbero vantare⁹⁶.

In altre parole, da una parte non si può mettere in discussione l’ampliamento dello spazio assegnato all’autonomia privata nel concordato preventivo, senza con questo però poter attribuire all’istituto natura esclusivamente contrattuale dopo la riforma, e ciò anche in ragione dell’impossibilità di ricostruire l’accordo concordatario quale contratto *tout court*, dal momento che la formazione del consenso soggiace alle regole del principio maggioritario.

⁹⁴ Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 69; C. Cavallini, *L’impresa, la crisi, il giudice*, in *Riv. soc.*, 2012, 764.

⁹⁵ Così I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva “funzionale” aperta dal richiamo alla “causa concreta”*, in *Fall.*, 2013, 287.

⁹⁶ Cfr. I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva “funzionale” aperta dal richiamo alla “causa concreta”*, cit., 287.

4.1 Il ruolo del principio maggioritario

Per comprendere l'importanza del ruolo attribuito al principio maggioritario nella procedura di concordato, sarà sufficiente ricordare che un creditore può essere costretto a subire una limitazione dei propri diritti di azione e del proprio diritto di credito in ragione della decisione adottata da altri creditori, senza aver però con essi intrattenuto alcun rapporto contrattuale e senza essersi quindi volontariamente obbligato al rispetto delle regole fissate da una qualche entità organizzata.

È dunque opportuno analizzare le modalità di manifestazione di volontà dei creditori, cui *in primis* è rivolta la proposta, e le regole di formazione del consenso; ciò che rileva, infatti, non è tanto la volontà espressa dal singolo creditore, quanto quella manifestata dall'intero ceto creditorio secondo le regole del principio di maggioranza. Appare dunque utile dedicare una riflessione a tale principio sia in relazione alla sua compatibilità con l'istituto concordatario sia in relazione al valore negoziale che deve essere attribuito al consenso così manifestato, sottolineando che di fatto il procedimento concordatario è finalizzato alla conclusione di un contratto all'interno di un processo e che quindi le regole generali dei contratti troveranno un temperamento dovuto alle esigenze processuali.

Innanzitutto è bene premettere che l'accordo sulla proposta di concordato, che si perfeziona con l'approvazione dei creditori "*secondo lo schema del contratto bilaterale nel quale una parte è complessa*"⁹⁷, e che produce i suoi effetti solo dopo l'omologazione da parte del tribunale, non costituisce il contratto sulla procedura, bensì quello volto a disciplinare le modalità di gestione della crisi⁹⁸.

Benché dunque si sia indubitabilmente in presenza di un negozio, il principio maggioritario è l'elemento che forse, più di tutti, impedisce di

⁹⁷ V. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 64.

⁹⁸ Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 65, e A.M. Azzaro, *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, in *Fall.*, 2007, 745, che parla di contratto speciale di diritto concorsuale perché destinato a inserirsi nel procedimento.

considerare il concordato in termini unicamente privatistici e di valutare la proposta esclusivamente come atto di autonomia privata.

L'applicazione *stricto sensu* delle regole generali del contratto al concordato, in particolare dell'art. 1372 c.c., che esclude che il contratto abbia efficacia nei confronti di terzi non contraenti salvo i casi previsti dalla legge, potrebbe addirittura comportare, ad una prima (superficiale) lettura, che il vincolo concordatario si instauri solo nei riguardi di quei creditori che abbiano espresso la propria volontà favorevole, e dunque condurre a una interpretazione incompatibile con l'art. 184 l.fall., vale a dire con l'applicazione del principio maggioritario in virtù del quale l'approvazione a maggioranza del concordato vincola non solo i soggetti che abbiano manifestato positivamente la propria volontà, ma anche coloro che non hanno partecipato alla votazione o perché esclusi o perché non ne erano a conoscenza.

La predetta lettura non è in realtà corretta, in quanto anche i creditori dissenzienti rivestono la qualifica di parti del concordato e anche nei loro confronti si estende l'efficacia del contratto ai sensi dell'art. 1372, comma 1, c.c. (se anche tale lettura non fosse ritenuta corretta, l'art. 184 l.fall. potrebbe comunque costituire un caso di estensione *ex lege* dell'efficacia ai sensi dell'art. 1372, comma 2, c.c., e quindi la compatibilità del sistema speciale concorsuale con la disciplina generale dei contratti verrebbe in ogni caso salvaguardata).

Il principio maggioritario non è dunque in contrasto con l'art. 1372 c.c., incidendo semmai sulle modalità di formazione del consenso e non sull'efficacia dell'accordo; e quindi solo per quanto riguarda questo aspetto, vale a dire sulle modalità di formazione del consenso, appare opportuno approfondire la compatibilità del principio maggioritario con l'istituto concordatario.

In ragione della summenzionata ambivalenza della natura del concordato preventivo e dell'attuale quadro normativo, che lascia in effetti un margine di discrezionalità all'interprete, è difficile attribuire con certezza un significato e una giustificazione all'operare del principio maggioritario, che invece era più evidente nel previgente sistema normativo, laddove la giustificazione della sua operatività risiedeva nella garanzia -comunque offerta ai creditori- del controllo giudiziale

sulla convenienza della proposta⁹⁹. Prima della riforma, il voto a maggioranza non impediva infatti il controllo giudiziario, volto ad assicurare, in ogni caso, ai dissenzienti e agli estranei la convenienza della proposta.

Nell'attuale sistema, abbandonata la prospettiva dell'eterotutela e abbracciata quella dell'autotutela dei creditori, risulta più difficile rinvenire la giustificazione dell'applicazione del principio maggioritario; il quale appare in effetti compatibile con le regole dei contratti, solo laddove i creditori siano titolari di interessi tra i quali intercorre un rapporto di strumentalità¹⁰⁰ che è in realtà difficilmente individuabile.

Questo problema, lungi dall'essere solo teorico, ha anche evidenti ripercussioni pratiche laddove a fronte dell'applicazione del principio di maggioranza non è possibile concretamente applicare quegli strumenti tipici del diritto privato per reprimere gli abusi della maggioranza a danno della minoranza previsti nelle collettività organizzate, dal momento che il legislatore non qualifica in questi termini la massa dei creditori.

Dal momento però che lo spirito della riforma sembra essere andato, come detto, nel senso di depotenziare i poteri del tribunale, e, conseguentemente, una lettura volta a recuperare o comunque a rafforzare il ruolo del giudice non sembra essere quella più confacente con l'odierno sistema normativo, né corrispondente con lo spirito delle attuali disposizioni, non resta altro, in effetti, che considerare la massa dei creditori come una collettività organizzata, cui applicare eventualmente le tutele e i presidi propri dei gruppi privatistici (ad esempio la tutela della minoranza tramite le norme sul conflitto di interessi e il controllo sulla omogeneità delle classi in modo che vi sia strumentalità di interessi tra i votanti).

Nel sistema attuale non può in effetti più dirsi che gli interessi dei creditori astenuti, dissenzienti ed estranei siano comunque tutelati dal tribunale, dal momento che in mancanza di opposizioni la decisione è rimessa unicamente alla maggioranza dei creditori, in esecuzione di un procedimento che riesce a superare

⁹⁹ Così R. Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984.

¹⁰⁰ Elemento che è escluso da R. Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, cit., 300.

la relatività dei contratti e nel quale vengono escluse (o dovrebbero essere escluse) le criticità individuali, e valorizzate viceversa le volontà omogenee¹⁰¹.

In relazione poi, più nello specifico, alla posizione giuridica rivestita dai creditori, una parte della dottrina ha conciliato la natura privatistica del concordato con il principio maggioritario, ricostruendo il ceto creditorio come una collettività organizzata, dotata persino, nella ricostruzione di taluni, di personalità giuridica¹⁰².

A seguito dell'ammissione alla procedura concordataria, infatti, tra di essi, secondo questa impostazione, si instaurerebbe una comunione avente ad oggetto i rispettivi diritti di credito che diventerebbero comuni a tutti i creditori, e questi ultimi sarebbero conseguentemente legittimati a gestirli secondo il principio maggioritario¹⁰³.

Secondo altri, invece, i creditori rappresenterebbero una collettività caratterizzata da comuni interessi, chiamata a gestire in via di autotutela i molteplici interessi coinvolti. In ragione poi della omogeneità delle posizioni

¹⁰¹ Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 613.

Pur condividendo questa prospettiva, non si può invero non considerare che l'applicazione del principio maggioritario nel concordato è comunque controbilanciato da una serie di tutele dei creditori offerte dal procedimento giudiziale (tra cui il ruolo rivestito dal professionista attestatore e dal commissario giudiziale, benché al tribunale non spetti più la valutazione sulla convenienza). E ciò è tanto più vero se si pensa che il principio maggioritario non viene esteso alle altre procedure di composizione negoziale della crisi in cui vi è un coinvolgimento inferiore del tribunale.

¹⁰² Cfr. Cass., 23 aprile 1992, n. 4904, in *Giur. comm.*, 1993, II, 360. Sul punto cfr. anche G. D'Attorre, *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 398, che pur non riconoscendo l'esistenza di un ente dotato di personalità giuridica, ravvede comunque l'esistenza di un centro di imputazione di interessi nella massa.

¹⁰³ Cfr. A. Rocco, *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, *Trattato teorico-pratico*, Torino, 1902, 152, che sposa la teoria della comunione qualificata; sull'applicazione del principio di maggioranza nel concordato preventivo si veda R. Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, cit., il quale ripercorre anche il pensiero di Rocco, secondo cui oggetto di comunione sarebbe "il diritto di pegno generale su tutto il patrimonio del debitore; il diritto di far rientrare nel patrimonio del debitore tutto quello che ne è uscito con la violazione dell'uguaglianza dei creditori; il diritto di rappresentare attraverso il curatore, il debitore in ogni azione riguardante il suo patrimonio". È comunque difficile cogliere come il decreto di ammissione possa far perdere la titolarità del proprio diritto di credito in capo a ciascun creditore e specularmente istituire una comunione dei diritti stessi.

giuridiche in capo ai vari creditori, si giustifica l'estensione degli effetti del concordato approvato dalla maggioranza, anche ai dissenzienti e agli estranei, ai sensi dell'art. 184 l.fall.¹⁰⁴.

Altri ancora hanno qualificato i creditori come un "gruppo senza regole", vale a dire come un gruppo di persone, accumulate da interessi comuni, senza però regole precise¹⁰⁵.

Al riguardo è naturalmente condivisibile l'opinione di chi ritiene che, perché si possa parlare di comunità, non è necessario che si sia in presenza di un soggetto dotato di personalità giuridica. Ciò non impedisce comunque che ci si possa riferire ai creditori in termini di "massa"¹⁰⁶.

Secondo autorevole dottrina, la possibilità giuridica di applicare il principio di maggioranza ai concordati discenderebbe poi non solo dalla presenza di un interesse comune ai creditori, in grado di equilibrare autorità e autonomia privata, ma anche e innanzitutto, dalla manifestazione di volontà preventiva espressa -implicitamente- all'atto della concessione del credito, di veder sostituite le regole di diritto privato delle obbligazioni, con quelle del concorso¹⁰⁷.

La sussistenza di una comunità giustificata dalla comunanza di interessi non è comunque pacifica in dottrina, anzi da taluni fortemente contrastata¹⁰⁸,

¹⁰⁴ Cfr. M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., 179, secondo cui, affinché il principio possa funzionare, in ipotesi di eterogeneità degli interessi e delle posizioni soggettive occorre che il classamento sia obbligatorio.

¹⁰⁵ V. L. Stanghellini, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia: le procedure di insolvenza*, cit., 52.

¹⁰⁶ V. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 616.

¹⁰⁷ Cfr. R. Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, cit., 122.

¹⁰⁸ Cfr. R. Sacchi, *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, cit., 314; D. Galletti, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 908; G. Lo Cascio, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Fall.*, 2008, 998; F. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., 250. *Contra* si veda S. Ciccarello, *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983, 44; G. De Semo, *Diritto fallimentare*, Padova, 1968, 41.

In particolare Di Marzio sostiene che "il diritto al concorso – il diritto di ogni creditore e di tutti i creditori a concorrere sul patrimonio del debitore – fonda l'interesse al governo della crisi e, in definitiva, alla procedura concorsuale; l'interesse alla gestione economicamente ragionevole della crisi è proprio di ogni creditore, giacché nessuno

anche in ragione del forte conflitto di interessi che può sussistere nelle opposte posizioni¹⁰⁹ (e che andrebbe semmai regolamentato nelle classi) nonché del potere, benché residuale, tuttora in capo all'autorità giudiziaria.

La sussistenza di un conflitto di interessi tra i creditori non esclude in realtà che vi sia un interesse comune alla migliore regolamentazione possibile della crisi¹¹⁰. È pur vero però che, indipendentemente dalle posizioni egoistiche legittimamente espresse da ciascun creditore, occorre, al fine di minimizzare il possibile conflitto di interessi, omogeneizzare le posizioni di coloro i quali si trovano nelle medesime condizioni, dal momento che una diversità di trattamento è giustificabile solo in presenza di classi, all'interno delle quali vi è identità di trattamento. Vedremo meglio nel terzo capitolo del presente lavoro, come la formazione delle classi costituisca “*lo strumento di adeguamento della comunità*

preferirebbe una gestione irrazionale se non per il proprio vantaggio illecito o comunque immeritevole di tutela, e come tale non ostensibile nel discorso giuridico”, che “il comune interesse dei creditori si converte, per organizzazione della legge, nel diritto di partecipare al concorso”, e che “L’interesse dei creditori al governo della crisi ha natura strumentale rispetto all’interesse finale e individuale di ciascun creditore alla soddisfazione della pretesa vantata; mentre il primo interesse è comune a tutti i creditori, il secondo interesse è da ciascuno di essi affermato in conflitto con l’interesse di tutti gli altri creditori. Non per questo l’interesse finale è antinomico all’interesse individuale; lo sarebbe se non sussistessero le discipline del concorso, che raccordando i due tipi di interesse assicurano l’interesse comune al concorso: ossia alla gestione razionale dell’impresa in crisi finalizzata alla ripartizione dell’attivo secondo il criterio della soddisfazione proporzionale (fatte salve le cause legittime di prelazione)”.

¹⁰⁹ Cfr. Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, cit., che ha stabilito che i creditori costituiscono una comunità involontaria, i cui interessi non sono riducibili ad una unità. Ciascun creditore e ciascuna categoria di creditori perseguirebbe dunque il proprio egoistico interesse nei limiti di una cornice di legalità, anche se in contrasto con altre categorie di creditori o con altri creditori. In senso conforme anche App. Napoli, 19 maggio 2009, n. 7462, inedito.

¹¹⁰ Come osserva M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 617, citando sul punto anche G. D’Attorre, *Il conflitto d’interessi fra creditori nei concordati*, cit., 405, nella regolazione del dissesto sono plausibili parità di condizioni solo nel caso in cui sussistano parità di presupposti nella formazione del credito. D’Attorre sostiene poi, sul punto, che “*il principio di maggioranza sia compatibile con la tutela delle posizioni del singolo quando vengono rispettate due condizioni, rappresentate dall’osservanza del metodo collegiale e, soprattutto, dal perseguimento di un interesse comune da parte della maggioranza*”.

all'eterogeneità degli interessi"¹¹¹ e quali ripercussioni applicative possa avere l'individuazione o meno di un interesse comune in capo ai creditori.

Alla luce di ciò, l'interesse che deve prevalere non è quello del singolo creditore, bensì quello alla migliore regolamentazione possibile di quella specifica crisi d'impresa e ciò, vale a dire la comunanza a questo interesse, giustifica di per sé l'adozione del principio di maggioranza.

Autorevolmente si è dunque sostenuto che il principio di maggioranza *"funziona bene in presenza di tre condizioni: 1) quando c'è comunanza di interessi fra i membri del gruppo; 2) quando sono previsti limiti inviolabili dalla maggioranza ("diritti individuali"); 3) quando il voto è esercitato secondo correttezza"*¹¹².

Ecco dunque che affinché operi correttamente il principio maggioritario è necessario che i votanti siano portatori di interessi omogenei, per evitare che interessi diversi siano sacrificati in ragione del semplice voto della maggioranza¹¹³.

La questione è dunque strettamente connessa, come vedremo, anche a quella della formazione delle classi, che, benché non obbligatorie, potrebbero rendersi quanto mai opportune nell'ipotesi di posizioni giuridiche e interessi economici non omogenei.

Con riferimento al principio maggioritario, occorre infine brevemente ricordare che la riforma del 2005, in relazione alle modalità di formazione dell'accordo, ha previsto che la proposta di concordato sia approvata quando sussiste il voto favorevole della maggioranza assoluta dei crediti ammessi al voto, nonché, nel caso in cui la proposta preveda la suddivisione in classi, della maggioranza dei crediti ammessi al voto nelle singole classi. Prima della riforma, invece, il testo originario dell'art. 177 l.fall. prevedeva che non fosse sufficiente la maggioranza dei crediti, ma che fosse necessaria anche quella numerica dei

¹¹¹ V. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 620.

¹¹² L. Stanghellini, *Creditori "forti" e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2006, 381.

¹¹³ Cfr. P. Catalozzi, *Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori "deboli"*, in *Fall.*, 2007, 338.

creditori votanti¹¹⁴. Di fatto, con l'odierna formulazione, è possibile che il concordato venga approvato con il voto favorevole di solo uno dei creditori (che abbia la maggioranza dei crediti) e che risultino in generale marginali le votazioni dei "piccoli creditori", incapaci di incidere sulla votazione in assenza delle classi.

La novella legislativa costituita dal "decreto sviluppo", d.l. n. 83/2012, ha poi modificato il testo dell'art. 178 l.fall., prevedendo che il processo verbale redatto nel corso dell'adunanza debba indicare nominalmente i creditori che non hanno ancora esercitato il diritto di voto nonché l'ammontare dei loro crediti, stabilendo altresì, e soprattutto, che nel caso in cui non manifestino la propria volontà, vengano considerati consenzienti, equiparando così la posizione del creditore assente con quella del creditore consenziente.

L'attuale formulazione dell'art. 178, comma 4, l.fall., ha dunque riconosciuto valore di consenso all'inerzia di una delle parti, attribuendo così valore giuridico a un comportamento omissivo che sarebbe di per sé inidoneo a perfezionare il negozio¹¹⁵.

La presunzione di assenso in capo al creditore che non esprime la propria volontà costituisce un elemento importante a favore dell'attribuzione della natura privatistica all'istituto, dal momento che riduce la portata applicativa della deroga all'art. 1372, comma 2, c.c., contenuta nell'art. 184, comma 1, l.fall., riducendo quantitativamente i possibili soggetti terzi vincolati dalla decisione della maggioranza¹¹⁶.

La novella legislativa ha quindi sicuramente ulteriormente incentivato il ricorso alla soluzione negoziale del concordato, incrementando le possibilità che la proposta venga approvata, lasciando però ancora irrisolte le questioni legate

¹¹⁴ La riduzione del controllo giurisdizionale e il parallelo rafforzamento del principio maggioritario si evince anche dall'abrogazione della regola sulla maggioranza per teste: cfr. F. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., 173.

¹¹⁵ Cfr. C.M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il Contratto*, Milano, 2000, 211. La limitazione della propria libertà negoziale, costituzionalmente garantita dall'art. 41, comma 1, Cost., subita dal creditore inerte, può dunque essere giustificata in ragione di quell'utilità sociale di cui al successivo comma 2 dell'art. 41 Cost., relativa alla funzione rivestita dall'istituto concordatario all'interno del sistema socio-economico (cfr. L. Abete, *La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione*, cit., 225).

¹¹⁶ Cfr. L. Abete, *La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione*, cit., 224.

all'applicazione del principio maggioritario ai creditori che non hanno posizione omogenea, nonché ai terzi estranei all'accordo, rendendo quindi impossibile ricostruire l'istituto in termini solo privatistici¹¹⁷.

E ciò in quanto il pericolo che si potrebbe concretamente correre in assenza di controlli giurisdizionali o in presenza di controlli meramente "notarili" è che la maggioranza decida (anche) su aspettative altrui non solo sulla base di logiche economico-aziendalistiche errate (irrilevanti in quanto attinenti alla convenienza) ma viziate dal conflitto d'interesse determinato dalle posizioni eterogenee dei creditori. Ecco allora che, al fine di prevenire tali situazioni, è quanto mai opportuno il controllo iniziale del tribunale sulla correttezza dei criteri di formazione delle classi ai sensi dell'art. 163 l.fall., mentre, nei concordati senza classi, è forte l'esigenza di reperire tecniche di tutela delle minoranze dissenzienti¹¹⁸.

4.2 Il rapporto tra contratto e processo

Come ricordato nel precedente paragrafo, il concordato è innanzitutto un procedimento all'interno del quale si perfeziona il vincolo negoziale tra il debitore e i suoi creditori sotto il controllo dell'autorità giudiziaria.

Occorre dunque tenere in considerazione anche questa prospettiva se si vuole affrontare il tema della natura del concordato. Come è stato efficacemente osservato, il fenomeno è invero complesso dal momento che: *“a seconda da dove lo si guardi il concordato è un contratto o è un processo; è, quindi, inevitabile una lettura caleidoscopica”*¹¹⁹. Ecco allora che dovranno essere applicate da una

¹¹⁷ Cfr. G. Lo Cascio, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fall.*, 2013, 527; V. Piccinini, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il “decreto correttivo”*, cit., 553.

¹¹⁸ Sul punto si rimanda al terzo capitolo del presente lavoro.

¹¹⁹ Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 81.

parte le norme del diritto dei contratti per disciplinare i profili negoziali, e, dall'altra, quelle del processo per i profili procedurali attinenti alle modalità di attuazione del concorso e della responsabilità patrimoniale, collocandosi l'istituto tra il diritto sostanziale e quello processuale.

Come già si è avuto modo di ricordare, la procedura, del resto, non si instaura in virtù della contrattazione tra debitore e creditori, bensì attraverso la presentazione di una domanda giudiziale destinata ad ottenere l'omologazione di una proposta approvata dai creditori¹²⁰. Benché quindi la proposta abbia contenuto privatistico e sia disciplinata dalle regole dettate per i contratti, si inserisce in una procedura giurisdizionalizzata.

Tale elemento procedurale deve dunque, necessariamente, essere conciliato con quello della negozialità; sul punto, Di Marzio ritiene che a tal fine soccorra il paradigma deliberativo, potendosi ricostruire l'istituto concordatario quale "*procedura concorsuale deliberativa*". L'Autore ritiene infatti che il fenomeno deliberativo dei creditori sia sorretto da regole di azione, vale a dire procedurali, di matrice assembleare (benché, a differenza che per le società, il gruppo dei votanti nel concordato sia etero-organizzato) che rendono dunque compatibile il carattere procedurale del concordato con il paradigma deliberativo e che consentono di interpretare la deliberazione dei creditori che costituisce l'accordo, quale atto (peraltro fondamentale) del procedimento¹²¹.

Al di là quindi dell'importanza della fase, invero apicale nella procedura, in cui si incontrano la volontà del debitore con quella dei creditori e che costituisce il momento negoziale, il concordato si sostanzia innanzitutto in un procedimento¹²², introdotto, come detto, da una domanda e concluso da una decisione (il decreto che decide sull'omologazione), nonché in un processo in quanto esso si svolge innanzi ad un'autorità giudiziaria "*che è chiamata ad emettere una decisione che decide e incide su posizioni giuridiche soggettive rilevanti*"¹²³.

¹²⁰ Cfr. G. Lo Cascio, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, cit., 526.

¹²¹ Cfr. F. Di Marzio, *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, cit., 178.

¹²² Più precisamente una procedura concorsuale.

¹²³ V. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 77.

CAPITOLO SECONDO

Autonomia negoziale e controllo giudiziale

1. I presupposti di ammissibilità della domanda di concordato preventivo

Dopo aver esaminato l'ampliamento dello spazio negoziale assegnato al debitore in crisi nella predisposizione di una proposta che possa incontrare il *favor* dei suoi creditori, sia in termini di possibile contenuto della proposta stessa, sia in termini di degiurisdizionalizzazione della procedura (vale a dire di privatizzazione dell'istituto, laddove la legge fallimentare intende rimettere ogni valutazione ai creditori¹²⁴) in ragione dell'arretramento dei poteri assegnati al tribunale, occorre ora analizzare quale sia il ruolo attualmente assegnato agli organi della procedura e in particolare al tribunale, in seguito alle riforme della legge fallimentare. E ciò anche nell'ottica di individuare le garanzie comunque offerte ai creditori dall'ordinamento.

Il tema dei confini dei poteri assegnati al tribunale nel corso delle varie fasi della procedura e soprattutto in relazione alla fattibilità del piano -problema definito addirittura quale "*tema dei temi*"¹²⁵- è stato affrontato innumerevoli volte in dottrina e giurisprudenza, ma, come vedremo nel corso del presente capitolo, nonostante l'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite della Suprema Corte¹²⁶,

¹²⁴ Come già abbiamo accennato, una parte della dottrina era al riguardo arrivata a sostenere, ma sul punto torneremo, che il tribunale rivestisse una funzione notarile: cfr. G. Lo Cascio, il quale, però, ha rivisto le sue posizioni, dandone conto in *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, 385.

¹²⁵ La definizione è di C. Cavallini, *Dalla crisi alla conservazione dell'impresa nelle ultime riforme fallimentari: uno sguardo d'insieme tra novità della legge e statuizioni della Suprema Corte*, in *Riv. soc.*, 2013, 4, 762.

¹²⁶ Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

non si è ancora giunti ad un'interpretazione univoca del dato normativo. O meglio, più precisamente, le indicazioni astrattamente chiare offerte dalla dottrina e soprattutto dalla giurisprudenza di legittimità si scontrano con la complessità e specificità del caso concreto, rendendo per il momento difficile un'applicazione appunto uniforme.

Per comprendere l'importanza del tema basterà ricordare che l'omologazione del concordato è in grado di incidere sui diritti anche di soggetti terzi, vincolati loro malgrado dalla decisione della maggioranza dei creditori; e che, più in generale, il tribunale costituisce una garanzia sulla regolarità formale e sostanziale dello svolgimento della procedura nei confronti dell'intero ordinamento.

Occorre inoltre considerare che i poteri di controllo demandati all'autorità giudiziaria (ma anche i penetranti doveri di informazione imposti a favore dei creditori) fungono da correttivi allo spazio di autonomia privata e, più in generale, a tutti quei benefici e agevolazioni riconosciuti all'imprenditore in crisi per incentivarne il ricorso al concordato preventivo.

Per ragioni di ordine logico e sistematico ci sembra opportuno affrontare il tema dei poteri di competenza del tribunale partendo dall'esame di quali siano i presupposti per l'ammissione alla procedura previsti dalla legge fallimentare, esaminando successivamente i confini del sindacato giudiziale su tali presupposti sia nella fase di ammissione che in quelle successive e in particolare in quella dell'omologa.

Già si è detto, nel corso del primo capitolo, sulle modifiche della disciplina di cui agli artt. dal 160 al 163 l.fall., quantunque in termini generali; in questa sede appare però utile ricordare che nessuna di quelle norme è in grado di specificare esattamente che cosa debba essere oggetto di valutazione da parte del tribunale ai fini dell'ammissione e proprio in ragione di questo margine di discrezionalità affidato all'interprete è sorta la complessa questione.

L'art. 160 l.fall. si occupa infatti del possibile contenuto della proposta, il successivo art. 161, invece, dei documenti, e, *in primis*, delle caratteristiche del piano, da allegare al ricorso per concordato preventivo, mentre gli artt. 162 e 163 sono dedicati agli adempimenti che spettano al tribunale, ma non indicano, però,

come detto, gli elementi valutativi che i giudici devono esaminare al fine della formulazione del giudizio sull'ammissibilità della domanda, limitandosi gli stessi a parlare di verifica dei presupposti di cui agli artt. 160 e 161.

Ad alimentare il dibattito, negli anni, ha in particolare contribuito il "decreto correttivo", vale a dire il d.lgs n. 169/2007, che ha modificato il primo comma dell'art. 163 l.fall., già modificato dal d.l. n. 35/2005.

Più nello specifico, il primo intervento riformatore aveva stabilito che il tribunale dovesse, in fase di valutazione dell'ammissibilità, verificare "*la completezza e la regolarità della documentazione*". La successiva novella correttiva, invece, ha completamente rivisto il testo del primo periodo del primo comma dell'art. 163, prevedendo che "*il tribunale, ove non abbia provveduto a norma dell'articolo 162, commi primo e secondo, con decreto non soggetto a reclamo, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo*", vale a dire che il tribunale deve procedere all'ammissione laddove abbia verificato la sussistenza dei presupposti di cui agli articoli 160, commi 1 e 2, e 161 l.fall. (cfr. testo art. 162), senza doversi limitare dunque a verificare la completezza e la regolarità della documentazione.

Una parte dei commentatori della riforma del 2005¹²⁷ aveva dunque sostenuto che, sulla base della nuova formulazione dell'art. 163, non fosse più possibile per il tribunale valutare il merito della proposta, bensì che fosse coerente

¹²⁷ In dottrina si vedano S. Ambrosini, *Concordato preventivo: profili generali e limiti del controllo giudiziale*, in www.ilcaso.it, doc. n. 53/2007, 18; U. De Crescenzo e L. Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005, 35; M.R. Grossi, *La riforma della legge fallimentare*, cit., 2124; P.F. Censoni, *Il "nuovo" concordato preventivo*, cit., 723; N. Salanitro, *Motivi ispiratori e valutazioni interpretative della riforma concorsuale*, cit., 513; S. Pacchi, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., 125; S. De Matteis, *Questioni vecchie e nuove in tema di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2005, 1411; G. Bozza, *L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2005, 804; G. Bozza, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Fall.*, 2005, 1208.

In giurisprudenza si vedano invece: Trib. Milano, 19 maggio 2005, in *Fall.*, 2005, 1198; Trib. Cagliari, 23 giugno 2005, in *Giur. merito*, 2006, 5, 1203; Trib. Treviso, 15 luglio 2005, in *Fall.*, 2006, 63; Trib. Milano, 21 luglio 2005, inedito; Trib. Roma, 28 settembre 2005, inedito; Trib. Torino, 16 ottobre 2005, in *Giur. it.*, 2006, I, 559; Trib. Bari, 7 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, 52; Trib. Milano, 29 dicembre 2005, in *Giustizia a Milano*, 2006, 2, 13; Trib. Firenze, 8 febbraio 2006, in *Fall.*, 2006, 608; Trib. Milano, 16 febbraio 2007, in *Fall.*, 2007, 548; Trib. Reggio Emilia, 1 marzo 2007, in www.ilcaso.it; Trib. Milano, 16 aprile 2008, in www.ilcaso.it.

e compatibile con il nuovo dato testuale un mero controllo di regolarità e completezza formale della documentazione, che escludeva in radice il sindacato giudiziale sia sulla fattibilità sia sulla convenienza della proposta (con l'eccezione, espressamente prevista dal secondo periodo del primo comma dell'art. 163, del concordato con classi, nel quale il tribunale deve valutare, sin dalla primo intervento riformatore del 2005, la correttezza dei criteri di formazione delle classi stesse).

Alla luce di ciò, è possibile dunque affermare che la precedente formulazione dell'art. 163, comma 1, l.fall., fosse ancora più coerente con una lettura privatistica del concordato; ancora prima dell'intervento "correttivo" del 2007, comunque, parte della dottrina e soprattutto della giurisprudenza, come vedremo nel corso del secondo paragrafo del presente capitolo, avevano già avuto modo di chiarire che un controllo giudiziale unicamente formale sulla regolarità e la completezza della documentazione prodotta non fosse coerente con lo spirito della riforma, che da una parte è sì volta ad ampliare lo spazio dell'autonomia privata, ma, dall'altra, non vuole eliminare la funzione di garanzia affidata al tribunale a tutela, soprattutto, dei creditori dissenzienti (che non è più costituita dalla valutazione giudiziale sulla convenienza)¹²⁸.

Ancor più a seguito della modifica legislativa del 2007 (ma, appunto, come detto, il punto non era pacifico neppure prima) il nodo del problema che deve essere sciolto è quello di verificare in che cosa consista l'accertamento dei presupposti di cui agli articoli 160, commi 1 e 2, e 161 l.fall.

Posto infatti che può dirsi sicuramente insufficiente un controllo volto alla sola regolarità formale, il dato normativo non individua con chiarezza non solo i limiti ma anche l'oggetto della valutazione giudiziale (tra gli elementi di valutazione sono però sicuramente compresi la qualità di imprenditore commerciale, la sussistenza almeno di uno stato di crisi, la corretta formazione delle classi, la presentazione della documentazione).

¹²⁸ Così V. Piccinini, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il "decreto correttivo"*, cit., 562; la quale, sulla funzione di garanzia che deve assolvere il tribunale, ricorda in dottrina A. Patti, *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, in *Fall.*, 2006, 1019; e, in giurisprudenza, Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Fall.*, 2005, 1402.

Nulla questio al riguardo pongono gli allegati alla domanda di concordato, che si deve presentare con la forma del ricorso giudiziale sottoscritto dal debitore, di cui alle lettere a, b, c, d del comma 2, dell'art. 161 l.fall.; più complicata invece la verifica del piano di cui alla lettera e), innanzitutto perché esso rappresenta il cuore della proposta concordataria, dal momento che prevede il suo contenuto, articolato nel rispetto delle possibilità prescritte dall'art. 160 l.fall., inoltre in quanto accompagnato dalla relazione del professionista di cui all'art. 161, comma 3, l.fall., che deve attestare, sin dall'entrata in vigore del d.l. n. 35/2005, la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

Vedremo nel prosieguo della trattazione quali sono le interpretazioni che si sono succedute; per il momento si ritiene sufficiente sottolineare che il dato normativo si presta a diverse interpretazioni, dal momento che non è chiaro, diversamente dalla situazione ante riforma¹²⁹, fino a che punto debba spingersi l'esame del giudice. E ciò soprattutto in relazione alle importanti modifiche apportate dal "decreto sviluppo", che hanno attribuito penetranti poteri autorizzativi al tribunale, quindi inerenti anche al merito del piano, nel periodo intermedio tra la presentazione del concordato con riserva e il decreto di cui all'art. 163 l.fall., nonché nelle ipotesi di concordato con continuità aziendale.

Un ruolo sicuramente centrale in questo giudizio prodromico all'ammissione è rivestito dunque dalla relazione del professionista di cui all'art.

¹²⁹ La precedente formulazione dell'art. 162, comma 1, l.fall., prevedeva che il tribunale dovesse valutare la rispondenza della proposta alle condizioni indicate nell'art. 160, comma 2, l.fall., il quale imponeva un giudizio prognostico sul soddisfacimento dei creditori chirografari nella misura di almeno il 40%, valutato sulla base o della consistenza e serietà delle garanzie offerte oppure in ragione del valore dei beni da liquidarsi. Mancando dunque l'ausilio di un professionista, e nonostante l'elevato tecnicismo della proposta da un punto di vista economico-finanziario, era pacifico che rientrasse nei doveri del tribunale verificare la realizzabilità della proposta in funzione del rispetto del limite minimo di soddisfacimento previsto dalla legge nella misura del 40%. Limite che peraltro poteva essere superato, nel corso dell'esecuzione del concordato omologato, in ragione del disposto dell'art. 186, comma 2, l.fall., che escludeva la risoluzione nel caso in cui dalla liquidazione si fosse ricavato un attivo inferiore a detta percentuale: *"Nel caso di concordato mediante cessione dei beni a norma dell'art. 160, comma secondo, n. 2, questo non si risolve se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore a quaranta per cento"*.

161, comma 3, l.fall., chiamato ad attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, cui è dedicato il successivo paragrafo.

Il tema è dunque quello di verificare se la fattibilità costituisca un presupposto di ammissibilità e da chi debba essere accertata (se cioè solo dal professionista o anche dal tribunale). La sola lettura degli artt. 161, 162, 163 l.fall. non sarebbe infatti sufficiente, per una parte della dottrina, per elevare veridicità e fattibilità a rango di presupposti.

A sostegno di questa tesi, al fine appunto di escludere la fattibilità dai presupposti di ammissibilità, autorevole dottrina ricorda il disposto di cui all'art. 175, comma 2, l.fall., che consente al debitore di modificare la propria proposta sino all'inizio delle operazioni di voto, diritto che viene esercitato soprattutto laddove il piano risulti non fattibile per eventi successivi o in conseguenza della diversa valutazione del commissario. Ecco dunque che è stato rilevato che *“Se veramente la fattibilità della proposta (quale che essa sia) fosse una “condizione prescritta per l'ammissibilità del concordato”, una volta accertatane l'infattibilità, il tribunale -raccolta la segnalazione- dovrebbe revocare tout court il concordato, senza attendere l'adunanza dei creditori, sottraendo conseguentemente a costoro ogni potere di valutazione del piano (così come proposto) e al debitore quello appunto di modificarlo”*¹³⁰. Ciò è tanto più evidente in relazione al testo dell'art. 186 bis l.fall., introdotto dal d.l. n. 83/2012, che ha attribuito la facoltà al debitore, in caso di concordato con continuità aziendale di modificare la proposta se nel corso del procedimento l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori; anche in questo caso, quindi, la fattibilità non sarebbe dunque una condizione di ammissibilità.

¹³⁰ Cfr. P.F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla “fattibilità” del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 343.

1.2 La relazione del professionista

Alla luce del dato normativo poc'anzi ricordato, non è possibile affermare che al tribunale non spetti più un giudizio sugli aspetti realizzativi della proposta concordataria, posto che è il legislatore ad aver previsto quale presupposto di ammissibilità la verifica delle condizioni di cui agli artt. 160 e 161 l.fall.

Ciò che è sicuramente cambiato, però, è che all'autorità giudiziaria, rispetto al passato, non è più assegnato un controllo diretto, bensì veicolato dall'attestazione esterna di un professionista incaricato dal debitore, il cui profilo è stato nuovamente modificato dalla novella legislativa del 2012, che ha ampliato il novero dei requisiti prescritti dall'art. 67, comma 3, lett. d) l.fall., cui fa riferimento l'art. 161, comma 3, l.fall.¹³¹.

¹³¹ Il professionista, oltre a dover essere iscritto nel Registro dei revisori legali ed essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 28, lettere a) e b), elementi già introdotti dal d.lgs n. 169/2007, deve ora essere indipendente dal debitore, vale a dire non *“legato all'impresa e a coloro che hanno interesse all'operazione di risanamento da rapporti di natura personale o professionale tali da comprometterne l'indipendenza di giudizio; in ogni caso, il professionista deve essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 2399 del codice civile e non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo”*.

Cfr. G. Bersani, *I requisiti di ammissione al nuovo concordato preventivo nella giurisprudenza*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 221/2010, 38, sulla esigenza, avvertita da anni e da più parti dell'introduzione del requisito dell'indipendenza.

A ulteriore dimostrazione della centralità della figura dell'attestatore nell'ambito della procedura di concordato preventivo, e, più in generale nell'ambito della gestione negoziale della crisi s'impresa, occorre ricordare che il “decreto sviluppo” ha introdotto l'art. 236 *bis* l.fall., volto a disciplinare la responsabilità penale del professionista attestatore, introducendo il delitto di “falso in attestazioni e relazioni”, che punisce il professionista che nelle attestazioni o nelle relazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182 *bis*, 182 *quinqüies* e 186 *bis*, quindi nell'ambito di piani di risanamento, concordati preventivi e accordi di ristrutturazione espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti. La pena è comminata da un minimo di due a un massimo di cinque anni di reclusione e con una multa da 50.000 a 100.000 euro; pena aumentabile se il professionista ha agito al fine di conseguire un ingiusto profitto o se ne è derivato un danno per i creditori.

Tale norma, indubbiamente rigorosa, è volta in un qualche modo a bilanciare lo *ius eligendi* in capo al debitore.

Esaminare il ruolo assegnato al professionista e alla sua relazione riveste importanza ai fini del presente lavoro in quanto è proprio l'attestatore a esaminare la proposta concordataria prim'ancora che il tribunale e i creditori; tra l'altro, mentre può discutersi sulla valutazione del merito della proposta da parte del tribunale, nessun dubbio può naturalmente esserci in relazione all'esame affidato al professionista, cui, al contrario, sono esplicitamente affidati poteri penetranti di controllo. Ecco allora che la necessità che un professionista accerti la veridicità dei dati aziendali e soprattutto la fattibilità del piano costituisce il primo vincolo all'autonomia del debitore.

Il professionista designato dal debitore riveste inoltre un ruolo centrale nella procedura di concordato preventivo, sia nella fase iniziale, in quanto indirizza la decisione del tribunale in ordine all'ammissibilità, sia nel momento successivo della convocazione dei creditori, in quanto può orientarne il voto (che è comunque sicuramente influenzato anche dalla relazione del commissario giudiziale di cui all'art. 172 l.fall.).

Molteplici dunque le funzioni dell'attestazione: essa sicuramente rappresenta un importante ausilio tecnico per il tribunale che deve deliberare sull'ammissibilità di una proposta concordataria che può essere anche estremamente complicata da un punto di vista tecnico; rappresenta inoltre un filtro non solo all'ammissione ma anche al deposito stesso di domande prive di consistenza e che sarebbero destinate all'insuccesso, evitando ai creditori di subire gli effetti di cui all'art. 168 l.fall., decorrenti dalla data di pubblicazione del ricorso nel Registro delle imprese; costituisce infine una prima base informativa per i creditori, chiamati ad esprimere il loro consenso¹³², e di garanzia nei confronti degli stessi, assicurando loro la serietà della proposta e la sua concreta praticabilità¹³³.

In ragioni delle predette molteplici funzioni rivestite dalla relazione, anche il ruolo del professionista stesso è stato oggetto di diverse valutazioni da parte

¹³² Sulle molteplici funzioni della relazione di cui all'art. 161, comma 3, l.fall. si veda P. Vella, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 320/2012, 5.

¹³³ Sulla funzione di garanzia della relazione si veda G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 183.

della dottrina¹³⁴ e della giurisprudenza. Mentre una parte degli Autori ritiene infatti che il professionista attestatore sia una sorta di consulente tecnico d'ufficio e che la sua relazione sia dunque rivolta esclusivamente al tribunale¹³⁵, altra parte, invece, ne sottolinea il ruolo imparziale e attribuisce alla relazione la funzione di fornire elementi obbiettivi di valutazione ai creditori¹³⁶.

Partendo dal presupposto che la relazione costituisce l'unico elemento valutativo/istruttorio del piano prescritto dalla legge nella fase prodromica all'ammissione, non appare sbagliato affermare che l'attestazione rappresenti indubbiamente un ausilio (si vedrà nel prosieguo del lavoro in quali termini) per il tribunale; d'altra parte essa assolve sicuramente anche "*alla funzione di una corretta informazione e tutela dei creditori e di ausilio all'indagine e alla relazione del commissario giudiziale*"¹³⁷; per tali motivi la Suprema Corte ha recentemente chiarito che essa "*non può essere ridotta a mero rango di allegato, accessorio ed estrinseco alla proposta di cui forma invece parte integrante, dotata com'è di naturale vis persuasiva, suscettibile, se non rispondente al reale contenuto della proposta, di ingenerare errore vizio nel consenso dei creditori*"¹³⁸.

Esaminando ora l'oggetto della relazione, dal dato normativo emerge come essa abbia un contenuto non solo accertativo, ma anche valutativo, dovendo il professionista prendere posizione sulla fattibilità del piano (ed è questo l'aspetto della relazione che più ci interessa, dal momento che il giudizio del professionista

¹³⁴ Cfr. D. Finardi, *Interpretazione della proposta di concordato preventivo e funzione della relazione di cui all'art. 161, comma 3, l.fall.*, in *Fall.*, 2013, 300; P. Pirruccio, *Limitati i poteri di controllo sulle conclusioni del professionista allegate alla proposta*, in *Guida al diritto*, 2011, 5, 91; F. Michelotti, *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, 961; G. Brescia, *Relazione dell'esperto per l'ammissione al concordato preventivo*, in *Fallimento e crisi d'impresa*, 2008, 361.

¹³⁵ Cfr. Trib. Milano, 28 ottobre 2011, in *Foro it.*, 2012, 1, 136.

¹³⁶ Cfr. Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, cit.; Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Giust. civ. mass.*, 2011, 2, 240; Cass., 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Fall.*, 2010, 822.

¹³⁷ Così D. Finardi, *Interpretazione della proposta di concordato preventivo e funzione della relazione di cui all'art. 161, comma 3, l.fall.*, cit., 305.

¹³⁸ V. Cass., 30 luglio 2012, n. 13565, in *Fall.*, 2013, 298.

costituisce un limite alla libertà del debitore nella predisposizione del piano, che si deve dimostrare, appunto, fattibile).

Come ha avuto modo di chiarire il Tribunale di Firenze, *“il giudizio di fattibilità non deve essere di “possibilità” o di “probabilità” - posto che nella realtà fenomenica quasi tutto il possibile e la probabilità non soddisfa alcun reale interesse dei creditori - ma di concreta verosimiglianza, nel senso che la situazione (necessariamente futura) prospettata nel piano deve apparire il naturale sviluppo, secondo logiche di esperienza e in base ai dettami delle discipline economiche finanziarie, delle premesse del piano e delle condotte attuative finalizzate alla sua esecuzione. Anche in questo caso, l’attestatore dovrà attenersi a criteri di prudenza, tenendo conto del fatto che ai creditori non interessa la possibilità astratta, ma la concreta praticabilità della soluzione proposta”*¹³⁹.

Il professionista si deve attenere a principi di estrema prudenza, esponendo e motivando compiutamente e approfonditamente le proprie valutazioni, tenendo in considerazione la situazione concreta e illustrando ai creditori le ragioni in base alle quali ritiene che la proposta del debitore sia concretamente praticabile, mettendo quindi anche in luce le eventuali criticità del piano stesso.

Passando ora all’esame che il tribunale deve compiere sulla relazione del professionista, il punto controverso è rappresentato dall’individuazione dei limiti di questo controllo, in altre parole dall’ampiezza del sindacato giudiziale.

La giurisprudenza ha del resto avuto modo di sottolineare la centralità della relazione del professionista attestatore nel giudizio complessivo che deve svolgere il tribunale, statuendo che il controllo giudiziale debba *“innanzitutto dispiegarsi in maniera pregnante sulla relazione, verificando le procedure seguite al fine dell’affermazione di veridicità dei dati aziendali ed inoltre, quanto al contenuto valutativo della stessa”*¹⁴⁰.

Ciò che è possibile affermare, in relazione ai limiti del sindacato, è che il tribunale, al quale non è più consentito valutare la regolarità e l’attendibilità delle scritture contabili, deve accertare la veridicità dei dati aziendali esposti nel piano,

¹³⁹ Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, in *Banca dati De Jure - Redazione Giuffrè*, 2012.

¹⁴⁰ Così Trib. Roma, 20 febbraio 2008, in *Giur. it.*, 2009, 104.

potendo anche prescindere dalle risultanze della relazione dell'attestatore; e tale giudizio non si sostanzia nella valutazione di meritevolezza dell'imprenditore, preclusa dalle riforme¹⁴¹.

L'apporto dell'esperto non ha dunque valore certificante, bensì meramente consulenziale¹⁴², e ciò anche in ragione del fatto che il consulente, benché in possesso di tutti i requisiti di indipendenza prescritti, viene nominato dal debitore; circostanza, questa, che impone dei controlli, soprattutto nella fase iniziale di ammissione¹⁴³, nonché successivamente anche alla luce delle risultanze della relazione del commissario giudiziale, in funzione dell'eventuale revoca dell'ammissione ai sensi dell'art. 173 l.fall.

La relazione che accompagna la domanda sarà poi oggetto di vaglio non solo del tribunale in sede di ammissione, ma anche del commissario giudiziale, che deve redigere, ai sensi dell'art. 172 l.fall., una relazione particolareggiata volta all'accertamento anche della fattibilità; dei creditori, i quali, in sede di adunanza, possono esprimere le ragioni in base alle quali non ritengono ammissibile o accettabile la proposta ex art. 175 l.fall., nonché possono costituirsi nel giudizio di omologazione per modificare il proprio voto nel caso in cui il commissario rilevi una modifica nelle condizioni di fattibilità, ai sensi dell'art. 179 l.fall.; del commissario e del tribunale, nell'eventuale giudizio di cui all'art. 173 l.fall. instaurato per la revoca dell'ammissione, nell'ipotesi in cui il commissario accerti che nel corso della procedura sono venute meno le condizioni prescritte per l'ammissione, tra cui la fattibilità; infine del tribunale e dei creditori, ai sensi dell'art. 180 l.fall., nel giudizio di omologa, qualora insorga contestazione sulla fattibilità (oltre naturalmente all'ipotesi di cui all'art. 180, comma 4, l.fall. in

¹⁴¹ Cfr. Cass., 31 gennaio 2014, n. 2130, in *Fall.*, 2014, 765.

¹⁴² Così F. Sirianni, *La veridicità dei dati aziendali come presupposto per il giudizio di fattibilità del piano concordatario*, in *Fall.*, 2014, 770.

¹⁴³ Cfr. in giurisprudenza Trib. Milano, 21 marzo 2008; App. Torino, 20 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 961; App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fall.*, 2007, 1315; Trib. Milano, 9 febbraio 2007, in *Fall.*, 2007, 1218; Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, 891.

In dottrina si vedano L. Mandrioli, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, 2008, 702; G. Schiano Di Pepe, *Alcune considerazioni sui poteri dell'autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2010, II, 316.

cui il tribunale è chiamato addirittura a verificare la convenienza della proposta)¹⁴⁴.

2. I poteri di controllo demandati al tribunale

La versione originaria della legge fallimentare, in ragione dei preminenti interessi pubblicistici che si intendevano tutelare con la disciplina dell'insolvenza, assegnava, come detto, al tribunale un ruolo di controllo penetrante di legalità e di merito sia nella valutazione della persona del debitore, finalizzato ad accertarne la meritevolezza, sia della proposta di concordato, al fine di valutare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità. La riforma, volta, come detto, a privatizzare la regolamentazione della crisi d'impresa benché non in termini assoluti, ha superato l'ampiezza di detti controlli, anche se la portata di detta limitazione non è interpretata univocamente.

Quello dell'individuazione dell'ambito di intervento giurisdizionale nel nuovo concordato preventivo costituisce uno degli aspetti più dibattuti. Accanto a chi ritiene che al tribunale spetti unicamente un controllo formale di legalità e di mera presa atto del raggiungimento delle maggioranze¹⁴⁵, c'è invece chi ritiene che al tribunale sia attribuito un potere di indagine più penetrante, rafforzato tra l'altro dal d.lgs n. 169/2007¹⁴⁶.

¹⁴⁴ Cfr. P. Vella, *L'accrescimento dei controlli giudiziari di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 320/2012, 12.

¹⁴⁵ Cfr. A. Patti, *Presupposti e sindacato del giudice nel nuovo concordato preventivo*, 11, *Relazione al Convegno su "La riforma del diritto Fallimentare"*, Carate Brianza 11-12 novembre 2005, 5; M. Caffi, *Il Concordato Preventivo*, in *Il diritto fallimentare riformato, Commento sistematico*, a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 647; G. Rago, *Primi problemi applicativi sul nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, 290.

¹⁴⁶ Cfr. G. Jachia, *"Nuova" prima lettura del concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 73/2007, 33; L. Panzani, *Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali*, in *Il quotidiano giuridico*, settembre 2007, il quale ritiene che "il disegno del

Nell'ottica privatistica che connota l'istituto non può dubitarsi che il legislatore abbia interamente affidato ai creditori il potere decisionale sulla proposta offerta ai creditori e, in quest'ottica, l'intervento dell'autorità giudiziaria deve essere letta come garanzia innanzitutto per la corretta formazione del consenso dei creditori. Il tribunale dovrà quindi non solo verificare la regolarità formale ma anche sostanziale della documentazione del debitore, al fine di mettere a disposizione dei soggetti titolari di voto le informazioni necessarie per una votazione consapevole.

2.1 Il sindacato di legittimità del tribunale in sede di ammissione

Una volta chiarito che cosa costituisca oggetto della valutazione del tribunale, occorre definirne i limiti e le modalità.

Analizzeremo successivamente il dibattito dottrinario e giurisprudenziale che si è sviluppato intorno al concetto di fattibilità; prima però, ci sembra opportuno sottolineare che, al contrario del giudizio di fattibilità, quello di legittimità appartiene pacificamente e a pieno titolo al tribunale, in tutte le fasi della procedura, potendo l'organo giurisdizionale impedire l'ammissione o revocarla successivamente al momento dell'emersione del vizio.

La dottrina e la giurisprudenza, con riferimento al giudizio di legittimità, che si sostanzia nella valutazione dei presupposti di ammissibilità di natura giuridica fondanti la proposta, hanno evidenziato, in chiave sistematica, che il tribunale possa ricorrere all'utilizzo in via analogica, anche d'ufficio, ai sensi dell'art. 1421 c.c., delle categorie civilistiche della nullità per impossibilità o

Legislatore del 2006 di eliminare il controllo del giudice sul merito della proposta concordataria sia stato definitivamente accantonato”.

illiceità dell'oggetto, nonché per violazione di norme imperative ai sensi degli artt. 1346 e 1418 c.c.¹⁴⁷.

Come correttamente osservato in dottrina¹⁴⁸ proprio in relazione al giudizio di legittimità, il nuovo sistema del concordato preventivo si deve ritenere incentrato sull'autotutela endoconcorsuale dei diritti dei creditori (con il superamento quindi della precedente eterotutela affidata all'autorità giurisdizionale) e la procedura deve dunque intendersi fondata sul potere valutativo e decisionale dei creditori sulla proposta concordataria e sull'allegata relazione, dovendosi invece riconoscere agli organi della procedura e *in primis* al tribunale, poteri strumentali in funzione della garanzia di una corretta e completa informazione dei creditori¹⁴⁹, considerando invece gli ulteriori poteri di controllo previsti come eccezionali ed eventuali.

Come detto, oggetto dell'indagine del tribunale nella fase di ammissione è la documentazione proposta dal debitore e in particolare la relazione del professionista¹⁵⁰; il tribunale deve infatti accertare che la stessa sia idonea a fornire informazioni complete sulla effettiva possibilità che si realizzino le condizioni previste e che sia priva di lacune e contraddizioni, senza però investire il merito della proposta che andrà sindacata dal commissario e valutata poi dai creditori¹⁵¹. In quest'ottica, di tutela appunto dei creditori, e non invece di invadenza del tribunale nel merito, deve essere letto il primo comma dell'art. 162 l.fall., che attribuisce al tribunale la facoltà di concedere al debitore un termine di massimo quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti¹⁵².

¹⁴⁷ Cfr. in dottrina P. Vella, *L'accrescimento dei controlli giudiziari di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 320/2012, 8; in giurisprudenza v. Cass., 15 novembre 2011, n. 18864, cit.

¹⁴⁸ Cfr. G. Canale, *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, cit., 358.

¹⁴⁹ Cfr. Trib. Milano, 18 marzo 2010, in *Fall.*, 2010, 743.

¹⁵⁰ Cfr. App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fall.*, 2007, 1315; App. Torino, 18 ottobre 2010, in www.ilcaso.it; Trib. Monza, 20 settembre 2010, inedito.

¹⁵¹ Cfr. Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Foro it.*, 2011, I, 105.

¹⁵² *Contra* si veda V. Piccinini, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il "decreto correttivo"*, cit., 565, che ritiene che il potere concesso all'organo giudicante di richiedere integrazioni del piano

Il giudizio di legittimità affidato al tribunale nella prima fase della procedura è dunque volto a verificare “(i) la sussistenza dei requisiti soggettivi e oggettivi per l’ammissione al concordato; (ii) la competenza e la regolarità formale del ricorso; (iii) la presentazione di un piano di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei creditori e la relazione del professionista; (iv) la verifica della soddisfazione integrale dei creditori privilegiati ovvero parziale, qualora consentita; (v) la correttezza della eventuale formazione delle classi. Ciò che al tribunale è precluso è un c.d. secondo giudizio, vale a dire il giudizio sul giudizio reso dall’esperto; la verifica del tribunale, dunque, non dovrà avere ad oggetto i fatti in via diretta, ma la rappresentazione che di quei fatti ha dato la relazione dell’esperto. Il tribunale dovrà verificare che la relazione dell’esperto sia congrua, omogenea, chiara e completa e sia esaustiva nella sua funzione certificatrice”¹⁵³.

Se in teoria la linea di demarcazione tra il giudizio di legittimità del tribunale e quello di fattibilità è chiaro, nella pratica i due aspetti si confondono ed elementi che dovrebbero essere oggetto del giudizio di fattibilità, vengono considerati quali presupposti di legalità. In particolare, uno degli aspetti che più ha interessato dottrina e giurisprudenza, è quello relativo al presupposto che il pagamento in misura non irrisoria dei creditori chirografari costituisca un requisito anche legale e non solo di merito e quindi sicuramente oggetto di valutazione da parte del tribunale.

Il Tribunale di Firenze¹⁵⁴ ha infatti efficacemente chiarito che qualora sussista il rischio di assoluto realizzo, in ragione dell’indisponibilità dei beni offerti ai creditori, l’alea transiterrebbe “da un profilo di fattibilità ad un profilo di ammissibilità”. Il Tribunale aveva infatti effettuato, in sede di ammissione -quindi senza poter contare nemmeno sulle risultanze della relazione del commissario- un giudizio prognostico di realizzo dei beni, arrivando alla conclusione che né la percentuale prevista dal debitore né quella attestata dal professionista sarebbero state attendibili, conseguentemente dichiarando inammissibile la procedura. Il

costituisca un “sintomo del fatto che il giudice può [...] entrare nel merito del piano proposto dal debitore ai creditori”.

¹⁵³ Così G. Canale, *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, cit., 358.

¹⁵⁴ Trib. Firenze, 27 luglio 2012, in www.osservatorio-oci.org, 2012.

Tribunale toscano ha così seguito il precedente orientamento espresso dal Tribunale di Roma, che, con decreto del 16 aprile 2008¹⁵⁵, aveva accertato che *“la proposta di concordato preventivo che prevede una percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari in misura pari allo 0,03%, non potendosi qualificare come offerta di pagamento parziale, è irragionevole e senza causa, pertanto la domanda di ammissione alla procedura deve essere respinta”*.

Il Tribunale romano, pur precisando che la valutazione circa la congruità della percentuale sia di esclusiva pertinenza dei creditori, afferma che al tribunale spetti comunque *“la doverosa valutazione sulla sussistenza stessa della fattispecie legale nel caso sottopostogli, essendo egli tenuto al preliminare vaglio di ammissibilità della domanda”*, che si sostanzia anche nella verifica della rispondenza della proposta del debitore al tipo legale prospettato, che nel caso di specie era quello del *“pagamento parziale”*. Il Giudice romano ha quindi utilizzato il criterio della ragionevolezza economica per verificare che in concreto, al di là della misura percentuale offerta, un pagamento sia effettivamente proposto, il che costituisce un requisito minimo della fattispecie; ha inoltre ritenuto che una frazione irrisoria, di fatto simbolica, benché rappresenti un pagamento in termini formali, sia in concreto irragionevole, posto che nella pratica del mercato, una somma simbolica non può mai integrare un prezzo. Ecco allora che il Tribunale di Roma, mettendo anche in risalto le possibili finalità elusive perseguite da siffatte proposte concordatarie (che potrebbero dilatare i tempi per la dichiarazione di fallimento, con aggravamento del pregiudizio economico), assegna al giudice il compito di verificare i presupposti di ammissibilità da un punto di vista non solo formale, bensì funzionale, andando quindi a verificare la consistenza causale del negozio giuridico sotteso.

Il giudice romano ha quindi anticipato il ragionamento delle Sezioni Unite del 2013, ricostruendo la domanda di concordato come atto unilaterale tra vivi, disciplinato, nei limiti della compatibilità, dalle regole generali sui contratti, sottolineando l'importanza dell'esistenza di una valida causa, in grado di assicurare che la proposta assolve ad una funzione oggettivamente apprezzabile sotto il profilo della ragionevolezza economica, dichiarando dunque che una

¹⁵⁵ V. Trib. Roma, 16 aprile 2008, in *Dir. fall.*, 2008, II, 551.

percentuale di pagamento irrisoria e sostanzialmente simbolica ai propri creditori avvalendosi (se non approfittando) della procedura di concordato preventivo non soddisfa i requisiti minimi di ragionevolezza.

Dal momento che la finalità sottesa all'istituto concordatario è quella della risoluzione della crisi d'impresa, essa può essere realizzata solo attraverso il raggiungimento di un altro obiettivo, vale a dire quello della soddisfazione dei crediti.

Dal punto di vista poi del contenuto economico della proposta, ci si è chiesti se il piano debba contenere un'indicazione della percentuale di soddisfazione del credito o se, in particolare nell'ipotesi di *cessio bonorum*, essa possa essere omessa, essendo la stessa essenzialmente collegata al ricavo della liquidazione dei beni¹⁵⁶. In altre parole, se sia obbligatorio anche nell'ipotesi di concordato con cessione dei beni indicare la percentuale offerta ai creditori, intesa non come una mera previsione, bensì come un'obbligazione vincolante nei confronti dei creditori.

Alcune pronunce di merito¹⁵⁷ hanno al riguardo ravvisato proprio nella percentuale offerta ai creditori l'oggetto del concordato per cessione di beni,

¹⁵⁶ Il dibattito è del resto sorto in relazione alle modifiche degli artt. 160 e 186, comma 2, l.fall. Il primo intervento legislativo del 2005 aveva infatti eliminato la percentuale di soddisfazione dei chirografari nella misura del 40%, mantenendo però inalterato l'originario testo dell'art. 186, comma 2 (“*Nel caso di concordato mediante cessione dei beni a norma dell'art. 160, comma secondo, n. 2, questo non si risolve se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore a quaranta per cento*”), con la conseguenza che una parte della dottrina riteneva quest'ultima disposizione implicitamente abrogata dal momento che l'art. 160 l.fall. non prevedeva più una percentuale minima di soddisfacimento (cfr. U. De Crescenzo e L. Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 7; L. D'Orazio, *Profili di diritto transitorio nel nuovo concordato preventivo*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2005, 311), mentre un'altra riteneva che alla percentuale del 40% di cui all'art. 186 l.fall. andasse sostituita quella prevista nel piano omologato nel caso concreto (cfr. P. Marano, *Sub Art. 186*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2007; S. Ambrosini e P.G. Demarchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 175; L. Guglielmucci, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, 115).

Per un esame completo dell'argomento si veda A. Ribaud, *Concordato per cessione dei beni: è obbligatoria l'indicazione della percentuale ai creditori?*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 146.

¹⁵⁷ V. Trib. Milano, 27 ottobre 2011, in *Giur. comm.*, 2013, I, 143.

anche in ragione dell' "impossibilità di estendere al concordato la deroga ("salvo patto contrario") prevista dall'art. 1984 c.c. (che prevede la possibilità che il debitore sia liberato dai propri creditori a fronte della cessione dei beni in loro favore, addossando così ai creditori il rischio di un'eventuale soddisfazione parziale del loro credito all'esito della liquidazione). Il patto contrario presuppone l'esistenza di un atto negoziale tra debitore e creditori soggetto al principio consensualistico e non al principio maggioritario proprio della fase di approvazione del concordato"¹⁵⁸. Tale interpretazione individua quindi la percentuale offerta quale obbligazione principale assunta dal debitore (impostazione seguita anche dalla Suprema Corte¹⁵⁹), anziché l'impegno di rendere disponibili i propri beni in favore dei creditori con conseguente possibilità di esimersi dal garantire una percentuale in loro favore¹⁶⁰.

Al contrario, però, la maggioranza della giurisprudenza ha invece evidenziato come, in ragione della natura negoziale del concordato, il debitore non rimanga vincolato alla percentuale di pagamento offerta, anche nel caso in cui il commissario giudiziale si discosti dalle valutazioni iniziali del ricorrente e ritenga realizzabile una percentuale inferiore; e ciò in quanto il consenso tra le parti si è correttamente formato, dal momento che la maggioranza dei creditori, validamente e compiutamente informati sulla base della relazione del professionista attestatore e della relazione del commissario, ha espresso il proprio consenso informato: "lo scostamento di percentuale (come pronosticata) rispetto al piano [...] non può dirsi tale da condizionare l'oggetto dell'accordo medesimo e, quindi, da rendere non omologabile il concordato preventivo"¹⁶¹. E ciò anche sul presupposto che i creditori, sulla base dei dati concretamente apprezzabili

¹⁵⁸ Così A. Ribaudò, *Concordato per cessione dei beni: è obbligatoria l'indicazione della percentuale ai creditori?*, cit., 148.

¹⁵⁹ Cfr. Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, cit.

¹⁶⁰ Cfr. in dottrina G. Fauceglia, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, III, 1765; G. Canale, *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, cit., 358.

In giurisprudenza cfr. Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, cit.; Trib. Genova, 2 luglio 2011, in *Banca dati De Jure - Redazione Giuffrè*, 2011; Trib. Varese, 17 maggio 2010, in *Banca dati De Jure - Redazione Giuffrè*, 2010; Trib. Vicenza, 15 febbraio 2007, in www.ilcaso.it.

¹⁶¹ Cfr. Trib. Venezia, 30 ottobre 2008, in *Fall.*, 2009, 742.

offerti in comunicazione dal debitore, nel caso in cui condividano la prospettiva offerta, accettino il rischio di un esito diverso della liquidazione¹⁶².

Da siffatto orientamento, espresso in sede di omologazione, “*sembra ricavarsi l’ammissibilità di una proposta concordataria che non sia vincolata ad una precisa e ben individuata percentuale di pagamento da attribuire ai creditori chirografari*”¹⁶³.

L’indicazione di una determinata percentuale al momento della presentazione della domanda ha poi naturali riflessi sul giudizio di omologazione, nonché sulla sussistenza dei presupposti per richiedere la risoluzione per inadempimento del concordato. Sia nell’una che nell’altra ipotesi il giudice, qualora ravvisi dunque o una modifica delle condizioni inizialmente proposte, oppure un inadempimento nel corso dell’esecuzione del piano, dovrà accertare se l’eventuale scostamento rispetto al piano originario riguardi i presupposti inderogabili. Solo nell’ipotesi in cui le modalità meno soddisfacenti di adempimento verso i creditori (ad esempio in termini di minori garanzie, tempi più lunghi o in una riduzione della percentuale del credito pagato) siano talmente gravi da giustificare una difformità rispetto alla prospettazione iniziale votata dai creditori equiparabile all’ipotesi dell’*aliud pro alio*, il giudice potrebbe ritenere di non omologare la procedura o, in sede di inadempimento, risolverla, in quanto tali difformità inciderebbero sulla natura o sull’oggetto dell’accordo¹⁶⁴; in altre parole

¹⁶² Cfr. Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, cit. Con la conseguenza che il concordato per cessione dei beni potrebbe essere risolto solo nell’ipotesi in cui l’imprenditore non rendesse giuridicamente disponibile il proprio patrimonio o non ne destinasse il ricavato a favore dei creditori.

¹⁶³ Così G. Bersani, *I requisiti di ammissione al nuovo concordato preventivo nella giurisprudenza*, cit., 132.

¹⁶⁴ In questi termini Trib. Bologna, 15 novembre 2005, in www.giuraemilia.it. Il Tribunale, in motivazione, ricorda anche che la precedente formulazione dell’art. 160 non richiedeva che il soddisfacimento dei chirografari dovesse avvenire in una determinata percentuale, bensì che la stessa dovesse essere superiore al 40%; conseguentemente il concordato per cessione di beni poteva essere risolto solo nell’ipotesi in cui la percentuale in concreto attribuita fosse di così lieve entità da apparire priva di reale significato economico (cfr. anche Trib. Padova 29 giugno 1995, in *Giust. civ.*, 1996, I, 1342, che individua la percentuale del 3,99% quale misura minima; di “percentuale anche minima” parlano invece Cass., 3 novembre 1981, n. 5790, in *Foro it.*, 1983, I, 1092; Cass., 21 gennaio 1993, n. 709, in *Fall.*, 1993, 807; Trib. Napoli, 6 marzo 1997, in *Fall.*, 1997,

il contratto si risolve qualora la percentuale concretamente pagata ai chirografari sia oggettivamente irrilevante dal punto di vista patrimoniale, e ciò perché la condizione sottesa alla conclusione dell'accordo sulla proposta è che i creditori ricevano un soddisfacimento che abbia anche solo un minimo interesse economico.

E ciò non è mutato a seguito delle riforme della legge fallimentare: come correttamente osservato dalla dottrina, infatti, anche ora “*solo la frustrazione totale delle pretese creditorie (ovvero il pagamento di percentuali irrisorie) potrebbe legittimare la risoluzione del concordato per cessio bonorum*”¹⁶⁵. Ecco allora che non sembra coerente un'interpretazione che vincoli il debitore al rispetto della percentuale inizialmente individuata, in particolare con riferimento al concordato con cessione dei beni, dal momento che in questa fattispecie ciò a cui è vincolato il debitore è la messa a disposizione del suo patrimonio.

Tale orientamento è stato del resto anche confermato dalla Suprema Corte di Cassazione¹⁶⁶ e recentemente avallato anche dalle Sezioni Unite¹⁶⁷; la Corte ha affermato che nel caso in cui si tratti di una proposta concordataria con cessione di beni, la percentuale di pagamento eventualmente prospettata non è vincolante, non essendo tra l'altro nemmeno prescritta la relativa allegazione; pertanto, sarà sufficiente l'impegno assunto dall'imprenditore di mettere a disposizione i propri beni.

Il predetto orientamento non è comunque univoco in dottrina e giurisprudenza e, anzi, molte sono state le voci discordanti¹⁶⁸. Sottolineando

1223; Trib. Napoli, 7 novembre 1992, in *Dir. fall.*, 1993, II, 719; Trib. Milano, 26 settembre 1985, in *Fall.*, 1986, 778.

¹⁶⁵ Così P.G. Demarchi, *Sub. Art. 181*, in *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 176.

¹⁶⁶ Cfr. Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

¹⁶⁷ Il riferimento è a Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

¹⁶⁸ Cfr. in dottrina G. Bersani, *I requisiti di ammissione al nuovo concordato preventivo nella giurisprudenza*, cit., 146, il quale sottolinea in particolare l'importanza dell'indicazione della percentuale con riferimento alla possibilità di misurare l'eventuale inadempimento successivo e in ragione della determinatezza o determinabilità dell'oggetto dell'accordo ai sensi dell'art. 1346 c.c.; G. Jachia, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, vol. III, Torino, 2009, 1602; M. Ferro, *Il nuovo concordato preventivo: la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, in *Giur. merito*, 2006, 664.

infatti la natura negoziale del nuovo concordato, da un altro punto di vista si è infatti sostenuto che il giudice, ove non ravveda realizzabili le percentuali prospettate, possa non omologare la procedura, oppure, nell'ipotesi di mancato realizzo, risolverla. Tali autori rilevano poi che la mancata indicazione di una percentuale renderebbe inapplicabile l'art. 186 l.fall. e introdurrebbe un inammissibile tasso aleatorio a carico dei creditori connesso all'accettazione della proposta.

Come detto, le Sezioni Unite si sono espresse sul punto e hanno statuito che sia *“irrelevante, nell'economia della proposta concordataria e della sua fattibilità economica, l'indicazione della prevedibile misura di soddisfacimento dei creditori”*¹⁶⁹ (e tanto meno la percentuale indicata dovrà dunque ritenersi vincolante).

Infine, un giudizio invece parzialmente diverso deve essere fatto in relazione a fattispecie di concordato diverse dalla cessione di beni: *“Ciò che conta è che il debitore si assuma un'obbligazione determinata e riconoscibile: quindi se offre la cessione dei beni in luogo del pagamento deve esser certo che sia attuabile la messa a disposizione dei beni, mentre se si formula una proposta di pagamento con garanzia, l'obbligazione deve identificarsi, proprio, nella misura del soddisfacimento monetario”*¹⁷⁰.

In giurisprudenza si veda Trib. Piacenza, 23 giugno 2009, in www.ilcaso.it, sez. I, doc. n. 1780/2009; Trib. Milano, 21 gennaio 2010; Trib. Milano, 25 gennaio 2010, secondo cui *“sono inammissibili le proposte di concordato preventivo che prevedano un pagamento di una percentuale ai creditori chirografari senza che tale previsione sia intesa e si traduca anche in un preciso impegno a pagare la percentuale medesima”*.

¹⁶⁹ V. Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

¹⁷⁰ M. Fabiani, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2013, 166.

2.2 Il requisito della fattibilità: evoluzione normativa e iter giurisprudenziale

Abbiamo già più volte anticipato che le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, con la sentenza n. 1521 del 23 gennaio 2013, sono intervenute sul dibattito circa l'ampiezza del controllo giudiziale sulla fattibilità della proposta di concordato in seguito alle riforme della legge fallimentare del periodo 2005-2007. Benché, come vedremo, la predetta sentenza non abbia in realtà sopito definitivamente il dibattito, ha sicuramente posto dei punti fermi, che analizzeremo nei successivi paragrafi.

Prima di analizzare la risposta delle Sezioni Unite appare però opportuno ripercorrere, seppur brevemente, le diverse opinioni che si sono susseguite.

Innanzitutto è opportuno ricordare che per fattibilità si deve intendere il giudizio prognostico sulla realizzabilità del piano in funzione della soddisfazione dei creditori¹⁷¹, e quindi sull'adempimento all'obbligazione contenuta nella proposta, in quanto il piano costituisce il mezzo individuato dal debitore per attuare la proposta offerta ai creditori. La valutazione effettuata dal professionista sulla fattibilità è dunque diretta ai creditori che sono chiamati a esaminare la proposta e a votarla.

Una parte¹⁷² della dottrina e della giurisprudenza si erano schierate a favore di un ampio controllo di merito da parte del tribunale, un'altra¹⁷³ a favore

¹⁷¹ Cfr. A. Patti, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fall.*, 2012, 46.

¹⁷² Cfr. M. Ferro, *Stato di crisi, relazione di fattibilità del piano e sindacato del giudice nel concordato preventivo*, cit., 919; D. Galletti, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, cit., 912, che intende il controllo giudiziale quale "esigenza di coerenza sistematica"; P. Pajardi e A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 839; F. Marotta, *Il nuovo concordato preventivo*, cit., 239; G. Jachia, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Il correttivo della riforma fallimentare*, a cura di F. Di Marzio, Roma, 2008, 135; G. Rago, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Fall.*, 2008, 264, secondo cui "già a livello di interpretazione letterale, il cambiamento di rotta impresso dal D.Lgs. 169/2007 rispetto a quello della L. 80/2005, è notevole perché, ora, il controllo del Tribunale non è più limitato entro gli angusti limiti della verifica della "completezza e regolarità della documentazione", ma si riappropria di quello che era sempre stato un potere tradizionalmente riconosciuto e cioè quello della verifica nel

merito della fondatezza (rectius: la fattibilità) della proposta"; G. Bersani, *I requisiti di ammissione al nuovo concordato preventivo nella giurisprudenza*, cit., 31; G. Verna, *Poteri di controllo del commissario giudiziale nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2011, I, 402; G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità nel concordato preventivo*, cit., 182; A. Di Majo, *La fattibilità del concordato preventivo: legittimità o merito*, in *Corr. giur.*, 2012, 230; R. Amatore, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 114; L. Salvato, *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del tribunale nel concordato*, in *Corr. giur.*, 2012, 43.

In giurisprudenza, sulla sussistenza in capo all'autorità giudiziaria di un controllo sulla fattibilità, giudizio definito come "resistente", si vedano *ex multis* Trib. Pescara, 23 marzo 2005, in *Fall.*, 2005, 280; Trib. Salerno, 3 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, 1297; Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, 793 (nella cui massima, per la prima volta, compare il termine "fattibilità"); Trib. Treviso, 15 luglio 2005, in *Fall.*, 2005, 63; Trib. Como, 22 luglio 2005, in *Fall.*, 2005, 287; Trib. Pescara, 20 ottobre 2005, in *Fall.*, 2005, 56 (l'orientamento espresso dal Tribunale di Pescara consente al giudice di valutare la comprensibilità e l'intelligibilità della relazione del professionista, ma non anche il merito della stessa); Trib. Bari, 7 novembre 2005, in *Fall.*, 2005, 52; Trib. Bologna, 15 novembre 2005, in www.giuraemilia.it; Trib. Roma, 8 marzo 2006, in *Dir. fall.*, 2007, II, 103; App. Bologna, 30 giugno 2006, in *Fall.*, 2007, 470; Trib. Milano, 2 ottobre 2006, in *Fall.*, 2007, 331; Trib. Bari, 25 febbraio 2008, in *Fall.*, 2008, 682; Trib. Roma, 24 aprile 2008, in *Dir. fall.*, 2008, II, 573; Trib. Piacenza, 4 luglio 2008; Trib. Terni, 4 maggio 2009, in *Giur. merito*, 2009, 2785.

¹⁷³ Cfr. M. Fabiani, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, cit., 156; P. Tarantino, *I confini del controllo giudiziale in sede di ammissibilità della proposta di concordato preventivo*, in *Riv. dir. impresa*, 2012, II, 426; F. Michelotti, *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo*, cit., 961; G. Fauceglia, *Autonomia privata e concordato preventivo*, in *Riv. dir. impresa*, 2010, 1; A. Caiafa, *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008, 560; P. Genoviva, *I limiti del sindacato del tribunale nel concordato preventivo alla luce del "correttivo"*, in *Fall.*, 2008, 682; G. Fauceglia, *Ancora sui poteri del Tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*, in *Dir. fall.*, 2008, II, 573; S. Pacchi, *Il concordato preventivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di E. Bertacchini, L. Gualandi, S. Pacchi, G. Pacchi, G. Scarselli, Milano, 2007, 111 e 130; G. Nuzzo, *Primi orientamenti in tema di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 99; A. Patti, *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, in AA. VV., *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di M. Fabiani e A. Patti, *Scritti in onore di G. Lo Cascio*, Milano, 2006, 382; P.F. Censoni, *Il "nuovo" concordato preventivo*, cit., 738; U. De Crescenzo e L. Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., 35; G. Alessi, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1147; P.G. Demarchi, sub. art. 163, in *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 69.

dell'esclusione di un qualsiasi esame nel merito dei contenuti; e altra parte¹⁷⁴ ancora, a favore di una tesi intermedia, che consentiva al tribunale un controllo di "legittimità sostanziale", vale a dire volto alla verifica dell'analisi dei dati posti alla base della relazione del professionista, alla luce dei documenti allegati al ricorso, e finalizzato ad un giudizio sulla congruenza tra i dati ivi ricavabili e la fattibilità attestata; tale tesi intermedia ha dunque "*ritenuto che il controllo debba estendersi (quanto meno) alla ragionevolezza, correttezza metodologica, logicità, comprensibilità e coerenza dei criteri valutativi adottati dall'esperto, anche sotto il profilo della completezza argomentativa della sua relazione, al fine di assicurare ai creditori, prima della votazione, una corretta informazione e un consenso informato*"¹⁷⁵.

Alla base delle diverse teorie, vi è sempre sottesa la difficoltà di individuare la reale natura del concordato, più si accentua infatti la matrice pubblicistica della procedura, più si legittimeranno i controlli giurisdizionali volti alla verifica della corretta stima dei beni offerti e della loro capienza rispetto agli obiettivi proposti. Qualora si sottolinei invece l'aspetto privatistico, il ruolo assegnato all'autorità giudiziaria dovrà essere più marginale, se non meramente formale, comunque volto alla verifica della legalità, cioè della esistenza delle condizioni per l'attuazione del piano.

Non si può revocare in dubbio che le modifiche legislative apportate dalla riforma vanno nel senso di eliminare in capo all'organo giurisdizionale ogni potere di indagine e di decisione in ordine alla convenienza economica e alla

¹⁷⁴ Cfr. Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, cit., secondo cui al tribunale non è demandato un controllo meramente formale, bensì una valutazione più penetrante, volta ad indagare che "*la relazione del professionista attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, sia adeguatamente motivata indicando le verifiche effettuate, nonché la metodologia ed i criteri seguiti per pervenire alla attestazione di veridicità dei dati aziendali e alla conclusione di fattibilità del piano*"; Trib. Milano, 21 marzo 2008, inedito; App. Torino, 20 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 961; App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fall.*, 2007, 1315; Trib. Milano, 9 febbraio 2007, in *Fall.*, 2007, 1218; Trib. Monza, 16 ottobre 2005, in *Giur. comm.*, 2006, II, 891.

¹⁷⁵ Così P.F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo*, cit., 344; per una ricostruzione completa del dibattito dottrinario e giurisprudenziale sul punto si veda R. Amatore, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, cit., 104.

meritevolezza del concordato. Molto controverso invece è il discorso circa il giudizio di fattibilità che se ritenuta una delle condizioni di ammissibilità, dovrà essere valutata sia in sede di ammissione alla procedura, che in quella di omologa¹⁷⁶. L'ammissibilità alla procedura sarebbe quindi subordinata non solo al controllo di legittimità volto alla verifica dei presupposti di cui agli artt. 160 e 161 l.fall., ma anche alla “concreta idoneità della proposta concordataria a realizzare le complesse ipotesi dell'art. 160 l.f. attraverso strumenti idonei e giuridicamente leciti”¹⁷⁷. L'organo giudiziario potrebbe dunque essere chiamato a realizzare una prognosi di concreta realizzabilità del piano.

Analizziamo ora le tre distinte impostazioni interpretative.

In dottrina, successivamente alla riforma, si è diffusa l'opinione che il tribunale possa effettuare un controllo di legalità formale e sostanziale della relazione del professionista, volto cioè a verificare che il piano sia comprensibile, completo e logico e che ci sia coerenza tra i dati attestati dal professionista e gli obiettivi prefissati¹⁷⁸. Tale orientamento è stato del resto seguito anche dalla giurisprudenza di merito, che ha ritenuto che l'esame giudiziale “della relazione del professionista si incentri in una verifica della completezza argomentativa e della coerenza motivazionale della attestazione, e integri un controllo di legalità, coerente con le funzioni di garanzia assegnate dal Legislatore”¹⁷⁹, e che “in sede di ammissione alla procedura di concordato preventivo, il controllo del Tribunale deve vertere: a) sotto il profilo della regolarità, sull'accertamento della rispondenza dei dati considerati ed attestati dal professionista qualificato, ai sensi dell'art. 161, terzo comma l. fall., alla documentazione di supporto o degli elementi comunque acquisiti; b) sotto il profilo della completezza, sull'accertamento dell'offerta di un'informazione, esauriente ed argomentata,

¹⁷⁶ Cfr. Trib. Palermo, 18 maggio 2007, in *Fall.*, 2008, 75, secondo cui “in sede di omologazione, il collegio deve compiere una nuova verifica dei requisiti di ammissibilità previsti dalla legge e già sommariamente esaminati nel decreto emesso in epoca immediatamente successiva al deposito del ricorso, nel contraddittorio con le parti dissenzienti”.

¹⁷⁷ Così G. Bersani, *I requisiti di ammissione al nuovo concordato preventivo nella giurisprudenza*, cit., 29.

¹⁷⁸ M. Arato, *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007*, n. 169, in *Dir. fall.*, 2008, I, 61.

¹⁷⁹ V. Trib. Milano, 9 febbraio 2007, in *Fall.*, 2007, 1218.

dell'effettiva situazione economica e finanziaria del debitore richiedente, in relazione al piano proposto ai creditori, in modo che esso sia davvero spiegato, sulla base di un'indicazione, critica e ragionata, dei mezzi offerti rispetto agli obiettivi perseguiti"¹⁸⁰.

Alcuni Tribunali si sono però spinti oltre, arrivando ad affermare, anche in considerazione della nuova formulazione dell'art. 163, come modificata dal d.lgs n. 169/2007, che il controllo del tribunale non possa essere unicamente di legittimità formale, limitato cioè alla sola verifica della completezza e della regolarità della documentazione, bensì che lo stesso possa essere finalizzato ad una verifica, benché indiretta, in quanto mediata dalla relazione del professionista, *“anche sul merito della fondatezza (cioè sulla fattibilità) della proposta, esclusa ogni valutazione sulla convenienza, ora integralmente rimessa – attraverso la votazione – al ceto creditorio, salvo il caso del giudizio in termini di cram down in presenza di classi dissenzienti; la riaffermata prospettiva pubblicistica dell'istituto è dunque orientata all'espressione di un voto pienamente informato*"¹⁸¹. Negli stessi termini si è espresso anche il Tribunale di Piacenza che ha riconfermato la sussistenza in capo al tribunale del potere tradizionalmente riconosciutogli della verifica nel merito della fondatezza (cioè della fattibilità) della proposta, affermando che si possa parlare di privatizzazione della procedura solo in relazione al requisito della convenienza che rientra ora solo nella discrezionalità dei creditori, ma che *“al contrario, non è stato, invece, “privatizzato” il requisito del controllo della fattibilità del piano: sotto tale profilo, la funzione pubblicistica deve essere individuata nel fatto che i creditori devono essere messi nelle condizioni di votare in modo informato sulla proposta e tale obiettivo non può raggiungersi che consentendo al tribunale un vaglio della fattibilità*"¹⁸².

Tale orientamento¹⁸³ è stato sostenuto in dottrina¹⁸⁴, ma anche profondamente criticato da chi assegna al tribunale *“poteri consultivi e di guida*

¹⁸⁰ V. App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fall.*, 2007, 1315.

¹⁸¹ V. Trib. Terni, 4 maggio 2009, in *Giur. merito*, 2009, 2785.

¹⁸² V. Trib. Piacenza, 1 luglio 2008, in www.ilcaso.it.

¹⁸³ L'opinione di chi dunque prende in considerazione e valorizza soprattutto gli interessi pubblicistici sottesi alla risoluzione giudiziale corretta ed ordinata dell'insolvenza,

*solo al fine di indirizzare il debitore verso una domanda correttamente formulata, nonché astrattamente attendibile*¹⁸⁵.

Altra parte della dottrina, invece, partendo dall'esame del dato letterale degli artt. 160-186 *bis* l.fall., ritiene che la fattibilità debba essere certificata solo dal professionista e che il richiamo contenuto nell'art. 162 all'art. 161 l.fall. determini che requisito di ammissibilità sia l'attestazione e non invece il suo contenuto. Al di là comunque del dato letterale, secondo questa parte di dottrina il giudizio di fattibilità non sarebbe sindacabile da parte del tribunale: al giudice sarebbe infatti assegnato un compito di diversa natura, ovvero quello di verificare *ex ante* che l'attestazione sia redatta in modo idoneo a rappresentare la situazione dell'impresa e a consentire quindi ai creditori di esercitare un voto consapevole e informato. Il controllo giudiziale non sarebbe tanto sul concordato, quanto quindi sulle regole sottese all'offerta ai creditori; in altre parole il tribunale dovrebbe soprattutto garantire ai creditori una valutazione consapevole¹⁸⁶.

Presupposto sarebbe dunque che la proposta di concordato sia accompagnata da una relazione attendibile¹⁸⁷, che non consiste tanto in un mezzo istruttorio (che sarebbe eventualmente superabile da tribunale, *peritus peritorum*), quanto in un mezzo di informazione sul giudizio prognostico circa la proposta.

La fattibilità sarà invece oggetto di valutazione da parte del commissario, chiamato a dare una lettura indipendente della proposta.

connessi al regolare funzionamento del mercato, assegna al giudice il potere di valutare nel merito della fattibilità del piano concordatario sia nella fase ammissione, sia nelle fasi successive di verifica del mantenimento delle condizioni di ammissibilità, nonché in sede di omologa, salvo comunque la competenza esclusiva dei creditori a valutare la convenienza.

¹⁸⁴ Che rileva anche che l'attribuzione di un controllo meramente notarile al tribunale, priva di tutela il ceto creditorio, soprattutto della minoranza di esso, laddove la decisione sia presa da una maggioranza in conflitto di interessi. Nel caso, eventualmente, il controllo del tribunale dovrebbe essere volto a sindacare la legittimità del voto.

¹⁸⁵ V. G. Fauceglia, *Ancora sui poteri del Tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*, cit., 576; l'Autore, sub. nota 7, cita anche l'espressione utilizzata da L. Stanghellini, *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia: le procedure di insolvenza*, cit., 315, che parla di "vero e proprio ruolo facilitatore del giudice" per il raggiungimento dell'accordo.

¹⁸⁶ Cfr. M. Fabiani, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, cit., 159

¹⁸⁷ Cfr. G. Canale, *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, cit., 378.

Molto vicino a questa impostazione si colloca poi l'opinione di chi invece ha sostenuto che al tribunale spetti un giudizio di legittimità sostanziale, volto cioè non solo a un mero controllo formale in ordine alla completezza e regolarità dei documenti, ma finalizzato anche alla valutazione che la relazione del professionista sia “*intelligibile ed idonea ad assolvere la funzione informativa dei creditori e certificativo cui è destinato, nonché congruamente motivato rispetto al piano illustrato, anch'esso non apodittico e ragionevole*”¹⁸⁸.

La Suprema Corte, si è espressa sul tema nel senso di una connotazione privatistica all'istituto con la pronuncia del 23 giugno 2011, n. 13187¹⁸⁹, e, seguendo l'interpretazione già enunciata nelle precedenti pronunce del 25 ottobre 2010, n. 21860¹⁹⁰ e del 10 febbraio 2011, n. 3274¹⁹¹, ha ritenuto assente un controllo giudiziale sul contenuto della proposta, non potendo il tribunale neppure avvalersi delle valutazioni del commissario in quanto la relazione da quest'ultimo redatta sarebbe destinata unicamente ai creditori. La Corte ha quindi accentuato il carattere contrattuale e negoziale dell'istituto concordatario e accordato maggiore tutela agli interessi privatistici rispetto a quelli, comunque presenti, di natura pubblicistica¹⁹². Il filone interpretativo seguito dalla giurisprudenza di legittimità assegna quindi al tribunale, come detto, una verifica meramente formale sulla regolarità e completezza della procedura, di carattere notarile.

La Cassazione, nella ricordata triade di sentenze ha dunque in un qualche senso privatizzato non solo il giudizio di convenienza ma anche quello di fattibilità, anche in sede di riesame della proposta ai sensi dell'art. 173 l.fall., in quanto le indagini e le risultanze del commissario sarebbero dirette solo ai creditori, messi così nelle condizioni di fare una comparazione tra quanto proposto e quanto valutato dal commissario.

L'orientamento espresso dalla Suprema Corte è stato oggetto di critiche da parte della dottrina, in quanto non terrebbe sufficientemente in considerazione le

¹⁸⁸ Così L. Mandrioli, *Concordato preventivo: la verifica del tribunale in ordine alla relazione del professionista*, in *Fall.*, 2007, 1218.

¹⁸⁹ V. Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

¹⁹⁰ V. Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, cit.

¹⁹¹ V. Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, cit.

¹⁹² Sulla rilevanza di questi ultimi si veda Cass., 4 settembre 2009, n. 19214, in *Giust. civ.*, 2010, 5, 1151.

modifiche apportate dal d.lgs n. 169/2007, che, come detto, ha modificato l'art. 163 l.fall.¹⁹³. Laddove infatti il legislatore non richiede più la verifica della sola correttezza formale, l'esame deve spingersi alla valutazione della relazione del professionista, compreso -dal momento che il giudizio prognostico è parte centrale e fondante della relazione stessa- il profilo attenente la fattibilità, tanto più che, è stato rilevato, il tribunale ha il potere di chiedere integrazioni documentali al piano presentato, e ciò significa che il giudice può entrare nel merito.

Di segno parzialmente diverso invece rispetto alla triade di sentenze summenzionate, si pone altra sentenza della Cassazione, vale a dire la n. 18864 del 15 settembre 2011¹⁹⁴ (circostanza che ha determinato il rinvio della questione alle Sezioni Unite da parte di Cass., 15 dicembre 2011, n. 27063); tale pronuncia ha infatti aperto la possibilità di un controllo di merito da parte del tribunale, laddove afferma che *“non v'è ragione di derogare ai principi generali in tema di rilevabilità d'ufficio delle nullità (art. 1421 codice civile): 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 rilevabilità officiosa di una gamma di eccezioni di merito: quali, appunto, quella della 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: art. 160, comma 2, legge fallim.); o ancora, l'impossibilità dell'oggetto, riscontrabile ove la proposta concordataria non abbia, alla luce*

¹⁹³ Cfr. R. Amatore, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, cit., 112.

¹⁹⁴ V. Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, cit.

della relazione del commissario giudiziale, alcuna probabilità di essere adempiuta”.

Tale intervento ha dunque attribuito al tribunale un controllo di merito laddove ravveda vizi genetici del negozio concordatario, spingendo così la dottrina a scomporre la fattibilità in termini sia di realizzabilità giuridica, affidata al sindacato giurisdizionale, che di realizzabilità economica assegnata ai creditori, nonché ad auspicare un intervento del giudice di legittimità che autorizzi un *“controllo di merito del piano concordatario attraverso quel giudizio di fattibilità idoneo a consentire al tribunale il potere interdittivo necessario per sbarrare il passo, sin dall’inizio della procedura, a quelle istanze di ammissione che non rivestano i requisiti di giuridica ed economica realizzabilità ovvero si presentino come strumentalmente indirizzate solo a finalità defatigatorie o, peggio, fraudolente per gli interessi dei creditori”*¹⁹⁵.

2.3 L’intervento delle Sezioni Unite del gennaio 2013

Come già più volte anticipato, le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione sono intervenute sul tema, con la sentenza del 23 gennaio 2013, n. 1521¹⁹⁶, che ha individuato espressamente i principali nodi interpretativi da affrontare *“a) nella rilevanza dell’indicazione concernente la misura percentuale di soddisfacimento dei creditori nell’economia della proposta concordataria, anche sotto il profilo della relativa incidenza sulla sua fattibilità; b) nella necessità di stabilire in quale misura l’eventuale non fattibilità del piano possa determinare un’impossibilità dell’oggetto del concordato, e quindi di definire i limiti entro i quali il requisito della fattibilità possa essere suscettibile di sindacato da parte del giudice; c) nell’esigenza di chiarire le conseguenze di un*

¹⁹⁵ Così R. Amatore, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, cit., 123.

¹⁹⁶ V. Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

giudizio negativo in ordine alla fattibilità del piano, ove ravvisato un difetto di informazione del ceto creditorio, dovendosi segnatamente valutare se, e nell'ipotesi positiva entro quali limiti, possa essere disposta nuova convocazione dell'adunanza dei creditori per la rinnovazione delle operazioni di voto”.

La sentenza era molto attesa proprio per l'importanza dei temi sui quali era chiamata a esprimersi, anche in ragione dell'autorevole interpretazione che sarebbe stata fornita dal Giudice di legittimità a fronte di un dato normativo testuale oggettivamente non chiaro, che ha alimentato il dibattito.

La Corte infatti afferma che: *“Alla stregua della non equivoca formulazione della disposizione da ultimo citata [art. 161, comma 3, l.fall.] non sembra potersi dubitare del fatto che il legislatore ha inteso demandare esclusivamente al professionista il compito di certificare la veridicità dei dati rappresentati dall'imprenditore e esprimere una valutazione in ordine alla fattibilità del piano dallo steso proposto. Tuttavia, considerato che la l.fall., art. 162, impone al tribunale di dichiarare l'ammissibilità della proposta di concordato ove constatata l'assenza dei “presupposti di cui all'art. 160, commi 1 e 2, e art. 161”, in essi compresi quindi anche quelli concernenti la veridicità dei dati indicati e la fattibilità del piano, la questione che problematicamente viene sottoposta all'attenzione del Collegio riguarda l'individuazione del perimetro di intervento assegnato al giudice, al fine di stabilire se si stato o meno soddisfatto il requisito di fattibilità del piano prescritto dal citato art. 161”.*

Con riferimento alla natura del concordato, se da una parte la Suprema Corte afferma che la fattibilità possa essere oggetto di vaglio giudiziale, seppur mediato per il tramite dell'attestazione, il che lascerebbe propendere per un'interpretazione in termini più pubblicistici dell'istituto, dall'altra sostiene che il primo obiettivo di fondo perseguito dal legislatore sia *“univocamente e incontestabilmente”* individuabile nel superamento dello stato di crisi, situazione possibile e fisiologica nel corso dell'attività imprenditoriale, nonché nell'individuare *“soluzioni di composizione idonee a favorire, per quanto possibile, la conservazione dei valori aziendali, altrimenti destinati ad un inevitabile quanto inutile depauperamento”.*

La Corte, dunque, ha sottolineato che gli aspetti pubblicistici non sono stati del tutto eliminati dalle riforme, soprattutto a garanzia di quei soggetti che rimangono vincolati dalle decisioni della maggioranza e che subiscono una limitazione dei loro legittimi diritti di azione e di credito, costituzionalmente garantiti. Tale limitazione è giustificata, sostiene la Corte, solo alla luce delle preminenti esigenze di agevolazione dell'imprenditore nel superamento dello stato di crisi, e solo allorché lo svolgimento del procedimento avvenga nel rispetto delle regole fissate dal legislatore e la proposta sia preordinata al raggiungimento di una duplice finalità consistente nel superamento della crisi¹⁹⁷ e “*nel riconoscimento a favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti*”.

I Giudici di legittimità, valorizzando ed accertando l'esistenza di profili sia pubblicistici che privatistici, concludono infine per il riconoscimento di una natura mista al concordato.

Con riferimento poi al controllo giudiziale sul piano, la Corte ha stabilito che non debba essere di secondo grado, vale a dire che esso non è destinato a realizzarsi solo sulla completezza e congruità logica della relazione del professionista, ma che, al contrario, si esercita direttamente sugli elementi che l'attestatore¹⁹⁸ fornisce, potendo il giudice anche analizzare la coerenza complessiva delle conclusioni formulate, nonché l'impossibilità giuridica di dare esecuzione al piano, o rilevare, se emergente *prima facie*, l'inidoneità della proposta a soddisfare in una qualche misura i crediti nel rispetto dei tempi di adempimento previsti.

Con riferimento alla figura del professionista, la Suprema Corte ha inoltre ritenuto che lo stesso non sia un consulente del giudice (prova ne è che viene nominato dal debitore, dal quale comunque deve essere indipendente), ma sia comunque un suo ausiliario, dal momento che la relazione non è rivolta solo alla

¹⁹⁷ Il superamento dell'insolvenza da parte dell'imprenditore in crisi era del resto già stato individuato quale confine segnato dall'ordinamento al potere dei creditori; solo in quest'ottica infatti è giustificabile che i creditori a maggioranza possano pregiudicare gli interessi dei dissenzienti. Cfr. D. Galletti, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, cit., 912.

¹⁹⁸ Che riveste una qualifica analoga a quella di un ausiliario del giudice, non identica però in quanto il professionista è nominato dal debitore.

platea dei creditori, ma anche al giudicante, che potrebbe comunque discostarsene, al pari di qualsiasi altra valutazione compiuta da un ausiliario (ad esempio laddove l'impossibilità del piano risulti *ictu oculi* evidente).

La Corte ha poi riaffermato la distinzione¹⁹⁹ tra il giudizio di fattibilità e quello di convenienza (che presuppone appunto una valutazione prognostica in ordine alla fattibilità del piano), sposando la definizione di fattibilità più diffusa in dottrina²⁰⁰, che la individua nella “*prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati, il che implica una ulteriore distinzione, nell’ambito del generale concetto di fattibilità, fra la fattibilità giuridica e quella economica*”²⁰¹.

La Corte ha inoltre affermato che il sindacato giurisdizionale esercitabile sul piano debba essere uguale nelle diverse fasi dell'ammissione, delle revoca e dell'omologazione. Il tribunale è dunque chiamato a verificare che le condizioni prescritte per l'ammissibilità non sussistano solo nella fase iniziale, ma anche nel corso della procedura (art. 173 l.fall.), nonché, giusto il disposto dell'art. 180, comma 3, l.fall. che parla di controllo circa “*la regolarità della procedura*”, anche in sede di omologazione²⁰².

Per sciogliere infine il nodo relativo ai margini di intervento del giudice, il Collegio ha stabilito che il giudice debba individuare preventivamente la causa concreta del procedimento sottoposto al suo esame²⁰³. La proposta deve dunque avere ad oggetto la regolazione della crisi, che assume concretezza attraverso le indicazioni delle modalità (relative soprattutto alla percentuale e ai tempi) di

¹⁹⁹ Che invece non era netta in Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, cit.

²⁰⁰ Cfr. A. Patti, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, cit., 46.

²⁰¹ Sulla distinzione tra fattibilità giuridica ed economica si veda il paragrafo *infra*.

²⁰² Cfr. P.F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla “fattibilità” del concordato preventivo*, cit., 343. L'Autore ritiene anche che nelle fasi successive all'ammissione il sindacato del tribunale possa estendersi anche a elementi già valutati in sede di ammissione e non limitarsi all'ipotesi che i requisiti siano venuti in meno in ragione di eventi successivi, non formandosi una sorta di effetto preclusivo sul loro esame in seguito al decreto di ammissione. *Contra* invece Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, cit., secondo cui la segnalazione da parte del commissario di eventi che erano già noti al tribunale e che non hanno impedito l'ammissione, costituisce “*una straordinaria deviazione dalle funzioni proprie dell'organo che sono unicamente consultive*”.

²⁰³ Sulla nozione di causa in concreto si veda *infra*.

soddisfacimento dei creditori, ai quali soli spetta il giudizio attinente alla verosimiglianza dell'esito prospettato e quindi alla convenienza dell'operazione, giudizio che si può esprimere correttamente solo se i creditori ricevono una puntuale informazione. Il margine di discrezionalità del sindacato del giudice sulla fattibilità va quindi stabilito in ragione del contenuto della proposta, vale a dire della identificazione della causa concreta, tenendo anche conto delle concrete modalità proposte per la composizione della crisi, sia in ordine al *quantum*, sia in relazione alla durata. Il sindacato del giudice in relazione alla fattibilità giuridica consiste infatti nel giudizio di legalità dei singoli atti e sulla verifica della loro rispondenza alla causa del procedimento in concreto analizzato.

Il Collegio ha attribuito rilevanza, dunque, e il punto è importante in quanto è stato valutato come uno degli aspetti più innovativi della sentenza, non soltanto alla misura percentuale offerta in pagamento, ma anche ai termini di adempimento previsti.

2.4 Fattibilità giuridica ed economica

I Giudici di legittimità hanno dunque distinto tra fattibilità giuridica ed economica e affermato che in merito alla prima il sindacato giudiziale non possa essere messo in discussione, attenendo alla verifica della compatibilità delle modalità attuative del piano con le norme inderogabili previste dall'ordinamento (per spiegare il concetto di fattibilità giuridica, la Corte propone l'esempio della cessione di beni altrui che determinerebbe l'impossibilità di attuare il piano).

La distinzione offerta dalla Corte di Cassazione è suggestiva, in quanto permetterebbe un inquadramento agevole della distribuzione dei poteri di controllo; la dottrina più attenta, però, ha fin da subito segnalato che la fattibilità

giuridica riguarderebbe un numero assai limitato di casi, di scuola, e che quindi la distinzione non vada enfatizzata²⁰⁴, benché sia condivisibile²⁰⁵.

Secondo il ragionamento delle Sezioni Unite, oggetto del giudizio di fattibilità giuridica sarebbe dunque la verifica dell'eventuale esistenza di motivi di nullità della proposta per violazione di norme imperative (art. 1418 c.c.) o per impossibilità o illiceità dell'oggetto (art. 1346 c.c.).

La fattibilità economica, invece, integrerebbe una valutazione pratico-economica, basata su un giudizio prognostico che presenta margini di opinabilità ed implica la possibilità di errore, che costituisce un fattore di rischio per i creditori. Per il Collegio, infatti, è *“ragionevole, in coerenza con l'impianto generale dell'istituto, che di tale rischio si facciano esclusivo carico i creditori, una volta che vi sia stata corretta informazione sul punto”*.

Tra l'altro, la valutazione della fattibilità economica è strettamente connessa a quella della convenienza, anzi è prodromica a quest'ultima: entrambi i profili valutativi sarebbero demandati ai creditori²⁰⁶.

Spetterebbe invece al tribunale, che ha sì un ruolo ridimensionato ma niente affatto marginale secondo la Corte, il compito di controllare la corretta proposizione ed il regolare andamento della procedura. Tale giudizio non può spingersi, però, ad un controllo sulla prognosi di realizzabilità dell'attivo nei termini indicati, esulando detta prognosi dalla causa del concordato, ed essendo come detto esclusivamente rimessa alla valutazione dei creditori.

Il ruolo assegnato al tribunale non è dunque solo quello di dirimere i conflitti laddove insorgano, ma anche e soprattutto quello di verificare che al

²⁰⁴ Così M. Fabiani, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, cit., 161; P.F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla “fattibilità” del concordato preventivo*, cit., 343, il quale parla di *“ipotesi-limite”*; I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettazione “funzionale” aperta del richiamo alla “causa concreta”*, cit., 288.

²⁰⁵ Cfr. P.F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla “fattibilità” del concordato preventivo*, cit., 352.

²⁰⁶ Le Sezioni Unite sono al riguardo conformi a Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, cit.; Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, cit.; Cass., 29 ottobre 2009, n. 22927, cit.

procedimento si applichino regole di diritto sostanziale. Si è sul punto parlato di “eterotutela preventiva”²⁰⁷.

A parere delle Sezioni Unite, poi, al tribunale non è precluso nemmeno un sindacato in ordine al merito della proposta; circostanza che non si concilierebbe con i poteri conferiti al giudice e finalizzati alla tutela della continuità aziendale, introdotti ad opera del d.l. 83/2012. Al tribunale è infatti attribuito non solo il potere di concedere un termine al debitore per apportare integrazioni al piano ai sensi dell’art. 162 l.fall., ma anche, in caso di deposito di un ricorso con riserva, di autorizzare il compimento di atti urgenti di straordinaria amministrazione ex art. 161, comma 7, l.fall., nonché, ai sensi dell’art. 169 *bis* l.fall. di sospendere o sciogliere i contratti in corso, e, ancora, di valutare la convenienza della proposta concordataria in ipotesi ben più numerose rispetto al passato, giusta la modifica dell’art. 180 l.fall. (che equilibrerebbe, a giudizio della Corte, la modifica apportata all’art. 178, comma 4, l.fall., che ha introdotto la disciplina del silenzio-assenso nello svolgimento delle operazioni di voto), di autorizzare la stipulazione dei finanziamenti prededucibili di cui all’art. 182 *quinquies* l.fall., nonché di revocare l’ammissione ex art. 186 *bis* l.fall., nel caso venga constatata la cessazione dell’attività d’impresa, o venga ritenuta manifestamente dannosa per i creditori la sua continuazione.

Con riferimento a detti interventi legislativi, la Corte afferma che essi abbiano in effetti potenziato l’area di intervento nel merito del giudice, senza però mutare il ruolo o la fisionomia di detto intervento. Si tratta infatti, rileva il Collegio, di disposizioni per lo più caratterizzate dall’urgenza, finalizzate all’accesso alla procedura.

Anche la più autorevole dottrina ha al riguardo evidenziato che i predetti poteri coinvolgono e rendono necessaria, in una qualche misura, una valutazione economica delle richieste del debitore, ma sono bilanciate dal rafforzamento del

²⁰⁷ Cfr. M. Fabiani, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, cit., 163, il quale effettua un richiamo all’istituto dell’omologazione degli accordi di separazione personale tra i coniugi: in entrambi i casi, infatti, l’omologazione giudiziale svolge il ruolo di garanzia e di protezione dei soggetti deboli, ma ciò non snatura il negozio privatistico alla base.

ruolo del professionista attestatore, gravato anche di maggiori responsabilità penali²⁰⁸.

La Corte ricorre inoltre ad un altro motivo di ordine testuale, legato alla modifica dell'art. 179 l.fall., che prevede ora l'obbligo per il commissario di informare i creditori dell'eventuale mutamento delle condizioni di fattibilità per permettere loro di modificare il proprio voto fino all'udienza ex art. 180 l.fall., per giustificare l'assenza di un controllo di fattibilità economica in capo al tribunale. A giudizio della Corte, infatti, se il tribunale non deve essere portato a conoscenza di eventuali modifiche attinenti alla fattibilità nel corso del procedimento, essendo l'informativa del commissario rivolta ai soli creditori, a maggior ragione non dovrebbe conoscere della stessa nella fase antecedente.

Tra l'altro, è stato correttamente osservato che, al fine di non creare confusione tra il piano dell'ammissibilità e il sopraggiungere di una causa di non fattibilità, *“il giudizio negativo sulla prognosi di fattibilità è oggetto della relazione ex art. 172, non della segnalazione ex art. 173 l.fall.”*²⁰⁹. Il sopraggiungere quindi di un fattore che impedisce la fattibilità non si risolve nel dovere di sollecitare la revoca ex art. 173 l.fall.²¹⁰, benché ragioni di economia processuale abbiano spinto alcuni Autori a ritenere che il concordato debba essere

²⁰⁸ P.F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla “fattibilità” del concordato preventivo*, cit., 353.

²⁰⁹ V. M. Fabiani, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, cit., 162.

²¹⁰ È opinione invece diffusa in dottrina e giurisprudenza che la sopravvenienza di fattori che impediscono la fattibilità si risolve nel dovere del commissario di sollecitare la revoca ex art. 173 l.fall.

Si vedano in giurisprudenza Trib. Tivoli, 15 luglio 2009, in *Fall.*, 2010, 857; Trib. Piacenza, 1 luglio 2008, in *Giur. merito*, 2009, I, 149. In dottrina invece cfr. A. Tedoldi, *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 657; G. Jachia, *Il concordato preventivo e la sua proposta*, cit., 1619; G. Rago, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, cit., 269.

Contra si vedano G. Fauceglia, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, III, 1695; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 233.

revocato quando la non fattibilità risulti macroscopica²¹¹. In ogni caso, anche aderendo a questa impostazione, i casi in cui il tribunale conserverebbe un giudizio di fattibilità economica sarebbero dunque assolutamente marginali e riguarderebbero solo quelle proposte *ictu oculi* infattibili economicamente.

2.5 Il rilievo della causa

La Sezioni Unite hanno ritenuto, come detto, preliminare rispetto al giudizio di fattibilità e di quindi di ammissibilità, il sindacato del giudice volto all'individuazione della causa concreta del procedimento di concordato sottoposto al suo esame, *“il che equivale a dire l'accertamento delle modalità attraverso le quali, per effetto ed in attuazione della proposta del debitore, le parti dovrebbero in via ipotetica realizzare la composizione dei rispettivi interessi”*. È stato autorevolmente sostenuto, del resto, che *“il fulcro della pronuncia [delle Sezioni Unite sia] da identificare nella spiegazione di quale sia la causa del concordato preventivo”*²¹².

La Corte si è spinta infatti oltre, rispetto ai precedenti giurisprudenziali, nell'applicazione dei principi di diritto civile; si era infatti già assistito all'applicazione delle regole relative all'oggetto del contratto, in virtù delle quali un piano non è fattibile, o meglio è nullo, se ha oggetto impossibile (artt. 1325 e 1346 c.c.), circostanza che già aveva comportato, conseguentemente, l'inammissibilità, la revoca o la mancata omologazione da parte del tribunale²¹³.

²¹¹ Cfr. M. Fabiani, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, cit., 162; S. Ambrosini, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fall.*, 2011, 945.

²¹² M. Fabiani, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, cit., 163.

²¹³ M. Fabiani, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, cit., 164.

Le Sezioni Unite vanno oltre l'oggetto e si occupano specificamente della causa del concordato, che consiste nel regolare la crisi attraverso il soddisfacimento dei creditori, purché minimale²¹⁴ e in termini ragionevolmente contenuti. Alla luce di quanto affermato dalla Corte, non sembra possa essere sottratto al sindacato dei creditori una proposta appunto minimale, in quanto una valutazione del tribunale sulla misura percentuale offerta finirebbe per sconfinare nel giudizio di convenienza. Quello che però il tribunale può sindacare, in quanto attiene alla causa del concordato e quindi alla fattibilità giuridica della proposta, è che la proposta stessa, pur prevedendo astrattamente una percentuale, in concreto non renda possibile alcun soddisfacimento.

La proposta concordataria del resto consiste nel soddisfacimento offerto ai creditori e non invece nelle modalità previste per la realizzazione della proposta²¹⁵.

La Corte parla poi specificamente di causa concreta.

Innanzitutto, al riguardo, è opportuno ricordare che la causa, ai sensi dell'art. 1325 c.c., costituisce uno degli elementi strutturali del contratto dal momento che il codice civile commina la nullità dello stesso nel caso di sua mancanza o illiceità. In assenza di una definizione legislativa, dottrina e giurisprudenza hanno inizialmente configurato la causa quale funzione economico-sociale del contratto (c.d. teoria oggettiva della causa), sul presupposto che quest'ultimo non dovesse solo tendere al perseguimento di interessi individuali, ma anche a finalità generali e a scopi socialmente apprezzabili²¹⁶.

L'entrata in vigore della Costituzione ha poi consentito un ripensamento della funzione della causa: dal momento infatti che la Carta ha posto al centro

²¹⁴ La Corte si pone così in contrasto con Trib. Roma, 16 aprile 2008, in www.ilcaso.it, che negò l'omologazione per difetto di causa in conseguenza della previsione di una percentuale irrisoria ai creditori.

²¹⁵ Con la conseguenza, sostiene Fabiani (*La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, cit., 164), che solo nel caso in cui oggetto della proposta sia la cessione dei beni ai creditori (e non invece la loro liquidazione) si potrà parlare di oggetto impossibile, nel caso in cui il bene non possa essere venduto, mentre negli altri casi sussisterebbe un'ipotesi di inadempimento e non invece di vizio genetico.

²¹⁶ Cfr. F. Greco, *Il concetto di "causa in concreto" nel controllo del giudice alla proposta di concordato*, in www.ilcaso.it, sez. articoli, 11 maggio 2014, 6.

l'individuo, la causa assolverebbe ad una funzione economico-individuale²¹⁷, e ciò al fine di individuare non solo gli effetti ricondotti al contratto dalla legge, ma anche gli interessi perseguiti dalle parti e sottesi alla stipulazione del negozio. La causa sarebbe dunque, secondo questa impostazione, *“rappresentativa del programma contrattuale concretamente voluto e costruito dalle parti, con la conseguenza che il giudizio sulla liceità deve svolgersi anche per i contratti tipici ed ha ad oggetto la legittimità dell'operazione economica concretamente posta in essere”*²¹⁸.

Si è poi passati dall'identificazione della causa come la funzione economico-individuale alla causa in concreto, intesa come *“lo scopo pratico del negozio; la sintesi degli interessi che lo stesso è diretto a realizzare, quale funzione individuale e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato. Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti”*²¹⁹. Ecco dunque che se si pensa alla causa come *“strumento di controllo dello scopo pratico e del risultato in concreto che le parti intendono realizzare con l'accordo, non c'è affatto da stupirsi che siffatta nozione sia stata utilizzata per definire i limiti di intervento del giudice chiamato a pronunciarsi sulla fattibilità della proposta concordataria e di conseguenza sulla sua ammissibilità”*²²⁰.

Il tribunale è infatti chiamato a rendere un giudizio di fattibilità giuridica, quindi di esistenza delle condizioni giuridiche perché il piano di concordato si

²¹⁷ Sulla funzione economico-individuale della causa si vedano *ex multis*: G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 99 e 345; A. Di Majo, *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988, 2, C.M. Bianca, *Diritto civile. 3. Il Contratto*, cit., 452.

²¹⁸ Così F. De Santis, *Causa “in concreto” della proposta di concordato preventivo e giudizio “permanente” di fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2013, 279. Superando così i sostenitori della ricostruzione della causa in termini di astratta funzione economica-sociale del contratto, secondo cui, per i contratti tipici, il giudizio di liceità era risolto dal legislatore che ne ha a priori individuato gli elementi identificativi del tipo contrattuale: cfr. F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1966, 187.

²¹⁹ Così Cass., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Contratti*, 2007, 621; cfr. anche Cass., Sez. Un., 18 febbraio 2010, n. 3947, in *Foro it.*, 2010, 1, 2799, secondo cui la causa indica *“a cosa serva”* il contratto stesso.

²²⁰ Così F. Greco, *Il concetto di “causa in concreto” nel controllo del giudice alla proposta di concordato*, cit., 10.

possa realizzare; il piano non deve essere solo giuridicamente possibile, ma deve anche soddisfare la causa propria del piano concordatario, le ragioni cioè sottese alla regolamentazione in tali termini del piano stesso.

La causa, secondo l'insegnamento delle Sezioni Unite, dovrà dunque essere valutata in concreto, verificando la conformità alla legge dell'attività negoziale prevista dalle parti, indagando quali siano gli interessi che il negozio è destinato a realizzare, valutando le circostanze obiettive e verificando che il modello utilizzato sia funzionale al perseguimento della causa prevista dalla legge per quello strumento giuridico e che comunque non sia in contrasto con norme imperative²²¹.

La causa della proposta concordataria consiste, come specificato dalle Sezioni Unite, nell'obiettivo perseguito dal procedimento, che non ha contenuto fisso, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, benché comunque in generale possa essere identificata con il superamento della crisi dell'imprenditore, e l'assicurazione di un soddisfacimento sia pur ipoteticamente modesto e parziale ai creditori in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti. La valutazione del tribunale, dovrà dunque essere finalizzata al vaglio delle concrete modalità predisposte dal debitore per la composizione della crisi, verificando che la causa in concreto perseguita sia per lo meno riconducibile a quella propria del concordato, così come individuata dalla Corte, quindi volta al superamento della crisi (riduzione e/o rimodulazione dell'esposizione debitoria) e alla soddisfazione, seppur minimale, dei creditori.

Ecco dunque che, alla luce di ciò, il potere valutativo del merito del piano da parte del tribunale, lungi dall'essere indirizzato alla verifica della fattibilità economica o della convenienza, è finalizzato alla valutazione di detta causa.

Tale giudizio non si risolve comunque in uno di merito, in quanto il tribunale non è chiamato a verificare la realizzabilità in concreto del piano, essendo sufficiente che ci sia un'attestazione, logica coerente e completa che appunto, la attesti. È dunque sufficiente che gli elementi che individuano l'astratta realizzabilità della

²²¹ Cfr. F. De Santis, *Causa "in concreto" della proposta di concordato preventivo e giudizio "permanente" di fattibilità del piano*, cit., 283; Cass., 14 settembre 2012, n. 15449, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 6, 2063.

causa siano presenti nel piano e attestati dal professionista incaricato, mentre spetta ai creditori valutarli.

Né la legge né le Sezioni Unite hanno identificato dei parametri secondo cui valutare il soddisfacimento minimo per i creditori o i tempi di soddisfazione; e questo anche perché il rilievo della causa concreta non potrà prescindere dalla valutazione delle peculiarità e complessità del caso specifico.

La Cassazione ha però avuto modo di individuare quale ragionevole durata della procedura, quindi ai fini della determinazione di un ragionevole termine per l'adempimento, quella individuata dalla legge c.d. "Pinto", 24 marzo 2011, n. 89.

Il Tribunale di Modena, anche alla luce dei parametri dettati da detta legge, ritiene che il piano sia ammissibile (perché fattibile giuridicamente) laddove preveda una soddisfazione minimale del 5% in un termine massimo di cinque anni in caso di concordato con continuità aziendale e di tre in caso di piano liquidatorio, decorrenti dall'omologazione. E ciò anche in quanto il giudizio prognostico che è alla base del piano predisposto dal debitore e attestato dal professionista non può riguardare un arco temporale eccessivamente lungo, in cui sarebbero troppo numerose le variabili.

Si segnala comunque che le stesse Sezioni Unite hanno attribuito ampi margini di discrezionalità ai giudici di merito sul punto, non essendo *"possibile stabilire con una previsione generale e astratta i margini di intervento del giudice in ordine alla fattibilità del concordato, dovendosi a tal fine tener conto delle concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria"*.

La verifica della causa concreta, identificata addirittura quale *"stella polare del sindacato giudiziale"*²²², dovrebbe anche permettere al tribunale di respingere non solo le proposte che siano *prima facie* inidonee a soddisfare la causa tipica concordataria, ma anche quelle che solo formalmente appaiano idonee in quanto non violano norme imperative, ma che non sono in grado di soddisfare, neppure minimamente, i creditori.

²²² Cfr. F. Greco, *Il concetto di "causa in concreto" nel controllo del giudice alla proposta di concordato*, cit., 12.

Come stabilito dalla giurisprudenza di merito più recente²²³, nonché dalla Suprema Corte²²⁴, il controllo sulla fattibilità giuridica si risolve quindi nell'accertamento della sussistenza del requisito causale. Il tribunale, per assolvere al sindacato di fattibilità giuridica demandatogli, in concreto, non dovrà dunque solo accertare la coerenza logica e la completezza della relazione, nonché la compatibilità del piano rispetto alle norme inderogabili dell'ordinamento, ma anche valutare la causa in concreto dell'accordo, verificare quindi la funzionalità e la legittimità del piano²²⁵.

Concludendo, segnaliamo che ad oggi rimane aperto il problema della compatibilità delle nozioni civilistiche di causa e oggetto all'accordo di concordato, contratto atipico innanzitutto in ragione della formazione della volontà attraverso il principio di maggioranza. Principio che quindi rende sempre necessaria la presenza del tribunale, a tutela *in primis* delle minoranze dissenzienti, e ciò nonostante l'accentuazione del ruolo dell'autonomia privata.

*“Una necessità strutturale che niente ha a che vedere con impostazioni ideologiche volte a privilegiare la dimensione pubblicistica rispetto a quella privatistica, ma che anzi muove proprio all'interno di quest'ultima, per consentire all'autonomia privata di dispiegare appieno i propri effetti, anche in situazioni diverse da quelle del tradizionale diritto dei contratti”*²²⁶.

²²³ Si vedano Trib. Bari, 3 giugno 2013; Trib. Siracusa, 15 novembre 2013; Trib. Rovigo, 3 dicembre 2013, tutte in www.ilcaso.it.

²²⁴ Cfr. Cass., 9 maggio 2013, n. 11014, in www.ilcaso.it.

²²⁵ Cfr. F. Greco, *Il concetto di “causa in concreto” nel controllo del giudice alla proposta di concordato*, cit., 14, e L. Panzani, *I nuovi poteri autorizzatori del tribunale e il sindacato di fattibilità del concordato*, in *Società*, 2013, 5, 565.

²²⁶ Cfr. I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettazione “funzionale” aperta del richiamo alla “causa concreta”*, cit., 287.

3. Le ulteriori garanzie offerte ai creditori

Le tutele e le garanzie offerte ai creditori nel corso della procedura non hanno solo carattere di eterotutela ma anche, ovviamente, di autotutela.

Innanzitutto i creditori durante la procedura si esprimono attraverso il voto, accettando o rifiutando la proposta come confezionata dal debitore, nonché con l'opposizione all'omologazione, impedendo (*rectius* cercando di impedire) che la regolazione della crisi avvenga secondo le regole concordatarie anziché mediante la liquidazione fallimentare²²⁷.

Come più volte accennato nel corso del presente lavoro, una delle tutele più importanti offerte ai creditori è quella di essere messi nelle condizioni di esprimere un consenso informato. Pregnanti sono infatti i doveri di informazione posti in capo al debitore, e finalizzati proprio a permettere ai destinatari della proposta di votare consapevolmente. Tale garanzia è realizzata non solo attraverso l'imposizione di obblighi informativi in capo all'imprenditore, ma anche mediante il ruolo del commissario giudiziale.

3.1 Il ruolo del commissario giudiziale

Il commissario giudiziale è un organo della procedura, cui sono demandati specifici compiti sia nella fase iniziale, sia in quella successiva liquidatoria, a protezione del buon andamento della procedura e a garanzia dei diritti dei creditori.

Il commissario deve innanzitutto vigilare sulla gestione dell'impresa proseguita dal debitore, dare impulso agli adempimenti a carico del debitore stesso, partecipare alla redazione dell'inventario e all'adunanza dei creditori,

²²⁷ V. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 361.

redigere la relazione prevista dall'art. 172 l.fall., costituirsi nel giudizio di omologazione, attivare eventualmente il giudizio di revoca di cui all'art. 173 l.fall., sorvegliare l'adempimento del piano successivamente all'omologa²²⁸.

Il commissario non rappresenta però la massa dei creditori e non può quindi proporre azioni a tutela di questi ultimi, eccezion fatta per l'azione di annullamento ai sensi dell'art. 186 l.fall.

Uno degli adempimenti più importanti posti a carico del commissario giudiziale consiste nella redazione della relazione di cui all'art. 172 l.fall., da depositarsi almeno dieci giorni prima dell'adunanza dei creditori e volta a informare questi ultimi delle cause del dissesto, della condotta del debitore²²⁹, della proposta di concordato e dei suoi contenuti, nonché delle garanzie offerte ai creditori stessi.

È compito del commissario, quindi, in costanza di procedura, verificare, eventualmente anche a seguito delle modifiche apportate alla proposta e al piano originario, la sussistenza dei presupposti di ammissibilità, al fine di orientare il giudizio di fattibilità economica e di convenienza dei creditori, nonché quello di fattibilità giuridica del tribunale.

Se è vero infatti che la valutazione sulla convenienza spetta ai creditori, è necessario che gli stessi siano posti nelle condizioni di esercitare il proprio diritto di voto nel modo più informato possibile.

Come giustamente è stato rilevato²³⁰, per comprendere l'importanza della relazione e soprattutto del giudizio di fattibilità che il commissario è chiamato a esprimere, basterà pensare che l'attestazione originaria del piano è eseguita da un professionista, che seppur in possesso dei requisiti di indipendenza fissati dalla

²²⁸ Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 368.

²²⁹ Si sottolinea, al riguardo, che il testo dell'art. 172 l.fall. contiene appunto ancora il richiamo alle cause del dissesto e alla condotta dell'imprenditore, benché il tribunale non sia più chiamato ad accertare la meritevolezza dell'imprenditore. La valutazione di questi elementi può comunque essere utile per orientare il voto dei creditori. Cfr. sul punto S. Pacchi, L. D'Orazio, A. Coppola, *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, II, Torino, 2009, 1862; *contra* P.F. Censoni, *Il concordato preventivo: organi, effetti, procedimento*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità. Commentario sistematico*, diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, 1004, secondo cui sono divenute irrilevanti le informazioni inerenti alla meritevolezza.

²³⁰ Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 377.

legge fallimentare, è comunque nominato dal debitore. E tale importanza è tanto più evidente se si considera che, come si è visto, il tribunale è stato spogliato del giudizio di fattibilità economica e che quindi il commissario è l'unico, oltre al professionista attestatore, ad entrare concretamente nel merito dei contenuti del piano e a valutarne la fattibilità economica²³¹.

Specifico compito (speculare) del tribunale è dunque anche quello di assicurare che *“la relazione del commissario giudiziale fornisca a ciascun creditore tutte le informazioni necessarie per compiere la valutazione in ordine alla convenienza del piano proposto”*²³².

Il ruolo del commissario è tra l'altro importante non solo nella fase antecedente il voto, ma anche in quella successiva all'approvazione, laddove ravveda, ai sensi dell'art. 179, comma 2, l.fall., come modificato dal *“decreto sviluppo”*²³³, un mutamento delle condizioni di fattibilità, che è tenuto a comunicare ai creditori, i quali possono modificare il proprio voto costituendosi nel giudizio di omologazione.

Tale meccanismo consente dunque di dare voce anche ai creditori consenzienti che desiderino modificare il proprio voto nell'ipotesi di modifica delle condizioni di fattibilità, e che invece dovrebbero rimanere esclusi dall'applicazione dell'art. 180, comma 2, l.fall., che consente di costituirsi nel giudizio di opposizione ai soli creditori dissenzienti²³⁴.

Un altro importante potere attribuito al commissario, sempre a tutela dei creditori e, più in generale, del corretto andamento della procedura, è quello di

²³¹ Cfr. S. Ambrosini, *Gli organi della procedura*, in *Fall.*, 2006, 1037.

²³² Cfr. Trib. Monza, 17 ottobre 2005, in *Dir. e prat. soc.*, 2005, 22, 67.

²³³ Il testo del secondo comma dell'art. 179 l.fall. è stato infatti modificato dal d.l. n. 83/2012, che ha introdotto la possibilità di revocare un voto favorevole dopo la chiusura delle operazioni di votazione. Tale norma è ancora più importante se si considera il meccanismo di votazione bastato sul silenzio/assenso introdotto dalla novella del 2012. Il mutamento era infatti atteso dalla dottrina, che aveva posto in evidenza la necessità di interpellare i creditori nel caso di mutamento delle condizioni di fattibilità successivamente alla votazione (così S. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, cit., 7).

²³⁴ Cfr. P. Vella, *L'accrescimento dei controlli giudiziari di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 320/2012, 10.

attivare il procedimento per la revoca del concordato ai sensi dell'art. 173, comma 3, l.fall.; il predetto articolo impone infatti al commissario di riferire al tribunale “*se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato*”, affinché il tribunale possa aprire d'ufficio il procedimento ivi prescritto²³⁵.

Sulla base della predetta segnalazione contenuta nella relazione di cui all'art. 172 l.fall. o fornita in un momento successivo o precedente, al tribunale viene chiesto di ripetere la verifica di sussistenza dei presupposti di ammissibilità, ai fini dell'eventuale revoca, sulla base delle valutazioni del commissario e di eventuali circostanze emerse successivamente.

Alla luce dei predetti doveri, il commissario ha dunque il potere, a garanzia e protezione dei creditori e, più in generale, del buon andamento della procedura, di indirizzare il corso della procedura stessa a seconda della sua valutazione circa la portata del mutamento delle condizioni di fattibilità: nel caso in cui infatti la modifica attinente al merito non metta in discussione la fattibilità, egli dovrà darne comunicazione ai creditori, ai sensi, come detto, dell'art. 179, comma 2, l.fall., affinché gli stessi possano modificare il voto nel giudizio di omologazione; nelle ipotesi di modifiche più rilevanti, invece, comportanti il venir meno della fattibilità, il commissario dovrà darne comunicazione al tribunale ai sensi dell'art. 173 l.fall.

Il giudizio di prognosi negativa del commissario circa la fattibilità del piano non comporta quindi la revoca del concordato *tout court*, in quanto la valutazione della fattibilità viene comunque assegnata ai creditori; la competenza del tribunale a decidere in merito scatterà solo nelle ipotesi di opposizione dei creditori in sede di omologa²³⁶.

²³⁵ Tale segnalazione è naturalmente obbligatoria anche nelle altre ipotesi previste dal primo comma dell'art. 173 l.fall., vale a dire quando il commissario accerti “*che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omissivo di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode*”, e dalla prima parte del comma 3, ovvero quando accerti che “*il debitore durante la procedura di concordato compie atti non autorizzati a norma dell'articolo 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori*”.

²³⁶ Così S. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, cit., 7.

Il mutamento delle condizioni di fattibilità dopo la conclusione delle operazioni di voto non comporta che tutti i debitori debbano dunque votare nuovamente, ma che chi di essi vuole, ai sensi del secondo comma dell'art. 179 l.fall., possa modificare il voto già espresso, revocando quindi l'eventuale voto favorevole o votando negativamente in luogo del silenzio/assenso prestato.

3.2 Il giudizio di convenienza del tribunale in caso di opposizione dei creditori

Come già abbiamo ricordato, il “decreto sviluppo” ha apportato una significativa modifica all'art. 180 l.fall., superando la rigidità del testo originario. Benché infatti il giudizio sulla convenienza della soluzione concordataria sia affidato ai creditori, in quanto esso consiste in una valutazione prognostica aleatoria, giustamente attribuita ai creditori, dal momento che il concordato è approvato a maggioranza è opportuno che l'ordinamento appresti una tutela per i creditori dissenzienti.

Il legislatore del 2005 aveva al fine previsto che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti potessero contestare la convenienza della procedura in sede di opposizione all'omologazione e deferire al tribunale il giudizio circa appunto la convenienza.

In tali ipotesi il tribunale poteva dunque, e del resto può tuttora, omologare la procedura solo nel caso in cui il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili; in altre parole al Collegio era ed è attribuito il compito di verificare se il debitore avrebbe potuto offrire alla classe dissenziente un trattamento migliore²³⁷.

²³⁷ Il testo dell'art. 180 l.fall. fa tra l'altro riferimento alle alternative concretamente praticabili che non si esauriscono, a questo punto, necessariamente nella liquidazione fallimentare (cfr. M. Ferro, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese tra debitore e creditori: storia italiana della timidezza*

Il sistema così delineato si presentava però rigido, in quanto legato alle modalità di formazione delle classi e al conflitto di interessi intra classi. Assecondando quindi le voci dottrinali che esaltavano i diritti individuali e che avevano auspicato l'intervento del legislatore²³⁸, la novella del 2012 ha attribuito la possibilità di attivare la procedura, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, anche a creditori dissenzienti che rappresentino almeno il 20% dei crediti ammessi al voto.

Nel caso in cui il concordato non venga revocato all'esito della procedura eventualmente instaurata ai sensi dell'art. 173 l.fall., non è consentito a singoli creditori, se non appunto nell'ipotesi di modifiche delle condizioni di fattibilità ex art. 179, comma 2, l.fall., introdurre un giudizio di fattibilità in sede di omologazione, del resto non diversamente menzionato nell'art. 180 l.fall., e ciò nel rispetto dell'autotutela dei creditori, valorizzata dalla riforma²³⁹.

È stato infine autorevolmente sostenuto che la mancata costituzione nel giudizio di omologazione, e quindi la mancata contestazione della convenienza dei creditori dissenzienti che ne avrebbero avuto diritto, costituisca una sorta di *“vanificazione – ex post – della pregressa manifestazione di dissenso, sicché l'operatività del concordato nei confronti dei creditori già dissenzienti ma non oppositori né contestanti “nel merito” sarebbe, in radice, null'altro se non l'effetto del concorso della loro postuma volontà”*²⁴⁰.

Quanto poi agli effetti del giudizio di convenienza, l'intervento di merito del giudice che accerti la sterilità dell'alternativa fallimentare in rapporto allo specifico interesse del creditore dissenziente ed opponente, giustifica e legittima

competitiva, cit., 598; A. Gentili, *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 360).

²³⁸ Si veda D. Galletti, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, cit., 919; l'Autore pone un problema addirittura di compatibilità del sistema con l'art. 3 Cost., riconoscendo il previgente ordinamento tutela unicamente un creditore appartenente a una classe dissenziente a promuovere l'opposizione e non anche ai dissenzienti in minoranza all'interno delle classi e ai creditori minoritari nel concordato senza classi.

²³⁹ Cfr. S. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, cit., 8.

²⁴⁰ Così L. Abete, *La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione*, cit., 227.

l'operatività e l'imposizione dell'accordo concordatario anche a quel creditore dissenziente. Come è stato autorevolmente sostenuto, quindi, il “*giudice acclara – se del caso – l'insussistenza di posizioni sostanziali giuridicamente rilevanti della cui ablazione ci si possa dolere e, susseguentemente, in nome dei principi di correttezza e buona fede e, quindi dei valori della “utilità sociale” e, più in generale, dei “doveri inderogabili di solidarietà”, da considerar sottesi alla novellata previsione legislativa di cui al comma 4 dell'art. 180 legge fallim., provvede, con una statuizione al contempo di valenza costitutiva, a modificare – dilatare l'ambito soggettivo di efficacia della pattuizione concordataria, onde garantire l'equo contemperamento degli interessi delle parti tutte e prevenire e reprimere qualsivoglia forma di abuso di diritti*”²⁴¹.

²⁴¹ Così L. Abete, *La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione*, cit., 235.

CAPITOLO TERZO

L'abuso del concordato preventivo

1. Il principio dell'abuso del diritto

Prima di affrontare il problema dell'astratta compatibilità (e quindi della applicabilità) del principio dell'abuso del diritto in ambito concordatario, appare opportuno dedicare alcune riflessioni al suddetto principio²⁴².

Quando si parla di abuso del diritto ci si riferisce all'aspetto patologico dell'esercizio di un diritto riconosciuto dall'ordinamento; in altre parole ci si riferisce a quella situazione in cui il soggetto, titolare del diritto, esercita la situazione giuridica, fuoriuscendo dallo schema predisposto dal legislatore per il suo utilizzo.

L'abuso del diritto, però, non presuppone una violazione in senso formale della norma, bensì l'utilizzazione alterata dello schema formale del diritto,

²⁴² L'abuso del diritto è stato oggetto di numerosi contributi dottrinali tra cui: Salv. Romano, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 161; P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1956, I, 205; P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998; U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 18; V. Giorgianni, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963; G. Cattaneo, *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 631; U. Ruffolo, *Atti emulativi, abuso del diritto ed interesse nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 23; S. Patti, *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, I, Torino, 1987, 4; C. Salvi, *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 1; G. Levi, *Abuso del diritto*, Milano, 1996; U. Breccia, *Abuso del diritto*, in AA.VV., *Diritto privato*, III, Padova, 1998, 5; D. Messinetti, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento II, Milano, 1998, 1; F.D. Busnelli ed E. Navaretta, *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in AA.VV., *Diritto privato*, III, Padova, 1998; R. Sacco, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, II, Torino, 2001, 279; G. Pino, *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 25.

finalizzata al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli indicati dal legislatore²⁴³.

Autorevole dottrina ha infatti affermato che si ha abuso del diritto “*quando un diritto viene esercitato in contrasto con la buona fede o con lo scopo in vista del quale il diritto è stato riconosciuto dall’ordinamento, di modo che il comportamento del suo titolare sia solo apparentemente conforme al contenuto del diritto*”²⁴⁴.

Esso è ravvisabile, in pratica, quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, risulti alterata la funzione obiettiva dell’atto rispetto al potere che lo prevede. Con la conseguenza che l’ordinamento rifiuta di offrire tutela ai poteri, diritti ed interessi, esercitati in violazione delle corrette regole di esercizio, posti in essere, cioè, con comportamenti contrari alla buona fede oggettiva²⁴⁵.

La finalità è proprio quella di impedire che possano essere conseguiti o conservati i vantaggi ottenuti attraverso atti di per sé strutturalmente idonei, ma esercitati in modo da alterarne la funzione, violando così la normativa di correttezza, che è regola cui l’ordinamento fa espresso richiamo nella disciplina dei rapporti di autonomia privata.

Il principio in esame nasce quindi dall’esigenza dell’ordinamento di reagire innanzi a situazioni in cui il concreto esercizio del diritto risulti in contrasto con i principi ispiratori dello stesso, prevedendo correttivi in base alle circostanze concrete.

Lo strumento giuridico per dare concretezza a questi correttivi è stato individuato in molti ordinamenti appunto nell’abuso del diritto “*che ha consentito una progressiva erosione del principio, su cui si sono costruiti gli ordinamenti*

²⁴³ Questa è l’interpretazione fornita da Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giust. civ. mass.*, 2009, 9, 1331, in *Giust. civ.*, 2009, 12, 2671, e in *Giur. comm.*, 2010, 5, 828, che - come vedremo - offre una ricostruzione analitica della figura dell’abuso del diritto.

²⁴⁴ V. U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*, cit., 18.

²⁴⁵ Così Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

*borghesi, dell'assoluta discrezionalità e della immunità da ogni forma di controllo degli atti compiuti in nome della libertà e dell'autonomia privata*²⁴⁶.

I problemi interpretativi e applicativi connessi al principio in esame risiedono sostanzialmente nella difficoltà di individuare una nozione univoca di abuso del diritto, dal momento che anche i suoi elementi costitutivi risultano incerti e sfuggenti.

L'elaborazione dottrinale della teoria dell'abuso del diritto si deve alla dottrina e giurisprudenza francese di metà Ottocento, come principio etico prima ancora che giuridico, di reazione al potere attribuito ai diritti soggettivi; come correttivo extragiuridico, in altri termini, di condotte giuridicamente rilevanti. Il principio venne utilizzato per la prima volta in tema di proprietà, dal momento che la giurisprudenza aveva iniziato a non ritenere legittima qualsiasi forma di estrinsecazione di un diritto soggettivo, ma solo quelle che la coscienza sociale non riteneva abusive (ovvero dirette a nuocere nonostante fossero formalmente rispettose dei limiti del diritto stesso). La giurisprudenza si è quindi dimostrata favorevole ad un controllo contenutistico del diritto soggettivo²⁴⁷.

La dottrina si è invece dimostrata divisa, tant'è che diversi Autori, in passato, hanno negato persino l'astratta ammissibilità della figura: è stato infatti sostenuto che l'ordinamento sia irrimediabilmente fondato sulla dualità diritto soggettivo e illecito, con la conseguenza che la condotta potrà essere qualificata solamente o come esercizio del diritto e perciò insindacabile, oppure come illecita, perché fuoriesce dallo schema del diritto disciplinato dall'ordinamento, e per questo sanzionabile, non essendo invece possibile una terza via, cui non viene attribuita alcuna rilevanza sistematica, alcuna giuridicità²⁴⁸.

²⁴⁶ V. P. Rescigno, *L'abuso del diritto*, cit.;

²⁴⁷ Cfr. S. Patti, *Abuso del diritto*, cit., 1.

²⁴⁸ Cfr. M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, II ed., Parigi, 1900; l'Autore è stato uno dei primi oppositori alla teoria dell'abuso del diritto e, seppur non negando la rilevanza pratica dell'istituto, non le conferisce alcuna rilevanza sistematica non essendo possibile ricondurre l'abuso all'interno della responsabilità civile se non ricomprendendolo nella categoria dell'illecito.

Nel panorama dottrinale italiano si veda F. Santoro Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, cit., 76, secondo il quale la violazione dei limiti del diritto, quale il dovere di solidarietà sociale, comporta necessariamente il passaggio dalla sfera del lecito a quella dell'illecito.

Altra parte della dottrina²⁴⁹ si è invece opposta alla teorica dell'abuso del diritto, negando che nella struttura dell'ordinamento residui uno spazio per questa categoria, dal momento che ogni condotta abusiva può trovare rimedio attraverso gli istituti tipici predisposti dal legislatore (quali il ricorso alla clausola della buona fede oppure il divieto degli atti emulativi). Secondo questi Autori, l'abuso del diritto deve quindi trovare applicazione giurisprudenziale, in quanto il fenomeno merita di essere teorizzato ed applicato, avendo rilevanza sul piano descrittivo, ma non può assurgere a ruolo di categoria giuridica, in quanto costituisce un mero fenomeno di fatto, vale a dire un correttivo tra la rigida formulazione delle norme positive e quella che Rotondi definisce la “*nuova coscienza giuridica del popolo*”. L'abuso del diritto sarebbe quindi, secondo questa impostazione, un mero fenomeno sociale privo di rilevanza giuridica. Questa teoria non mette tanto in contrapposizione, quindi, il diritto soggettivo e il suo utilizzo, quanto la formulazione rigida e tradizionale della norma e la coscienza giuridica del popolo.

Di fatto, le due tesi esposte rappresentano le principali critiche alla teorica dell'abuso del diritto, basate una sulla insostenibilità concettuale e l'altra sulla sua irriducibile extragiuridicità.

Numerosi sono gli ordinamenti europei di *civil law* che hanno recepito nei propri codici civili una specifica norma destinata alla repressione dell'abuso del diritto (ad es. Svizzera²⁵⁰, Germania²⁵¹, Spagna²⁵²); quello italiano non prevede invece alcuna codificazione del principio.

²⁴⁹ Cfr. M. Rotondi, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105; M. Rotondi, *L'abuso del diritto. Aemulatio.*, Padova, 1979.

Sul dibattito sorto con riferimento al principio in commento prima dell'entrata in vigore del codice civile si veda V. Scialoja, *Aemulatio*, in *Enc. giur. it.*, I, 2, 1, Milano, 1892, 426.

²⁵⁰ In Svizzera, l'art. 2 del codice civile dispone che “*il manifesto abuso del proprio diritto non è protetto dalla legge*”.

²⁵¹ Il § 226 del codice civile tedesco del 1900 (*BGB*) prevede che l'esercizio di un diritto sia inammissibile qualora possa avere il solo scopo di arrecare danno ad altri.

²⁵² Il testo dell'art. 7 del *Titulo Preliminar* del codice civile spagnolo prevede che la legge non protegga l'abuso del diritto o l'esercizio antisociale dello stesso. Qualsiasi atto od omissione che, per l'intenzione del suo autore, per il suo oggetto o per le circostanze di realizzazione, superi manifestamente i limiti normali di esercizio di un diritto, con danno

Il progetto preliminare del codice civile conteneva in verità detta disposizione, dal momento che l'art. 7 prevedeva che “nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto”. Il dibattito dottrinale che accompagnò la stesura definitiva del codice civile e che si interrogò anche sulla stessa opportunità di dare positiva formulazione ai principi generali condusse alla scelta di non recepire il predetto art. 7 nel testo definitivo. Come è stato autorevolmente osservato, prevalse “l'assennata opinione contraria, motivata dalla inutilità di principi che fossero già contenuti nelle singole discipline e dalla evidente pericolosità, per le antinomie destinate a crearsi, di principi non recepiti o addirittura in contrasto col regime positivo”²⁵³. Prevalse dunque il timore di dare rilevanza a un principio fondato su basi per lo più etiche che avrebbe messo in discussione l'esigenza di certezza del diritto, aumentando il margine di discrezionalità del giudice.

Nonostante ciò, nel codice civile e nella legislazione speciale possono essere facilmente individuate alcune disposizioni che si riferiscono al concetto di abuso del diritto e una parte della dottrina, partendo proprio dall'esame di dette disposizioni normative, lungi dall'esaltarne il carattere speciale, ha viceversa ricavato l'esistenza stessa del principio generale, atto a valutare il concreto esercizio del diritto riconosciuto; in altre parole le *infra* menzionate specifiche norme costituirebbero fattispecie applicative del più ampio principio generale²⁵⁴, che dovrebbe essere in grado, rispetto alle singole e specifiche fattispecie

per i terzi, darà luogo al relativo risarcimento e all'adozione di misure giudiziali o amministrative che impediscano la continuazione dell'abuso.

²⁵³ Così P. Rescigno, *Postfazione*, in *L'abuso del diritto*, cit., 273.

²⁵⁴ Più nello specifico, ci si è chiesti se, innanzi a disposizioni normative specifiche, la repressione dell'abuso del diritto dovesse essere considerata come *ratio* di queste specifiche disposizioni, oppure se da dette disposizioni potesse essere ricavato un autonomo principio giuridico di divieto di abuso. Cfr. Salv. Romano, voce *Abuso del diritto*, cit., 161; C. Salvi, *Abuso del diritto*, cit., 1; S. Patti, *Abuso del diritto*, cit., 4, per il quale è difficile rinvenire una figura generale di abuso del diritto in ragione, soprattutto, della diversità delle norme che prevedono ipotesi di abuso; U. Natoli, *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, cit., 28; M. Barcellona, *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011, 188; A. Torrente, voce *Emulazione (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VI, Torino, 1968, 521.

normative da cui risulta desumibile, anche di “aggiungere un *quid pluris di valenza precettiva rispetto al contenuto normativo di ciascuna di esse*”²⁵⁵.

Si possono infatti ricordare l’art. 330, comma 1, c.c. sulla decadenza dalla potestà genitoriale in caso di abuso della medesima; l’art. 833 c.c. dettato in materia di divieto di atti emulativi; l’art. 1015 c.c. in tema di abuso dell’usufruttuario; l’art. 2793 c.c. avente ad oggetto l’abuso del creditore pignoratizio; l’art. 3 della l. 10 ottobre 1990, n. 287 in materia di abuso di posizione dominante; l’art. 9 della l. 18 giugno 1998, n. 192 in tema di abuso di dipendenza economica nel contratto di subfornitura.

Come ricordato la ricostruzione dottrinale originaria dell’istituto ha preso le mosse dal diritto di proprietà e dalla predetta disposizione in materia di atti emulativi²⁵⁶; dagli anni ’60²⁵⁷, invece, si è iniziato a porre in correlazione l’abuso del diritto con i principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175, 1366, 1375 c.c., che delineano la correttezza e la buona fede, appunto, come parametri valutativi delle condotte discrezionali dei soggetti legati da un rapporto obbligatorio, in grado determinare l’illegittimità di un comportamento, fonte conseguentemente di responsabilità²⁵⁸.

Si è data così continuità all’indirizzo secondo cui il principio di correttezza e buona fede “*richiama nella sfera del creditore la considerazione dell’interesse*

²⁵⁵ Così C. Salvi C., *Abuso del diritto*, cit., 2.

²⁵⁶ In contrapposizione a tale impostazione P. Rescigno, *L’abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, cit., 206.

²⁵⁷ Cfr. U. Breccia, *Abuso del diritto*, cit., 39, che in tema di abuso del diritto afferma che “*i criteri di mediazione più spesso richiamati saranno i più familiari a ciascuna tradizione. Fra questi un ruolo primario avrà necessariamente, nella nostra esperienza, il rinvio alle regole della correttezza e della buona fede oggettiva*”; F. Galgano, *Abuso di diritto: l’arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e Impr.*, 1998, 18; S. Rodotà, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 175; U. Natoli, *L’attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole di correttezza*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1961, I, 157.

²⁵⁸ *Contra* si veda Cass., 20 luglio 1977, n. 3250, secondo cui un comportamento che violi doveri di correttezza e buona fede non può essere ritenuto illegittimo e quindi fonte di responsabilità laddove non comporti anche la violazione di una norma giuridica che contempli in modo autonomo detti doveri.

*del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore*²⁵⁹.

Punto di partenza di questa nuova impostazione è che l'esercizio di un diritto non sia privo di limiti e controlli, ma che anzi da una situazione giuridica soggettiva riconosciuta dall'ordinamento discendano regole di comportamento determinanti diritti e obblighi, che, benché non codificati, trovano il loro presupposto normativo nell'art. 2 della Costituzione; e che, in altre parole, costituiscono espressione del reciproco dovere di solidarietà sociale, costituzionalmente garantito, che impone a ciascuna parte del rapporto obbligatorio di agire in modo tale da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di norme di legge, e dal dovere extracontrattuale del *neminem laedere*²⁶⁰.

Correttezza e buona fede non sono quindi solo criteri atti a integrare il regolamento contrattuale, ma ne costituiscono anche un limite, che giustifica e legittima il controllo esterno. Ecco allora che buona fede e correttezza rappresentano strumenti idonei a reprimere l'abuso del diritto, vale a dire a verificare il rispetto dell'equilibrio contrattuale tra le parti e ad accertare l'eventuale alterazione funzionale del diritto riconosciuto ad un soggetto²⁶¹.

I due principi si integrano dunque a vicenda, e appare possibile affermare che la buona fede assurga a ruolo di canone generale cui ancorare la condotta delle parti e l'interpretazione dell'atto giuridico di autonomia privata²⁶², mentre l'abuso stabilisca la necessità di una correlazione tra le prerogative inerenti ai diritti

²⁵⁹ Così la relazione ministeriale al codice civile.

²⁶⁰ Cfr. Cass., 8 febbraio 1999, n. 1078, in *Rass. dir. civ.*, 2000, 895; Cass., 27 ottobre 2006, n. 23273; Cass., 4 maggio 2009, n. 10182

²⁶¹ Il collegamento tra abuso del diritto, buona fede e correttezza è stato sposato anche dalla giurisprudenza sia in tempi più prossimi (cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.) che meno (cfr. Cass., 15 novembre 1960, in *Foro it.*, 1961, I, 256).

²⁶² La Suprema Corte si è in realtà spinta oltre, affermando che “*il criterio della buona fede costituisce strumento, per il giudice, atto a controllare, anche in senso modificativo od integrativo, lo statuto negoziale, in funzione di garanzia del giusto equilibrio degli opposti interessi*” (v. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.). Il canone generale di buona fede non impone ai soggetti un comportamento a contenuto prestabilito, rilevando piuttosto come limite esterno all'esercizio di una pretesa, essendo finalizzato al contemperamento degli opposti interessi (v. Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387).

soggettivi conferiti dall'ordinamento e lo scopo per il quale esse sono esercitate²⁶³.

In questo senso viene tra l'altro attribuita autonomia concettuale all'abuso del diritto (rispetto alla buona fede), in quanto volto all'accertamento dell'esercizio del diritto su un piano causale²⁶⁴ e non su quello modale²⁶⁵, demandato quest'ultimo al canone della buona fede. Tale autonomia concettuale permetterebbe così di individuare nell'abuso uno strumento ulteriore di repressione rispetto al canone di buona fede, in grado di garantire anche una tutela reale e non solo risarcitoria al soggetto leso dall'esercizio abusivo del diritto altrui²⁶⁶.

Al giudice e più in generale all'ordinamento, con il riconoscimento di una qualche autonomia concettuale all'abuso del diritto, è quindi consentito un controllo sul negozio, a tutela del bilanciamento dei contrapposti interessi, al fine di evitare l'utilizzo arbitrario del potere conferito; compito del giudice è quindi quello di controllare e interpretare l'atto di autonomia privata anche in funzione del temperamento degli opposti interessi delle parti coinvolte.

Sostanzialmente, l'ordinamento non può esimersi dall'effettuare un giudizio quantomeno di proporzionalità dei mezzi utilizzati dalle parti per far valere i propri interessi, al fine di salvaguardare gli interessi stessi delle parti coinvolte che sono necessariamente contrastanti. Ecco dunque che le concrete modalità di esercizio di un diritto non possono essere indifferenti per l'ordinamento, soprattutto nell'ipotesi di disparità di forze tra i contraenti.

²⁶³ Sull'immedesimazione concettuale tra le due figure si vedano: C. Restivo, *Abuso del diritto autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di S. Pagliantini, Torino, 2010, 116; M. Franzoni, *Degli effetti del contratto*, II, in *Comm. cod. civ.*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1999, 258.

²⁶⁴ Impedendo così che il titolare del diritto raggiunga obiettivi e si appropri di vantaggi ulteriori e diversi da quelli indicati dal legislatore.

²⁶⁵ Verificando cioè che le modalità di esercizio del diritto non siano tali da determinare un aggravamento della controparte in assenza di un vantaggio proporzionale della propria.

²⁶⁶ Cfr. G. D'Amico, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2010, 23, nota 63.

Ciò sposta l'attenzione sul problema dei limiti del potere discrezionale affidato al giudice, in grado di minare, per alcuni Autori²⁶⁷, la certezza del diritto. E questo aspetto, come vedremo nel prosieguo della trattazione, ha evidenti ripercussioni anche sull'individuazione dei limiti al potere assegnato al tribunale fallimentare con riferimento al concordato preventivo.

Naturalmente il problema dell'individuazione del limite a quel margine di discrezionalità connaturato alla funzione e al ruolo assegnato all'interprete della legge trascende la teoria dell'abuso, essendo di più ampio respiro. Anche scegliendo di non applicare il divieto dell'abuso, non si potrebbe infatti eliminare il rischio di un superamento di quel margine di discrezionalità che, come detto, è insito nella funzione stessa di interprete.

È vero comunque che ritenere sufficiente un sindacato giudiziale volto all'accertamento della mera corrispondenza tra la condotta del soggetto al contenuto astratto e formale del diritto comporterebbe il riconoscimento di un arbitrio assoluto in capo al titolare del diritto, che non assicura, nella sostanza, l'effettiva applicazione della legge.

Infine, occorre sottolineare come il principio dell'abuso del diritto abbia trovato applicazione da parte della Suprema Corte in diversi contesti giuridici e non solo all'interno dei rapporti privatistici; è la Corte stessa, infatti, ad aver affermato che *“in un mutato contesto storico, culturale e giuridico, un problema di così pregnante rilevanza è stato oggetto di rimeditata attenzione da parte della Corte di legittimità (v. applicazioni del principio in Cass. 8.4.2009 n. 8481; Cass. 20.3.2009 n. 6800; Cass. 17.10.2008 n. 29776; Cass. 4.6.2008 n. 14759; Cass. 11.5.2007 n. 10838)”*²⁶⁸.

I successivi paragrafi del presente lavoro saranno dedicati all'esame dell'applicazione giurisprudenziale del principio dell'abuso del diritto al concordato preventivo, e, più in generale, agli strumenti di risoluzione della crisi d'impresa.

²⁶⁷ F.R. Fantetti, *Rilevabilità d'ufficio dell'abuso del diritto a prescindere da qualsiasi obbligazione delle parti?*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 584.

²⁶⁸ Così Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

Per quanto riguarda invece gli altri settori del diritto, più nello specifico, il principio in commento è stato applicato in materia societaria, al fine di sindacare l'esercizio del diritto di voto da parte della maggioranza, tenuta al rispetto delle clausole generali di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto societario, e a cui è quindi fatto divieto di abusare della propria posizione di supremazia. Con la conseguenza che potrà essere invalidata la delibera assembleare nel caso in cui sia provato che il potere di voto sia stato esercitato intenzionalmente e fraudolentemente al fine di ledere i diritti di partecipazione e patrimoniali spettanti ai soci di minoranza, o comunque nel caso in cui il voto sia ispirato al perseguimento di interessi personali o extrasociali dei soci di maggioranza, oppure qualora la delibera non trovi alcuna giustificazione nell'interesse della società²⁶⁹.

Ancora in ambito societario, anche l'adempimento del socio alle obbligazioni societarie è stato valutato secondo il canone della buona fede e della correttezza²⁷⁰; e il principio in commento ha trovato applicazione anche nell'ipotesi di abuso dello schermo formale della personalità giuridica societaria²⁷¹.

Numerosi sono poi i casi di applicazione giurisprudenziale dell'abuso del diritto nell'ambito dei contratti bancari²⁷², di mediazione²⁷³, di garanzia²⁷⁴, di leasing²⁷⁵, nonché in materia tributaria²⁷⁶.

²⁶⁹ V. Cass., 11 giugno 2003, n. 9353; Cass., 12 dicembre 2005, n. 27387; Cass., 19 dicembre 2008, n. 29776; Trib. Milano, 28 maggio 2007, n. 6552.

²⁷⁰ V. Cass., 19 dicembre 2008, n. 29776.

²⁷¹ V. Cass., 25 gennaio 2000, n. 804; Cass., 16 maggio 2007, n. 11258.

²⁷² Con riferimento all'ipotesi di recesso della banca da un rapporto di apertura di credito si veda Cass., 21 maggio 1997, n. 4538; Cass., 14 luglio 2000, n. 9321; Cass., 21 febbraio 2003, n. 2642; Cass., 13 aprile 2006, n. 8711; Cass. 7 marzo 2008, n. 6186. Con riferimento invece ai rapporti di conto corrente e alla possibilità per la banca di compensare saldi attivi e passivi dei diversi conti si veda Cass., 28 settembre 2005, n. 18947.

²⁷³ Cfr. Cass., 5 marzo 2009, n. 5348.

²⁷⁴ Nello specifico in relazione al contratto autonomo di garanzia ed *exceptio doli* cfr. Cass., 1 ottobre 1999, n. 10864; Cass., 28 luglio 2004, n. 14239; Cass., 7 marzo 2007, n. 5273.

Dal punto di vista processuale, è altresì stato ritenuto abusivo il frazionamento di un *“credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto della obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione aggravata della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l’esecuzione del contratto ma anche nell’eventuale fase dell’azione giudiziale per ottenere l’adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l’ordinamento offre alla parte, nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale”*²⁷⁷.

2. L’abuso del concordato preventivo

Dopo aver seppur brevemente delineato i caratteri principali del principio dell’abuso del diritto e individuato i principali settori di applicazione giurisprudenziale dell’istituto, si procede ora a verificare in quali casi i giudici hanno ritenuto di poter fare ricorso al suddetto principio anche nell’ambito degli strumenti per la risoluzione negoziale della crisi d’impresa e, più nello specifico, nel concordato preventivo.

²⁷⁵ Cfr., con particolare riferimento al rapporto tra il contratto di sale and lease back e il divieto del patto commissorio, Cass., 16 ottobre 1995, n. 10805; Cass., 26 giugno 2001, n. 8742; Cass., 22 marzo 2007, n. 6969; Cass., 8 aprile 2009, n. 8481.

²⁷⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 23 ottobre 2008, nn. 30055, 30056, 30057.

²⁷⁷ V. Cass., Sez. Un., 15 novembre 2007, n. 23726; Cass., 11 giugno 2008, n. 15476. In dottrina si vedano A. Palmieri e R. Pardolesi, *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, in *Foro it.*, 2008, I, 1514; R. Caponi, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile?*, in *Foro it.*, 2008, I, 1514; A. Finessi, *La frazionabilità (in giudizio) del credito: Il nuovo intervento delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 458.

Prim'ancora di entrare nel merito di detta casistica giurisprudenziale, ripercorriamo però brevemente quali sono state le ragioni e le circostanze che hanno reso possibile applicare l'abuso del diritto e qual è stata l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità al fine appunto di sancirne la compatibilità.

Le riforme legislative apportate alla legge fallimentare di cui si è dato atto nel presente lavoro hanno sicuramente creato l'occasione per l'applicazione dell'istituto. L'attuale baricentro del diritto dei concordati e, più in generale, del diritto della risoluzione concordata della crisi d'impresa, non è più il controllo giurisdizionale, bensì l'accordo delle parti; ciò fa sorgere, al pari che nel diritto dei contratti, l'esigenza di protezione del contraente debole che non è più garantita dal controllo giurisdizionale, di molto ridimensionato.

E dunque se è vero che le riforme hanno esaltato i connotati privatistici del concordato (senza comunque eliminare quelli pubblicistici), è proprio nel diritto dei contratti che si dovranno cercare e si sono cercate le risposte ai problemi che possono derivare. Come è stato giustamente osservato, infatti, *“se oggi il concordato è uno strumento di regolamentazione privata del dissesto e può essere qualificato come vero e proprio contratto, a tutti gli effetti, almeno nel diritto dei contratti questa tutela può essere cercata, e recuperata; ed è proprio al diritto dei contratti che appartiene precipuamente l'istituto dell'abuso del diritto, che quindi ha tutte le carte in regola per trovare anche in materia concorsuale piena applicazione”*²⁷⁸.

Le summenzionate riflessioni sono ancora più attuali se si considera il quadro evolutivo legislativo sulle libertà concesse agli imprenditori in crisi (o che dovrebbero essere tali) di avviare un tentativo per la composizione negoziata e sulle implicite connesse possibilità di usare in modo distorto gli strumenti concorsuali.

Tale uso distorto si può concretizzare innanzitutto nelle scelte iniziali legate all'insorgere della crisi; in questa situazione, infatti, l'imprenditore potrebbe celare la effettiva realtà economica compiendo scelte finalizzate alla realizzazione di un suo lucro personale, con conseguente aggravamento della condizione dei

²⁷⁸ Così N. Nisivoccia, *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2011, 423; *contra* A.M. Perrino, *I limiti al controllo giudiziale tra classamento e voto*, in *Fall.*, 2010, 1290.

creditori. L'imprenditore è inoltre libero nella scelta di quale soluzione concordata tentare, sia nei contenuti (conservativa o liquidatoria) sia dal punto di vista procedurale, nell'utilizzo dello strumento più adatto tra quelli espressamente previsti dall'ordinamento; tali scelte dovrebbero naturalmente essere dettate dal fine di realizzare il maggior soddisfacimento possibile per le ragioni creditorie. Quando invece l'imprenditore compie scelte *“per trarne un maggior vantaggio rispetto a quello che è stato configurato o per arrecare un pregiudizio più ampio rispetto a quello strettamente inevitabile si traduce in un abuso del diritto vietato dall'ordinamento giuridico”*²⁷⁹.

Ciò che si è verificato, sostanzialmente, è che le modifiche apportate al testo della legge fallimentare con le riforme degli anni 2005-2007 hanno creato la possibilità stessa di abusare della procedura concordataria in ragione dell'ampliamento dell'autonomia privata e della corrispettiva diminuzione dei controlli demandati agli organi giudiziari, i quali hanno fatto ricorso a detto istituto come strumento di reazione.

Le scelte legislative degli ultimi anni (ed il riferimento è in particolare al “decreto sviluppo”, d.l. n. 83/2012) hanno poi ulteriormente creato l'occasione di fare ricorso e di utilizzare la procedura in modo distorto da parte di chi, superando i limiti delle libertà concesse dall'ordinamento, tiene un comportamento non conforme ai principi di lealtà di buona fede e correttezza nella gestione della crisi d'impresa, imposti nel rispetto della collettività.

Si è infatti assistito ad un massiccio ricorso al concordato prenotativo (che, come detto, sarebbe volto -nelle intenzioni del legislatore- a offrire tutela all'impresa in crisi cristallizzandone la situazione patrimoniale e anticipando gli effetti protettivi anche in assenza di un piano di risanamento, al fine di valorizzare il patrimonio aziendale e incentivare la continuità) con lo scopo di prolungare l'esercizio d'impresa con vantaggio esclusivo dell'imprenditore e senza che alla continuità corrisponda anche un vantaggio per i creditori.

Del resto, la continuità aziendale costituisce un valore da preservare per l'ordinamento, solo in presenza di determinate condizioni che ne giustificano l'esistenza stessa. Nel caso infatti in cui l'organizzazione non sia più in linea con

²⁷⁹ Così G. Lo Cascio, *Il punto sul concordato preventivo*, in *Fall.*, 2014, 8.

quanto richiesto dal mercato, l'imprenditore è chiamato a rinunciare alla continuità e, anzi, a disporre tempestivamente la cessazione dell'attività, al fine di non disperdere i valori residui, con aggravio della posizione dei creditori.

Come è stato del resto giustamente osservato²⁸⁰, il concordato preventivo con continuità aziendale è stato introdotto con l'intento di creare una procedura a tutela di una situazione di fatto che coincidesse con la previsione normativa, di una situazione in cui, quindi, sussistano i presupposti per recuperare l'attività e riorganizzare la produzione, e non invece per proseguire l'attività d'impresa al solo fine di avvantaggiarsi dei benefici accordati dalla legge.

*“Nel valutare gli effetti di queste nuove norme, non è proprio da escludere che la liberalizzazione e la semplificazione degli strumenti di superamento della crisi delle imprese si traducano talvolta in scorrettezze a danno della collettività ed in una vera e propria concorrenza sleale con chi tenta onestamente e con sacrifici di superare le proprie difficoltà economiche”*²⁸¹.

In effetti, casi di usi distorti delle procedure, di ricorso agli strumenti predisposti per scopi diversi da quelli voluti dal legislatore, più o meno gravi, si sono frequentemente verificati. Ciò richiede l'applicazione di sanzioni rigorose e la avvertita necessità che gli organi della procedura monitorino nel corso di ogni fase della procedura concordataria sul rispetto e sul mantenimento delle condizioni prescritte per la sua ammissibilità, affinché venga garantita ai creditori una proposta veritiera e realizzabile.

In generale, comunque, è possibile affermare che la procedura si presta ad utilizzi distorti con scopi spesso dilatori perché consente (oggi anche solo mediante il deposito del ricorso con riserva) di ottenere la sospensione dell'istruttoria prefallimentare nonché di bloccare le esecuzioni pendenti. Il solo deposito della domanda, infatti, benché priva dei requisiti necessari per ottenere la successiva ammissione, rende possibile per il debitore conservare la disponibilità e l'amministrazione dei suoi beni, confidando nel lasso di tempo necessario per ottenere la pronuncia di inammissibilità.

²⁸⁰ V. G. Lo Cascio, *Il punto sul concordato preventivo*, cit., 9.

²⁸¹ Così G. Lo Cascio, *Il punto sul concordato preventivo*, cit., 12.

Ecco dunque che l'abuso dello strumento concordatario, inteso come abuso della domanda stessa di concordato, si concretizza in almeno due tipologie: la domanda può infatti non essere seria ed essere presentata unicamente con finalità dilatorie²⁸² o può addirittura violare il principio di buona fede, "*ipotesi che si verifica quando il debitore abbia compiuto operazioni dirette a diminuire la garanzia patrimoniale, allo scopo di indurre i creditori ad accettare una proposta più vantaggiosa della liquidazione di un attivo ormai depauperato*"²⁸³, in ragione anche del ridotto ambito di applicazione della revocatoria fallimentare.

Così come ci sembra che costituisca un abuso della domanda concordataria anche la reiterazione di un ricorso per concordato presentato a seguito di altro ricorso non approvato, al solo scopo di procrastinare *sine die* la dichiarazione di fallimento; circostanza che si verifica laddove la seconda domanda non presenti profili di originalità rispetto alla precedente, in grado di superare il vaglio di ammissibilità o di incontrare il gradimento dei creditori che si erano dimostrati sfavorevoli²⁸⁴.

È dunque vero che alla luce dell'orientamento giurisprudenziale prevalente, di cui si è detto al capitolo precedente, al tribunale non è concessa alcuna valutazione del merito della proposta concordataria, però appare meritevole l'intervento del giudice laddove tenti di arginare l'instaurazione di procedure che appaiano *ab origine* strumentali, sancendone l'inammissibilità.

Ciò, come detto, è a maggior ragione vero alla luce delle modifiche legislative del 2012, se si considera che l'imprenditore in crisi può godere dell'*automatic stay* (con conseguente protezione dalle azioni esecutive e cautelari e della inefficacia di ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti) con il solo deposito della domanda con riserva, e senza aver prestato alcuna idonea garanzia in ordine al successivo deposito di una proposta concordataria piena; e che tale beneficio prescinde da una qualsiasi valutazione nel merito della proposta, che non può del resto essere materialmente compiuta dal momento che il piano non è allegato.

²⁸² Così Cass. 14 febbraio 2011, n. 3586, cit.

²⁸³ V. P. Farina, *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 73.

²⁸⁴ In questo senso *ex multis* anche Trib. Forlì, 15 marzo 2013, in www.ilfallimentarista.it.

2.1 Il ruolo dell'art. 173 l.fall. e l'abuso del concordato in presenza di atti di frode

Posta dunque l'esistenza di usi strumentali, finanche abusivi, della procedura, ci si è chiesti se sia possibile applicare al concordato l'istituto dell'abuso del diritto e valutare la condotta dell'imprenditore alla luce dei canoni di buona fede o correttezza, oppure se nella legge fallimentare ci siano già gli strumenti normativi di reazione a tali comportamenti.

In dottrina, al riguardo, si è ritenuto che il comportamento anche processuale del debitore proponente possa essere valutato facendo riferimento ai criteri privatistici dettati in tema di contratto, in particolare a quello della buona fede²⁸⁵; più nello specifico, espressione di detto principio in ambito concordatario sembra essere l'art. 173 l.fall., dettato in materia di revoca della procedura²⁸⁶.

L'art. 173 l.fall. è stato infatti considerato come un “*contrappeso pubblicistico*”²⁸⁷ nelle mani del tribunale, cui è assegnato un ruolo di garanzia, volto anche al rispetto delle regole di correttezza e buona fede.

Come già si è avuto modo di ricordare, l'art. 173 l.fall. sancisce la revoca dell'ammissione al concordato nel caso in cui il commissario giudiziale o il tribunale accertino la realizzazione di una delle condotte prescritte dal comma 1 nella fase precedente al decreto di ammissione (vale a dire il caso in cui l'imprenditore abbia occultato o dissimulato parte dell'attivo, omesso

²⁸⁵ Cfr. E. Bertacchini, *I creditori sono gli unici “giudici” della fattibilità della proposta ... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*, in *Dir. fall.*, 2011, II, 616; F.S. Filocamo, *L'esattezza della proposta di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 1269. In giurisprudenza si veda Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, in *Dir. fall.*, 2012, II, 221, e in *Banca dati De Jure - Redazione Giuffrè*, 2011; Trib. Siracusa, 20 dicembre 2012, in *Dir. fall.*, 2014, II, 156, secondo cui la violazione della regola di correttezza e buona fede che integra un'ipotesi di abuso dello strumento concordatario, costituisce il “*limite implicito dell'accesso al concordato*”.

²⁸⁶ Cfr. M.M. Lazzara, *La dichiarazione di fallimento “conseguente” a revoca del concordato per violazione dei doveri di correttezza e buona fede*, in *Dir. fall.*, 2014, II, 161, secondo la quale la buona fede “*deve connotare il comportamento del debitore nell'adempimento delle sue obbligazioni: come contrappeso all'acquisita libertà di manovra concessa al debitore, la legge richiede una programmazione chiara e trasparente*”.

²⁸⁷ Così Trib. Siracusa, 20 dicembre 2012, in *Dir. fall.*, 2014, II, 167.

dolosamente uno o più crediti, esposto passività insussistenti, o comunque commesso atti di frode non menzionati nel ricorso introduttivo) oppure la sussistenza di una delle condizioni prescritte dal comma 3, nel corso della procedura (e cioè il compimento di atti non autorizzati o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori o la mancanza in qualunque momento delle condizioni prescritte per l'ammissibilità).

Gli atti di frode di cui ai commi 1 e 3 dell'art. 173 l.fall. non coincidono poi con le relative categorie civilistiche e penalistiche, bensì sono rappresentati da tutti quei comportamenti sia sostanziali che processuali in grado di frodare i creditori, ovvero di incidere sul percorso formativo del loro consenso.

Più nello specifico, come delineato dalla Corte di legittimità: *“Il minimo comune denominatore dei comportamenti indicati dall'art. 173, comma 1, legge fallimentare, ai fini della revoca dell'ammissione al concordato e della dichiarazione di fallimento nel corso della procedura, è dato dalla loro attitudine ad ingannare i creditori sulle 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. Si tratta, in sostanza, di comportamenti volti a pregiudicare la possibilità che i creditori possano compiere le valutazioni di loro competenza avendo presente l'effettiva consistenza e la reale situazione giuridica degli elementi attivi e passivi del patrimonio dell'impresa. Questa è, quindi, la connotazione tutti gli altri indefiniti comportamenti dell'imprenditore per poter essere definiti atti di frode. E', allora, possibile concludere affermando 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 della norma in esame non farebbe altro che reintrodurre il requisito della meritevolezza apertamente ripudiato dal legislatore della riforma”²⁸⁸.*

²⁸⁸ V. Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, cit.; cfr. anche la sentenza gemella, Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

Ai fini della revoca, dunque, non rilevano tutti gli atti dispositivi del patrimonio del debitore, pregiudizievoli per i creditori: ciò che integra l'atto di frode è invero l'attività del proponente volta ad occultarne il compimento e perciò idonea ad alterare il voto dei creditori, inficiando il meccanismo di formazione della loro volontà e del loro giudizio.

La Suprema Corte ha del resto ulteriormente chiarito 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”*²⁸⁹.

Eventuali atti depauperativi compiuti dalla società in crisi non rilevano quindi di per sé, giusta anche l'eliminazione del requisito della meritevolezza, ma solo in quanto la relativa omissione nel ricorso introduttivo impedisce la formazione di un consenso informato.

L'eliminazione del requisito della meritevolezza, sottolinea infatti la Corte, ha fatto sì che prevalga *“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*

²⁸⁹ V. Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, cit.

*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 [...] o di annullamento degli atti in ipotesi maggiormente dannosi*²⁹⁰.

Alla luce del riformato contesto sistematico infatti, come detto, l'informazione dei creditori ha indubbia rilevanza nell'ottica della loro autotutela, così come centrale è il ruolo attribuito agli organi giurisdizionali, che devono vigilare sulla correttezza e completezza delle informazioni fornite dal debitore; al di là dei limiti fissati dall'ordinamento a detto potere di controllo, non si può dunque mettere in discussione l'importanza di una verifica degli organi della procedura delle informazioni fornite ai creditori.

La dottrina è infatti arrivata a ritenere che *“le coordinate per procedere alla revoca possono essere individuate nel difficile contemperamento tra il rispetto della regola generale di correttezza – posta a base dei rapporti di autonomia privata – e l'interesse pubblicistico atto a consentire ai creditori la consapevole adesione a una proposta coerente con i valori e lo spirito innovatore del concordato”*²⁹¹.

Alla luce di queste considerazioni, dei poteri attribuiti al commissario giudiziale di valutazione della completezza e attendibilità dei dati offerti ai creditori, per superare la loro asimmetria informativa, l'art. 173 l.fall. potrebbe rappresentare una norma di chiusura del sistema²⁹², su cui si basano gli obblighi di collaborazione tra gli organi della procedura in ogni fase della stessa al fine di segnalare al tribunale gli atti di frode e in generale il venir meno delle condizioni di ammissibilità.

Ma vi è di più. La Corte ha in effetti individuato alcune ipotesi limite in cui non è sufficiente la corretta informazione dei creditori sulle condotte realizzate dall'imprenditore in crisi, nel caso in cui quest'ultimo abbia comunque modificato

²⁹⁰ V. Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

²⁹¹ V. M.M. Lazzara, *La dichiarazione di fallimento “conseguente” a revoca del concordato per violazione dei doveri di correttezza e buona fede*, cit., 164.

²⁹² In questo senso M.M. Lazzara, *La dichiarazione di fallimento “conseguente” a revoca del concordato per violazione dei doveri di correttezza e buona fede*, cit., 166; D. Galletti, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, cit., 745.

il percorso formativo della loro volontà, costringendoli ad accettare una proposta frutto di scelte imprenditoriali finalizzate a diminuire la garanzia patrimoniale; e ciò a prescindere dall'eventuale giudizio di meritevolezza demandato al creditore, che potrebbe votare in base alla mera convenienza economica, preferendo l'opzione concordataria a quella fallimentare, anche in ragione della difficile revocabilità degli atti depauperativi.

Uno dei settori in cui in effetti l'applicazione del principio dell'abuso del diritto appare più corretta²⁹³, soprattutto in quanto il comportamento dell'imprenditore in crisi non appare diversamente sanzionabile, è proprio quello della sussistenza di condotte depauperative perpetrate prima del deposito della domanda, e adeguatamente riferite in sede di ricorso introduttivo²⁹⁴, che costituiscono atti di frode in quanto preordinate a diminuire la garanzia patrimoniale offerta ai creditori e quindi a costringerli ad accettare una proposta che appare comunque migliorativa rispetto all'alternativa liquidatoria fallimentare.

Al riguardo, si segnala l'intervento della Suprema Corte, la quale ha sancito che *“vi è 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 preventivo, 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. In presenza di una tale condotta, il concordato non è ammissibile in quanto rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al richiamato principio della buona fede”*²⁹⁵.

Infine, la Suprema Corte ha molto opportunamente evidenziato che *“c'è tuttavia un limite implicito che è quello, più volte e anche di recente, richiamato dalla*

²⁹³ In questo senso anche M. Fabiani, *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. articoli, 24 luglio 2014.

²⁹⁴ Naturalmente se di tali condotte non si desse adeguatamente atto in sede di ricorso introduttivo, la fattispecie rientrerebbe nella casistica prevista dall'art. 173 l.fall. e la procedura sarebbe revocabile, a prescindere dall'accertamento di un abuso del diritto.

²⁹⁵ Cass., 23 giugno 2011, n. 13818, cit.

giurisprudenza di legittimità (Sez. I[^], 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”²⁹⁶.

Non è dunque il compimento degli atti depauperativi a integrare l'abuso, bensì la pianificazione del dissesto, la condotta cioè orientata a preconstituire le condizioni per ottenere il consenso dei creditori.

2.2 L'evoluzione della giurisprudenza di legittimità

Si ritiene ora opportuno ricordare le pronunce giurisprudenziali della Suprema Corte che per prime hanno sancito l'applicabilità dell'abuso del diritto allo strumento concordatario, per poi verificare in quali specifiche fattispecie la giurisprudenza di merito ne ha fatto maggiormente ricorso.

La Corte di Cassazione, con la sentenza 10 febbraio 2011, n. 3274²⁹⁷, ha sancito per la prima volta l'astratta applicabilità, in termini generali, dell'abuso del diritto anche alla materia concorsuale e, in particolare, in ambito concordatario (benché con riferimento a uno di tipo fallimentare), stabilendo che: “non è

²⁹⁶ V. Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, cit.

²⁹⁷ Cass., 10 febbraio 2011, n. 3275, in *Giur. comm.*, 2012, II, 276; e in *Fall.*, 2011, 403.

contestabile la applicabilità anche allo strumento concordatario del concetto di abuso del diritto che ha già trovato nella giurisprudenza importanti applicazioni sia in ambito sostanziale (basti pensare a quello tributario nonché, inter alia, Cass. civ., sez. III, 31.5.2010, n. 130208 e Cass. civ., sez. III, 18.9.2009, n. 20106) e processuale (Cass. civ., sez. I, 3.05.2010, n. 10634; Cass. civ., sez. III, 27.01.2010, n. 1706; Cass. civ., sez. un., 15.11.2007, n. 23726) e che trova fondamento nel principio generale secondo cui l'ordinamento tutela il ricorso agli strumenti che lo stesso predispone nei limiti in cui questi vengano impiegati per il fine per cui sono stati istituiti senza procurare a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento e a chi li subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente".

Si tratta di un'affermazione poi condivisa dalla successiva dottrina e giurisprudenza maggioritaria, dal momento che, come detto, l'abuso del diritto costituisce un principio generale del nostro ordinamento, ancorché non codificato, e che non esistono ostacoli giuridici che impediscano una sua applicazione generalizzata, indipendentemente dall'ambito interessato.

Di fatto, la giurisprudenza ha ritenuto quindi che anche nello svolgimento della procedura concorsuale in esame si possano rinvenire gli elementi costitutivi tipici della fattispecie dell'abuso di diritto -ricostruiti attraverso l'apporto dottrinario e giurisprudenziale- che sono, sostanzialmente, quelli individuati dalla sentenza della Corte di Cassazione, 18 settembre 2009, n. 20106²⁹⁸, ovvero: 1) la titolarità di un diritto soggettivo in capo ad un soggetto; 2) la possibilità che il concreto esercizio di quel diritto possa essere effettuato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate; 3) la circostanza che tale esercizio concreto, anche se formalmente rispettoso della cornice attributiva di quel diritto, sia svolto secondo modalità censurabili rispetto ad un criterio di valutazione, giuridico od extragiuridico; 4) la circostanza che, a causa di una tale modalità di esercizio, si verifichi una sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto ed il sacrificio cui è soggetta la controparte.

²⁹⁸ V. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, cit.

La predetta sentenza del febbraio 2011 è, come detto, importante, in quanto per la prima volta è stata sancita l'astratta compatibilità e la conseguente applicabilità dell'istituto dell'abuso anche alle fattispecie concordatarie; la Corte però, con la medesima sentenza, ha anche inteso limitarne l'applicazione, stabilendo che non possa configurare un abuso del diritto la lesione della *par condicio creditorum* (dal momento che è lo stesso legislatore a prevedere come possibile un trattamento non paritario in caso di concordato con classi, sia in relazione ai mezzi soddisfattivi, sia in relazione alla percentuale offerta), né la previsione nella proposta di cessione delle azioni di massa.

Sempre nel corso del 2011, la Corte di Cassazione ha avuto nuovamente occasione di applicare il principio generale dell'abuso del diritto al concordato, per sanzionare, come già ricordato, quelle condotte fraudolente poste in essere dall'imprenditore in crisi, nell'ottica di una futura presentazione di una domanda per concordato, e dirette a ridurre la consistenza patrimoniale al fine di orientare il voto dei creditori²⁹⁹.

Con una sentenza di pochi mesi successiva, la Corte è poi intervenuta in tema di abuso del concordato al fine di scongiurare utilizzazioni improprie della procedura, e a *"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"*³⁰⁰, ha sancito l'ingresso all'interno del giudizio omologatorio anche della disamina d'ufficio dei presupposti della sanzione revocatoria ex art. 173 l.fall., tra cui, l'inesistenza delle condizioni prescritte dagli art. 160 e 161 l.fall. per la sua ammissibilità, dando così vita a quel contrasto giurisprudenziale tra le Sezioni semplici che ha condotto all'intervento delle Sezioni Unite.

Nel 2012 poi, la Corte ha stabilito che il giudice può escludere una domanda di concordato presentata in una fase prefallimentare, *"laddove esprima un proposito meramente dilatorio e manifesti un abuso del diritto del debitore,*

²⁹⁹ V. Cass., 23 giugno 2011, nn. 13817 e 13818, cit.

³⁰⁰ Cfr. Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, cit.

*anche alla luce dell'affrancamento di quest'ultimo dal requisito della meritevolezza*³⁰¹.

La Suprema Corte, alla luce dell'intervento delle Sezioni Unite, nell'ottobre del 2013 è infine nuovamente intervenuta sul tema dell'abuso dello strumento concordatario, benché fallimentare, stabilendo che il tribunale, in sede di omologazione, debba limitarsi a una verifica di regolarità formale della procedura e dell'esito della votazione, *“restando escluso ogni controllo sul merito, ad eccezione dell'indagine sull'eventuale abuso dell'istituto”*³⁰².

3. Profili applicativi sostanziali

Una volta affermata la compatibilità e l'applicabilità dell'abuso del diritto allo strumento concordatario, appare ora significativo analizzare in quali casi - sostanziali e processuali- e in presenza di quali elementi, la giurisprudenza di merito ha fatto ricorso a detto principio. E ciò anche al fine di analizzare le pronunce dal punto di vista dei limiti al potere giurisdizionale fissati dall'ordinamento.

3.1 L'abuso nella formazione delle classi

Il primo comma dell'art. 160 l.fall., come modificato dalle riforme degli anni 2005-2007, prevede la possibilità che il piano suddivida i creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei e che disponga trattamenti differenziati per creditori appartenenti a classi diverse; fatto salvo il

³⁰¹ Cfr. Cass., 24 ottobre 2012, n. 18190, in *Foro it.*, 2013, V, 1534, e in *Fall.*, 2012, 1408.

³⁰² Cfr. Cass., 29 ottobre 2013, n. 24359, in *Giust. civ. mass.*, 2013, rv 628841.

rispetto dell'ordine della cause legittime di prelazione ai sensi del secondo comma.

Perché questi principi siano rispettati, la legge fallimentare prevede poi, come già abbiamo avuto modo di ricordare, un controllo giudiziale sulla corretta formazione delle classi in sede di ammissione; ai sensi dell'art. 163, infatti, al tribunale è demandato espressamente il compito di valutare la correttezza dei criteri di formazione delle classi prima di procedere all'apertura della procedura. È evidente che il criterio dell'omogeneità predicato dalla legge postula una valutazione connotata da un ampio margine di discrezionalità sia in capo al proponente, sia in capo al giudice.

I rischi connessi a questa previsione legislativa sono da una parte che la divisione in classi sia impiegata al solo fine di orientare favorevolmente il voto e, dall'altra, che la facoltà stessa non venga esercitata e che l'imprenditore escluda il classamento dei creditori per fini abusivi.

L'obbligatorietà delle classi, che in astratto potrebbe essere un valido strumento atto a evitare l'abuso dello strumento concordatario, e che costituisce un tema molto dibattuto in dottrina, è stata però recentemente esclusa dalla Corte Costituzionale.

Prima di esaminare quanto sancito dalla Corte, appare opportuno ricordare che l'inesistenza di obblighi sulla creazione delle classi si evince da una serie di dati testuali inequivocabili: l'art. 160, innanzitutto, al primo comma, stabilisce che il piano possa (e non che debba) prevedere la suddivisione; gli artt. 163, comma 1, e 177, comma 1, dettano poi regole specifiche, rispettivamente in materia di ammissione e di computo delle maggioranze, "*ove siano previste diverse classi di creditori*", sancendo quindi espressamente la legittimità dell'assenza delle stesse³⁰³.

³⁰³ Cfr. S. Ambrosini, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di F. Di Marzio e F. Macario, Milano, 2010, 542; M.M. Aiello, *Tre questioni in tema di concordato preventivo: abuso del diritto nella formazione delle classi, atti di frode e legittimazione del creditore giudiziale all'esperimento dell'azione di responsabilità*, in www.ilfallimentarista.it, 2011; G. Nardecchia, *Crisi di impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, 175; G. Bozza, *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, 424.

La tesi della discrezionalità della formazione delle classi è stata inoltre sposata dalla giurisprudenza di merito maggioritaria³⁰⁴ e da quella di legittimità, che, con la più volte richiamata pronuncia del 10 febbraio 2011, n. 3274³⁰⁵, ha aderito all'orientamento della dottrina prevalente e “*prendendo le mosse dal canone ermeneutico fondamentale (art. 12 preleggi) pare difficile contestare che secondo la formulazione letterale delle disposizioni che in qualche misura si riferiscono alle classi la loro utilizzazione nell'ambito della proposta concordataria non sia in alcun caso prevista come obbligatoria*”, riconoscendo anche che le situazioni in cui versano i creditori sono potenzialmente tante quanto

La maggioranza della dottrina ritiene ormai che la creazione della classi sia discrezionale e rimessa alla scelta dell'imprenditore; non sono però mancate opinioni di segno contrario e al riguardo si segnalano: M. Fabiani, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, 437; P. Catalozzi, *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, in *Fall.*, 2009, 581; R. Sacchi, *Concordato preventivo, conflitti di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fall.*, 2009, 33; I.L. Nocera, *Abuso del diritto nella formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, II, 404, secondo quest'ultimo Autore, in particolare, “*l'autorità giudiziale dovrà quindi intervenire imponendo la creazione di nuove classi o la modifica di quelle costituite in autonomia, qualora, considerando la complessiva economia dell'operazione, ritenga che il debitore, in spregio al principio generale di buona fede applicabile anche nel diritto della crisi d'impresa, strumentalizzi l'autonomia riconosciutagli dalla legge pregiudicando i creditori mediante la formazione di un maggiore o minore numero di classi all'esclusivo fine di manipolare il consenso, deformando il diritto al dissenso di una o più di esse*”.

³⁰⁴ Cfr. App. Napoli, 19 maggio 2009, in *Banca dati De Jure - Redazione Giuffrè*, 2009, in relazione al concordato fallimentare; App. Torino, 3 novembre 2009, in *Banca dati De Jure - Redazione Giuffrè*, 2010, la quale, in relazione a una fattispecie di concordato preventivo ha sancito che: “*Poiché la suddivisione dei creditori in classi non è un obbligo per il proponente il concordato, ma una mera facoltà, è legittima la mancata previsione di trattamenti differenziati tra i creditori chirografari*”.

Contra si vedano invece: Trib. Monza, 7 aprile 2009, in *Giur. merito*, 2009, 1895 e *Giur. comm.* 2010, 2, 332; Trib. Biella, 5 novembre 2009, inedito, poi riformato da App. Torino, 27 gennaio 2010, inedito. In entrambi i casi i giudici di primo grado hanno attribuito al tribunale il potere di invitare il debitore a formare classi omogenee di creditori, in assenza delle quali il voto espresso dalla maggioranza non sarebbe sufficiente a far conseguire l'omologa alla procedura in quanto il voto stesso sarebbe invalido per conflitto di interessi e/o abuso del diritto.

³⁰⁵ V. Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, cit.

i creditori stessi e un loro censimento potrebbe portare anche ad una proliferazione incontrollabile delle classi³⁰⁶.

Come detto, la questione della discrezionalità o meno della formazione delle classi è stata inoltre condotta innanzi alla Corte Costituzionale; è stata infatti sollevata questione di legittimità costituzionale degli artt. 160, 162 e 163, in relazione all'art. 3 Cost., nella parte in cui non prevedono che il tribunale in sede di valutazione dell'ammissibilità debba giudicare anche la correttezza della mancata suddivisione in classi.

La Corte, con l'ordinanza del 12 marzo 2010, n. 98³⁰⁷, ha dichiarato manifestamente inammissibile la questione di legittimità costituzionale, ritenuta non sufficientemente motivata, dando però atto dell'esistenza di quell'orientamento giurisprudenziale che rende compatibile, secondo un'interpretazione delle predette norme costituzionalmente orientata, un sindacato giudiziale sulla scelta del proponente di non suddividere i creditori in classi.

Per quanto riguarda poi l'importanza della valutazione delle classi, e dei profili di abuso del diritto riscontrabili nei criteri di formazione adottati dal proponente, sarà sufficiente ricordare che la creazione delle classi determina non solo un trattamento differenziato dei diversi gruppi, ma anche regole diverse per il raggiungimento della maggioranza, essendo necessaria l'approvazione non solo da parte dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto, ma anche della maggior parte degli insiemi.

Ecco allora che proprio l'importanza della corretta formazione degli insiemi ha spinto i tribunali³⁰⁸ a valutare non solo l'omogeneità della posizione giuridica e degli interessi economici dei creditori collocati in ciascuna classe, ma anche che la formazione degli insiemi non sia preordinata esclusivamente al

³⁰⁶ La dottrina ha però replicato -al fine di dimostrare la facoltatività del classamento- che *“la difficoltà di individuare in concreto dei criteri di omogeneità degli interessi dei creditori può forse venir meno ove si ritenga che non tutte le disomogeneità economiche sono rilevanti ai fini della suddivisione in classi, ma soltanto quelle che sono funzionali all'espressione di voto. E fra queste soltanto quelle che rendono l'espressione di voto abusiva”* (v. G. Nardecchia, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 91).

³⁰⁷ V. Corte Cost., 12 marzo 2010, n. 98, in *Foro it.*, 2010, I, 1059.

³⁰⁸ La prima pronuncia al riguardo, a quanto consta, è Trib. Milano, 19 luglio 2011, in *Dir. fall.*, 2012, II, 387.

conseguimento della maggioranza nella votazione (ad esempio mediante la creazione di classi composte da pochi creditori cui viene quindi attribuito un peso specifico molto superiore).

La giurisprudenza ha fatto dunque ricorso ai criteri di buona fede e di correttezza per verificare se, a prescindere dall'omogeneità degli insiemi, gli stessi siano stati creati per finalità *contra ius*, e pertanto risultino abusivi.

Più nello specifico, nella valutazione della correttezza della formazione degli insiemi deve farsi uso, secondo la giurisprudenza di merito, della “*categoria generale delle “buona fede”, verificando in particolare se da parte del ricorrente si è proceduto abusando e strumentalizzando le norme di legge a fini diversi da quelli previsti dal legislatore, ad esempio “creando” più classi di creditori che potevano rientrare in una unica classe al solo fine di ottenere la maggioranza delle classi*”, sul presupposto che “*la corretta applicazione del “principio di maggioranza” impone che non vi sia un inquinamento generato da vicende singolari, quali ad esempio una fittizia proliferazione di classi solo per ottenere la maggioranza*”³⁰⁹.

È quindi opportuno che l'imprenditore proponente, che voglia evitare di incorrere in censure sulla formazione degli insiemi, spieghi e giustifichi nel ricorso introduttivo le motivazioni (eventualmente integrabili su richiesta del tribunale, ai sensi dell'art. 162, comma 1, l.fall.) che lo hanno spinto alla formazione stessa³¹⁰.

La formazione delle classi, con conseguente frammentazione del ceto creditorio, di per sé, è legittimamente preordinata alla predisposizione di una proposta più accattivante per i creditori e a garantire un equilibrio sostanziale della proposta concordataria stessa, prevedendo una ripartizione del sacrificio economico differenziato in base alla natura giuridica ed all'entità del credito, realizzando così contestualmente le condizioni più favorevoli per la sua accettazione (per ottenere il voto favorevole dei piccoli fornitori saranno infatti

³⁰⁹ V. Trib. Piacenza, 1 settembre 2011, in www.ilcaso.it, che in motivazione cita espressamente il provvedimento milanese del 19 luglio 2011.

³¹⁰ Cfr. M.M. Aiello, *Tre questioni in tema di concordato preventivo: abuso del diritto nella formazione delle classi, atti di frode e legittimazione del creditore giudiziale all'esperimento dell'azione di responsabilità*, cit., 6.

normalmente necessarie percentuali di pagamento più elevate rispetto ad esempio alle banche, che potrebbero anche vantare un credito privilegiato di cui tener conto).

Si avrà abuso del diritto nella formazione delle classi, quindi, quando alcune di esse, orientate a priori per l'assenso della proposta, sono create *ad hoc* per neutralizzare il voto contrario pronosticato di altri insiemi, e in assenza di un effettivo trattamento economico differenziato. Si avrà inoltre abuso nell'ipotesi in cui venga creata formalmente l'omogeneità di una classe orientata favorevolmente nelle previsioni del debitore e in cui viene inserito un creditore, presuntivamente dissenziente, di cui si neutralizza così il voto.

Anche in questi casi, dunque, la giurisprudenza ha ritenuto che sussistano tutti gli elementi integranti l'abuso del diritto, innanzitutto in quanto il debitore è titolare del diritto soggettivo di creazione delle classi che può essere esercitato secondo diverse modalità, inoltre in quanto lo stesso è in grado di creare una eccessiva sproporzione, seppur nel rispetto della cornice formale attributiva del diritto, tra il vantaggio procurato a sé stesso rispetto al sacrificio arrecato ai creditori. *“Se dunque le effettive modalità con cui è realizzata la formazione delle classi risulta inequivocabilmente volta al perseguimento di un obiettivo contra ius, alterando lo schema formale del diritto, si ravvisa un abuso in quanto, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al proponente ed il suo atto di esercizio, la funzione obiettiva dell'atto risulta distonica rispetto al potere che lo contempla”*³¹¹.

Naturalmente quella che si richiede all'interprete è una valutazione caso per caso, che è tanto più discrezionale se si considera che la valutazione è finalizzata a verificare uno sviamento dalla finalità tipica dell'istituto, che, per una parte della dottrina non consiste tanto nel garantire una gestione equilibrata della crisi, mediante la previsione di trattamenti diversificati³¹², quanto unicamente di

³¹¹ Così I.L. Nocera, *Abuso del diritto nella formazione delle classi nel concordato preventivo*, cit., 403.

³¹² Secondo questa impostazione, prevalente in dottrina, la facoltà di suddividere i creditori in classi, lungi dal costituire una violazione del principio della *par condicio creditorum*, rappresenterebbe viceversa una sua applicazione sostanziale, nel rispetto del principio costituzionale di uguaglianza, in quanto permette di riservare trattamenti uguali

assicurare la facoltà all'imprenditore di suddividere il ceto creditorio secondo le modalità ritenute più funzionali all'approvazione del concordato³¹³.

Si segnala poi che all'interno dell'orientamento principale, quello cioè che individua negli insiemi uno strumento di tutela dei creditori, vi è poi chi ritiene che il fine ultimo delle classi si sostanzia proprio nel consentire trattamenti differenziati, e chi invece ritiene che le classi garantiscano un'applicazione più genuina del principio maggioritario, in quanto l'espressione di voto sarebbe più consapevole.

Collegato alla tematica della correttezza dei criteri di formazione delle classi vi è anche quella del rispetto del fondamentale principio, soprattutto in materia concorsuale, della *par condicio creditorum*, che infatti risulta suscettibile di deroghe solo in presenza di interessi meritevoli di maggior tutela, quali la realizzazione dell'operazione di risanamento.

La parità di trattamento non è infatti un principio assoluto, ma anzi è funzionale ad una gestione ottimale della crisi, e può perciò essere derogato nell'ottica appunto di perseguire l'obiettivo di efficienza economica: *“il principio della par condicio non è dunque espunto dal concordato in quanto all'interno della stessa classe i creditori devono ricevere lo stesso trattamento, ma appare notevolmente mitigato giacché il suo raggio applicativo è riferito non più ai singoli creditori ovvero alla moltiplicazione geometrica dei privilegi, bensì alle classi nelle quali i creditori medesimi sono eventualmente ripartiti”*³¹⁴. La deroga al principio della parità di trattamento trova quindi la sua giustificazione in quegli stessi obiettivi perseguiti dal legislatore con il riconoscimento all'autonomia privata del potere di risolvere negoziabilmente la crisi d'impresa, quindi nell'obiettivo del risanamento aziendale, della conservazione e del ricollocamento sul mercato del complesso produttivo.

per situazioni analoghe e trattamenti diversi per situazioni differenti: costituirebbe cioè uno strumento di tutela dei creditori. Cfr. L. Stanghellini, *Piano di regolazione dell'insolvenza, classi di creditori e liquidazione*, in *Fall.*, 2004, 28.

³¹³ In questo senso v. D. Galletti, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, cit., 919.

³¹⁴ V. I.L. Nocera, *Abuso del diritto nella formazione delle classi nel concordato preventivo*, cit., 391.

La finalità quindi di ottenere il voto favorevole da parte della maggioranza delle classi e all'interno di ciascuna di esse è certamente lecita, ma può essere perseguita con mezzi contrari alla legge e per costituire una lesione del principio di correttezza e quindi anche un abuso del diritto, sarà necessaria una valutazione del giudice della causa concreta sottesa alla formazione delle classi, e, più in generale dell'intera operazione economica.

3.2 L'abuso del diritto di voto

Strettamente collegato al tema della formazione delle classi, della *par condicio creditorum* e dell'applicazione e del funzionamento del principio di maggioranza vi è quello del possibile abuso del diritto di voto da parte di creditori in conflitto d'interesse (rispetto alla massa), situazione cui una parte della dottrina e della giurisprudenza inizia ad attribuire rilievo.

Con una recente pronuncia, il Tribunale di Verona ha infatti escluso il diritto di voto di una società controllata dalla proponente sul presupposto dell'esistenza di una effettiva e reale sussistenza di una situazione di conflitto di interessi³¹⁵.

Nel caso in cui l'esercizio del diritto di voto sia diretto al conseguimento di vantaggi diretti a danno degli altri creditori, si sarebbe dunque in presenza di una deviazione rispetto alla finalità tipica per la quale viene concesso il diritto di voto e perciò di un abuso del diritto.

Secondo questa impostazione, il principio dell'abuso del diritto potrebbe trovare applicazione, benché sia pacifico che la finalità di fondo perseguita dai creditori può essere quella di realizzare un vantaggio solo personale e non anche rivolto

³¹⁵ V. Trib. Verona, 27 marzo 2013, in *Fall.*, 2014, 328; cfr. anche Trib. Monza, 2 novembre 2011, in www.ilcaso.it, secondo cui il voto espresso da un creditore controllato dalla debitrice costituisce una forma di abuso del diritto. *Contra* Trib. Reggio Emilia, 1 marzo 2007, in www.ilcaso.it.

alla massa indistinta, in quanto anche nel concordato risulterebbe illegittimo il voto espresso dal creditore al fine di conseguire un vantaggio solo personale, a danno degli altri, alterando il funzionamento del meccanismo di voto³¹⁶.

Per giungere a queste conclusioni, la giurisprudenza, attraverso il giudizio di regolarità formale nella fase di omologazione, potrebbe quindi attribuire rilievo alla situazione di conflitto di interessi³¹⁷ in cui versa uno dei creditori.

Tale richiamata sentenza di merito si pone però in contrasto con l'orientamento espresso dalla Corte di legittimità nella più volte richiamata sentenza del 10 febbraio 2011, n. 3274³¹⁸, che ha escluso che la categoria del conflitto di interessi si possa adattare alle manifestazioni di volontà nel concordato, in quanto i creditori costituiscono una comunità involontaria, i cui interessi non sono riducibili ad una unità. Ciascun creditore e ciascuna categoria di creditori perseguirebbe dunque il proprio egoistico interesse nei limiti di una cornice di legalità, anche se in contrasto con altre categorie di creditori o con altri creditori³¹⁹.

Secondo la Corte, infatti, *“la esistenza di un conflitto di interessi tra soggetti acquisisce giuridica rilevanza quale causa di vizio di un atto o di fonte di risarcimento del danno non in ogni caso ma solo allorquando vi sia un contrasto tra un centro autonomo di interessi (sia esso dotato o meno di personalità giuridica) e il suo rappresentante [...] Nulla di tutto questo è ravvisabile nel rapporto tra creditori uti singuli e quali appartenenti alla massa nel momento in cui si esprimono nell'ambito dell'assemblea dei votanti per l'assorbente ragione che il fallimento non è un soggetto giuridico autonomo di cui i creditori siano in qualche modo partecipi e il complesso dei creditori concorrenti viene costituito in*

³¹⁶ Così Trib. Verona, 27 marzo 2013, cit., 330.

³¹⁷ In generale, sul conflitto d'interessi fra creditori nei concordati si vedano: R. Sacchi, *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, cit., 32; R. Sacchi, *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fall.*, 2009, 1062; M. Fabiani, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, cit., 437.

³¹⁸ V. Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, cit.

³¹⁹ Cfr. in senso conforme anche Cass., 15 settembre 2011, n. 18864; App. Napoli, 19 maggio 2009, n. 7462, inedita; cfr. in dottrina A.M. Perrino, *Abuso del diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio di giustizia contrattuale?*, in *Foro it.*, 2011, 2122.

*corpo deliberante in modo del tutto casuale e involontario così che non è avvinto da alcun patto che comporti, in una qualche occasione, la necessità di valutare un interesse comune trascendente quello dei singoli*³²⁰.

Come si è visto tale impostazione è stata criticata da chi ritiene che, benché la massa dei creditori non costituisca un soggetto autonomo di diritto, la stessa possa comunque essere portatrice di un proprio interesse³²¹; conseguentemente, potrebbe esserci un interesse comune, anche senza un autonomo soggetto giuridico che ne sia titolare³²².

La problematica relativa all'esistenza di un interesse comune e alla possibile esistenza di una situazione di conflitto di interessi è strettamente collegata al funzionamento del principio maggioritario, che per una parte della dottrina richiederebbe, come ricordato nel primo capitolo, l'esistenza di una comunità -benché involontaria- portatrice di un interesse comune.

Secondo questa impostazione, l'adozione del principio maggioritario, apparentemente in contrasto con il rafforzamento del principio dell'autonomia privata che presiede le riforme delle procedure di risoluzione della crisi d'impresa, sarebbe infatti giustificato e quindi legittimo solo in presenza del rispetto del metodo collegiale e del perseguimento di un interesse comune da parte della maggioranza (sulla base del quale valutare quello del singolo eventualmente in conflitto).

³²⁰ V. Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, cit., 413.

³²¹ Tale interesse è del resto più volte richiamato dalla giurisprudenza di merito ad esempio in tema di prededucibilità di una spesa ex art. 111 l.fall., o di interesse ad agire in una causa.

³²² In questo senso G. D'Attorre, *Concordato preventivo proposto da controllante ed esclusione dal voto della società controllata*, in *Fall.*, 2014, 332; l'Autore evidenzia un parallelismo con l'ambito societario, evidenziando che secondo la dottrina e giurisprudenza maggioritaria, l'interesse sociale (che potrebbe essere in conflitto con quello di cui il singolo socio può essere portatore in forza di una posizione esterna) è da identificarsi con l'interesse comune dei soci in quanto partecipanti alla compagine sociale, senza alcuna intestazione di questo interesse alla persona giuridica/società. Ecco allora che anche l'interesse collettivo dei creditori può essere identificato nell'interesse comune dei creditori in quanto ammessi al concorso, senza la necessità che sussista un soggetto di diritto cui imputare l'interesse. Parla di comunanza di interesse che giustifica di per sé l'applicazione del principio di maggioranza anche M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 620.

Una parte degli Autori ritiene dunque che un soggetto, portatore di un interesse in conflitto con quello comune, non possa partecipare al voto e che, in caso di violazione, potrebbe essere fatto legittimamente ricorso all'abuso del diritto per sancirne l'inefficacia, in quanto *“l'esistenza di un interesse proprio soltanto di alcuni partecipanti alla votazione rompe la comunione di interessi, perché la decisione collettiva viene in questo modo piegata al raggiungimento non già dell'interesse comune, quanto di un interesse particolare, esclusivo ed egoistico del singolo partecipante, non condiviso e non comune agli altri”*³²³.

Del resto l'applicazione della disciplina sul conflitto di interessi anche in ambito concordatario è possibile alla luce di un'interpretazione sistematica della disciplina concordataria, in combinato disposto con altre norme³²⁴; e ciò benché manchi una norma specifica, o meglio vi sia solo l'art. 177, ult. comma, l.fall., che esclude dal voto il coniuge, i parenti e gli affini del debitore e che quindi non prende in considerazione altre situazioni che vengono invece espressamente in rilievo nel concordato fallimentare ai sensi dell'art. 127 l.fall.

In presenza pertanto di un conflitto, il creditore dovrebbe essere escluso dal voto e su tale esclusione (o viceversa sulla sua inclusione) sarà chiamato a decidere il tribunale in sede di omologazione, anche su ricorso dello stesso creditore o di altro. Il tribunale non dovrà poi procedere all'omologazione solo nel caso in cui l'ammissione o l'esclusione avrebbero influito sulla formazione della maggioranza, quando cioè è integrata la prova di resistenza richiesta anche in ambito societario per la declaratoria di invalidità delle delibere assembleari³²⁵, nonché sia dimostrato il potenziale danno che deriverebbe dalla delibera.

³²³ V. G. D'Attorre, *Concordato preventivo proposto da controllante ed esclusione dal voto della società controllata*, cit., 334. Secondo l'Autore, per venire in rilievo, l'interesse personale creditore deve avere carattere obiettivo e non deve coincidere con un mero atteggiamento psicologico: il creditore deve quindi essere portatore per conto proprio o di terzi di un interesse ad un vantaggio personale (incremento di utilità più obiettivo di evitare un sacrificio) da conseguirsi mediante il concordato, non condiviso dagli altri creditori e fondato su una situazione esterna del creditore stesso.

³²⁴ Il riferimento è agli artt. 177, 37 bis, 233, 236 l.fall. e 1175 e 1375 c.c.

³²⁵ L'alternativa all'esclusione dal voto, astrattamente percorribile, così come delineato da G. D'Attorre, *Concordato preventivo proposto da controllante ed esclusione dal voto della società controllata*, cit., 335, potrebbe essere quella ammettere il creditore in conflitto al voto e attribuire rilevanza al conflitto di interessi solo in presenza di

L'orientamento della Cassazione, comunque, non va, come detto, in questa direzione, in quanto esclude l'esistenza di una norma generale sul conflitto di interessi nell'ambito delle votazioni, avendo il legislatore disciplinato specificamente i casi di rilevanza che costituiscono eccezioni alla regola generale della partecipazione al voto³²⁶.

A ciò si riconnette, secondo la Corte, l'impossibilità di escludere dal voto un soggetto in conflitto dal momento che ogni creditore rappresenta solo sé stesso e non anche la massa, e che quindi viene meno la possibilità stessa di abusare del voto.

Si segnala inoltre che le modifiche apportate dal d.l. n. 83/2012 all'art. 180 l.fall., che hanno aumentato le ipotesi in cui il tribunale è chiamato a rendere il giudizio di convenienza, hanno alimentato il dibattito sul conflitto d'interessi e sull'abuso del diritto di voto e forse *“riprende [...] forza la configurabilità di una comunione di interessi, di un interesse comune tra creditori, che trova tutela nel concordato, che va quindi rispettato, ed a cui deve quindi conformarsi il voto. E potrebbero quindi essere rimeditati i principi recisamente affermati dalla Suprema Corte”*³²⁷.

Sono ancora forti le resistenze infatti di chi ritiene che a fronte del venir meno delle garanzie offerte ai creditori di minoranza dalla disciplina precedente alle riforme (e rappresentate essenzialmente dalla previsione di una percentuale minima di soddisfacimento e dalla valutazione di convenienza da parte del tribunale), occorre che sussista una qualche comunanza di interessi tra i creditori affinché si possa fare legittimamente ricorso al principio maggioritario, che è strettamente collegato alla rilevabilità di conflitto di interessi.

opposizione da parte degli altri creditori e di accertamento del pregiudizio per gli altri creditori, così richiamando la normativa societaria che per l'annullamento della delibera assunta con il voto determinante del socio in conflitto richiede anche la valutazione del danno alla società. Questa tesi finirebbe però per attribuire un controllo di merito al tribunale, che esorbiterebbe rispetto alle specifiche eccezioni in cui è possibile attribuire un sindacato di merito al tribunale in sede di omologa.

³²⁶ V. Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274, cit., 413.

³²⁷ V. B. Piazzola, *Le nuove regole sul voto nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 554.

Anche alla luce delle recenti riforme ci si continua dunque a chiedere se costituisca una necessità quella di armonizzare i contrapposti o comunque variegati interessi affinché il principio maggioritario possa operare correttamente. Si sostiene infatti che “*il principio della forza vincolante della maggioranza e quindi dell’obbligatorietà del concordato per tutti i creditori presuppone il fatto che tale maggioranza si formi in maniera corretta: il che giustifica che l’accordo fra proponente e maggioranza dei creditori possa poi estendersi nei confronti dei non aderenti all’accordo*”³²⁸. E ciò a tutela dei creditori di minoranza e quale argine alla volontà della maggioranza (sempre tenendo presente l’assenza del controllo di convenienza, quantomeno nella maggioranza dei casi, da parte del tribunale)³²⁹.

Alcuni Autori ritengono quindi che la tutela dei creditori dissenzienti sia assicurata solo se la procedura è in grado di eliminare ogni criticità individuale e valorizzare le volontà omogenee³³⁰, conciliando così la natura pubblicistica della disposizione di cui all’art. 184 l.fall. con il contesto privatistico in cui è chiamata ad operare³³¹.

Nel concordato si dovrebbe dunque essere in presenza di una comunità, benché involontaria, e di un interesse comune che consiste nella migliore regolamentazione del dissesto, o meglio nel miglior soddisfacimento dei creditori

³²⁸ Così G. Nardecchia, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, cit., 90.

³²⁹ In questo senso si veda anche F. D’Alessandro, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee generali della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 335, secondo cui l’applicazione della regola di maggioranza deve rispettare anche nel procedimento concordatario quegli stessi principi elaborati nell’ambito societario in relazione alla formazione della volontà assembleare, vale a dire la sussistenza di una comunanza di interessi, il rispetto del limite costituito dai diritti individuali dei singoli, l’esercizio del diritto di voto secondo correttezza.

³³⁰ Cfr. M. Fabiani, *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, 441, secondo cui “*se ciascun creditore esprime il proprio voto in modo trasparente e non condizionato da fattori peculiari alla sua posizione, non dovrebbe assumere troppo rilievo il fatto che il giudizio, anche per i creditori estranei, sia affidato ai creditori che hanno dichiarato di essere consenzienti alla proposta, anziché al giudice*”.

³³¹ Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 613.

di cui all'art. 186 *bis* l.fall., che appare davvero come il valore portante del concordato.

Si segnala infine che la dottrina in tema di abuso del diritto di voto nel concordato si è recentemente spinta oltre, arrivando ad affermare che, a maggior ragione dopo l'attribuzione di valore di assenso al silenzio dei creditori astenuti, costituisca un abuso del diritto di voto il comportamento del creditore dissenziente che non contesti poi specificamente la convenienza economica della proposta con le modalità prescritte dall'art. 180 l.fall., senza quindi specificare quale vantaggio gli sarebbe derivato dall'alternativa fallimentare: la sanzione conseguente sarebbe quella della successiva declaratoria di inefficacia della pregressa sfavorevole dichiarazione di voto³³².

4. Profili applicativi processuali: l'abuso del concordato “con riserva”

Nel primo capitolo del presente lavoro già si è dato atto delle modifiche apportate dal “decreto sviluppo”, vale a dire dal d.l. n. 83/2012, all'art. 161 l.fall., al fine di assicurare una migliore protezione all'imprenditore durante la fase di predisposizione del piano concordatario. È stato infatti introdotto nell'ordinamento italiano, come abbiamo già illustrato in modo più approfondito, il cd. concordato “in bianco, con riserva, prenotativo”, sulla falsariga del cd. *automatic stay* statunitense, che consente al debitore proponente di ottenere l'anticipazione degli effetti protettivi sul proprio patrimonio, con conseguente possibilità di non pagare i propri debiti e proseguire la propria attività durante la predisposizione del piano.

Si ricorda infatti che l'art. 161, comma 6, l.fall. consente al debitore di essere ammesso e di conseguire i relativi effetti protettivi, mediante il solo deposito di

³³² In questo senso L. Abete, *La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione*, cit., 228.

una domanda con la quale dichiarare la semplice intenzione di voler presentare una proposta completa o un accordo ex art. 182 *bis* l.fall., nel termine che verrà indicato dal tribunale e che non può eccedere i 120 giorni o i 60 nel caso sia pendente un'istanza di fallimento, entrambi prorogabili di ulteriori 60.

Unica condizione di procedibilità prevista per il deposito del concordato con riserva è che, ai sensi del nono comma dell'art. 161 l.fall., l'imprenditore non abbia depositato altra proposta ai sensi del comma 6, cui non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato o l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti³³³.

Questa significativa novità è stata accolta con favore dal mondo economico e fin dai primi mesi di applicazione si è assistito ad un utilizzo massiccio dello strumento.

La semplicità di forme richiesta per ottenere l'ammissione a questa fase iniziale si è però prestata ad un utilizzo distorto rispetto a quelle che erano le finalità presupposte alla sua previsione legislativa, determinando la giurisprudenza di merito a fare ampio ricorso alla categoria dell'abuso del diritto per porre un freno alle suddette strumentalizzazioni.

Tale uso distorto è stato accertato sia da un punto di vista sostanziale, in quanto la nuova disposizione, che concede di fatto con estrema semplicità di ottenere una moratoria dei pagamenti verso tutti i creditori, cui è impedito di intraprendere qualsiasi azione di recupero dei crediti e che sono privati altresì dell'efficacia di eventuali ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti, può infatti indurre anche imprenditori che non si trovano in un vero e proprio stato di crisi a fare ricorso al pre-concordato, quale pretesto per non pagare provvisoriamente i creditori. Questo rischio appare comunque controbilanciato dai costi necessari per avviare la procedura e dalla perdita di credibilità commerciale che potrebbe derivare dall'iscrizione della procedura nel Registro delle imprese. Per evitare forme abusive, è in ogni caso preciso compito dei tribunali valutare la sussistenza dello stato di crisi o di insolvenza, e quindi in particolare esaminare

³³³ Il debitore però ben potrebbe depositare una domanda con riserva dopo avere presentato una richiesta di inibitoria ex art. 182 *bis*, comma 6, l.fall. non sfociata in un accordo di ristrutturazione o viceversa presentare la domanda di cui all'art. 182 *bis*, comma 6, l.fall. dopo la dichiarazione di inammissibilità di quella di concordato.

con estrema attenzione i bilanci, chiedendo eventualmente un'integrazione della domanda e dei documenti prodotti, anche con elementi non prescritti dall'art. 161, comma 6, l.fall., ma ritenuti utili per verificare che la domanda di concordato con riserva non sia unicamente strumentale a non pagare i creditori, la cui posizione sarebbe poi aggravata dall'inutile periodo trascorso. Per contrastare il ricorso abusivo, sotto questo aspetto, allo strumento concordatario, già si è dato atto nel corso del presente lavoro, delle modifiche recentemente apportate al testo dell'art. 161 l.fall. dal d.l. 21 giugno 2013, n. 69.

Le novità legislative introdotte nel 2012 hanno in realtà ampliato il novero delle possibili forme di abuso dello strumento concordatario soprattutto dal punto di vista processuale.

Invero, ancor prima della suddetta riforma, la giurisprudenza di merito aveva avuto modo di dichiarare l'inammissibilità di una serie reiterate di proposte concordatarie presentate al solo fine di ritardare la dichiarazione di fallimento: *“Se può affermarsi che il concetto di abuso del diritto, al pari del c.d. abuso del processo, mira a sanzionare la condotta del debitore che utilizzi il proprio diritto e le facoltà riconosciutegli dal legislatore oltre ogni limite, sconfinando, pertanto, nell'abuso medesimo, come tale illegittimo, va allora rilevato che, possa configurarsi come abuso dello strumento concordatario, essendosi sostanzialmente risolta nella reiterata formulazione di proposte concordatarie, - caratterizzate da peculiare tempismo rispetto alle fattispecie, ex artt. 162 e 173 l. fall., riscontrate dal medesimo Tribunale in quelle ad esse immediatamente precedenti - rivelatesi tutte palesemente carenti dei requisiti di legge, ab origine od a seguito degli approfonditi accertamenti svolti su di esse dal Commissario Giudiziale, così da poter ampiamente giustificare la conclusione che le stesse sono state dettate dal solo realistico fine di ritardare la propria dichiarazione di fallimento”*³³⁴.

Con l'ingresso in vigore del sesto comma dell'art. 161 l.fall., invece, si è assistito frequentemente al deposito di ricorsi con riserva nell'imminenza della

³³⁴ V. Trib. Napoli, 23 novembre 2011, in www.personaedanno.it.

declaratoria di inammissibilità di una precedente domanda di concordato piena, al solo fine di procrastinare la dichiarazione di fallimento³³⁵.

Fra i tanti provvedimenti si segnala la pronuncia del 24 ottobre 2012 del Tribunale di Milano, che, dopo aver astrattamente dichiarato l'applicabilità dell'abuso del diritto agli strumenti di composizione della crisi aziendale (*"L'abuso del diritto è ravvisabile anche nell'area degli strumenti di composizione della crisi aziendale qualora gli istituti creati dal legislatore per far fronte alla crisi vengono deviati dalla loro funzione tipica, il che può verificarsi quando le facoltà riconosciute dal legislatore siano esercitate con modalità tali da determinare un sacrificio sproporzionato ed ingiustificato delle ragioni dei creditori, dilatando in modo abnorme la durata del procedimento e gli effetti dell'automatic stay"*), ha applicato tale fattispecie al caso in cui un imprenditore, convocato dal tribunale per l'eventuale modifica di una proposta di concordato che presentava profili di inammissibilità, abbia preferito rinunciare alla stessa e presentare contestualmente nuova domanda di concordato: *"Nel caso in cui l'impresa che abbia proposto domanda di concordato preventivo, dopo essere stata convocata dal tribunale sul presupposto dell'inammissibilità del concordato, anziché rendere conto dei profili di inammissibilità eventualmente modificando la proposta, rinunci tout court alla domanda e contestualmente presenti un nuovo ricorso contenente altra domanda di concordato con riserva, si verifica uno sviamento abusivo dell'iter processuale, con conseguente*

³³⁵ Si vedano Trib. Milano, 4 ottobre 2012, in *Fall.*, 2013, 77, poi riformata da App. Milano, 21 febbraio 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Parma, 2 ottobre 2012, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Monza, 15 gennaio 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Prato, 24 aprile 2013, in www.dirittodegliaffari.it; Trib. Messina, 1 febbraio 2013, in www.ilcaso.it; Trib. Forlì, 15 marzo 2013, in www.ilfallimentarista.it.

In dottrina cfr. F. Commisso, *Reiterate domande di concordato preventivo ed abuso del diritto*, in www.ilfallimentarista.it, 31 luglio 2013; M.A. Russo, *Concordato preventivo: uso distorto dello strumento di composizione della crisi d'impresa*, in www.ilfallimentarista.it, 22 maggio 2013; F. Macrì, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, in *Fall.*, 2014, 13; L. Gratteri, *Inammissibilità del ricorso per concordato in bianco in pendenza di una precedente procedura di concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, 16 maggio 2013; A. Giovetti, *Il nuovo preconcordato: profili di inammissibilità ed abuso del diritto*, in www.ilfallimentarista.it, 20 febbraio 2013; F. Lamanna, *Possibilità di "consecutio" solo unidirezionale tra pre-concordato e concordato. Profili di abuso del diritto*, in www.ilfallimentarista.it, 6 febbraio 2013.

ingiustificato pregiudizio del diritto del creditore alla declaratoria di fallimento. L'impresa ricorrente, infatti, calibrando i tempi necessari per la presentazione della prima domanda di concordato, per la revoca della stessa e infine per la presentazione della nuova domanda di concordato con riserva, da un lato mira a paralizzare l'istanza di fallimento del creditore e, dall'altro lato, ad evitare di rendere i chiarimenti e le integrazioni documentali di volta in volta richiesti dal tribunale a pena di inammissibilità della originaria domanda”.

La giurisprudenza di merito si è poi in più occasioni occupata del caso in cui, in pendenza di un'istanza di fallimento, dopo il mancato raggiungimento delle maggioranze di legge per l'approvazione del concordato, il debitore, nelle more della fissazione dell'udienza ex artt. 179-162 l.fall., deposita una nuova domanda di concordato in bianco.

Il Tribunale di Forlì, con la pronuncia del 15 marzo 2013³³⁶, ha infatti dichiarato l'inammissibilità della (seconda) domanda di concordato preventivo presentata e contestualmente dichiarato il fallimento, stabilendo che: *“E' inammissibile la domanda di concordato preventivo presentata a seguito di altra domanda già non approvata dai creditori della società, in presenza di istanze di fallimento, al solo scopo di procrastinare indebitamente la dichiarazione di fallimento, poiché essa costituisce un abuso di diritto”.*

Il Tribunale ha altresì avuto modo di precisare, in motivazione, che, benché in linea generale non possa essere impedito ad una impresa in crisi di reiterare la proposta di concordato per risolvere i profili di inammissibilità o più semplicemente di mancato gradimento dei creditori, non si può abusare di questa possibilità, semplicemente presentando proposte senza carattere innovativo³³⁷ e

³³⁶ V. Trib. Forlì, 15 marzo 2013, cit. Si precisa che il Tribunale di Forlì ha dichiarato l'inammissibilità della seconda domanda di concordato preventivo e non la domanda di pre-concordato che l'aveva preceduta, sul presupposto che i giudici di merito non erano stati in grado di valutare l'ammissibilità della seconda proposta dal momento che, come abbiamo già ricordato, il ricorso prenotativo si contraddistingue per la semplicità delle forme e non richiede l'anticipazione del contenuto della proposta.

³³⁷ Il Tribunale di Forlì, nella sentenza in commento, attribuisce espressamente all'imprenditore la facoltà di presentare più proposte di concordato per rimediare nella seconda ai profili di inammissibilità o di sfavore incontrati nella prima, ma solo quindi nell'ipotesi in cui la seconda presenti evidenti profili di novità rispetto alla precedente. Nello stesso senso anche Trib. Prato, 24 aprile 2013, in *Fall.*, 2013, 1002.

per di più senza soluzione di continuità, al solo fine di godere degli effettivi prenotativi e di bloccare le istanze di fallimento. È quindi compito del giudice di merito valutare se al nuovo ricorso corrisponda un legittimo interesse del debitore a presentare ai suoi creditori una proposta diversa, che presenti caratteri di novità rispetto alla precedente.

Il provvedimento del Tribunale di Forlì fa seguito al decreto del Tribunale di Messina dell'1 febbraio 2013³³⁸, con il quale era stato stabilito che: *“La presentazione della domanda di concordato in bianco, cui si riconnette l'implicita rinuncia alla domanda di concordato preventivo precedentemente depositata, costituisce un abuso del diritto al ricorso alla composizione negoziale della crisi in quanto volta ad evitare l'ineluttabile conseguenza del mancato raggiungimento delle maggioranze nella procedura concordataria e, comunque, l'emissione della sentenza dichiarativa di fallimento, con conseguente ingiustificato pregiudizio del diritto del creditore istante, titolare a sua volta di un interesse giuridicamente tutelato alla declaratoria di fallimento in assenza delle condizioni di ammissibilità del concordato originariamente proposto”*.

Negli stessi termini si è recentemente espresso anche il Tribunale di Trento, il quale ha stabilito che *“il diritto dell'imprenditore di regolare la sua situazione di crisi mediante procedure concorsuali alternative al fallimento incontra un limite invalicabile nell'abuso del diritto”* e che *“l'iniziativa del debitore deve considerarsi dilatoria ove questi si limiti a riproporre la medesima domanda di concordato già dichiarata inammissibile o improponibile ovvero non omologata senza apportare modifica alcuna né alla proposta né al piano”*³³⁹.

Sul rapporto di pregiudizialità tra la domanda di concordato e l'istanza di fallimento è intervenuta anche la Suprema Corte di Cassazione con la sentenza del 24 ottobre 2012, n. 18190³⁴⁰, con la quale è stato stabilito che il *“... giudice fallimentare deve verificare in concreto, in relazione alle peculiarità del caso concreto, il rapporto di priorità tra le procedure previo l'indefettibile apprezzamento circa l'intento sottostante la soluzione pattizia che deve essere esclusa, laddove esprimendo un proposito meramente dilatorio, manifesti un*

³³⁸ V. Trib. Messina, 1 febbraio 2013, in www.ilcaso.it

³³⁹ V. Trib. Trento, 1 luglio 2014, in www.ilcaso.it.

³⁴⁰ V. Cass., 24 ottobre 2012, n. 18190.

abuso del diritto del debitore, anche alla luce dell'affrancamento di quest'ultimo dal requisito della meritevolezza", con l'effetto che spetta al giudice del merito vigilare contro le iniziative volte unicamente a procrastinare l'emersione dell'insolvenza e non, come dovrebbe essere, a proporre utili iniziative per il componimento della crisi d'impresa³⁴¹.

La giurisprudenza di merito richiamata, salvo pochi casi, ha valutato la legittimità della condotta del debitore che deposita un concordato con riserva nell'imminenza della declaratoria di inammissibilità di una precedente proposta concordataria, alla stregua dell'istituto dell'abuso del diritto, attribuendo rilevanza ad una serie di circostanze. Innanzitutto alla concomitanza temporale della rinuncia alla precedente domanda e al deposito di quella prenotativa nell'imminenza delle udienze fissate per la revoca ai sensi dell'art. 173 l.fall., o per la declaratoria di inammissibilità ai sensi degli artt. 162 e 179 l.fall.; inoltre alla circostanza che il debitore non aveva in precedenza proceduto alla modifica della domanda già promossa per ovviare ai profili di inammissibilità individuati dal tribunale o dal commissario (diritto che poteva esercitare sino all'inizio delle operazioni di voto); infine che la domanda con riserva non prevedeva alcuna indicazione del contenuto del piano da predisporre seppur fosse successiva ad una domanda piena, oppure, nei casi in cui invece vi era un'indicazione di massima del piano predisponendo, esso non conteneva alcuna significativa modifica al contenuto del piano e della proposta già presentati³⁴².

I giudici hanno rinvenuto in tali comportamenti una deviazione rispetto alla finalità tipica dello strumento concordatario, vale a dire a una rapida definizione della crisi, che era invero rivolto ad evitare la declaratoria di fallimento.

Si segnala che ci sono invece pronunce³⁴³ che per paralizzare questi comportamenti hanno fatto ricorso ai principi e istituti diversi dall'abuso del diritto, propri solo della legge fallimentare, con l'obiettivo di ridurre le *"possibilità del debitore ammesso a concordato preventivo di evitare o*

³⁴¹ Da ultimo tale principio è stato confermato anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 1521 del 23 gennaio 2013, cit.

³⁴² Per questi rilievi cfr. F. Macrì, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, cit., 20.

³⁴³ Cfr. Trib. Parma, 2 ottobre 2012, in www.ilfallimentarista.it.

*posticipare la dichiarazione di fallimento tramite il ricorso a pratiche dilatorie, quali rinunce alternate a nuove domande o modifiche della domanda successive all'attivazione del procedimento di revoca per atti in frode. La qualificazione della rinuncia alla domanda di concordato in termini di rinuncia agli atti ex art. 306 c.p.c. produce [infatti] l'effetto di subordinare l'estinzione della procedura alla accettazione delle altre parti*³⁴⁴. Il Tribunale di Parma ha così evitato di dover ricorrere all'abuso del diritto, trovandosi nelle condizioni, innanzitutto, di poter agevolmente applicare l'art. 306 c.p.c. (che sarebbe invece impedito qualora si considerasse la proposta in termini prevalentemente privatistici tali da considerare la rinuncia alla stregua di una revoca di una proposta contrattuale che non necessita dell'approvazione dei destinatari), dal momento che era stato lo stesso debitore a qualificare la domanda come tale.

Il Tribunale di Parma ha in effetti avuto il pregio di fare ricorso esclusivamente ai principi emergenti dalla legge fallimentare, riconoscendo che il comportamento del debitore, che protragga all'infinito la pendenza della procedura di concordato, è dissonante rispetto alle finalità pubblicistiche di controllo e di trattamento concorsuale sottese alle situazioni di insolvenza, a maggior ragione, tra l'altro, laddove il debitore si limiti semplicemente a manifestare l'intenzione di proporre un piano concordatario, di cui non si conosce il contenuto né la serietà.

Al principio dell'abuso del diritto si deve comunque ricorrere solo allorquando non vi sia un principio normativo o addirittura una norma di diritto che vieti espressamente il comportamento del debitore.

Secondo una parte della dottrina³⁴⁵, invero minoritaria, esistono delle norme e dei principi di diritto fallimentare che consentono di valutare l'ammissibilità di una domanda prenotativa dopo l'avvio di una procedura piena, a prescindere dall'abuso; più nello specifico, questi Autori sposano quella giurisprudenza che ritiene che il tribunale, nell'ipotesi di revoca o di inammissibilità di domande concordatarie piene, debba preventivamente valutare le istanze di fallimento eventualmente pendenti prima di esaminare la nuova

³⁴⁴ Così M. Ranieli, *Rinuncia alla domanda e contestuale ricorso per ammissione a preconcordato in pendenza di revoca dell'ammissione per atti in frode*, in www.ilfallimentarista.it, 9 aprile 2013.

³⁴⁵ Cfr. F. Macrì, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, cit., 13.

proposta concordataria³⁴⁶. Sussistendo quindi istanze di fallimento, la procedura concordataria non potrebbe che concludersi o con l'omologazione o con la declaratoria di fallimento, senza che sia possibile sia per domande piene che con riserva, bloccare tale decisione.

Tale impostazione risulta però in contrasto con l'orientamento espresso dalla Suprema Corte³⁴⁷, che ha superato il criterio della prevenzione, attribuendo al giudice di merito il potere di effettuare una verifica dei contrapposti interessi del debitore e del creditore istante, residuando quindi uno spazio per l'applicazione dell'abuso del diritto.

Un'altra corrente interpretativa ritiene infine che in tutti i casi summenzionati i tribunali non avrebbero comunque avuto la necessità di ricorrere alla figura dell'abuso del diritto, essendo possibile ricavare, dalle novità legislative di cui al "decreto sviluppo", il divieto di depositare una domanda con riserva in presenza di una procedura piena, a prescindere dall'esistenza di istanze di fallimento, e ciò mediante un'applicazione estensiva della norma di cui all'art. 161, comma 9, l.fall. L'intenzione del legislatore sottesa alla predetta sarebbe invero quella di permettere al debitore una composizione negoziale della crisi in tempi rapidi, senza poter beneficiare più volte della protezione di cui all'art. 168 l.fall.: *"se, in nome dell'esigenza di pervenire ad una composizione della propria crisi in tempi ragionevoli, al debitore non è permesso reiterare la domanda di concordato con riserva precedentemente depositata, a maggior ragione dovrà negarsi che il debitore possa disporre dei tempi della propria crisi depositando una domanda di concordato con riserva dopo aver avviato una procedura di concordato "piena". In tal caso, quindi, l'unico comportamento ammissibile sarà allora il deposito di una nuova domanda di concordato "piena" nella quale il debitore dovrà cercare di ovviare ai profili di criticità in conseguenza dei quali la*

³⁴⁶ Cfr. Trib. La Spezia, 18 giugno 2010, in www.ilcaso.it e Trib. Sassari, 13 settembre 2011, in www.osservatorio-oci.org. Per altra parte della giurisprudenza, invece, il tribunale può prendere in considerazione la nuova domanda concordataria, nel caso in cui il debitore dimostri le modifiche apportate rispetto alla precedente proposta.

³⁴⁷ V. Cass., 24 ottobre 2012, n. 18190, cit.

prima domanda di concordato non è stata accettata dai creditori o è stata dichiarata inammissibile”³⁴⁸.

Non si può del resto non considerare, sempre secondo questa impostazione, l'evidente deviazione da quello che era l'intento sotteso all'introduzione dell'art. 161, comma 6, l.fall., e cioè quello di offrire ad un soggetto in crisi le protezioni e tutele necessarie per presentare ai creditori una seria proposta di composizione della crisi, anche nel loro interesse, e non invece, evidentemente, quello di offrire ad un'impresa in crisi la possibilità di paralizzare per un tempo indefinito le azioni legittimamente spettanti ai creditori.

Il dato normativo parrebbe poi confermare questa impostazione, laddove prevede che la domanda di pre-concordato non possa essere reiterata in talune ipotesi ai sensi dell'art. 161, comma 9, l.fall. e laddove, in pendenza di un'istanza di fallimento, prevede che il tribunale non possa concedere un termine superiore ai 60 giorni per la presentazione del piano.

³⁴⁸ V. F. Macrì, *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, cit., 23.

Considerazioni conclusive

La disciplina fallimentare, e nello specifico quella che regola le procedure di risoluzione concordata della crisi d'impresa, costituisce uno dei settori più strettamente legati alla realtà economica, le cui esigenze costituiscono una forte spinta alle scelte di politica legislativa, che hanno condotto, e inevitabilmente condurranno, ai numerosi interventi riformatori, che costringono gli interpreti a una ricerca e a un approfondimento costante, al fine di attribuire il corretto significato alla normativa, nel rispetto di quelli che erano gli obiettivi e le finalità perseguite dal legislatore.

Il lavoro di ricerca si inserisce tra i numerosissimi contributi in materia, e, senza mira alcuna di completezza, ci si è posti l'obiettivo di mettere in rilievo, e, per quanto possibile, di fare chiarezza, su alcuni degli aspetti della disciplina concordataria che più di altri hanno alimentato il recente dibattito dottrinario e giurisprudenziale.

In particolare, si è affrontato il tema del difficile equilibrio tra l'autonomia negoziale riconosciuta alle parti e i poteri tuttora conferiti all'organo giurisdizionale, tema che, nonostante sia stato diffusamente dibattuto, non può dirsi risolto neppure successivamente all'intervento delle Sezioni Unite, benché lo stesso non sia per il momento stato smentito da decisioni successive.

E ciò in ragione soprattutto della complessità dei profili problematici sottesi, della pluralità degli interessi coinvolti e dell'ambivalenza immanente alla procedura di concordato preventivo.

Se da una parte infatti la flessibilità del piano e della proposta, nonché la privatizzazione della gestione della procedura, costituiscono valori innegabili del "nuovo" concordato, proiettato alla continuità aziendale, coesistono d'altra parte

interessi pubblicistici che trovano tutela attraverso le informazioni che devono essere fornite ai creditori e ai poteri di controllo conferiti all'autorità giudiziaria.

In altre parole, la concezione privatistica, la fiducia di fatto accordata al debitore, che non soggiace più a controlli di meritevolezza, si scontra con l'esigenza di evitare usi opportunistici che la stessa flessibilità rende possibili, al fine soprattutto di tutelare i creditori (e non solo tra l'altro quelli dissenzienti).

È vero infatti che al rafforzamento dell'autonomia privata all'interno della procedura concordataria dovrebbe corrispondere un riconoscimento di valore assoluto alla volontà manifestata dai creditori, ma è anche vero che ci si sta muovendo all'interno di una procedura giurisdizionale, in cui i controlli degli organi preposti non possono essere accantonati, ma semmai definiti.

In questo contesto, gli operatori hanno verificato che gli strumenti di tutela dei creditori offerti dalla legge fallimentare si sono dimostrati inadeguati, determinando gli interpreti a fare ricorso a categorie civilistiche.

L'utilizzo di strumenti propri del diritto civile appare in realtà quanto mai opportuno, in taluni casi, in coerenza con una lettura sistematica del concordato, anche in ragione del rafforzamento del ruolo attribuito all'autonomia privata. Le regole che presiedono all'applicazione del concordato preventivo sono in effetti da rinvenirsi sia nel diritto commerciale che nel diritto civile, oltretutto in quello processuale.

Così come, del resto, non può destare stupore che anche la categoria dell'abuso del diritto possa venire in rilievo, soprattutto in un contesto di frammentarietà e provvisorietà normativa che rende difficile non solo definire i poteri di controllo, ma anche delineare i diritti legittimamente esercitabili.

Ecco dunque che ci sembra si possa affermare che il riferimento all'abuso del diritto costituisce lo strumento di reazione dell'organo giurisdizionale innanzi a condotte ritenute strumentali e opportunistiche, che non trovano adeguata sanzione nella normativa fallimentare, ma che non si possono però tralasciare e che devono viceversa essere valutate dal punto di vista causale.

Dette condotte integrano una deviazione rispetto alla finalità tipica del concordato che dovrebbe essere la presentazione della proposta più adeguata possibile al caso

concreto, tempestivamente rispetto all'emersione della crisi, e in grado di offrire la migliore regolazione del dissesto nell'interesse dei creditori.

Per esigenze di coerenza del sistema, però, è quanto mai opportuno che si faccia ricorso all'istituto dell'abuso del diritto solo laddove la condotta dell'imprenditore non sia censurabile alla luce della normativa fallimentare, venendo semmai in questi casi in rilievo unicamente come categoria descritta. Si potrà invece legittimamente fare ricorso al principio e al suo conseguente divieto nel caso si accerti una deviazione rispetto ai principi fondanti il concordato, non diversamente sanzionabili, una deviazione cioè rispetto alla causa in concreto tipica della procedura concorsuale.

Naturalmente la materia è sfuggente, così come del resto è difficile in generale qualsiasi teorizzazione dell'abuso del diritto, la cui applicazione richiede viceversa un'attenta valutazione del caso concreto.

Non ci sembra comunque che si possa revocare in dubbio che in effetti, dall'esame della casistica giurisprudenziale, un qualche margine di applicabilità del principio, sussista.

Innanzitutto in tema di classamento, e ciò al fine di evitare strumentalizzazioni del principio di maggioranza, non tanto come freno alla possibile lesione della *par condicio creditorum* (la cui liceità è espressamente sancita) quanto per vigilare sul rispetto delle regole preposte affinché si possano legittimamente prevedere trattamenti differenziati. Dovranno naturalmente essere esclusi tutti quei casi in cui il mancato rispetto appunto dei criteri fissati dalla legge (*in primis* la mancata previsione di un trattamento differenziato o l'assenza di omogeneità nelle classi) determinano l'illegittimità del classamento e la conseguente inammissibilità della proposta, indipendentemente dall'esistenza di un abuso.

L'altro settore in cui parrebbe trovare uno spazio la teoria dell'abuso del diritto è quello del compimento da parte del debitore di atti dispositivi del patrimonio in una fase precedente il deposito del ricorso per concordato, dolosamente preordinati a sottrarre risorse ai creditori, in modo tale da indurli ad accettare una proposta che si presenta comunque migliorativa dell'alternativa fallimentare. La conoscenza di tali atti da parte dei creditori, idonea a escludere la

revoca della procedura, inficia il meccanismo di adesione alla proposta e la genuinità della formazione della volontà, integrando gli estremi della fattispecie dell'abuso.

Tale applicazione non vale però ad estendere un controllo di merito nelle scelte gestorie compiute dal debitore, in quanto l'abuso non è integrato dalla realizzazione di quelle condotte, quanto dalla preordinazione di quelle scelte al fine di addivenire ad una soluzione concordataria, che viene quindi strumentalizzata. Al giudice non può che essere pertanto attribuito il potere di valutare secondo buona fede e correttezza l'operazione economica, complessivamente considerata, accertando appunto la legittimità della causa ad essa sottesa.

Per quanto riguarda, infine, l'applicabilità dell'abuso del diritto alle ipotesi di presentazione di ricorsi per concordato con riserva, finalizzati a paralizzare le istanze di fallimento pendenti, nell'imminenza della dichiarazione di inammissibilità di una precedente domanda di concordato piena, si ritiene che qualora il giudice accerti l'esistenza di un sotteso proposito meramente dilatorio, essa possa costituire, in effetti, un abuso del diritto.

Giusto l'insegnamento della Suprema Corte, non sussiste alcun vincolo di pregiudizialità procedimentale tra concordato e fallimento, e il giudice può esaminare l'eventuale domanda di concordato sopraggiunta, nonostante la pendenza di una precedente istanza di fallimento.

In questi casi, al tribunale è infatti chiesta una valutazione e un bilanciamento tra i contrapposti interessi (vale a dire tra quello del debitore a ricercare una soluzione concordata della crisi e quello del creditore alla dichiarazione di fallimento) finalizzati ad analizzare il comportamento del debitore sotto un profilo causale, alla luce dei principi fondanti il concordato. In altri termini, al giudice è demandato il compito di valutare se il deposito della seconda domanda costituisca un abuso in quanto volto semplicemente a paralizzare le legittime azioni dei creditori, oppure invece se sia finalizzato a presentare ai creditori una proposta seria e migliorativa della precedente, o, comunque, in grado di superare i profili di criticità della stessa.

Alla luce di ciò, è evidente che risulta astrattamente più coerente con i principi di lealtà e buona fede, che il debitore presenti una seconda domanda piena, in grado quindi di offrire fin da subito tutti gli elementi di valutazione su cui si baserà il sindacato giudiziale, dal momento che in effetti potrebbe essere poco credibile, e perciò valutato come strumentale, che il ricorrente non sia nelle condizioni di predisporre un piano definitivo, o comunque di dare almeno atto nel ricorso prenotativo delle motivazioni che rendono impossibile la presentazione dello stesso.

La proposizione successiva di due concordati pieni appare del resto compatibile con la normativa fallimentare, così come l'ipotesi di successione tra un concordato pieno e uno con riserva. Dal momento infatti che la *ratio* sottesa al divieto previsto dal comma 9 dell'art. 161 l.fall. consiste nell'impedire all'imprenditore di estendere per un considerevole lasso di tempo i benefici di cui all'art. 168 l.fall., un'applicazione analogica alle predette ipotesi, benché astrattamente in grado di bloccare ricorsi abusivi, non ci sembrerebbe coerente con lo spirito della norma, e finirebbe anzi per impedire a priori anche la presentazione di proposte serie che devono essere sottoposte al vaglio dei creditori, in palese contraddizione con l'autonomia negoziale assegnata alle parti dalle riforme.

Bibliografia

Abete L., *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo*, in *Fall.*, 2008, 253

Abete L., *La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 208

Aiello M.M., *Tre questioni in tema di concordato preventivo: abuso del diritto nella formazione delle classi, atti di frode e legittimazione del creditore giudiziale all'esperienza dell'azione di responsabilità*, in www.ilfallimentarista.it, 2011

Alessi G., *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1147

Amatore R., *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 104

Ambrosini S. e Demarchi P.G., *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005

Ambrosini S., *Gli organi della procedura*, in *Fall.*, 2006, 1037

Ambrosini S., *Concordato preventivo: profili generali e limiti del controllo giudiziale*, in www.ilcaso.it, doc. n. 53/2007

Ambrosini S., *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di Di Marzio F. e Macario F., Milano, 2010, 542

Ambrosini S., *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fall.*, 2011, 945

Ambrosini S., *Appunti flash per una “miniriforma” del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 293/2012

Ambrosini S., *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 306/2012

Apice U. e Mancinelli S., *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012

Arato M., *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 61

Azzaro A.M., *Le funzioni del concordato preventivo tra crisi e insolvenza*, in *Fall.*, 2007, 745

Azzaro A.M., *Concordato preventivo ed autonomia privata*, in *Fall.*, 2007, 1267

Barcellona M., *Trattato della responsabilità civile*, Torino, 2011

Bersani G., *I requisiti di ammissione al nuovo concordato preventivo nella giurisprudenza*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 221/2010

Bertacchini E., *Clausole generali e autonomia negoziale nella crisi d'impresa*, in *Contratto e impresa*, 2011, 3, 687

Bertacchini E., *I creditori sono gli unici “giudici” della fattibilità della proposta ... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*, in *Dir. fall.*, 2011, II, 616

Bianca C.M., *Diritto civile. 3. Il Contratto*, Milano, 2000

Bolaffio L., *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici*, Torino, 1932

Bonfatti S., *Il sostegno finanziario dell'impresa nelle procedure di composizione negoziale delle crisi*, in www.ilcaso.it, sez. II, documento n. 214/2010

- Bonfatti S. e Censoni P.F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011
- Bonfatti S., *Gli incentivi alla composizione negoziale delle crisi d'impresa: uno sguardo d'insieme*, in *Le procedure di composizione negoziale delle crisi e del sovra indebitamento*, a cura di S. Bonfatti e G. Falcone, Milano, 2014
- Bonsignori A., *Concordato preventivo art. 160-186*, in *Commentario Scialoja-Branca Legge Fallimentare*, Bologna, 1979
- Bottai L.A., *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*, in *Fall.*, 2012, 924
- Bozza G., *L'organo deputato alla verifica della maggioranza nel nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2005, 804
- Bozza G., *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Fall.*, 2005, 1208
- Bozza G., *La facoltatività della formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, 424
- Bozza G., *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 182
- Breccia U., *Abuso del diritto*, in AA.VV., *Diritto privato*, III, Padova, 1998, 5
- Brescia G., *Relazione dell'esperto per l'ammissione al concordato preventivo*, in *Fallimento e crisi d'impresa*, 2008, 361
- Busnelli F.D. e Navaretta E., *Abuso del diritto e responsabilità civile*, in AA.VV., *Diritto privato*, III, Padova, 1998
- Caccavale C., *Giustizia del contratto e presupposizione*, Torino, 2005
- Caffi M., *Il Concordato Preventivo*, in *Il diritto fallimentare riformato, Commento sistematico*, a cura di Schiano di Pepe G., Padova, 2007, 647
- Caiafa A., *La legge fallimentare riformata e corretta*, Padova, 2008

- Canale G., *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, 897
- Canale G., *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 358
- Candian A., *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937
- Carnelutti F., *Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, I, 65
- Carnelutti F., *Espropriazione del creditore*, in *Riv. dir. comm.*, I, 1930, 679
- Castagnola A., *La nuova riforma delle procedure concorsuali: una prima lettura*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 167
- Catalozzi P., *Concordato preventivo: sindacato sulla fattibilità del piano e tecniche di tutela dei creditori "deboli"*, in *Fall.*, 2007, 333
- Catalozzi P., *La formazione delle classi tra autonomia del proponente e tutela dei creditori*, in *Fall.*, 2009, 581
- Cattaneo G., *Buona fede obiettiva e abuso del diritto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 631
- Cavallini C., *L'impresa, la crisi, il giudice*, in *Riv. soc.*, 2012, 764
- Cavallini C., *Dalla crisi alla conservazione dell'impresa nelle ultime riforme fallimentari: uno sguardo d'insieme tra novità della legge e statuizioni della Suprema Corte*, in *Riv. soc.*, 2013, 4, 762
- Censoni P.F., *Il "nuovo" concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, 723
- Censoni P.F., *Autonomia negoziale e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di Di Marzio F. e Macario F., Milano, 2010, 495

Censoni P.F., *Il concordato preventivo: organi, effetti, procedimento*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità. Commentario sistematico*, diretto da Jorio A. e Fabiani M., Bologna, 2010, 999

Censoni P.F., *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità" del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 343

Ciccarello S., *Privilegio del credito e uguaglianza dei creditori*, Milano, 1983

Commisso F., *Reiterate domande di concordato preventivo ed abuso del diritto*, in www.ilfallimentarista.it, 31 luglio 2013

D'Alessandro F., *La crisi delle procedure concorsuali e le linee generali della riforma: profili generali*, in *Giust. civ.*, 2006, II, 330

D'Amico G., *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in *Contr.*, 2010, 23

D'Attorre G., *Il conflitto d'interessi fra creditori nei concordati*, in *Giur. comm.*, 2010, I, 392

D'Attorre G., *Concordato preventivo proposto da controllante ed esclusione dal voto della società controllata*, in *Fall.*, 2014, 330

D'Orazio L., *Profili di diritto transitorio nel nuovo concordato preventivo*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di Bonfatti S. e Falcone G., Milano, 2005, 311

De Crescenzo U. e Panzani L., *Il nuovo diritto fallimentare*, Milano, 2005

De Matteis S., *Questioni vecchie e nuove in tema di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2005, 1402

De Santis F., *Causa "in concreto" della proposta di concordato preventivo e giudizio "permanente" di fattibilità del piano*, in *Fall.*, 2013, 279

De Semo G., *La natura giuridica del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 1960, I, 5

De Semo G., *Diritto fallimentare*, Padova, 1968

Di Majo A., *Causa del negozio giuridico*, in *Enc. Giur.*, VI, Roma, 1988

Di Majo A., *La fattibilità del concordato preventivo: legittimità o merito*, in *Corr. giur.*, 2012, 230

Di Marzio (a cura di) F., *Il nuovo diritto della crisi di impresa e del fallimento*, Torino, 2006

Di Marzio F., *Il diritto negoziale della crisi d'impresa*, Milano, 2011

Di Marzio F. e Macario F. (a cura di), *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, Milano, 2010

Fabiani M., *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, V, 225

Fabiani M., *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009

Fabiani M., *Brevi riflessioni su omogeneità degli interessi ed obbligatorietà delle classi nei concordati*, in *Fall.*, 2009, 437

Fabiani M., *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 303/2012

Fabiani M., *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in *Fall.*, 2013, 156

Fabiani M., *Concordato preventivo*, in *Fallimento e concordato preventivo*, volume II, *Commentario del Codice Civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna, 2014

Fabiani M., *Per un superamento delle reciproche diffidenze fra giudice e parti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. articoli, 24 luglio 2014

Fantetti F.R., *Rilevabilità d'ufficio dell'abuso del diritto a prescindere da qualsiasi obbligazione delle parti?*, in *Obbl. e contr.*, 2012, 584

Farina P., *Il nuovo regime della domanda di concordato preventivo: abuso del diritto ed effetti sulle procedure esecutive e cautelari*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 62

Fauceglia G., *Ancora sui poteri del Tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*, in *Dir. fall.*, 2008, II, 573

Fauceglia G. e Panzani L., *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009

Fauceglia G., *Autonomia privata e concordato preventivo*, in *Riv. dir. impresa*, 2010, 1

Ferrara F., *Fallimento*, Milano, 1995

Ferri G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966

Ferro M., *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese tra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fall.*, 2005, 592

Ferro M., *Stato di crisi, relazione di fattibilità del piano e sindacato del giudice nel concordato preventivo*, in *Foro. it.*, 2006, I, 919

Ferro M., *Il nuovo concordato preventivo: la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, in *Giur. merito*, 2006, 664

Filocamo F.S., *L'esattezza della proposta di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 1269

Finardi D., *Interpretazione della proposta di concordato preventivo e funzione della relazione di cui all'art. 161, comma 3, l.fall.*, in *Fall.*, 2013, 300

- Finessi A., *La frazionabilità (in giudizio) del credito: Il nuovo intervento delle sezioni unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 458
- Franzoni M., *Degli effetti del contratto*, II, in *Comm. cod. civ.*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1999, 258
- Galgano F., *Abuso di diritto: l'arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e Impr.*, 1998, 18
- Galgano F., *Tratt. dir. civ.*, vol. II, Padova, 2009
- Galletti D., *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giur. comm.*, 2006, II, 906
- Galletti D., *La formazione di classi nel concordato preventivo: ipotesi applicative*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 52/2007
- Galletti D., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, I, 730
- Genoviva P., *I limiti del sindacato del tribunale nel concordato preventivo alla luce del "correttivo"*, in *Fall.*, 2008, 682
- Gentili A., *Autonomia assistita ed effetti ultra vires nell'accettazione del concordato*, in *Giur. comm.*, 2007, I, 349
- Giannelli M. G., *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1162
- Giorgianni V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963
- Giovetti A., *Il nuovo preconcordato: profili di inammissibilità ed abuso del diritto*, in www.ilfallimentarista.it, 20 febbraio 2013

Gratteri L., *Inammissibilità del ricorso per concordato in bianco in pendenza di una precedente procedura di concordato preventivo*, in www.ilfallimentarista.it, 16 maggio 2013

Greco F., *Il concetto di “causa in concreto” nel controllo del giudice alla proposta di concordato*, in www.ilcaso.it, sez. articoli, 11 maggio 2014

Grossi M.R., *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006

Guerrera F., *Le soluzioni concordatarie*, in *Diritto fallimentare. Manuale breve*, AA.VV., Milano, 2008, 134

Guglielmucci L., *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005

Guglielmucci L., *Diritto fallimentare. La nuova disciplina delle procedure concorsuali giudiziali*, Torino, 2006

Guglielmucci L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2012

Jachia G., “Nuova” prima lettura del concordato preventivo, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 73/2007

Jachia G., *Il nuovo concordato preventivo*, in *Il correttivo della riforma fallimentare*, a cura di F. Di Marzio, Roma, 2008, 135

Jachia G., *Il concordato preventivo e la sua proposta*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, vol. III, Torino, 2009, 1602

Jorio A., *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da Iudica G. e Zatti P., Milano, 2000

Jorio A., Sub Art. 160, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, Torino, 2010, tomo III, 2037

Lamanna F., *Il c.d. decreto sviluppo: primo commento sulle novità in materia concorsuale*, in www.ilfallimentarista.it, 27 giugno 2012

Lamanna F., *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del tribunale*, in www.ilfallimentarista.it, 26 novembre 2012

Lamanna F., *Possibilità di “consecutio” solo unidirezionale tra pre-concordato e concordato. Profili di abuso del diritto*, in www.ilfallimentarista.it, 6 febbraio 2013

Lamanna F., *Il decreto del “fare” e le nuove misure di controllo contro l’abuso del preconcordato*, in www.ilfallimentarista.it, 18 giugno 2013

Lazzara M.M., *La dichiarazione di fallimento “consequente” a revoca del concordato per violazione dei doveri di correttezza e buona fede*, in *Dir. fall.*, 2014, II, 156

Levi G., *Abuso del diritto*, Milano, 1996

Lo Cascio G., *Il progetto di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali: prime riflessioni*, in *Fall.*, 2001, 121

Lo Cascio G., *I principi della legge delega della riforma fallimentare*, in *Fall.*, 2005, 985

Lo Cascio G., *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in *Fall.*, 2008, 998

Lo Cascio G., *Classi di creditori e principio di maggioranza nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, 385

Lo Cascio G., *Il concordato preventivo*, Milano, 2011

Lo Cascio G., *Percorsi virtuosi e abusi del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2012, 891

Lo Cascio G., *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fall.*, 2013, 525

- Lo Cascio G., *Il punto sul concordato preventivo*, in *Fall.*, 2014, 7
- Macagno G.P., *Natura giuridica della liquidazione nel concordato preventivo*, commento a Cass., 18 febbraio 2009, n. 3903, in *Fall.*, 2010, 5
- Macrì F., *L'abuso del diritto nel concordato con riserva*, in *Fall.*, 2014, 13
- Maisano A., *La tutela concorsuale dei creditori tra liquidazione e riassetto delle imprese in crisi*, Milano, 1989
- Mandrioli L., *Concordato preventivo: la verifica del tribunale in ordine alla relazione del professionista*, in *Fall.*, 2007, 1218
- Mandrioli L., *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti e L. Panzani, Milano, 2008, 702
- Marano P., *Sub Art. 186*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di Jorio A. e Fabiani M., Bologna, 2007
- Marotta F., *Il nuovo concordato preventivo*, in *Riforma fallimentare lavori preparatori e obiettivi*, a cura di M. Vietti, F. Marotta e F. Di Marzio, Torino, 2008
- Meo G., *Il risanamento finanziato dai creditori*, Milano, 2013
- Messinetti D., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento II, Milano, 1998, 1
- Micheli G.A., *Amministrazione controllata, concordato preventivo e fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 1420
- Michelotti F., *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo*, in *Fall.*, 2010, 961

- Minutoli G., *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in *Fall.*, 2008, 1047
- Miriello C., *La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?*, in *Contratto e impresa*, 2008, 284.
- Munari A., *Crisi di impresa e autonomia contrattuale nei piani attestati e negli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2012
- Nardecchia G., *Crisi di impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007
- Nardecchia G., *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 80
- Nardecchia G., *L'art. 179 l.fall. e le mutate condizioni di fattibilità del piano*, in www.ilcaso.it, sez. II, documento n. 315/2012
- Natoli U., *Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1958, 18
- Natoli U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole di correttezza*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 1961, I, 157
- Nisivoccia N., *Concordato preventivo e limiti dell'autonomia privata*, in *Fall.*, 2011, 1294
- Nisivoccia N., *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*, in *Fall.*, 2011, 416
- Nocera I.L., *Abuso del diritto nella formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, II, 387
- Nuzzo G., *Primi orientamenti in tema di concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 99

Pacchi S., *Dalla meritevolezza del debitore alla meritevolezza del complesso aziendale*, Siena, 1988

Pacchi S., *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005

Pacchi S., *Il concordato preventivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di E. Bertacchini, L. Gualandi, S. Pacchi, G. Pacchi, G. Scarselli, Milano, 2007

Pacchi S., D'Orazio L., Coppola A., *Il concordato preventivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone A., II, Torino, 2009

Pagni I., *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva "funzionale" aperta dal richiamo alla "causa concreta"*, in *Fall.*, 2013, 286

Pajardi P. e Paluchowski A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008

Palmieri A. e Pardolesi R., *Frazionamento del credito e buona fede inflessibile*, in *Foro it.*, 2008, I, 1514

Panzani L., *Il decreto correttivo della riforma delle procedure concorsuali*, in *Il quotidiano giuridico*, settembre 2007

Panzani L., *I nuovi poteri autorizzatori del tribunale e il sindacato di fattibilità del concordato*, in *Società*, 2013, 5, 565

Patti A., *Presupposti e sindacato del giudice nel nuovo concordato preventivo*, 11, *Relazione al Convegno su "La riforma del diritto Fallimentare"*, Carate Brianza 11-12 novembre 2005, 5

Patti A., *Il sindacato dell'autorità giudiziaria nella fase di ammissione*, in *Fall.*, 2006, 1019

Patti A., *I diritti dei creditori nel nuovo concordato preventivo*, in AA. VV., *La tutela dei diritti nella riforma fallimentare*, a cura di M. Fabiani e A. Patti, *Scritti in onore di G. Lo Cascio*, Milano, 2006

Patti A., *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fall.*, 2012, 46

Patti S., *Abuso del diritto*, in *Dig. disc. priv., sez. civ., I*, Torino, 1987, 4

Penta A., *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci e ombre*, in *Riv. dir. fall.*, 2012, I, 673

Penta A., *Il nuovo concordato in bianco: istigazione ad usi strumentali e dilatori*, in *Fall.*, 2014, 99

Perfetti U., *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005

Perrino A.M., *I limiti al controllo giudiziale tra classamento e voto*, in *Fall.*, 2010, 1290

Perrino A.M., *Abuso del diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio di giustizia contrattuale?*, in *Foro it.*, 2011, 2118

Piazzola B., *Le nuove regole sul voto nel concordato preventivo*, in *Fall.*, 2013, 5, 549

Pierazzi E.M., *La giustizia del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2005, 647

Pirruccio P., *Limitati i poteri di controllo sulle conclusioni del professionista allegare alla proposta*, in *Guida al diritto*, 2011, 5, 91

Piccinini V., *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il "decreto correttivo"*, in *Dir. fall.*, 2008, II, 551

Pino G., *Il diritto e il suo rovescio. Appunti sulla dottrina dell'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2004, 25

Planiol M., *Traité élémentaire de droit civil*, II ed., Parigi, 1900

Provinciali R., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1955

Provinciali R., *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974

Rago G., *Primi problemi applicativi sul nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, 290

Rago G., *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Fall.*, 2008, 264

Ragusa Maggiore G., *Diritto fallimentare*, Padova, 1974

Ragusa Maggiore G., *La legge fallimentare nella sua realtà economico – sociale. Relazione generale*, in *Dir. fall.*, I, 1979, 102

Ranieli M., *Rinuncia alla domanda e contestuale ricorso per ammissione a preconcordato in pendenza di revoca dell'ammissione per atti in frode*, in www.ilfallimentarista.it, 9 aprile 2013

Rescigno P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1956, I, 205

Rescigno P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998

Restivo C., *Abuso del diritto autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, in *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, a cura di Pagliantini S., Torino, 2010, 116

Restuccia D., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti tra autonomia privata e controllo nell'interesse dei terzi*, in www.ildirittodegliaffari.it, sez. V e-book - n. 3 del 22/04/13

Ribaudò A., *Concordato per cessione dei beni: è obbligatoria l'indicazione della percentuale ai creditori?*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 146

Rocco A., *Il concordato nel fallimento e prima del fallimento*, *Trattato teorico-pratico*, Torino, 1902

Rocco di Torrepadula N., *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, II, 216

Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004

Romano Salv., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. Dir.*, I, Milano, 1958, 161

- Rondinone N., *Il mito della conservazione dell'impresa in crisi e le ragioni della "commercialità"*, Milano, 2012
- Rotondi M., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1923, 105
- Rotondi M., *L'abuso del diritto. Aemulatio.*, Padova, 1979
- Ruffolo U., *Atti emulativi, abuso del diritto ed interesse nel diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, II, 23
- Russo M.A., *Concordato preventivo: uso distorto dello strumento di composizione della crisi d'impresa*, in www.ilfallimentarista.it, 22 maggio 2013
- Sacco R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Il diritto soggettivo*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, II, Torino, 2001, 279
- Sacchi R., *Il principio di maggioranza nel concordato e nell'amministrazione controllata*, Milano, 1984
- Sacchi R., *Concordato preventivo, conflitto di interessi fra creditori e sindacato dell'autorità giudiziaria*, in *Fall.*, 2009, 32
- Sacchi R., *Dai soci di minoranza ai creditori di minoranza*, in *Fall.*, 2009, 1062
- Salanitro N., *Motivi ispiratori e valutazioni interpretative della riforma concorsuale*, in *Banca, borsa, titoli di credito*, 2006, 511
- Salvato L., *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del tribunale nel concordato*, in *Corr. giur.*, 2012, 43
- Salvi C., *Abuso del diritto*, in *Enc. giur. Treccani*, I, Roma, 1988, 1
- Santoro Passarelli F., *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989
- Satta S., *Istituzioni di diritto fallimentare*, Roma, 1953, n. 152
- Satta S., *Diritto fallimentare*, Padova, 1996

- Scarafoni S., *Il giudizio di ammissione al concordato preventivo: riflessioni sul decreto legislativo correttivo della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, 906.
- Schiano Di Pepe G., *Alcune considerazioni sui poteri dell' autorità giudiziaria con riguardo al concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2010, II, 316
- Schiano Di Pepe G., *Il concordato preventivo "con continuità aziendale" nel decreto legge 83/2012. Prime considerazioni*, in *Riv. dir. fall.*, 2012, I, 482
- Scialoja V., *Aemulatio*, in *Enc. giur. it.*, I, 2, 1, Milano, 1892, 426
- Sirianni F., *La veridicità dei dati aziendali come presupposto per il giudizio di fattibilità del piano concordatario*, in *Fall.*, 2014, 767
- Stanghellini L., *Piano di regolazione dell'insolvenza, classi di creditori e liquidazione*, in *Fall.*, 2004, 28
- Stanghellini L., *Creditori "forti" e governo della crisi d'impresa nelle nuove procedure concorsuali*, in *Fall.*, 2006, 381
- Stanghellini L., *Le crisi d'impresa tra diritto ed economia: le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007
- Stanghellini L., *Sub Art. 124. Proposta di concordato*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, a cura di A. Jorio, II, Bologna, 2007
- Tarantino P., *I confini del controllo giudiziale in sede di ammissibilità della proposta di concordato preventivo*, in *Riv. dir. impresa*, 2012, II, 426
- Tarzia G., *Pubblico e privato nella gestione dell'insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2002, I, 259
- Tedoldi A., *Appunti in tema di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 657
- Terranova G., *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 573

Terranova G., *Le nuove forme di concordato*, Torino, 2013

Tomajuoli E., *Natura giuridica del concordato fallimentare*, in *Riv. dir. comm.*, 1959, II, 313

Torrente A., voce *Emulazione (dir. civ.)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VI, Torino, 1968, 521

Vella P., *L'accrescimento dei controlli giudiziari di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, sez. II, doc. n. 320/2012

Verna G., *Poteri di controllo del commissario giudiziale nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2011, I, 402

Vitalevi M., *La moratoria*, Torino, 1884

Volpe F., *La giustizia contrattuale fra autonomia e mercato*, Napoli, 2004

Zanichelli V., *I concordati giudiziali*, Torino, 2010