

Pier Francesco Zari - 2019-07-16

## L'ipostatizzazione della fattibilità nel nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza

Sommario: [1. Il concetto di fattibilità nel nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza](#)  
– [1.1. Il rapporto tra la fattibilità economica e la causa del concordato preventivo](#)  
– [2. La matrice della riforma e considerazioni de iure condendo](#)

### 1. Il concetto di fattibilità nel nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza

Per definire il concetto di fattibilità, è doveroso riprendere la celebre pronuncia della Cassazione n. 1521 del 2013 (tutt'ora, sorprendentemente, unica fonte erga omnes in materia di fattibilità), da cui il concetto di [fattibilità economica del concordato emerge quale "prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati" e che "tale valutazione \(...\) implica una ulteriore distinzione, nell'ambito del generale concetto di fattibilità, fra la fattibilità giuridica e quella economica."](#)<sup>[1]</sup>.

La fattibilità non va intesa come convenienza della proposta, certamente sempre preclusa dal sindacato del Tribunale, "salva l'ipotesi ex art. 180, comma 4", ovvero "fatto salvo il solo caso di contestazione della convenienza della proposta in sede di giudizio di omologazione da parte del creditore appartenente ad una classe dissenziente" o, ancora, nell'ipotesi di "mancata formazione delle classi di creditori dissenzienti rappresentanti il venti per cento dei crediti ammessi al voto"<sup>[2]</sup>. Ne consegue, dunque, che "la proposta di concordato deve necessariamente avere ad oggetto la regolazione della crisi, la quale a sua volta può assumere concretezza soltanto attraverso le indicazioni delle modalità di soddisfacimento dei crediti (in esse comprese quindi le relative percentuali ed i tempi di adempimento), rispetto alla quale la relativa valutazione (sotto i diversi aspetti della verosimiglianza dell'esito e della sua convenienza) è rimessa al giudizio dei creditori, in quanto diretti interessati". Dai dati appena citati si può

desumere che, in primis, i giudici di legittimità ancorano il concetto di fattibilità economica ad una clausola interpretativa di natura ipotetica, perché si ancora all'elemento tipico di una prognosi (ossia la sua possibilità), e abduttiva, poiché il giudice deve valutare la premessa minore, ossia l'adeguatezza potenziale dell'impresa a superare la situazione di crisi, sulla base della premessa maggiore, costituita da certuni presupposti formalmente oggettivi, quali la buona fede dell'imprenditore-debitore nel predisporre il miglior piano di risanamento possibile per il complesso produttivo, e la professionalità e l'indipendenza dell'attestazione.

La conclusione di un siffatto ragionamento è soltanto probabile e deve essere confermata da dati empirici. Si tratta evidentemente di un rifugio lessicale della giurisprudenza per tentare di dare una esauriente spiegazione al dettato normativo. È chiaro, infatti, che un giudizio sulla capacità eventuale e, dunque, sulle potenzialità dell'impresa in quel dato momento storico (di crisi), implica la valutazione a tutto tondo dell'assetto e dei cespiti dell'azienda.

Ciò è indice del fatto che il giudice, onde valutare la fattibilità di un piano attestato, dovrebbe forzatamente analizzare la situazione economica, patrimoniale e finanziaria dell'imprenditore per poter argomentare la propria decisione in merito alle potenzialità dell'azienda in crisi. In secundis, opera una distinzione logica all'interno del concetto, discernendo fattibilità in senso giuridico, "sotto il duplice aspetto del controllo di legalità sui singoli atti in cui si articola la procedura e della verifica della loro rispondenza alla causa del detto procedimento nel senso sopra delineato", che, però, "non può essere esteso ai profili concernenti il merito e la convenienza della proposta", e fattibilità in senso economico, "legata ad un giudizio prognostico, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore rischio per gli interessati."

La Suprema Corte conclude asserendo che, proprio per tale motivo, "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". Il criterio della fattibilità del piano, cioè della ragionevole fondatezza del business plan<sup>[3]</sup>, si collega sistematicamente con le nuove clausole giuscommercialistiche in materia, da cui traspaiono tralattivamente "l'ipostatizzazione di paradigmi generali"<sup>[4]</sup>, la "sussunzione in schemi concettuali sintetici di regole analitiche, polimorfe e plurisetoriali di origine aziendalistica"<sup>[5]</sup>,

nonché “la trasposizione normativa dell’evoluzione di linee portanti del diritto societario”[\[6\]](#). La distinzione tra “fattibilità giuridica” e “fattibilità economica”, infatti, ricorda le ambiguità tra “convenienza” e “correttezza sostanziale” nel diritto societario[\[7\]](#). Come si accennava, si può ravvisare nel nostro ordinamento l’emersione di un principio affine ai paradigmi di common law e del diritto tedesco, cioè il criterio di reasonableness[\[8\]](#), la cui potenziale vis espansiva è evidente in un’ottica di sistema[\[9\]](#). La veridicità dei dati aziendali è il principale requisito di tale principio e si può rintracciare sostanziale identità concettuale tra “fattibilità” e “attuabilità” in una prospettiva pratica. La soluzione della Suprema Corte non sembra, perciò, perspicua.

Non è affatto chiaro, inoltre, come possano conciliarsi l’affermazione, da un lato, che il controllo “non si esaurisce nella valutazione sulla completezza e congruità logica dell’attestato del professionista”, essendo questo orientato nel senso della fattibilità giuridica del piano, e l’assunto, dall’altro lato, secondo cui ogni “valutazione del giudizio prognostico è rimessa ai creditori”, riguardando quest’ultima, invece, il versante economico della fattibilità. La valutazione sulla convenienza del piano è certamente rimessa ai creditori, ma il giudizio sulla fattibilità giuridica, sotto un profilo di legalità sostanziale e, quindi, di correttezza, è pur sempre un giudizio di ragionevolezza della prognosi, di attendibilità della previsione prospettica, di fondatezza della verificabilità del programma di recupero dell’impresa, sulla base dei dati disponibili e di una delibazione prima facie. Il formante legislativo, dunque, individua nel criterio di fattibilità economica la chiave di volta del controllo giudiziale sul piano di concordato preventivo e cristallizza la distinzione di quest’ultima dalla fattibilità giuridica.

In estrema sintesi, dunque: il controllo giudiziale di “attendibilità” e “fattibilità, anche in senso economico” del piano non è un controllo sulla sua convenienza; tuttavia, la svolta “privatistica” non può tradursi – in relazione alla verifica della fattibilità del piano – nell’esclusione di ogni valutazione sulla verificabilità economica del medesimo[\[10\]](#). Il problema del controllo giurisdizionale sulla fattibilità del piano potrebbe trovare soluzione, invece, piuttosto che attraverso il ricorso al concetto di “causa in concreto” e all’incerta distinzione tra “fattibilità giuridica” e “fattibilità economica”, con l’applicazione di un criterio sistematico ricavato da una sintesi di tratti comuni escerpiti dalle nuove clausole generali del diritto commerciale. Il giudizio sulla fattibilità economica del piano sembrerebbe consistere in una valutazione sulla correttezza sostanziale della relazione, sulla

ragionevolezza della previsione di recupero, sulla completezza delle informazioni, sull'adeguatezza motivazionale. In chiave più concreta, esso è la sussistenza di un business purpose, cioè la ragionevolezza economica dell'operazione. E proprio a tale ragionevolezza il legislatore sembra riferirsi quando inserisce il criterio di fattibilità economica nel nuovo dettato normativo del Codice<sup>[11]</sup>. Per comprendere, tuttavia, il concetto di fattibilità economica bisognerà approfondire cosa intenda per "causa concreta" del concordato la Corte di Cassazione, dato che "una corretta configurazione dei margini di intervento del giudice sotto il profilo or ora evidenziato presuppone la preventiva individuazione della causa concreta del procedimento di concordato sottoposto al suo esame". La Suprema Corte, tuttavia, riconosce che causa concreta del concordato "(...) equivale a dire 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.". Si sceglie, dunque, di rimandare ad una nozione funzionale, inerente l'istituto stesso, la definizione del criterio di valutazione che sta alla base della fattibilità economica.

[Approfondisci con: "La tutela del debitore nella gestione della crisi"](#)

## 1.1. Il rapporto tra la fattibilità economica e la causa del concordato preventivo

Ancorando il concetto di fattibilità economica alla causa concreta del concordato preventivo, le Sezioni Unite hanno deliberatamente svuotato di significato il contenuto del controllo giudiziale. Definendo la causa concreta della procedura di concordato preventivo come "obiettivo specifico perseguito dal procedimento", che "non ha contenuto fisso e predeterminabile", essendo "dipendente dal tipo di proposta formulata" e "finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore", da un lato, e "all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori", da un altro<sup>[12]</sup>, la Cassazione ha individuato i confini logici del concetto di causa concreta e, conseguentemente, i poteri di controllo del Tribunale in fase di ammissione e di omologa risultano ampliati.

Assumendo che il concordato sia regolato essenzialmente tramite un procedimento a fasi giuridicamente ben distinte e di natura non unitaria<sup>[13]</sup>. In

primis, si possono rintracciare le fasi più puramente privatistiche, in cui il ruolo del Tribunale non è nemmeno percepibile, se non in una fase ex post, di mera certificazione di un predeterminato assetto di interessi. In secundis, sono individuabili le fasi di intervento giudiziale maggiore, di carattere prettamente “pubblicistico”, in cui il perimetro dell’attività giudiziale è ampliato, in base al nuovo dettato normativo, fino alla fattibilità economica degli assunti e dei contenuti dei rimedi proposti dal debitore.

Poiché è proprio in base al ruolo che il giudice gioca nel procedimento che si modificano alcuni elementi strutturali dell’istituto stesso del concordato preventivo, la novella del d.lgs. n. 14 del 2019 deve essere vista nella prospettiva di una rifunzionalizzazione dello strumento concordatario: si intende con ciò dire che il legislatore ha cambiato i prerequisiti e le regole alla base del concordato preventivo per trasformarlo in uno strumento adatto all’estrinsecazione di determinati interessi, come la continuità e la libera concorrenza sul mercato, e di una diversa concezione di tutela, che fa principale affidamento sulla figura del giudice<sup>[14]</sup>. Giova rammentare che la questione in esame è pressoché esclusivamente originata dal diritto pretorio, formatosi intorno ai limiti del potere interdittivo esercitabile dal Tribunale in sede di ammissione e di omologazione della proposta di concordato preventivo. Invero, vi sono poche norme che disciplinano in via diretta l’ampiezza del sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano. La scarsa regolamentazione in materia ha giustificato l’ampia produzione giurisprudenziale che si è sostanzialmente polarizzata intorno a due opposte opzioni ermeneutiche<sup>[15]</sup>.

L’oscillazione giurisprudenziale tra le due opposte concezioni, negoziale o pubblicistica, del concordato ha un momento di requie apparente con la nota pronuncia a Sezioni Unite n. 1521 del 2013, con la quale la Cassazione – pur in maniera non proprio cristallina – ha precisato che il controllo giudiziale, con riferimento all’ipotesi in cui non siano state proposte opposizioni, si estrinseca in primo luogo nella verifica dell’idoneità della documentazione prodotta a corrispondere alla funzione di fornire elementi di giudizio ai creditori<sup>[16]</sup>. Secondo tale pronuncia, lo scrutinio del giudice – oltre a verificare l’esito della votazione e la regolarità della procedura – interessa anche l’attestazione del professionista e, in particolare, la correttezza, la coerenza, la logicità delle argomentazioni e delle motivazioni addotte dal professionista sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano<sup>[17]</sup>. Le Sezioni Unite si concentrano, quindi, sulla fattibilità del

piano quale presupposto di ammissibilità della proposta concordataria<sup>[18]</sup>. In via pretoria si introduce surrettiziamente una dicotomia non prevista legislativamente, in modo da ridurre il perimetro di valutazione giudiziale in sede di omologazione di concordato preventivo (la questione, tuttavia, presenta analoghi profili di problematicità anche in sede di ammissione e revoca della proposta concordataria).

Il principio scolpito dalle Sezioni Unite è stato in seguito specificato dalla stessa Cassazione, precisando come, in relazione alla fattibilità economica, il giudice sia tenuto a verificare la sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, ammettendo, dunque, in una prospettiva funzionale, la possibilità di sindacare la proposta concordataria ove questa sia totalmente implausibile<sup>[19]</sup>. I profili legati alla valutazione della fattibilità economica del concordato – ossia, in primo luogo, la valutazione sull’effettivo raggiungimento della percentuale di soddisfacimento indicata nella proposta, la verosimiglianza dell’esito e la convenienza del piano – erano, dunque, rimessi all’esclusiva valutazione dei creditori in sede di approvazione<sup>[20]</sup>. Tale valutazione poteva considerarsi correttamente espressa unicamente qualora, come sottolineano le menzionate Sezioni Unite, “i creditori ricevessero una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni”. A tale fine si comprende, quindi, che il giudice, “deputato a garantire il rispetto della legalità nello svolgimento della procedura, deve certamente esercitare sulla relazione del professionista attestatore un controllo concernente la congruità e la logicità della motivazione, anche sotto il profilo del collegamento effettivo fra i dati riscontrati ed il conseguente giudizio”<sup>[21]</sup>.

Infatti, con riferimento particolare alla relazione del professionista, il vaglio di legalità del Tribunale deve essere finalizzato ad appurare se la relazione del professionista sia adeguatamente motivata, indicando le verifiche effettuate e la metodologia seguita, nonché se essa risponda ai principi di coerenza, accuratezza e completezza sul piano logico-argomentativo del discorso asseverativo. Tuttavia, in tale profilo del sindacato giudiziale si annida il rischio di una dilatazione dell’ambito di controllo del giudice, il quale, dal limitarsi a verificare il metodo logico-argomentativo dell’attestazione, si potrà spingere fino ad esaminare il merito delle conclusioni cui è giunto l’attestatore. Lo scrutinio del giudice, pertanto, deve consistere in una penetrante verifica dell’adeguatezza dell’informazione che viene fornita ai creditori al fine di porli nella condizione di

una libera e consapevole espressione del loro voto.

Le menzionate Sezioni Unite, invero, nel tentare di individuare i confini del vaglio giudiziale, hanno precisato che “il controllo del giudice non è di secondo grado, destinato, cioè, a realizzarsi soltanto sulla completezza e congruità logica dell’attestato del professionista”, e che “al detto attestato deve infatti essere attribuita la funzione di fornire dati, informazioni e valutazioni sulla base di riscontri effettuati dall’interno, elementi tutti che sarebbero altrimenti acquisibili esclusivamente soltanto tramite un consulente tecnico nominato dal giudice”. Risulta evidente come l’informazione sia rilevante quanto ai possibili riflessi sul procedimento di formazione della volontà negoziale, visto che un’informazione adeguata è condizione necessaria per il valido esercizio dell’autonomia privata[22]. In aggiunta, in sede di giudizio di omologazione, l’autorità giudiziaria è chiamata ad un controllo della regolarità della procedura, verificando la persistenza delle stesse condizioni di ammissibilità che erano state riscontrate nella fase iniziale, (l’assenza dei fatti od atti di frode che potrebbero dare impulso al procedimento di revoca ai sensi dell’art. 55 d.lgs. n. 14 del 2019, nonché il rispetto delle regole relative alla formazione del consenso dei creditori sulla proposta concordataria).

Risulta, tuttavia, opportuno effettuare uno sforzo esegetico al fine di meglio precisare il corredo definitorio suggerito dalle Sezioni Unite, cui si è sostanzialmente uniformata la giurisprudenza successiva[23]. Invero, la pronuncia del Supremo Consesso – oltre ad utilizzare in maniera sostanzialmente indifferenziata fattibilità economica del piano e convenienza della proposta – ha indebitamente applicato il concetto di causa concreta alla “procedura di concordato” e non già all’accordo concordatario. In primo luogo il termine “fattibilità” deve essere inteso con riferimento non già alla proposta, bensì al piano concordatario[24], quale “prognosi di concreta realizzabilità” di quest’ultimo[25], o meglio come “prognosi circa l’idoneità del piano a consentire l’adempimento della proposta di concordato nei termini prospettati”[26]. È, infatti, il piano il documento programmatico e operativo che attua la proposta concordataria, definendone il percorso di concreta realizzazione.

Di conseguenza, le modalità attuative del programma devono comunque risultare compatibili sia con le norme inderogabili generali, sia con le disposizioni di legge applicabili al caso concreto. Inoltre, le Sezioni Unite hanno posto un ideale

spartiacque tra “fattibilità giuridica”, intesa come non incompatibilità del piano con norme inderogabili, sulla quale il controllo giudiziale non ha particolari limiti, e “fattibilità economica”, quale realizzabilità concreta del piano, ontologicamente soggetta a valutazioni prognostiche opinabili e aleatorie, che comportano, dunque, un margine di rischio sul quale dovrebbero essere chiamati a pronunciarsi esclusivamente i creditori. Tuttavia, se per fattibilità giuridica si intende la compatibilità delle modalità attuative del piano con norme inderogabili<sup>[27]</sup>, dovrebbe conseguentemente ammettersi un controllo giudiziale esteso alla conformità degli atti procedimentali ed esecutivi esperiti in attuazione della proposta rispetto a tutte le norme dell’ordinamento<sup>[28]</sup>. Con riferimento alla fattibilità economica, il vaglio giudiziale dovrebbe, invece, concentrarsi solo sul controllo, da un lato, della completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori e, dall’altro, della verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a realizzare la causa concreta del concordato, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità precisate dal debitore. Sul piano strettamente teorico e astratto, il giudizio sulla fattibilità del piano, inteso come valutazione delle sue probabilità attuative, non dovrebbe incidere i profili di convenienza o opportunità della proposta concordataria, di stretta prerogativa creditoria, i quali pertanto dovrebbero essere i soli a poter valutare l’an e il quomodo della suddivisione in classi, la percentuale loro riservata, i tempi di soddisfacimento pronosticati, formulando un giudizio che tenga anche conto dell’alea che caratterizza il raggiungimento degli obiettivi previsti dalla proposta.

Nondimeno, se, secondo la Cassazione, il sindacato del giudice si estende al profilo della fattibilità economica nella misura in cui il Tribunale è tenuto a verificare l’effettiva realizzabilità della causa in concreto, tale scrutinio è idoneo ad invadere il perimetro di spettanza creditoria. Infatti, qualora il vaglio giudiziale abbia ad oggetto la fattibilità economica in presenza di un’assoluta e manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a soddisfare in qualche misura, seppur minima, i crediti concorsuali nei modi e nei termini di adempimento previsti nella proposta, è evidente come il giudizio sulla probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti la sua attuazione invada il campo che dovrebbe essere di stretta pertinenza creditoria.

Ecco, dunque, prorompere nella disciplina concordataria il concetto civilistico della causa in concreto, vale a dire la nozione di causa quale “scopo pratico del

negozio, la sintesi, cioè, degli interessi che lo stesso è concretamente diretto a realizzare quale funzione individuale della singola e specifica negoziazione, al di là del modello astratto utilizzato”[\[29\]](#). Se la causa concreta è sintesi della dinamica contrattuale e non anche della volontà delle parti, iscritta nell’orbita della dimensione funzionale dell’atto, ma intesa quale funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, essa si presta ad un duplice livello concettuale: evoca il tipo di indagine ermeneutica che induce a ricostruire dal concreto regolamento di interessi il funzionamento programmato dalle parti e, inoltre, consente di operare uno scrutinio sulla concreta idoneità del negozio ad assurgere a modello giuridico volto alla regolamentazione di interessi. La causa concreta assume, pertanto, una doppia valenza. In primo luogo, è un’utile strumento al fine di verificare se il negozio – sia nella sua fase genetica, sia nel suo previsto sviluppo – appare come un’operazione, secondo razionalità, coerente e sensata, alla luce degli interessi che le parti vi hanno dedotto e del modo in cui hanno voluto bilanciarli. In secondo luogo, consente di accertare che l’assetto d’interessi perseguito col negozio – oltre ad essere coerente e razionale rispetto alla logica relazionale delle parti – non sia contrario ad un interesse generale dell’ordinamento.

Nell’intento di coniugare il concetto di causa in concreto con il concordato preventivo potrebbe dedursi che, nel caso in cui il piano si riveli manifestamente inidoneo al proprio scopo concreto alla luce degli interessi dei contraenti, il concordato sarà nullo per mancanza di causa[\[30\]](#). Qualora, invece, ad esempio, il bene proposto in cessione ai creditori sia incommerciabile ovvero quando un concordato con cessione dei beni si fonda su un piano che preveda la vendita di un bene altrui, il concordato sarà nullo per impossibilità dell’oggetto[\[31\]](#). Se si assume un concetto di causa in concreto quale ragione pratica dell’affare[\[32\]](#) – ossia obiettivo specifico perseguito dall’accordo concordatario, espressione dell’interesse concretamente perseguito dalle parti nel caso di specie -, il sindacato giudiziale si risolve in un giudizio di idoneità, svolto rispetto all’assetto d’interessi ipotizzato dal proponente in rapporto ai fini pratici che il concordato persegue.

Pertanto, il Tribunale non si potrà esimere dal ritenere compreso nel proprio vaglio sia la misura della soddisfazione dei creditori (peraltro, in seguito al d.l. n. 83 del 2015, predeterminata dal legislatore nella misura minima del venti per cento[\[33\]](#)), sia i tempi di realizzo. Invero, il giudice sarebbe tenuto a verificare le probabilità

che il piano assicuri il pagamento di una percentuale ai creditori entro termini ragionevoli ed il superamento della crisi del debitore. Tuttavia, occorre tracciare una linea di confine, da un lato, distinguendo la causa, che si esprime nella relazione tra gli interessi da soddisfare palesatisi nel procedimento e i mezzi giuridici concretamente utilizzati dalle parti, e, dall'altro, il contenuto, inteso quale estrinsecazione delle modalità di attuazione della proposta concordataria[34]. Di conseguenza, lo scrutinio giudiziale sulla causa dovrebbe limitarsi a vagliare la ragione che concretamente giustifica il concordato alla luce delle specificità rilevanti che lo caratterizzano, senza sindacare la realizzabilità delle singole clausole che compongono il piano, a meno di non costituire un limite all'autonomia delle parti (che, però, non trova alcun espresso aggancio normativo)[35]. All'esito dell'analisi svolta, emerge come categorie, quali "fattibilità giuridica", "fattibilità economica" e "causa in concreto", debbano essere necessariamente ripensate quali concettualizzazioni esplicative, non solo perché sfuggenti alla logica deduttiva delle sistemazioni dogmatiche, ma, altresì, in quanto fuorvianti rispetto ai profili di analisi proposti dalla prassi. Non pare, invero, coerente ritenere di spettanza giudiziale – per mezzo dello strumento della causa concreta – la valutazione dell'alea relativa all'esito delle operazioni attuative del piano, la cui attuazione dipende pur sempre dalla risposta del mercato e, invece, riservare alla valutazione dei creditori l'accettazione dell'alea delle condizioni di mercato. Peraltro, le novelle successive alle Sezioni Unite del 2013 hanno confermato la superfluità della costruzione teorica che vuole un discrimen tra le due tipologie di fattibilità, in virtù di una labile distinzione da un punto di vista pratico[36]. Inoltre, quale elemento di ulteriore complicazione, per quanto concerne il quantum offerto ai creditori, è stata introdotta, come ulteriore requisito di ammissibilità della proposta, la soglia minima di soddisfazione del venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari (ex-art. 160, ultimo comma, l. fall.)[37].

## 2. La matrice della riforma e considerazioni de iure condendo

È il caso di osservare che si sono accolte le istanze di una parte della dottrina, seppur minoritaria, e della giurisprudenza prevalente, attraverso l'ampliamento del perimetro del controllo giudiziale, ricomprendendo espressamente quello di fattibilità del piano di concordato[38]. Si assiste, così, ad una riesplorazione delle

prerogative del Tribunale, dal momento dell'ammissione a quello dell'omologazione del concordato preventivo. Il legislatore, ha, infatti, dato spazio al controllo giudiziale sui profili strettamente economici del piano presentato dal debitore, tanto che, in una prima versione delle bozze dei decreti legislativi attuativi, aveva addirittura escluso l'obbligo dell'attestazione del professionista, per poi ritornare alla passata previsione[39]. Pertanto, l'autorità giudiziaria, sulla base dei rilievi esposti dal commissario giudiziale, potrà sindacare l'effettiva possibilità di conseguire gli obiettivi pianificati, oltre che la giuridica realizzabilità del programma negoziale[40].

Può ritenersi che l'approdo cui è giunta la riforma del Codice della Crisi e dell'Insolvenza sia del tutto coerente con la fisionomia, che va assumendo l'istituto del concordato preventivo, di procedura più spedita ed efficiente, destinata quasi in via esclusiva alle imprese realmente in grado di superare le crisi in cui versano[41]. Inoltre, tale novità ha il pregio di segnare più nettamente i confini tra la valutazione di opportunità e di convenienza e quella di fattibilità economica, necessariamente preliminare e diversa, superando quell'orientamento sulla base del quale nel 2013 le Sezioni Unite affermavano la riconducibilità di quest'ultima ad una valutazione di convenienza. Il nuovo Codice ha in tal modo ricondotto ad unità il requisito di fattibilità nell'ambito del controllo giudiziale, senza, però, esplicitare quali sono le regole extragiuridiche cui il giudice può far ricorso per dare concretezza alla suddetta verifica[42]. Silenzio del legislatore che, almeno per il momento, potrebbe essere interpretato come intenzione di rimettere la ricostruzione di tali regole alla discrezionalità tecnica del giudice, lasciando alla prassi dei Tribunali fallimentari il compito di elaborare le soluzioni più adeguate per le fattispecie concrete.

La necessità di una riforma nel diritto fallimentare, come si ricorda nella Relazione della Commissione Rordorf, è, inoltre, suffragata da recenti studi empirici[43], "dai quali emerge un quadro allarmante sull'incapacità delle imprese italiane (per lo più piccole e medie imprese) di promuovere autonomamente processi di ristrutturazione precoce, per una serie di fattori che ne riducono la competitività (sottodimensionamento, capitalismo familiare, personalismo autoreferenziale dell'imprenditore, debolezza degli assetti di corporate governance, carenze nei sistemi operativi, assenza di monitoraggio e pianificazione, anche a breve termine)". Vale la pena osservare, inoltre, come nel nostro Paese, le procedure concorsuali siano ancora vissute dagli imprenditori come un male in sé, da

allontanare nel tempo ad ogni costo[44]. È evidente che, rispetto al dictum delle Sezioni Unite del 2013, si tratta di un vero e proprio capovolgimento di visione, di ritorno alla concezione del giudice come perno della procedura concordataria[45].

Come interpretare la volontà legislativa di riesumare un controllo penetrante da parte del Tribunale, ora non più limitato alla fattibilità giuridica e alla veridicità dei dati? Altro interessante quesito potrebbe riguardare il motivo della scelta, autoritativa e tutt'altro che modellata sul favor negoziale, di precludere l'accesso a concordato liquidatorio alle proposte che offrono una tipologia di soddisfacimento dei creditori chirografari che non rispettino le soglie ex lege prefissate[46]. Si vuole elidere la figura dell'attestatore, la cui opera si rivela completamente inutile nel momento in cui è il Tribunale ad autenticare la fattibilità economica del piano. È la stessa prospettiva che, tacitamente, contribuirà all'indebolimento del ruolo del concordato liquidatorio, se non nei testi normativi, nelle realtà delle aule giudiziarie italiane. La nuova riforma, infine, si pone come prova tecnica di requiem collettivo in memoria di un lessico legato alle voci verbali del verbo fallire e dei suoi derivati, della figura del professionista attestatore nel concordato preventivo, del concordato preventivo liquidatorio[47]. In sintesi, si tratta di un evidente arretramento rispetto alla visione privatistica dei rimedi di soluzione concordata della crisi, faticosamente affermatasi con la riforma del 2005/2006, rischiando di rendere questi strumenti scarsamente appetibili per il mercato.

In una prospettiva giuspolitica, inoltre, si deve tenere conto che l'ordinamento fallimentare italiano ha subito la epocale svolta nella prospettiva di una "mercattizzazione" della crisi d'impresa soltanto nel periodo delle riforme del diritto societario del 2005/2006[48]. L'impresa in crisi, da quel momento, veniva ufficialmente considerata un fallimento del mercato e ciò che più doveva contare, anche per le regole del diritto fallimentare, era limitare le conseguenze negative per il mercato stesso, evitando che la crisi si estendesse all'intorno dell'impresa, al suo indotto, ai mercati di riferimento.

Per farlo, era necessario comprendere che l'interesse della procedura concorsuale non era più e tanto quello statale della punizione del colpevole e dell'eliminazione dell'impresa insolvente, quanto piuttosto quello di ricerca di ogni possibile strumento per salvaguardare ciò che di buono ancora esisteva nell'asset aziendale. Parlare di centralità dell'interesse del ceto creditizio, di

contingentamento dei tempi dell'azione revocatoria, di introduzione di strumenti alternativi per la risoluzione della crisi significava, dunque, introdurre una nuova politica del diritto concorsuale, accreditare una diversa gerarchia di valori, cercando di far comprendere che a mutati contesti economici devono corrispondere diverse e mutate regole giuridiche. È partendo da tale assunto che si può pensare ad una compressione del diritto soggettivo alla base del diritto di credito<sup>[49]</sup>, asse portante di una società fondata economicamente sulla proprietà e sul patrimonio. Il diritto patrimoniale, simbolo di tale assetto sociale ed economico, presenta, infatti, da un lato, un nucleo duro da preservare contro interventi ablativi esterni e, dall'altro lato, dei margini di elasticità che aprono la porta a principi di giustizia. Il compito del legislatore è, dunque, quello di capire il limite tra questi margini fondamentali ed operare un bilanciamento efficace tra i due poli di riferimento.

Nel suddetto contesto socio-ordinamentale, la nuova previsione normativa accentua il pericolo di concentrare nelle mani del giudice un potere invasivo nel merito dei rapporti creditore-debitore, superando quella sorta di autolimitazione del sindacato giudiziale che la stessa giurisprudenza aveva elaborato in un ambito connotato non solo da profili giuridici, ma anche da riferimenti all'analisi economica e finanziaria. È evidente, infatti, come la previsione di una verifica circa la "fattibilità economica del piano", prevista dal nuovo decreto legislativo, lungi dall'apportare un contributo di chiarezza e certezza in materia, finisca per alimentare proprio quel livello di imprevedibilità delle decisioni giudiziali, che si mirava a contrastare nell'idea iniziale del progetto di riforma. Il rischio di un sensibile aumento di pratiche eterogenee fra i diversi Tribunali potrebbe concretarsi, nello spettro delle possibili eventualità, in una ulteriore e perdurante situazione di insicurezza e instabilità per le imprese italiane (e i rispettivi imprenditori), che si trovano a dover già fare i conti con l'elemento della normale alea d'impresa.

## Volume consigliato

### Note

<sup>[1]</sup> Si veda Cassazione SS. UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, in Foro it., 2013, I, p.

1545.

[2] Tale seconda “soglia qualificata” di creditori è stata introdotta dal d.l. n. 83 del 2012, convertito con modifiche nella L. n. 134 del 2012, anche al fine di bilanciare il rovesciamento del sistema di voto, oggi attuato nel concordato preventivo mediante il silenzio – assenso. Si veda Lo Cascio G., *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, 2017, pp. 78-85.

[3] Secondo la dottrina economico-aziendalistica, il piano sottoposto al controllo del Tribunale è un documento previsionale complesso (Paletta A., *Il concordato preventivo con continuità aziendale: aspetti economico-aziendali*, in Bastia P., Ferro M., Nonno G. M., *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2013, p. 263 ss.; Ranalli R., *I piani di impresa nel governo societario e nella composizione della crisi tra il regime attuale e la riforma*, in *Fallimento*, 2018, p. 1051 ss.). Un business plan è comprensivo del piano industriale, finanziario ed economico. Il primo descrive le scelte strategiche dell’impresa per il risanamento (si veda Brugger G. B., *Sub art. 160 legge fallim. Profili aziendali*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario, a cura di Jorio A., Fabiani M., Bologna, 2007, p. 2309): in tale contesto, possono certamente verificarsi carenze nella sua predisposizione, come sottolineato da Brogi R., *La procedura di concordato preventivo: i nuovi poteri di verifica del tribunale sulla proposta e sulla fattibilità del piano*, p. 19 ss., in *Osservatorio-Oci.org*. Infatti, ci sono almeno due aspetti che presentano un elemento intrinseco di aleatorietà (e, che, corrispondentemente, erano escluse dal controllo del giudice): l’alternativa di scelte strategiche imprenditoriali, più o meno vantaggiose per i creditori, e eventuali fattori esterni, in grado di incidere negativamente sul processo di risanamento, anche impedendolo. Nel piano finanziario, inoltre, sono riportate le entrate e le uscite (si veda Brugger G. B., *Sub art. 160 legge fallim. Profili aziendali*, op. cit., p. 2309): dalle prime risultano i flussi finanziari programmati dalla gestione corrente, unitamente a quelli derivanti da nuovi finanziamenti e dagli aumenti di capitale, mentre dalle seconde scaturiscono i flussi programmati per la ristrutturazione dei debiti (si veda Paganelli O., *Analisi di bilancio*, Torino, 2005, p. 55). Quanto al piano economico, esso presenta soluzioni e risultati ipotizzati, nonché la motivazione degli stessi, mettendo in conto, anche in questo caso, la normale alea delle previsioni risanatorie sul futuro andamento dell’impresa. Per il Tribunale, secondo Cass. 5 febbraio 2018, n. 2729 (su *UniJuris.it*), “si suppone sempre un vaglio rigoroso su tutti i presupposti e gli atti preparatori e strumentali condizionanti”.

L'alea che circonda l'esecuzione del piano concordatario, invece, trattandosi di una situazione fisiologica che accompagna qualsiasi atto programmatico, è rimessa ai creditori e rientra nei limiti di un rischio economico consentito. Si veda in proposito Moscariello A., Il controllo del tribunale sulla "fattibilità economica" del piano di concordato preventivo con continuità aziendale, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2019, I, p. 228, che sottolinea come, infatti, non rientra in tale ultima valutazione l'accertamento di deficit informativi e di lacune nella struttura del piano, o comunque di determinate condizioni, da cui emerge l'incompletezza e l'illogicità del business plan: valutazioni, queste, che, viceversa, sono ricomprese nelle verifiche del giudice.

[4] In tal caso si pensi alla diligenza degli amministratori, parametrata alle "specifiche competenze" (art. 2392 c.c.), ai "principi di corretta amministrazione" (art. 2403 c.c. e art. 149, comma 1, lett. b), d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58), ai "principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale" (art. 2497 c.c.). Si veda a tal proposito Montalenti P., *L'informazione e il diritto commerciale: principi e problemi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, IV, p. 10779 ss.

[5] Si pensi, ancora, agli assetti organizzativi e al principio di adeguatezza organizzativa (art. 2381, comma 3, c.c., e art. 149, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 58/1998).

[6] Si pensi al principio di trasparenza versus regole di astensione nelle deliberazioni consiliari con interessi di amministratori (art. 2391 c.c.), oppure con interessi di gruppo (art. 2497-ter c.c.). La contiguità con la materia del leveraged buy-out è evidente, principalmente per tre elementi: a) la relazione degli esperti; b) l'attestazione; c) la ragionevolezza di un'indicazione prospettica. Tre, ulteriori, clausole generali di recente introduzione nell'ordinamento societario, finanziario e concorsuale meritano particolare attenzione per la rilevanza in tema di informazione. Si tratta (i) della disposizione sul progetto di fusione nelle operazioni di leveraged buy-out (art. 2501-bis c.c.); (ii) della disciplina del prospetto d'offerta al pubblico di strumenti finanziari comunitari e di prodotti finanziari diversi dalle quote o azioni di OICR aperti (art. 94, d.lgs. n. 58/1998) e (iii) della norma sulla fattibilità del piano di concordato (art. 161, comma 3, l. fall.).

[7] Si pensi alle operazioni con parti correlate, per cui si rinvia a Montalenti P., *Le operazioni con parti correlate: questioni sistematiche e problemi applicativi*, in *Riv.*

dir. comm., 2015, I, p. 63 ss.

[8] Tale principio è oltremodo visibile nel diritto societario, come prima si accennava. Più precisamente l'art. 2501-bis c.c. prevede che nelle fusioni a seguito di indebitamento (cioè nelle operazioni di leveraged buy-out) "la relazione degli esperti ... attesta la ragionevolezza delle indicazioni contenute nel progetto di fusione" relativamente alle "risorse finanziarie previste per il soddisfacimento delle obbligazioni della società risultante dalla fusione". Si faccia ancora riferimento a Montalenti P., *ibidem*. Il principio di ragionevolezza è nato, infatti, in Germania (si veda per le manifestazioni più primitive Fleiner F., *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1912, p. 354 ("La polizia non deve sparare ai passeri con i cannoni"), e, per quelle più strutturate e risalenti, von Krauss R., *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in seiner Bedeutung für die Notwendigkeit des Mittels im Verwaltungsrecht*, Hamburg, 1955, p. 94 ss.) e si è sviluppato anche a livello europeo (e, conseguentemente, ha contribuito al recepimento dello stesso anche all'interno dell'ordinamento italiano) a partire da pronunce di lunga data (si parla della sentenza Corte Giust. Un. Eu., 16 luglio 1956, in C-8/55, *Fédération Charbonnière*, in *Racc.*, 1955-56, p. 199 ss.). Attualmente esso si conforma attorno a due altri concetti: quello di necessità rispetto al fine di pubblica utilità e la proporzionalità in relazione all'obiettivo da raggiungere. Si vedano a tal proposito, *ex multis*, Corte Giust. Un. Eu., 14 maggio 2009, in C-34/08, *Azienda Agricola Disarò*; Corte Giust. Un. Eu., 4 giugno 2009, in C-142/05, *Aklagaren*; Corte Giust. Un. Eu., 11 giugno 2009, in C-33/08, *Agrana Zucker*; Corte Giust. Un. Eu., 7 luglio 2009, in causa C-558/07, *S.P.C.M. SA e.a.*, tutte in <http://eur-lex.europa.eu>.

[9] La rilevanza nella materia, di cui ci si occupa, è evidente per: (i) la relazione degli esperti; (ii) l'attestazione; (iii) la ragionevolezza di una indicazione prospettica. È un'ulteriore conferma del primato del diritto commerciale sul piano dell'adeguatezza regolatoria nel diritto vivente rispetto alla funzione ancillare, ancorché "ordinante", delle categorie classiche del diritto civile. Il tema richiederebbe, come è evidente, un serio approfondimento per sviluppare l'idea che l'evoluzione del diritto privato è oggi affidata prevalentemente all'area del diritto commerciale, ferma restando la funzione ordinatrice delle categorie generali. Si veda in argomento, nel quadro di una riflessione storica e sistematica di alto profilo, Libertini M., *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Riv. Dir. Soc.*, 2013, p. 1 ss. Qualche spunto in Montalenti

P., Il diritto commerciale dalla separazione dei codici alla globalizzazione, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2012, p. 379 ss., e Montalenti P., Nuove clausole generali nel diritto commerciale tra civil law e common law, in Osservatorio del diritto civile e commerciale, 2015, Giappichelli, Torino, pp. 68-82.

[10] Vero è che su piani contigui – si pensi al concordato con “riserva” – la svolta è posta, invece, erroneamente, in discussione da parte della giurisprudenza di merito, ma vero è anche che, sul tema che qui ci occupa, affermare l’esclusione di ogni controllo sui profili economici del piano, in termini di ragionevolezza e affidabilità prospettica delle previsioni, significa ridurre il controllo ad un mero riscontro di coerenza formale, che proprio le Sezioni Unite dichiarano insufficiente. Si veda proprio Montalenti P., L’abuso nel diritto commerciale, in Riv. Dir. Civ., 2018, IV, p. 873 ss.

[11] A dire il vero, tale tendenza si poteva già riscontrare dall’art. 6 del disegno di legge delega di riforma fallimentare ove, al comma 1, lett. f), si delegava il Governo a determinare il potere del Tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo anche poteri di verifica in ordine alla realizzabilità economica dello stesso. In fase di preparazione del d.lgs. 14 del 2019, ai tempi ancora Atto del Governo, n. 53, Schema di decreto legislativo recante codice della crisi di impresa e dell’insolvenza, si riconobbe fin da subito l’importanza dell’inserimento di una tale novità nel contesto normativo allora vigente. Come ebbe a sottolineare Roberto Cassinelli (FI) in sede di discussione del 12 dicembre 2018 in Commissione Giustizia (II) della Camera dei Deputati, infatti, auspicandosi che fossero i fatti a smentirlo, “lo schema in esame ha preferito puntare su un maggior interventismo da parte della autorità giudiziaria, come dimostrato a titolo esemplificativo dagli articoli 47 e 48 del provvedimento, che affidano al giudice, in caso di concordato preventivo, anche poteri di esame della fattibilità economica, oltre che di mero controllo di legalità e fattibilità giuridica.”. Continuava dicendo che, infatti, “considerando tale scelta paradossale, dal momento che il soggetto professionalmente capace di valutare l’aspetto economico è il commissario giudiziale, mentre i magistrati non si sono dimostrati particolarmente competenti in materia, si può ritenere che in tal modo si rischi di danneggiare i diritti dei creditori a valutare il merito e la convenienza economica della proposta.”.

[12] Testuale la citazione dalla sentenza Cassazione Civile SS. UU., n. 1521 del

2013, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, II, 2013, p. 1 ss.

[13] Nella fase di rinnovamento del nostro ordinamento giuridico e del sistema normativo fallimentare, le linee ispiratrici sono emerse dall'esigenza di un mercato fondato sulla concorrenza e sulla piena liberalizzazione, destinato allo sviluppo economico. In questo schema non sarebbe più condivisibile lo schema delineato dalla legge fallimentare del 1942, ma sarebbe stato utile realizzare le aspettative della privatizzazione dell'insolvenza, privilegiando il risanamento dell'impresa e il recupero dei valori aziendali, abbandonando la figura dell'imprenditore onesto e sfortunato, o meritevole di beneficio, rimettendo all'esclusiva decisione dei creditori la validità del piano ed operando un ampio arretramento del potere giurisdizionale. Certamente, perciò, si è optato per la soluzione negoziale sull'interrogativo relativo alla natura del concordato, ma la novella legislativa non ha rinunciato a potenziare il potere giudiziale in merito, riaprendo la diatriba. Si era infine optato per la natura composita, a fasi, del concordato preventivo, riconoscendogli due anime, una privatistica ed un'altra pubblicistica (ex multis, si richiamano Lo Cascio G., *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica*, in *Fallimento*, 2008, II, p. 991 ss.; Lo Cascio G., *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, ivi, 2009, III, p. 1129 ss.; Lo Cascio G., *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali*, in *Fallimento*, 2013, I, p. 525 ss.).

[14] Si veda, infatti, Lo Cascio G., *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, 2017, pp. 104-105.

[15] Un primo orientamento, riconoscendo al concordato preventivo la natura di fattispecie diretta alla tutela di interessi esclusivamente privatistici, assegnava al Tribunale poteri di controllo della sola legittimità formale in relazione alla regolarità e completezza della documentazione allegata dalla parte proponente e alla correttezza della procedura. Sostiene in particolare tale lettura riduttiva dei poteri interdittivi del Tribunale Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, in *Foro It.*, 2011, 9, I, p. 2308 ss., secondo la quale "il giudice si deve limitare al riscontro di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione – inquadrabile nel tipo effettivo richiesto dal legislatore, dunque, aggiornata e con la motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti – possa corrispondere alla funzione, che le è propria, di fornire elementi di valutazione per i creditori, dovendo il giudice astenersi da un'indagine di merito", il quale non avrebbe potuto neppure

giovarsi degli elementi risultanti dalle indagini svolte dal commissario giudiziale, in quanto “l’apporto conoscitivo e valutativo del commissario giudiziale non è destinato al giudice, ma alla platea dei creditori che possono così comparare la proposta e le valutazioni dell’esperto attestatore con la relazione redatta da un organo investito di una pubblica funzione”. La dottrina maggioritaria riconosceva un sindacato giudiziale di merito solo in ordine al rispetto di corretta suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei (Fabiani M., Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità, in *Il Fallimento*, 2011, p. 172 ss.; Ambrosini S., Il sindacato sulla fattibilità del piano concordatario e la nozione evolutiva degli atti in frode nella sentenza 15 giugno 2011 della Cassazione, in *Dottrina ed opinioni*, 2012, p. 1 ss.; Guglielmucci L., *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, p. 321 ss.; Buonauro C., Concordato preventivo, in *Enc. dir. annali*, II, 2, Milano, 2008, passim; Bonfatti P., Censoni S., La riforma della disciplina dell’azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, Padova, 2006, passim; Zanichelli V., *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, passim).

L’opposta tesi filo-pubblicistica, propugnata da varie pronunce di merito (ex multis, Corte App. Bologna 30 giugno 2006, in *Il Fallimento*, 2007, 4, p. 471 ss.; Trib. Salerno 3 giugno 2005, *ivi*, 11, 2005, p. 1297 ss.; Trib. Sulmona 6 giugno 2005, *ivi*, 7, 2005, p. 793 ss.; Trib. La Spezia 4 agosto 2005, in *Giur. mer.*, 2006, p. 683 ss.; Trib. Firenze 23 novembre 2005, in *Foro tosc.*, 1, 2006, p. 59 ss.; Trib. Bologna 17 novembre 2005, in *Giur. merito*, 2006, p. 658 ss.; Trib. Monza 28 settembre 2005, in *Il Fallimento*, 2005, p. 1406 ss.; in dottrina, si vedano le riflessioni di Bozza G., Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo, *cit.*, p. 182 ss.; Amatore R., Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo, in *Dir. fall.*, 2012, I, p. 104 ss.), riteneva invece che il Tribunale avesse comunque mantenuto poteri di valutazione “sostanziale”, potendo sindacare, al momento dell’ammissione alla procedura e in sede di omologazione, sia la serietà, la completezza e la complessiva attendibilità della relazione del professionista sia la concreta fattibilità del merito del piano concordatario.

[16] Si veda Ciervo G., Ancora sul giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo, in *Giur. comm.*, 2015, II, p. 59 ss.

[17] Si veda, sul punto, Cass. 31 gennaio 2014, n. 2130, in *Il Fallimento*, 2014, p. 765 ss., secondo la quale “al tribunale non è consentito di valutare la regolarità e l’attendibilità delle scritture contabili; il Tribunale può, tuttavia, sindacare la veridicità dei dati aziendali esposti nei documenti allegati al ricorso sotto il profilo della loro effettiva consistenza materiale e giuridica, restando però precluso ogni sindacato sulla stima del valore degli elementi patrimoniali, salvo che in caso di incongruenza o illogicità della motivazione”.

[18] Si vedano in proposito le Sezioni Unite di cui alla Cass. 23 gennaio 2013, n. 1521, già citata. Per l’analisi della giurisprudenza successiva si veda l’articolata disamina di Vella P., *L’affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le Sezioni Unite sulla “causa concreta” del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica*, in *Il Fallimento*, 2015, pp. 438-447; Vettori G., *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. e impr.*, 2013, pp. 1203-1214. Sul ruolo dei creditori nel concordato preventivo, si veda Cass. 23 giugno 2011, nn. 13817 e 13818, in *Dir. fall.*, II, 2011, p. 615 ss., con commento di 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*. Sullo stato della giurisprudenza anteriore alla pronuncia delle Sezioni Unite si vedano le lucide osservazioni di Bersani G., *Fisiologia e patologia del giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, in *IlCaso.it*.

[19] Si veda, ex multis, Cass. 13 marzo 2015, n. 5107, in *IlCaso.it*.

[20] Si vedano a tal proposito Ambrosini S., *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da Vassalli F., Luiso F. P., Gabrielli E., IV, Torino, 2014, p. 235 ss.; Censoni P. F., *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio A., Sassani B. N., IV, Milano, 2016, p. 291 ss.; Pirisi F., *L’omologazione del concordato preventivo*, in *Crisi d’impresa e procedure concorsuali*, diretto da Cagnasso O. e Panzani L., III, Torino, 2016, p. 3698 ss.

[21] Così, ancora Cass. 23 gennaio 2013, n. 1521, in *IlCaso.it*, I, p. 8401 ss. Si vedano in proposito le lucide osservazioni di Bersani G., *La valutazione di fattibilità giuridica del concordato preventivo nell’interpretazione giurisprudenziale con particolare riferimento alla verifica del contenuto dell’attestazione del*

professionista ex art. 161 l. fall., in *IlCaso.it*, II, 2014.

[22] Il corretto intendere è presupposto per un volere razionale. In tal senso si veda, ex multis, Grundmann S., *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, p. 257 ss. In proposito si veda anche Cass. 17 ottobre 2014, n. 22054, in *Il Fallimento*, 2015, p. 435 ss., con nota di Vella P.

[23] Si veda da ultimo Cass. 3 luglio 2017, n. 16327, in *UniJuris.it*, la cui fattispecie vedeva il Tribunale non omologare il concordato, ritenendo inidoneo il piano per divergenza della stima dei beni da parte del commissario rispetto a quella, originaria, del debitore, dopo che i creditori avevano approvato la proposta concordataria; Cass. 20 dicembre 2016, n. 26332, in *IlFallimentarista.it*; Cass. 23 novembre 2016, n. 23882, in *Mass. Giust. civ.*, 2017; Cass. 12 agosto 2016, n. 12079, in *IlFallimentarista.it*; Cass. 4 maggio 2016, n. 8804, in *Guida dir.*, 2016, 38, p. 69 ss.; Cass. 4 maggio 2016, n. 8799, in *Guida dir.*, 2016, 38, p. 69 ss.; Cass. 5 febbraio 2016, n. 2320, in *Guida dir.*, 2016, 16, p. 85 ss.; Cass. 23 maggio 2014, n. 11497, in *IlCaso.it*; Cass. 6 novembre 2013, n. 24970, in *Giur. comm.*, 2015, p. 53 ss. Per una panoramica sulla giurisprudenza di merito si rinvia all'interessante analisi di Trentini C., *Il controllo del tribunale sulla fattibilità economica del concordato: un "ritorno" legittimo?*, in *Il Fallimento*, 2017, p. 1222 ss. Questa ha invero ribadito che la c.d. fattibilità giuridica deve essere intesa come congruenza tra i singoli momenti attuativi del piano e le norme imperative vigenti, la cui mancanza va rilevata ex officio dal giudice, in quanto rende impossibile l'esecuzione della proposta concordataria.

[24] In tal senso si veda Lamanna F., *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità del concordato preventivo: "così è se vi pare"*, in *IlFallimentarista.it*, 26 febbraio 2013, p. 7.

[25] Secondo una formula ricorrente, da ultimo ribadita da Cass. 6 ottobre 2017, n. 23437, in *De Jure*. In proposito si veda altresì Patti A., *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, op. cit., p. 46 ss.

[26] Si veda Lamanna F., *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità del concordato preventivo: "così è se vi pare"*, op. cit. Si veda altresì

Fabiani M., Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità, in *Il Fallimento*, 2011, p. 172 ss.

[27] In tal senso si vedano, ex multis, Cass. 29 gennaio 2015, n. 1726; Cass. 17 ottobre 2014, n. 22045; Cass. 4 luglio 2014, n. 15345, Cass. 30 aprile 2014, n. 9541, tutte in *IlCaso.it*. Sulla fattibilità giuridica come giudizio di conformità della domanda alle norme imperative dell'ordinamento si vedano le lucide osservazioni di Di Marzio F., *Fattibilità giuridica vs. fattibilità economica*, in *IlFallimentarista.it*, 13 gennaio 2014.

[28] Si vedano Nardecchia G. B., *La fattibilità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *IlCaso.it*, 28 gennaio 2013; Ravina C., voce "Fattibilità", in *IlFallimentarista.it*, 11 gennaio 2017; Galletti D., *I molteplici equivoci di una formula giuridica ambigua e, forse, inutile: la fattibilità economica e giuridica*, in *IlFallimentarista.it*, 14 gennaio 2016; e ancora Lamanna F., *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità del concordato preventivo: "così è se vi pare"*, op. cit.

[29] Così, richiamando una formula consolidata, recentemente Cass. 17 gennaio 2017, n. 921. Giova rammentare in proposito Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Corr. giur.*, 2006, p. 1718 ss., con nota di Rolfi F., la quale considera, infatti, la causa "funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga al fine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale". Seguendo tale orientamento bisogna, dunque, individuare in casibus la presenza o meno della causa negoziale, con la conseguenza di giungere potenzialmente a ritenere nulli per illiceità della causa anche modelli contrattuali tipici.

[30] In proposito, si veda Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *Corr. giur.*, 2012, p. 39 ss., con nota di Salvato L., *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del tribunale nel concordato preventivo*.

[31] Si veda in proposito la lucida riflessione di Fabiani M., *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il Fallimento*, 2011, p. 172: "se la proposta è diretta ai creditori,

dovremmo necessariamente ritenere che la proposta debba avere ad oggetto la regolazione della crisi e questa regolazione non può non tradursi anche nella stessa regolazione dei crediti (...)” e che “il ricorso al concordato preventivo presuppone necessariamente la crisi dell’impresa e la volontà del debitore di affrontarla facendo sponda sulla ristrutturazione del debito; se manca questo, giungeremmo ad un uso strumentale del concordato preventivo”. Ecco, allora, che “quando la proposta ha per oggetto la cessione dei beni non quale strumento di conseguimento delle risorse da destinare ai creditori ma quale oggetto diretto della proposta che altro non è che la volontà di trasferire ai creditori la proprietà dei beni, si avverte che sarà impossibile l’oggetto del contratto se viene promesso un bene incommerciabile. In questo caso, sì, può essere sollevata dal giudice la nullità dell’accordo per il semplice fatto che il bene è oggetto della proposta”. Ma, in ogni altro caso, “non si potrà discutere di impossibilità dell’oggetto (causa genetica di malfunzionamento del negozio) ma, se mai, di inadempimento (causa funzionale di malfunzionamento del negozio)”.

[32] Si veda Cass. 6 marzo 2015, n. 4628, in *Giur. it.*, 2015, p. 1064 ss., con nota di Di Majo A.

[33] In proposito, illuminata dottrina parla di “causa in concreto predeterminata dal legislatore” (così, Spiotta M., *Il tramonto della distinzione tra fattibilità giuridica ed economica: un adeguamento anticipato alla prossima riforma?*, in *Giur. it.*, 2017, p. 1121 ss.).

[34] Sul contenuto del contratto quale insieme di “tutte le determinazioni poste in essere dalle parti per regolare i propri interessi”, si vedano le riflessioni di Cataudella A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, pp. 18 e 181; Gabrielli E., *Il contenuto e l’oggetto*, in *Tratt. contr.*, diretto da Rescigno P., Milano, 2015, p. 39 ss.

[35] Si vedano in proposito le lucide analisi di Balestra L., *Brevi riflessioni sulla fattibilità del piano concordatario: sulla pertinenza del richiamo da parte delle sezioni unite alla causa in concreto*, in *Corr. giur.*, 2013, p. 383 ss., nonché, più recentemente, di Casa F., *Le (impercettibili) correzioni della Corte di cassazione in tema di causa del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2016, p. 947 ss.

[36] Si vedano in proposito le osservazioni di Jorio A., *La parabola del concordato*

preventivo: dieci anni di riforme e controriforme, in *Giur. comm.*, 2016, I, p. 15 ss.; Bozza G., Il ritorno del giudice sulla scena del concordato e il tramonto di una Stella polare; ovvero una indagine sulla attualità dell'insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione n. 1521 del 2013, in *IlCaso.it*, 28 febbraio 2017.

[37] Tale previsione, oltre a rappresentare una significativa eccezione al principio di atipicità dei contenuti del piano e della proposta, ha predeterminato il livello minimo richiesto alla proposta concordataria affinché sia ritenuta idonea a superare la crisi, specificando così in astratto quello che dovrebbe essere un essenziale profilo della causa concreta, con un palese "cortocircuito" tra il formante giurisprudenziale e quello legislativo. Tale novella, unitamente all'ex-art. 161 l. fall., secondo cui la proposta "deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore", contribuisce inevitabilmente a ridurre sempre più la distinzione fra fattibilità giuridica e fattibilità economica. Invero, il tema del valore effettivo dei beni ceduti alla massa dei creditori inerisce certamente il profilo della fattibilità economica, tuttavia, qualora il commissario giudiziale reputi che tale valore sia insufficiente ad assicurare il pagamento del venti per cento dei chirografari, integrando ciò una condizione di ammissibilità della proposta, incide direttamente sulla fattibilità giuridica del concordato: pertanto, rientra nella sfera di cognizione tipica del Tribunale, il quale sarà tenuto a verificare che gli accertamenti degli organi della procedura non si prestino a rilievi d'inesattezza o incoerenza (Fabiani M., I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva", in *Il Fallimento*, 2016, p. 584 ss.; Staunovo-Polacco E., Il contenuto della proposta, il piano e la soppressione del "silenzio-assenso", in *Giur. it.*, 2017, p. 259 ss.).

[38] Si ricordi, infatti, che, nella legge delega all'origine del provvedimento legislativo n. 14 del 2019, all'art. 6, comma 1, lett. f) ("Delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza"), si prevede che il Governo, nel delineare la disciplina dell'istituto del concordato preventivo, "determini i poteri del Tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo poteri di verifica in ordine anche economica dello stesso, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale". Si veda sul tema Cavallaro M., *La legge delega di riforma della Crisi d'Impresa*, Milano, 2018, p. 30 ss.

[39] Si consulti a tale proposito Pezzoli G., Rasile F., Il nuovo concordato preventivo nello schema di decreto delegato, in *IFallimentarista.it*, 13 febbraio 2018.

[40] In questo caso si veda Amatore R., Poteri di controllo del tribunale e giudizio di fattibilità economica del piano, in *IFallimentarista.it*, 19 dicembre 2017.

[41] Si veda Lamanna F., La riforma concorsuale in progress: dalla legge delega alla sua (rapida) attuazione, *IFallimentarista.it*, 23 ottobre 2017. Ciò comporta, necessariamente un ruolo più esteso del Tribunale, che, senza rivolgere le sue verifiche alla valutazione di convenienza, riservata ai creditori, deve consegnare a questi ultimi una proposta concordataria il cui piano esdebitatorio sia concretamente realizzabile (Amatore R., Poteri di controllo del tribunale e giudizio di fattibilità economica del piano, p. 11). D'altronde, negare al Tribunale la verifica della fattibilità dei presupposti economici del piano e consentirgli, nel contempo, quella di convenienza, in caso di opposizione dei creditori all'omologazione del concordato, ex art. 180, comma 4, l. fall., comporterebbe una peculiare e non accettabile disarmonia della disciplina dei poteri e delle verifiche spettabili all'autorità giudiziaria.

[42] Come, peraltro, auspicava molteplice dottrina (Spiotta M., Fattibilità giuridica versus fattibilità economica. Il tramonto della distinzione tra fattibilità giuridica ed economica: un adeguamento anticipato alla prossima riforma?, in *Giur. It.*, 2017, p. 1122).

[43] Si fa qui riferimento all'analisi operata da Banca d'Italia Eurosystema, in *Questioni di economia e finanza, Strumenti negoziali per la soluzione della crisi d'impresa: il concordato preventivo*, di Danovi A., Giacomelli S., Riva P., Rodano G., Roma, Editoria e stampa della Banca d'Italia, 2018, n. 430, p. 10 ss., in cui si sottolinea come, tra le varie procedure concorsuali, vi sia assoluta prevalenza del procedimento fallimentare, mentre concordato preventivo e accordi di ristrutturazione, nonché i piani di risanamento, sono assai meno utilizzati. Tra concordati e fallimenti, in particolare, il rapporto si mantiene costante su 1 a 7 per i secondi, con un brusco abbassamento dell'utilizzo del primo a partire dal 2015, anno della riforma che introdusse le soglie di convenienza. Altro punto interessante è dato dalle caratteristiche delle imprese entrate in procedura, basate su indicatori di bilancio: questi ultimi suggeriscono che le imprese che hanno

avuto accesso a un concordato preventivo sono più grandi di circa 6 volte in media, in termini di attivo, delle imprese fallite, ma sono più piccole, di 4 volte circa, delle imprese che hanno, invece, proposto accordi di ristrutturazione. La liquidazione, inoltre, è la finalità largamente prevalente nell'uso del concordato preventivo (il 69 per cento dei concordati ha natura liquidatoria). L'obiettivo della continuità dell'attività d'impresa è perseguito nella restante quota di casi, sebbene la continuità diretta – con proseguimento dell'attività in capo allo stesso soggetto che ha avviato la procedura – rappresenti solo il 9 per cento dei casi, mentre la continuità indiretta – con proseguimento dell'attività in capo a un soggetto terzo – ricorre nel 21 per cento dei casi. Confrontando la ripartizione prima e dopo il 2012, si nota un incremento di circa 7 punti percentuali della quota di concordati in continuità, ascrivibile per la gran parte all'incremento dei concordati in continuità diretta. Come prevedibile, le imprese che accedono a un concordato con l'obiettivo di proseguire l'attività si caratterizzano, rispetto alle altre, per la maggiore dimensione (attivo) e per condizioni economico-finanziarie relativamente migliori (redditività, grado di indebitamento). Infine, i tassi di recupero proposti ai creditori chirografari sono pari al 29 per cento in media per i concordati liquidatori, al 36 per cento per i concordati in continuità diretta, al 24 per cento per i concordati in continuità indiretta (non si registrano scostamenti rilevanti tra le diverse categorie di debitori). Per un interessante approfondimento si faccia riferimento a Vietti M., Concordato preventivo: chi decide della fattibilità?, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, III-IV, 2018, p. 678 ss.

[44] Ciò spiega, ad esempio, perché le imprese ammesse a concordato preventivo siano risultate per lo più in condizione di ormai irreversibile decozione (si veda Banca d'Italia Eurosystem, in *Questioni di economia e finanza*, Strumenti negoziali per la soluzione della crisi d'impresa: il concordato preventivo, di Danovi A., Giacomelli S., Riva P., Rodano G., Roma, Editoria e stampa della Banca d'Italia, 2018, n. 430, pp. 13-15). Tra le imprese in concordato, la quota di imprese classificate come "rischiose" due anni prima dell'apertura era pari al 63,3 per cento, mentre il 30,3 per cento era classificata "vulnerabile" e solo il 6,4 erano classificate come "sicure". La rischiosità delle imprese fallite è comprensibilmente maggiore: quasi l'80 per cento erano classificate come "rischiose" due anni prima della dichiarazione di fallimento. Nel complesso, i dati di bilancio e quelli relativi ai rapporti di credito con il sistema bancario indicano una selezione dello strumento concorsuale in funzione del livello di gravità della crisi e del grado di coinvolgimento delle banche.

[45] Una controprova è l'aumento dei poteri in capo al curatore fallimentare, ma per un'analisi più approfondita si faccia riferimento a Vietti M., Concordato preventivo: chi decide della fattibilità?, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, III-IV, 2018, p. 687.

[46] È conclamata, e non c'è stato nemmeno bisogno di approfondirla, la volontà di incoraggiare soltanto i concordati con continuità aziendale. I concordati liquidatori sono visti, infatti, con sfavore, giacché potranno essere ammessi solo quando è rispettata una soglia di soddisfacimento dei chirografari del 20 per cento e vi sia un apprezzabile apporto di risorse nuove (che, secondo, il testo del Codice della Crisi e dell'Insolvenza, dovrà corrispondere ad un incremento di soddisfacimento del 10 per cento).

[47] Si rimanda qui alla accurata interpretazione di Apice U., *Il codice della Crisi e dell'Insolvenza: ovvero prove tecniche di requiem*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, III-IV, 2018, pp. 664-665.

[48] E, dunque, di recente rispetto alla normativa previgente del 1942. Si veda Terranova G., *Diritti soggettivi senza sovranità (a proposito di bail-in, cram-down e altro)*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, III-IV, 2018, p. 520 ss., in cui si tratta in modo approfondito del rapporto tra concordati e autonomia privata.

[49] Si veda l'attenta analisi di Terranova G., *Diritti soggettivi senza sovranità (a proposito di bail-in, cram-down e altro)*, op. cit., pp. 512 e 528-530.