

Pier Francesco Zari - 2019-07-15

## Il d.lgs. n. 14/2019, il nuovo ruolo dell'attestatore e i suoi risvolti in ambito di fattibilità del piano

Sommario: 1. [Il diritto negoziale della crisi d'impresa](#) – 1.1. [Il ruolo del concordato preventivo fino ad oggi](#) – 2. [Le fasi del filtro giudiziale: omologazione e ammissione](#) – 2.1. [Il ruolo del Tribunale](#) – 2.2. [Il ruolo dell'attestazione del professionista e la fattibilità del piano](#)

### 1. Il diritto negoziale della crisi dell'impresa

L'evoluzione normativa intervenuta negli ultimi anni ha cambiato gradualmente l'approccio verso il concetto di crisi d'impresa. Con le ultime riforme sono stati introdotti nel nostro ordinamento[1] strumenti prevalentemente negoziali per consentire all'imprenditore di disporre di un buon numero di alternative per affrontare una situazione economica sfavorevole e presidiare maggiormente i creditori sociali. Si è evidenziata la necessità sia di tutelare adeguatamente le ragioni creditorie, sia di contemperare le istanze debitorie, in un'ottica di bilanciamento delle situazioni giuridiche soggettive in capo agli estremi opposti del rapporto sinallagmatico. Prova tangibile nell'apparato normativo italiano di tale necessità, infatti, sono gli elementi di protezione del debitore inadempiente (che eserciti attività di impresa e si trovi in uno stato di crisi economica, in qualsiasi apparizione questa si manifesti) e di corrispettiva e coattiva repressione degli interessi dei creditori[2].

Le procedure concorsuali costituiscono il nucleo di questo tipo di tutela e sono preposte ad isolare le istanze, debitorie e creditorie, nonché a risolvere lo stato di crisi. È proprio intorno al concetto di crisi[3] che ruotano i meccanismi di soluzione negoziale della situazione finanziaria, patrimoniale ed economica dell'impresa in difficoltà.

Questi ultimi sono messi a disposizione del debitore (e, invero, anche del creditore[4]), in virtù di un rinato coordinamento tra cardini privatistici, in special

modo l'art. 1322 c.c., fondamento del principio dell'autonomia delle parti, e le principali disposizioni giuscommercialistiche in materia<sup>[5]</sup>. Tali strumenti rappresentano il risultato dell'intenzione da parte del legislatore di affidare al libero mercato le vicende di un'impresa in crisi<sup>[6]</sup> e ci si domanda, perciò, il senso di una riforma che sembra andare nella direzione opposta, di giurisdizionalizzazione<sup>[7]</sup>.

## 1. 1. Il ruolo del concordato preventivo fino ad oggi

Tra gli strumenti preventivi di risanamento recentemente previsti dal legislatore vanno ricordati il piano attestato, gli accordi di ristrutturazione dei debiti, il concordato preventivo e la composizione della crisi da sovra-indebitamento. Il ricorso a tali strumenti, che si possono definire a tutti gli effetti di tipo privatistico<sup>[8]</sup>, è stato liberamente attribuito all'imprenditore, che ha così potuto assumere iniziative confacenti ai propri interessi. Trovandosi il piano attestato alla base di ogni strumento negoziale di risoluzione della crisi<sup>[9]</sup>, vi sono professionisti indipendenti che devono assistere e guidare l'imprenditore in difficoltà nell'operazione di ristrutturazione aziendale proprio con la loro attività di attestazione<sup>[10]</sup>. Certamente sussiste un controllo giudiziale, successivo tuttavia, destinato ad accertare la ragionevolezza del piano e l'applicabilità dell'esenzione dalle azioni revocatorie<sup>[11]</sup>, ma nessun serio filtro iniziale è posto alla presentazione del piano attestato.

Il nuovo concordato preventivo ha parzialmente conservato il precedente schema del 1942, pur differenziandosene notevolmente nelle premesse, nei contenuti e nelle finalità stesse. Il risultato complessivo non è stato soddisfacente giacché, da un lato, non si è data vita ad uno strumento moderno, operativo e valido per preservare l'impresa in crisi da una disgregazione dei suoi valori aziendali e, dall'altro, non si è neppure realizzata un'effettiva tutela degli interessi dei creditori coinvolti. Si è fatto ricorso ad istituti giuridici di altri Paesi, senza considerare la nostra tradizione storica, e, soprattutto, non si è valutato il tipo di formazione culturale che deve precedere simili innovazioni normative<sup>[12]</sup>. L'inserimento di modifiche legislative intervenute in un precedente sistema di diritto, vecchio di tanti anni e superato dalle moderne tendenze ad un'accentuazione del carattere negoziale della ricomposizione del dissesto, ha creato numerose disarmonie nel contesto di una complessiva riforma delle procedure anticipatorie del dissesto

dell'impresa.

La nuova procedura, risultante dal decreto legge n. 169 del 12 settembre 2007<sup>[13]</sup>, era stata costruita all'insegna di una rapida sistemazione delle crisi imprenditoriali, da cui doveva scaturire, almeno in base all'intenzione del legislatore, una maggiore competitività nel mercato produttivo; erano stati cancellati i riferimenti a valori morali e comportamenti correttamente seguiti nell'esercizio della pregressa attività d'impresa, attribuendo potere di iniziativa anche ad imprenditori di poco scrupolo. Al presupposto oggettivo dello stato di insolvenza, previsto per il concordato preventivo del 1942 ed attualmente per altre procedure concorsuali, si era sostituito lo stato di crisi (anche se in un primo tempo non se ne era fornita chiara definizione), essendo intervenuto poi il legislatore con un provvedimento normativo di interpretazione autentica<sup>[14]</sup>.

In una visione di più ampio respiro, si può notare come il legislatore volesse affidare sempre più al Tribunale non solo le sorti di un'impresa, ma l'intero assetto di interessi tra creditori e debitore in crisi. Il concordato preventivo era divenuto, perciò, uno strumento neutro, scevro da residui di soggettività nella valutazione sul debitore, e risultava capace di garantire l'esdebitazione all'imprenditore commerciale sulla base di un accordo omologato col ceto creditorio. Il concordato preventivo è, infatti, a differenza delle altre soluzioni concordate della crisi di impresa, quella più soggetta al controllo del Tribunale, e, conseguentemente, una delle più stabili, dato il peso del suggello giudiziale<sup>[15]</sup>. Si era applaudito, inoltre, all'intento legislativo di favorire attraverso l'introduzione di istituti di nuovo conio, ovvero la trasformazione di quelli già esistenti, un diritto concorsuale "contrattualizzato", o "privatizzato"<sup>[16]</sup>. Tali cambiamenti riverberano soprattutto sul ruolo che il Tribunale è chiamato a ricoprire all'interno delle procedure negoziali di risoluzione della crisi d'impresa all'interno del nuovo articolato di riforma, potendosi individuare gli elementi di novità e di continuità rispetto alla previgente disciplina.

[Approfondisci con: "Le vendite competitive nel fallimento"](#)

## 2. Le fasi di filtro giudiziale: omologazione e ammissione

La presenza pubblica nel procedimento concordatario si sostanzia nel ruolo cui è

preposto il Tribunale per legge, affiorando concretamente nelle fasi di ammissione ed omologazione del concordato preventivo. Per quanto riguarda l'ammissione, essa ha generalmente inizio con la formale istanza del debitore ex art. 37, comma 1, d.lgs. n. 14 del 2019[17]. Non è richiesta la sussistenza di presupposti soggettivi in ordine alla condotta morale e giuridica del debitore, ma si esige soltanto la verifica della consistenza patrimoniale in modo da verificare se, sulla base del piano predisposto dal debitore, emergano dati certi sulla sua realizzabilità e sulla possibilità di superare lo stato di crisi denunciato[18]. Dal disposto dell'art. 47, comma 1, d.lgs. n. 14 del 2019, infine, si può desumere che il tribunale nella fase di ammissione deve istruire la domanda sotto un duplice profilo: uno relativo ad aspetti di pura legittimità formale della domanda, l'altro attinente al merito vero e proprio[19].

In fase di omologazione, il ruolo del Tribunale è ratificare l'addivenuto accordo tra debitore e creditori, tranne per il raro caso di cui all'art. 112, d.lgs. n. 14 del 2019, relativo al cram-down. Se il concordato è approvato in sede di voto dei creditori, infatti, il giudice delegato ne riferisce al Tribunale, che fissa l'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, e dispone gli ulteriori adempimenti prescritti dalla legge, ex art. 48, comma 1, d.lgs. n. 14 del 2019. Il commissario giudiziale deve depositare il proprio motivato parere almeno cinque giorni prima dell'udienza, ai sensi dell'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 14 del 2019. Se non sono presentate opposizioni, il Tribunale, verificata la regolarità della procedura, l'esito della votazione, l'ammissibilità giuridica della proposta e la fattibilità economica del piano, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame ex art. 48, comma 3, I periodo, d.lgs. n. 14 del 2019[20]. Nel caso in cui, invece, siano proposte opposizioni, il Tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio (art. 48, comma 3, II periodo, d.lgs. n. 14 del 2019)[21]. Il Tribunale, a tal punto, provvede con decreto motivato comunicato al debitore e al commissario giudiziale, e quest'ultimo organo ne informa i creditori.

In entrambe le fasi è presente un momento valutativo giudiziale sulla fattibilità economica della proposta: esso investe sia la genesi, sia il definitivo assestamento dell'accordo concordatario. Si dovrà, allora, esaminare tale concetto per comprendere il tipo di controllo svolto in virtù della disciplina del nuovo Codice della Crisi e dell'Insolvenza.

## 2.1. Il ruolo del Tribunale

In base agli assunti previamente individuati, si dovrà, dunque, capire quale sia il ruolo del Tribunale nel procedimento di concordato preventivo. Sia nella fase di ammissione, sia in quella di omologa, il compito del giudice si modella su più livelli e bisogna chiedersi quale sia effettivamente il tipo di intervento operato nel procedimento concordatario[22]. Quanto, specificamente, al contenuto del controllo, deve darsi atto che, prima del recente intervento delle Sezioni Unite[23], era dato riscontrare interpretazioni divergenti. Infatti, ad una tesi propensa ad attribuire al giudice un mero controllo di legalità, si contrapponeva una lettura favorevole ad un sindacato più ampio, esteso al controllo della legittimità e della coerenza dei criteri adottati dal professionista; la tesi più estensiva, poi, era volta a consentire un esame in ordine al merito stesso del piano concordatario[24]. Nel contesto emerso a seguito della pronuncia n. 1521 del 2013 delle Sezioni Unite, il controllo sulla convenienza della proposta è demandato in via esclusiva ai creditori. Allo stesso tempo, esso si poneva anche in ragione della necessità di una puntuale informazione dei creditori e del ruolo di garanzia ricoperto dal Tribunale. La Cassazione affermava, infatti, 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”[25]. Di conseguenza, al giudice veniva attribuito il sindacato “in ordine al requisito di fattibilità giuridica del concordato”, che “deve essere esercitato 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”[26].

È chiaro che, muovendo la prospettiva ermeneutica giudiziale da mero controllo giuridico a verifica sostanzialmente economica, come il legislatore ha fatto, si modifica automaticamente il ruolo stesso del giudice, si amplia la portata dei criteri di valutazione di ammissibilità/omologabilità, ma, soprattutto, si va a selezionare un interesse giuridicamente prevalente, il cui presidio è affidato proprio al Tribunale fallimentare. È rintracciabile, dunque, una volontà di riespandere i poteri di sindacato giudiziale fino alla valutazione dell’anima negoziale del concordato. Il controllo che si articolerà sarà di primo grado, direttamente, cioè, rivolto alla proposta e al piano (e, di conseguenza, non indirizzato alla coerenza e attendibilità interna della relazione). È plausibile,

inoltre, che la fattibilità, intesa in senso economico, sia spia della vera preoccupazione del legislatore delegante ed attuante, che era quella di eliminare i contrasti interpretativi e di identificare nel Tribunale il soggetto che potesse dire la parola significativa e definitiva sulla fattibilità del piano. Si nota con evidenza, inoltre, che la scelta di individuare un interesse pubblico nel procedimento concordatario porti a comprimere necessariamente altre sfere giuridiche soggettive contigue.

## 2.2. Il ruolo dell'attestazione del professionista e la fattibilità del piano

Sia in fase di ammissione, sia in fase di omologa (in maniera minore), il giudice è tenuto a considerare la fattibilità economica del piano alla base del concordato preventivo. Esso deve essere previamente asseverato nei suoi elementi tecnici da un professionista indipendente, che "attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano", ex art. 87, comma 2, d.lgs. n. 14 del 2019, rubricato come "Piano di concordato". Dall'art. 48, comma 3, del decreto legislativo medesimo, si nota che il Tribunale deve "verificare la regolarità della procedura, l'esito della votazione, l'ammissibilità giuridica della proposta e la fattibilità economica del piano, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale". Il concetto di fattibilità, ora espresso chiaramente in una prospettiva economica, ha costituito fonte di aspri contrasti per lunghissimo tempo, sia in dottrina, sia in giurisprudenza[\[27\]](#).

Si tratta, per un altro verso, a tutti gli effetti di un momento fondamentale per la riuscita o meno del procedimento di concordato preventivo, e più in generale dell'intera vicenda di un'impresa in crisi. È apprezzabile *ictu oculi*, allora, l'importanza del ruolo del giudice e dei passaggi logici che guidano il suo ragionamento nelle vicissitudini concordatarie: da lui dipendono le sorti di un'impresa, almeno formalmente, in crisi, l'eventuale passaggio dalla procedura di concordato preventivo a quella di liquidazione giudiziale, la stabilità dello stesso complesso produttivo sul mercato ed il mantenimento di determinati (ed eventuali) posti di lavoro. Ma su quali basi il giudice potrà sindacare la fattibilità economica del piano concordatario? A questa domanda, in parte, si è già risposto quando si parlava dell'intervento del professionista attentatore del piano concordatario.

Difatti, quando il debitore propone domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo, è tenuto a depositare, oltre alla documentazione elencata negli artt. 44, comma 1, lett. c), e 39, commi 1 e 2, d.lgs. n. 14 del 2019, un “piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta”, il quale, a norma dell’art. 87, comma 1, del d.lgs. n. 14 del 2019, “deve indicare a) le cause della crisi; b) la definizione delle strategie d’intervento e, in caso di concordato in continuità, i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; c) gli apporti di finanza nuova, se previsti; d) le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili, con indicazione di quelle eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e delle prospettive di recupero; e) i tempi delle attività da compiersi, nonché le iniziative da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi pianificati e quelli raggiunti; f) in caso di continuità aziendale, le ragioni per le quali questa è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori; g) ove sia prevista la prosecuzione dell’attività d’impresa in forma diretta, un’analitica individuazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura.”.

Tale piano, a norma del comma 2 del medesimo articolo, deve essere correlato, inoltre, da “una relazione di un professionista indipendente, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano (...)”. Il deposito di tale documento costituisce a tutti gli effetti una condizione di ammissibilità della domanda di concordato e, di conseguenza, nel caso in cui esso manchi ovvero sia stato sottoscritto da un soggetto non in possesso dei requisiti, il ricorso va dichiarato inammissibile[28]. La funzione precipua[29] della relazione è consentire al Tribunale[30], in sede di ammissione, e ai creditori, in sede di votazione, di sapere, in primis, se i dati aziendali siano corretti[31], in secundis, se il piano concordatario sia effettivamente realizzabile[32]. La relazione deve, infatti, esprimere un giudizio sulla fattibilità del piano concordatario, verificando se esso sia attuabile e consenta al debitore di adempiere alle obbligazioni dedotte nella proposta, secondo un giudizio prognostico basato su riscontri oggettivi e non ipotetici[33]. Bisogna, a tal proposito, ricordare che il giudice ha la piena facoltà di discostarsene qualora lo ritenga necessario, dichiarando conseguentemente la domanda di concordato inammissibile.

Dopo l’emanazione del d.lgs. n. 169 del 2007, la questione dell’ambito del sindacato giudiziale sulla relazione del professionista si era incentrata

principalmente sull'interpretazione dell'art. 163, comma 1, l. fall., che subordinava l'ammissione alla procedura di concordato preventivo ad una verifica riguardante la "completezza e la regolarità della documentazione". Secondo la dottrina maggioritaria, quindi, il controllo giudiziale doveva ritenersi circoscritto esclusivamente alla verifica estrinseca della completezza e della regolarità formale del piano e della documentazione di cui all'art. 161, tra le quali troviamo la relazione del professionista: ciò in quanto l'art. 163, nella sua formulazione originaria, sembrava limitare i poteri di controllo del giudice ad una mera "attestazione notarile" relativa alla verifica della presenza della documentazione prescritta dalla legge[34].

Secondo la giurisprudenza e la dottrina prevalenti, tuttavia, nel contesto normativo successivo alla legge delega n. 155 del 2017 (all'interno della cui Commissione, incaricata della redazione dei decreti delegati, ci si era concentrati proprio sull'opportunità della sopravvivenza o meno della figura dell'attestatore nel concordato preventivo[35]), al fine di valutare l'ammissibilità della proposta concordataria e del piano, l'autorità giudiziaria poteva effettuare esclusivamente un controllo di legalità della relazione del professionista di cui all'art. 161, comma 3, l. fall., che certificasse la veridicità e l'attuabilità della proposta di concordato[36].

Più in particolare, secondo l'impostazione da ultimo richiamata, il potere di controllo effettuato dal giudice di merito sull'attestazione sarebbe consistito in un "giudizio sul giudizio", avente ad oggetto "non i fatti in via diretta, ma la rappresentazione e la valutazione di essi rispecchiata nella relazione"[37]. Sulla scorta del dato normativo risultante dalla riforma del 2007 (e, segnatamente, degli artt. 161, 163, 173 e 180 l. fall.), si era, infatti, ritenuto che il giudice di merito, pur non potendo valutare la convenienza o la dannosità della proposta di concordato (né per il debitore, né per i creditori)[38], essendo ogni valutazione in tal senso rimessa ai creditori aventi diritto di voto, dovesse innanzitutto verificare, sotto un profilo di legittimità, che la relazione possedesse i requisiti di idoneità allo scopo e fosse redatta da un professionista abilitato. L'orientamento da ultimo esposto aveva ricevuto anche convalida dalle Sezioni Unite con la sentenza n. 1521 del 2013, in cui si era, dunque, ritenuto che il giudice dovesse limitare la verifica al riscontro della corrispondenza del suo contenuto alla funzione, propria, di fornire elementi di valutazione per i creditori, essendo l'indagine sul merito della medesima attestazione riservata alla fase successiva e ai compiti di controllo del



commissario giudiziale, fatti in ogni caso salvi i poteri di cui era investito lo stesso Tribunale nella fase di omologazione, in presenza di opposizione[39].

Secondo i giudici di legittimità, infatti, in tema di concordato preventivo, nel regime conseguente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 169 del 2007, che si caratterizzava per una natura prevalentemente contrattuale, e dal decisivo rilievo della volontà dei creditori e del loro consenso informato, il controllo del Tribunale nella fase di ammissibilità della proposta, ai sensi degli artt. 162 e 163 l. fall., aveva per oggetto solo la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, senza che potesse essere svolta una valutazione relativa all'adeguatezza sotto il profilo del merito.

Ne conseguiva che, quanto all'attestazione del professionista circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, il giudice si dovesse limitare al rilievo di quegli elementi necessari a far sì che detta relazione – inquadrabile nel tipo effettivo richiesto dal legislatore, aggiornata e con la motivazione delle verifiche effettuate, della metodologia e dei criteri seguiti – potesse corrispondere alla funzione precipua: fornire elementi di valutazione per i creditori. Il giudice, dunque, si doveva astenere da un'indagine sulla fattibilità economica del piano, in quanto riservata, da un lato, allo stadio successivo ed ai compiti del commissario giudiziale e, dall'altro, ai poteri di cui era investito lo stesso Tribunale, in presenza di un'opposizione, nella fase dell'omologazione alle condizioni di cui all'art. 180 l. fall.[40]. Su tali presidi si arroccò la giurisprudenza fino alla decisiva svolta (preannunciata dalla legge delegante e dagli schemi di decreti attuativi) del febbraio del 2019[41].

Il legislatore, con il Codice della Crisi e dell'Insolvenza, invece, afferma la natura economica del controllo di fattibilità sul piano di concordato preventivo in vari articoli del dettato normativo. L'ultima riforma mira, infatti, all'effettivo risanamento dell'impresa in stato di crisi, alla semplificazione dell'iter procedimentale del concordato preventivo, all'abbattimento dei relativi costi, nonché a consentire al giudice di avere pieni poteri per sventare manovre dilatorie. È pur vero che nel d.lgs. 14 del 2019 non si fa menzione di differenze nel ruolo del professionista (e, in generale, la figura dell'attestatore è poco considerata), ma la volontà di mutare il quadro di riferimenti sull'aspetto riguardante i poteri di controllo di merito del piano non può che presupporre un ridimensionamento del ruolo dell'attestatore. Nel nuovo ordinamento, sia per i poteri che avrà il Tribunale

di sindacare l'utilità, sia nell'ottica di delineare una procedura meno lunga e costosa, una presenza indefettibile dell'attestatore risulta superflua, tanto che in sede di Commissione se ne era proposta la facoltatività[42]. Sembrava, infatti, che il legislatore delegato avesse due sole alternative: la soppressione dell'attestatore o la sua presenza nelle sole procedure oltre una determinata soglia[43]. La soluzione non sembra essere stata trovata in modo netto: non c'è stata la soppressione della figura del professionista, ma non c'è alcun dato positivo che risalti la sua imprescindibilità[44].

## Volume consigliato

### Note

[1] Così come in quello di molti altri ordinamenti moderni, si vedano a tal proposito le considerazioni di Bottai G., Il processo di disintermediazione giudiziaria continua, in *Fallimento*, 2011, p. 815 ss., che, prima di disquisire sul preteso aumento del quoziente negoziale nelle procedure concorsuali italiane, osserva come tale tendenza sia originaria dei paesi anglosassoni (Stati Uniti e Regno Unito) e dell'ambiente germanico (Germania e Austria), sensibili alle istanze di privatizzazione provenienti dalla società civile.

[2] Questi ultimi sono spesso costretti a subire dilazioni o remissioni, parziali o totali, dei loro crediti, all'interno di procedure appositamente predisposte alla cura della totalità delle loro pretese. Il percorso di riforma intrapreso dal legislatore italiano dal 2005 ha segnato, infatti, un superamento dell'approccio tradizionale al diritto concorsuale che, come è noto, sino a quel momento, era stato caratterizzato da una finalità di maggiore tutela dei creditori sociali (creditor oriented) piuttosto che ad una preservazione della continuità aziendale dei fattori produttivi (debtor oriented). Si veda Apice F., Mancinelli M., *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 17 ss.

[3] Per un'interessante analisi del concetto di insolvenza si faccia riferimento a Terranova G., *Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento*, in *Giur. Comm.*, 1996, I, p. 82 ss., il quale sottolinea l'importanza del giudizio prognostico sull'attività dell'impresa ai fini

dell'accertamento della sussistenza dello stato di insolvenza stesso. Del medesimo Autore si tenga, invece, conto di Stato di crisi e stato d'insolvenza, Torino, 2007, passim, che offre una lucida prospettiva anche sul concetto di crisi e del suo rapporto con l'insolvenza. Di questo si avrà modo di parlare più approfonditamente nel prossimo paragrafo.

[4] Tra le riforme più significative si ricorda quella del 2015, con cui legislatore ha modificato la fisionomia del concordato preventivo, introducendo, tra l'altro, le fattispecie delle proposte e delle offerte concorrenti. Esse rispondono alla duplice finalità, da un lato, di sottrarre alla piena ed esclusiva disponibilità del debitore – imprenditore in crisi la determinazione delle sorti dell'azienda e, dall'altro, di massimizzare la contendibilità dell'azienda, così da estrarne il massimo valore e assicurare la massima soddisfazione dei creditori. Come chiarito nella Relazione d'accompagnamento al decreto legge n. 83 del 2015, tra i principali obiettivi perseguiti dal legislatore riformatore c'era quello di scoraggiare la predisposizione, da parte del debitore, di piani di concordato preventivo idonei a frodare i creditori; più precisamente, si affermava che l'introduzione di tali nuove fattispecie era volta ad "(...) offrire ai creditori strumenti per impedire al debitore di presentare proposte che non rispecchino il reale valore dell'azienda (appropriandosi del surplus di ristrutturazione)". Per un approfondimento su tale tematica, che esula dagli scopi della presente trattazione, si vedano Tedeschi G. U., Proposte e offerte concorrenti di concordato preventivo, in *Dir. Fall.*, 2016, 6, p. 1389 ss.; Campione R., Molteni G., Proposte concorrenti di concordato, in *Il fallimentarista*, 2018; Della Tommasina L., Offerte concorrenti per l'acquisto di specifici beni e contratti preliminari pendenti nel concordato preventivo, in *Giur. Comm.*, III, 2017, p. 939 ss.

[5] Relativamente a tale rinnovato slancio di convergenze, si possono vedere Stanghellini L., *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia. Le procedure d'insolvenza*, Bologna, 2007, p. 36 ss.; Censoni P. F., *Autonomia negoziale e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di Macario F., Di Marzio F., Milano, 2010, p. 493 ss., nonché, *ibidem*, Vettori G., *Il contratto sulla crisi d'impresa*, p. 233 ss.

[6] Si veda sempre Censoni P. F., *Autonomia negoziale e controllo giudiziale nel concordato preventivo*, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di Macario F., Di Marzio F., Milano, 2010, pp. 502-503.

[7] Interessante è l'analisi operata proprio da Lo Cascio G., *Il concordato preventivo e le altre procedure*, Giuffrè Editore, 2017, p. 26 ss., che sottolinea come la legge delega n. 155 del 2017, fonte legislativa delegante del d.lgs. n. 14 del 2019, possa essere oggetto di notevoli critiche proprio per il suo disegno accentratore, noncurante delle esigenze alla base di alcuni istituti (in primis, il concordato preventivo), ma si contino anche Fabiani M., *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2016, p. 10 ss., nonché Jorio A., *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giur. Comm.*, 2016, I, p. 15 ss.

[8] Convincente la critica di Lo Cascio G., *Il concordato preventivo e le altre procedure*, 2017, Giuffrè Editore, p. 2 ss., che osserva correttamente come, nonostante non sia certo il credito il modo per risanare un'impresa in crisi, le recenti innovazioni legislative che hanno considerato i finanziamenti di terzi nello stato di crisi e le eccessive agevolazioni in favore di chi eroga i mezzi liquidi necessari per affrontare il piano di risanamento non siano condivisibili. Non convince, in particolar modo, l'atteggiamento ondivago del nomopoieta che, alle volte, ha svolto una politica di liberalizzazione degli strumenti preventivi e, con altri interventi, ha irrigidito il sistema, creando non poche dissonanze nel quadro complessivo della normativa, ma soprattutto incertezze e difficoltà interpretative della legge.

[9] È, difatti, condizione di ammissibilità necessaria per la richiesta del debitore il corredare la domanda di accesso alla procedura di composizione della crisi con un piano attestato da un professionista indipendente. Questo succede sia per il piano di risanamento, che per l'accordo di ristrutturazione, nonché, ovviamente, per il concordato preventivo. Si veda a tal proposito Campobasso G. F., *Diritto commerciale. Contratti, titoli di credito e procedure concorsuali*, vol. III, Wolters Kluers Italia, Milano, 2014, p. 337 ss.

[10] Il contenuto e la finalità dell'attestazione si riflettono poi sui requisiti professionali e di onorabilità che deve possedere il professionista chiamato a predisporla. L'ex-art. 161, comma 3, l. fall., prevede, infatti, che il professionista (Trib. Mantova, 17 ottobre 2013, in *IlCaso.it*, ha escluso che vi possano essere più attestazioni su profili diversi e a cura di due distinti soggetti, mentre si è condivisibilmente ritenuto che nulla osti a che l'intera attestazione possa essere sottoscritta da più professionisti) debba essere designato dal debitore (la

previsione secondo cui il professionista debba essere nominato dal debitore è stata introdotta dall'art. 33, comma 1, lett. b), n. 2, lett. a), d.l. n. 83/2012, conv., con modificazioni, dalla L. n. 134/2012, ponendo così fine al dibattito che si era sviluppato circa la titolarità del potere di nomina: secondo Trib. Bari, 14 agosto 2008, in *Fallimento*, 2009, p. 467 ss., infatti, tale potere sarebbe spettato al Tribunale, mentre, già in passato, Trib. Ravenna, 13 settembre 2011, in *IlCaso.it*, e Trib. Verona, 27 luglio 2011, *ibidem*, si erano pronunciate per la competenza esclusiva del debitore ad effettuare la designazione del professionista attentatore). Più in particolare, si deve trattare di un professionista, ovvero di uno studio professionale associato o di una società tra i soggetti aventi le qualifiche professionali indicate nel testo, scelto tra avvocati, dottori commercialisti, ragionieri e ragionieri commercialisti, iscritto nel registro dei revisori contabili, che assicuri al contempo garanzie di indipendenza, sia rispetto al debitore che rispetto ai creditori. Si vedrà, poi, secondo Lo Cascio G., *Il professionista attestatore*, in *Fallimento*, 2013, p. 1330 ss., che nonostante le prescrizioni normative, affiancando il professionista all'iniziativa dell'imprenditore, non si sarebbe ottenuta la necessaria indipendenza che sarebbe stata, invece, necessaria per garantire una maggiore attendibilità dell'indagine richiesta. Secondo l'Autore, infatti, si tratta di soggetti che non rivestono una particolare specializzazione, oppure che sono costretti a seguire le determinazioni del debitore, al quale sono sostanzialmente legati da un rapporto professionale che ne comporta altresì una remunerazione.

[11] Questo rimedio non è stato favorevolmente accolto dalla dottrina, giacché si è fatto notare che sarebbe stato meglio se il giudice intervenisse in un momento anteriore, vista l'opportunità di stabilire che i dati previsionali del piano siano attendibili alla luce della specifica esperienza acquisita nel settore. Si veda, a tal proposito, Maffei Alberti A., *Alcune osservazioni sulla crisi d'impresa e sulla continuazione dell'attività*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2014, p. 293 ss., in particolare p. 296.

[12] Si veda a tal proposito la lucida analisi di Lo Cascio G., *op. cit.*, p. 5 ss., che sottolinea come il trapianto giuridico di determinati elementi (soprattutto anglosassoni) abbia portato a risultati contraddittori a livello fattuale. La scollatura tra disegno legislativo e realtà fattuale è, secondo l'Autore, riconducibile proprio a disattenzioni e strabismi legislativi.

[13] E da successive novelle: si fa qui riferimento a d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con l. 30 luglio 2010, n. 122, al d.l. 22 giugno 2012, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 134, nonché il d.l. 18 ottobre 2012, convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221, ed al d.l. 23 dicembre 2013, convertito con l. 21 febbraio 2014, n. 9.

[14] Si comprende come, in una trattazione di tipo enciclopedico e divulgativo degli inizi del secolo scorso, si potesse affermare che “l’insolvenza è campo così vasto di ricerche che pervade e penetra quasi tutta la teoria delle obbligazioni, poiché essa, anche nei rapporti tra creditore e debitore, non dà luogo, nella nostra legge civile, a un istituto speciale, che ne stabilisca la nozione, ne fissi i criteri per determinarla, ne organizzi una valida difesa per premunirsene, ma è la risultante di disposizioni sparse nel codice civile, che ne fa menzione disciplinando solo taluni effetti senza nemmeno una disposizione che accenni al suo contenuto intrinseco. Sicché i trattatisti si affaticarono a determinare il concetto giuridico dell’insolvenza, che ritennero uno stato di impotenza reale, divenuta manifesta per segni esteriori” (De Vincentiis F., voce Insolvenza colpevole, in Digesto It., XIII, Torino, 1902-1906, p. 1202). Per il tentativo di ricostruire unitariamente il concetto di insolvenza nella letteratura degli anni Cinquanta e Sessanta, si veda Azzolina U., Sulla nozione di insolvenza, in Riv. Dir. Comm., 1950, II, p. 493 ss.; Bianchi D’Espinosa L., Sull’applicabilità dell’art. 1186 c.c. al contratto di apertura di credito, in Banca, Borsa, 1949, II, p. 102 ss.; Persico L., L’eccezione di inadempimento, Milano, 1955, p. 84 ss.; Giorgianni M., Lezione di diritto civile, Bologna, 1956, p. 46 ss.; Ravazzoni A., Osservazioni in tema di mutamento nelle condizioni patrimoniali di uno dei contraenti, in Temi, 1958, p. 132 ss.; Barassi L., Teoria generale delle obbligazioni, III, Milano, 1964, p. 204 ss. Per una completa diagnosi del concetto di insolvenza commerciale, invece, si faccia riferimento a Terranova G., Lo stato di insolvenza. Per una concezione formale del presupposto oggettivo del fallimento, in Giur. Comm., 1996, I, p. 82 ss., il quale sottolinea l’importanza del giudizio prognostico sull’attività dell’impresa ai fini dell’accertamento della sussistenza dello stato di insolvenza; dello stesso Autore, Stato di crisi e stato d’insolvenza, Torino, 2007, passim. Possono consultarsi anche Bertacchini G., Revocatoria fallimentare e stato di insolvenza, in Trattato Galgano, 2001, p. 54; De Sensi V., Il concetto di insolvenza, in Dir. Fall., 2001, II, p. 1457 ss.; Frascaroli Santi E., Insolvenza e crisi d’impresa, Padova, 1999, p. 21 ss. In una diversa prospettiva, nel senso che anche l’accertamento dell’insolvenza civile non dovrebbe più basarsi sulla semplice valutazione statica del patrimonio del debitore, imponendosi invece un giudizio prognostico della capacità di reddito del soggetto, Galletti D.,

La ripartizione del rischio di insolvenza, Bologna, 2006, p. 176 ss.

Al giorno d'oggi, come ben si capisce dall'art. 2 del d.lgs. 14 febbraio 2019, n. 14, il legislatore ha chiaramente posto dei paletti definitivi concreti al concetto di insolvenza, ricomprendendo quest'ultima nel concetto di crisi. Per crisi, difatti, si intende, ex lett. a), comma 1, art. 2 d.lgs. 14/2019, "lo stato di difficoltà economico-finanziaria che rende probabile l'insolvenza del debitore, e che per le imprese si manifesta come inadeguatezza dei flussi di cassa prospettici a far fronte regolarmente alle obbligazioni pianificate"; mentre, per insolvenza, si intende, ex lett. b) dello stesso comma, "lo stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni". La definizione legislativa ha definitivamente posto un limite alle numerose ricostruzioni effettuate, ma bisognerà attendere l'evolversi del caso concreto: si cercherà poi di capirne il perché, in virtù anche del giudizio che sarà chiamato ad operare il Tribunale fallimentare.

[\[15\]](#) È, difatti, la soluzione negoziale della situazione di crisi d'impresa in cui più forte è avvertibile l'intervento giudiziale. Corrispondentemente, tuttavia, è altresì sensibile la resistenza di tale strumento in caso di malfunzionamenti dell'accordo alla base, data la sua stabilizzazione giudiziaria (Lo Cascio G., op. cit., p. 41; Campobasso G. F., Diritto commerciale. Contratti, titoli di credito e procedure concorsuali, vol. III, Wolters Kluers Italia, Milano, 2014, pp. 341-342).

[\[16\]](#) Si veda, infatti, l'interessante spaccato che offre Macario F., Insolvenza del debitore, crisi dell'impresa e autonomia negoziale nel sistema della tutela del credito, in *Autonomia negoziale e crisi d'impresa*, a cura di Di Marzio F., Macario F., Giuffrè editore, Milano, 2010, pp. 24-25.

[\[17\]](#) In relazione alla precedente disciplina del concordato preventivo del 1942 si possono consultare, ex multis, in dottrina: Bonsignori A., Concordato preventivo, in *Legge Fallimentare*, a cura di Bricola F., Galgano F., Santini G., Commentario Scialoja A., Branca G., artt. 160-186, Bologna, 1979, p. 1 ss.; Cuneo V. L., *Le procedure concorsuali*, Milano, 2002, p. 1445 ss.; Fabiani M., Concordato preventivo in Commentario Scialoja A., Branca G., a cura di De Nova G., Libro V, Lavoro, sub art. 2221, Bologna, Zanichelli, 2014, p. 239 ss.; Ferrara F., Borgioli A., *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 159 ss.; Frascaroli Santi E., *Il concordato preventivo*, in

Il fallimento e le altre procedure concorsuali, diretto da Panzani L., V, Torino, 2002, p. 81 ss.; Jorio A., Le soluzioni concordate della crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria, in Fallimento, 2005, p. 1453 ss.; A.A.VV., Commentario breve alla legge fallimentare, diretto da Maffei Alberti A., Padova, 2013, sub art. 161, p. 1076 ss.; Pajardi P., Manuale di diritto fallimentare, Milano, 2002, p. 663 ss.; Provinciali R., Trattato di diritto fallimentare, Milano, 1974, p. 2207 ss.; Rago G., Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione, Padova, 1998, p. 1 ss.; Satta S., Diritto fallimentare, Padova, 1996, p. 481 ss.; Tedeschi G. U., Manuale di diritto fallimentare, Padova, 2001, p. 713 ss. Con riferimento alla novella del 2007, si vedano Dimundo F., Perrino A. M., Codice commentato del fallimento, diretto da Lo Cascio G., sub art. 161, p. 1863 ss.; Buonocore V., Bassi A., coordinato da Capo G., De Santis F., Meoli B., I presupposti, La dichiarazione del fallimento, Le soluzioni concordate., vol. I, 2010, p. 476 ss.; Mandrioli L., La riforma organica delle procedure concorsuali, a cura di Bonfatti S. e Panzani L., Milano, Ipsoa, 2008, p. 665 ss.; Pacchi S., D'Orazio, Coppola A., La riforma della legge fallimentare, Il concordato preventivo, a cura di Didone A., p. 1806; Jachia G., Fallimento e altre procedure concorsuali, a cura di Fauceglia G., Panzani L., Torino, UTET Giuridica, 2009, p. 1573 ss.; Galletti D., Il nuovo diritto fallimentare, diretto da Jorio A., coordinato da Fabiani M., tomo II, artt. 104-153, Bologna, 2006, p. 2345 ss. Sono previste altre vie per l'attivazione del procedimento. Si fa qui riferimento all'ipotesi indicata dall'art. 37, comma 5, d. lgs. n. 14 del 2019 ("In caso di domanda proposta da un creditore, da coloro che hanno funzioni di controllo e di vigilanza sull'impresa o dal pubblico ministero (...)"). Tra i vari strumenti, inoltre, si segnalano le proposte e offerte concorrenti, destinate a valorizzare la competitività della procedura, per cui si rinvia alla nota n. 4. Si prenda spunto, inoltre, dalla pronuncia del Trib. Ravenna del 27 novembre 2015, decr. con nota di Rugolo G., Il nuovo concordato in percentuale: tra precedenti storici e prospettive di riforme. Profili applicativi., in Dir. Fall., 2016, II, p.1008 ss.

[\[18\]](#) Secondo la vecchia normativa, l'imprenditore doveva presentare la certificazione della sua iscrizione al registro delle imprese da almeno un biennio o dall'inizio dell'attività. Doveva, inoltre, dimostrare di aver tenuto una regolare contabilità per la stessa durata, che non fosse stato dichiarato fallito nei cinque anni precedenti e che non fosse stato ammesso ad altro concordato preventivo, che non fosse stato condannato per bancarotta o per delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economica pubblica, l'industria o il commercio. A tal proposito,



si veda Lo Cascio G., *Il concordato preventivo e le altre procedure di crisi*, cit., 2017, pp. 219-226, che segnala anche come i tempi oggi sia cambiati. Il legislatore, infatti, non ha richiesto che l'imprenditore indichi nella domanda di ammissione le cause che hanno determinato lo stato di crisi o di insolvenza, ma non è da escludere che talvolta la rappresentazione di un quadro storico-evolutivo della situazione economico-finanziaria dell'impresa possa servire ad evidenziare meglio le soluzioni che si intendono prospettare per il buon esito della procedura. Occorre, appunto, fornire una documentazione che rispecchi la situazione oggettiva dell'impresa (su questo anche Genoviva P., *I limiti del sindacato di merito del tribunale nel nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2006, I, p. 361; Paluchowski A., *I poteri del tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo con particolare riferimento alle ipotesi di conversione della procedura in fallimento*, in *Dir. Fall.*, 2006, p. 576). Unitamente al ricorso, infatti, l'imprenditore dovrà presentare: a) un'aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore; d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

[\[19\]](#) Sotto il primo aspetto, rientra l'accertamento dei requisiti, di cui all'articolo 47, comma 1, di "ammissibilità giuridica" (verifica della competenza territoriale, legittimazione del debitore alla presentazione del ricorso, rilievo della mancata produzione contabile richiesta). Attiene, invece, al merito della domanda accertare "la fattibilità economica del piano" indicata nello stesso articolo, giacché il giudice deve verificare la convenienza intrinseca della proposta e che le garanzie siano sicure ed i beni sufficienti a pagare la percentuale promessa (ma non più la meritevolezza del debitore).

[\[20\]](#) Come si può facilmente osservare, il giudizio di omologazione del Tribunale è stato potenziato fino alla fattibilità economica del piano di concordato. Ex art. 48, comma 3, d.lgs. n. 14 del 2019, il giudice deve valutare "la regolarità della procedura, l'esito della votazione, l'ammissibilità giuridica della proposta e la fattibilità economica del piano, tenendo conto dei rilievi del commissario giudiziale.". Il Tribunale dovrà, dunque, verificare sul versante della regolarità giuridica: 1) la sussistenza delle condizioni di ammissibilità (per cui valgono le

stesse considerazioni fatte per l'ammissioni, alla nota n. 20); 2) la regolarità della procedura (con cui si intende che il controllo si estenda dalla presentazione dell'istanza fino al momento in cui il procedimento sia stato assegnato al collegio per la decisione, per la verifica della competenza territoriale, la legittimazione del debitore alla presentazione del ricorso, il rilievo della mancata produzione contabile richiesta, sulla sussistenza della condizione di insolvenza o di crisi); 3) il raggiungimento delle maggioranze necessarie. Il controllo di merito riguarderà, invece: 1) la convenienza del concordato (anche se formalmente repulsa dalla giurisprudenza di legittimità, tale categoria dovrà essere presente nella prospettiva di un'analisi sulla fattibilità economica di un piano e potrebbe riprodursi secondo le vecchie categorie dell'art. 181 l. fall., ossia in relazione alle attività esistenti ed all'efficienza dell'impresa); 2) della sicurezza di adempimento e della sufficienza dei beni (le quali dipendono dalla tipologia di concordato: per quello liquidatorio con cessio honorum, il minimo è il 20 per cento dei crediti chirografari; per quello con assuntore di terzo, la percentuale è libera, se vi è l'assuntore; per quello in continuità, valga che "la causa concreta della procedura di concordato preventivo, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha perciò un contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e, nel contempo, di assicurare di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori" e che "in questa prospettiva interpretativa non è possibile individuare una percentuale fissa minima al di sotto della quale la proposta concordataria possa ritenersi di per sé inadatta a perseguire la causa concreta cui la procedura è volta" (Ord. Cass. 8 febbraio 2019, n. 3683); per quello misto rimane la percentuale minima del 20 per cento). Non è più presente, invece, il giudizio di meritevolezza.

[\[21\]](#) Ove siano state disposte della classi, il creditore appartenente ad una classe dissenziente oppure, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano almeno il 20 per cento dei creditori ammessi al voto, possono contestare la convenienza della proposta e il Tribunale può omologare il concordato se ritiene che il credito possa essere soddisfatto in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili. A tal proposito, si veda Lo Cascio G., op. cit., pp. 627-631.

[\[22\]](#) La classificazione del ruolo giudiziale è un problema che risale ad antica data.

In sostanza, ci si chiedeva se, nonostante l'irreclamabilità del decreto, col quale cristallizzandosi lo status quo che aveva consentito l'ammissione alla procedura di concordato, era stata riconosciuta l'esistenza di tutte le condizioni negative, il Tribunale, nella fase di omologazione, potesse sottoporre il tutto ad un nuovo esame e ad un più approfondito giudizio. Fondamentalmente, erano due le opinioni che si dividevano il campo: da una parte, si insisteva senza riserve nell'ammissibilità di un riesame in sede di omologazione di tutte le condizioni personali e patrimoniali, già oggetto di verifica nella fase preliminare culminante col decreto di ammissione alla procedura di concordato, ritenendosi che la statuizione del provvedimento di apertura non costituisse giudicato, in quanto l'accertamento ivi contenuto si effettuava senza il benché minimo contraddittorio, e, soprattutto, perché il decreto stesso aveva natura amministrativa (in questo senso Bolaffio L., *Il concordato preventivo, secondo le sue tre leggi disciplinari*, Torino, 1932, p. 167, che, dando così origine alla lunga disputa con Carnelutti F., *Sui poteri del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1924, II, pp. 66-69, precisava come in sede di omologazione la revisione dei requisiti di cui all'art. 3 non si operava per confermare o revocare un giudizio provvisoriamente formato, perché "il giudizio iniziale verte unicamente sull'ammissibilità del ricorso, non sull'omologabilità del concordato"); dall'altra parte, invece, nel non condividere le conclusioni appena riferite, si replicava insistendo su un'impossibilità del riesame, col dire che intanto non vi era lite, ma accordo tra commerciante e maggioranze dei creditori e che, in ogni caso, pur non formandosi un giudicato in relazione al decreto di apertura, si concretizzava una sorta di chiovendiana preclusione che impediva al Tribunale di controllare in sede di omologazione altre condizioni che non fossero quelle sufficienti al concordato (ovviamente l'opinione è del Carnelutti F., *op. cit.*, p. 163 ss., appoggiato da Ascarelli T., *Sulla natura dell'attività del giudice nell'omologazione del concordato*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1928, p. 223 ss.).

[23] Si allude a Cassazione, SS. UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Foro it.*, 2013, I, p. 1534 ss.

[24] Per un controllo sul merito, si veda Penta A., *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo: rilevanza della percentuale offerta della fattibilità del piano*, in *Fallimento*, 2011, p. 857 ss., per il quale "inducono a sostenere che il controllo del Tribunale sulla fattibilità del piano si estenda al merito la mancata abrogazione, in sede di correttivo, dell'art. 173 l. fall. (che prevede tuttora un

controllo di merito nella fase successiva all'ammissione), la previsione di un giudizio di merito del Tribunale in caso di concordato con suddivisione dei creditori in classi e l'attribuzione nel quarto comma dell'art. 180 di poteri istruttori officiosi". Ad ogni modo, per lo più, la dottrina ha escluso il controllo sull'intrinseca fattibilità del piano. Sul tema, si veda Frascaroli Santi E., *Il diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, Padova, 2012, p. 536 ss.; Bonfatti S., Censoni P. F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2011, p. 575 ss.; Di Majo A., *La fattibilità del concordato preventivo: legittimità o merito*, in *Corr. Giur.*, 2012, p. 225 ss.; Patti A., *Esclusione della sindacabilità dal tribunale della fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, p. 36 ss.; Bottai G., *Il processo di disintermediazione giudiziaria continua*, in *Fallimento*, 2011, p. 810 ss.; Fabiani M., *Per la chiarezza di idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Fallimento*, 2011, p. 172 ss.

[25] A tal proposito, seppur senza sovrapporre la propria valutazione a quella dei creditori, il Tribunale "deve fare in modo" che quest'ultima "sia pienamente consapevole". Deve, quindi, "vigilare sulla completezza dell'informazione e controllare che la relazione del professionista sia congrua e perfettamente in grado di offrire ai creditori il metro per esprimere il voto"; infatti, l'attestazione "costituisce il primo veicolo informativo per l'espressione del consenso; il Tribunale deve porsi dal prisma visuale del creditore e valutare se in base alla proposta, al piano e all'attestazione è possibile esprimere un voto informato e consapevole": Fabiani m., *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, in *Fallimento*, 2013, p. 149 ss. Ciò è, d'altra parte, in linea con la "presa d'atto" secondo la quale "nella riforma il baricentro non è più rappresentato dall'eterotutela dei creditori assicurata dallo scrutinio giudiziale circa la fattibilità del piano, bensì dalla loro autotutela attraverso la formazione di un convincimento per quanto possibile genuino e consapevole" (Ambrosini S., *Concordato preventivo, fattibilità del piano e atti di frode*, in *Fallimento*, 2011, p. 933 ss.).

[26] Così, "deve ritenersi definitivamente confermato che il requisito di 'fattibilità' del piano concordatario, rientra fra i «presupposti» della ammissione alla procedura" (De Crescenzo F., *Revoca del concordato preventivo ed altre questioni*, in *Fallimento*, 2013, p. 715 ss.). Sul punto, si veda Frascaroli Santi E., *Il concordato preventivo*, Padova, 2012, p. 130 ss.; Costantino G., *Sui rapporti tra dichiarazione di fallimento e concordato con riserva*, in *Foro it.*, 2013, I, p. 1534 ss.; Didone A., *Le Sezioni unite e la fattibilità del concordato preventivo*, *Il diritto fallimentare e delle*

società commerciali, 2013, II, p. 1 ss.; Pagni I., Del controllo del tribunale sulla proposta di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521 (e sui rapporti tra concordato e fallimento), in *Corr. Giur.*, 2013, p. 633 ss.; Galletti D., Il sindacato del giudice nel concordato preventivo un anno dopo: prove tecniche di *actio finium regundorum*, in *IFallimentarista.it*, 2014; Travaglino G., La «fattibilità» del concordato preventivo, in *Corr. Mer.*, 2013, p. 403 ss. Mette tuttavia in rilievo Fabiani M., La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite, in *Fallimento*, 2013, p. 149 ss., che, in realtà, “al tribunale spetta il compito di effettuare un sindacato penetrante sulla relazione, non anche il compito di operare una propria valutazione di ‘non fattibilità’” e che “la condizione di ammissibilità del concordato non è, allora, la verifica della fattibilità, ma il riscontro dell’adeguatezza della relazione”. Precisa inoltre che “la fattibilità non è un giudizio che compete al tribunale, salvo che appunto non incida sulla stessa riconoscibilità della relazione”.

[\[27\]](#) In giurisprudenza non si contano i contributi di merito, discordanti l’uno dall’altro, mentre si registra un deciso mutamento di opinioni dalla sentenza Cassazione SS. UU., n. 1521 del 2013, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2013, II, p. 1 ss., con nota di Didone A.; nonché, *ex multis*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 218, con nota di Villa; in *Società*, 2013, p. 435 ss., con nota di De Santis F.; in *Corr. giur.*, 2013, p. 633 ss., con nota di Pagni I.; in *Fallimento*, 2013, p. 279 ss., con nota di De Santis F.; in *Foro it.*, 2013, I, p. 1534 ss., con note di Costantino G., Fabiani M. e Scoditti E.; in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 333 ss., con nota di Censoni P. F.

[\[28\]](#) Tale assunto è ormai pacifico: si veda nella giurisprudenza di legittimità, ad esempio, Cass., 19 aprile 2017, n. 9927, in *IlCaso.it*, mentre, in quella di merito, Corte App. L’Aquila, 10 ottobre 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 715 ss.; in dottrina, per tutti, Fabiani M., *Concordato preventivo*, cit., p. 282 ss. Prima dell’emanazione del d.lgs. n. 169/2007, che ha sostituito l’art. 162 l. fall., una parte della giurisprudenza aveva tuttavia ritenuto che il deposito della relazione del professionista costituisse un mero requisito di regolarità o validità della proposta e ne aveva ammesso l’allegazione anche in un momento successivo: in quella di merito si vedano Trib. Sulmona, 19 gennaio 2006, in *Fallimento*, 2006, p. 608 ss.; Trib. Milano, 7 novembre 2005, *ivi*, p. 51 ss.; in senso contrario, Trib. Roma, 8 marzo 2006, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2007, II, p. 103 ss.

[29] Sul ruolo fondamentale dell'attestazione nell'ambito della procedura di concordato preventivo, si veda Cass., 30 luglio 2012, n. 13565, in *Fallimento*, 2013, p. 298, secondo cui essa "non può essere ridotta al rango di mero 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 un errore-vizio nel consenso dei creditori". Per quanto riguarda le funzioni dell'attestatore, si veda Apice U., *Il codice della crisi e dell'insolvenza: ovvero prove tecniche di requiem*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2018, III-IV, pp. 656-657.

[30] Secondo Fabiani M., *Concordato preventivo*, cit., p. 282 ss., poiché la relazione ha lo scopo di sostituire l'attività istruttoria del Tribunale, essa deve essere redatta da una prospettiva di terzietà. Nello stesso senso, Cass., 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Fallimento*, 2010, p. 822 ss.

[31] Per un breve excursus sul giudizio di veridicità dei dati aziendali, si veda Lo Cascio G., *Il professionista attestatore*, in *Fallimento*, 2013, p. 1330. A tal proposito, per alcuni rilievi di carattere tecnico-contabile, si faccia sempre riferimento a Lo Cascio G., *ivi*, p. 1346 ss.

[32] Sotto il primo profilo, il professionista deve attestare che i dati contenuti nel piano siano veri (si è affermato che la veridicità deve riguardare esclusivamente i documenti che il debitore produce ovvero che le mere irregolarità delle scritture contabili non sono ostative all'ammissione alla procedura di concordato preventivo (Cass., 4 giugno 2014, n. 12549, in *Fallimento*, 2015, p. 108 ss.)), essendo dunque tenuto a compiere un'indagine diretta sui medesimi dati aziendali (sicché si è ritenuto che, al fine del rilascio dell'attestazione, sarà necessaria la regolare tenuta delle scritture contabili: si veda Trib. Potenza, 25 maggio 2006, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010, II, p. 95 ss.), e non solo quelli contabili (a tale proposito, si vedano Trib. Benevento, 23 aprile 2013, in *Fallimento*, 2013, p. 1373 ss., secondo cui il professionista non può limitarsi a rilasciare una dichiarazione di conformità del piano ai dati contabili, ma deve attestare che i dati medesimi siano "effettivamente veri" e corrispondano a quelli su cui il piano si fonda; si vedano anche Trib. Napoli, 4 dicembre 2012, *ivi*, p. 372 ss.; Trib. Novara, 29 giugno 2012, *ivi*, 2012, p. 1257 ss.; Trib. Mantova, 28 maggio 2012, in *IlCaso.it*; Trib. Firenze, 9 febbraio 2012, *ibidem*. Per ulteriori approfondimenti su nozioni di carattere contabile, si vedano le osservazioni al

decreto del Trib. Benevento, 23 aprile 2013 di Ranalli R., in *Fallimento*, 2013, p. 1374 ss.), mentre non può limitarsi a recepire le verifiche già svolte da altri soggetti, che possono al limite costituire a loro volta un ulteriore elemento di valutazione e di comparazione (si veda, infatti, Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, p. 570 ss.; in dottrina, Fabiani M., *Concordato preventivo*, cit., p. 284 ss.). Tale attestazione richiede peraltro che il professionista espliciti, nell'ambito della propria relazione, criteri e metodologie seguite nel procedimento di revisione della contabilità del debitore (Trib. Benevento, 23 aprile 2013, cit.; Trib. Monza, 22 gennaio 2013, in *IlCaso.it*; in dottrina, Liccardo P., sub art. 161, in *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, a cura di Nigro A., Sandulli M., Santoro V., Torino, 2014, p. 50 ss.).

[33] Si faccia riferimento a Trib. Mantova, 17 ottobre 2013, in *IlCaso.it*, Trib. Firenze, 7 gennaio 2013, *ibidem*; Trib. Roma, 25 luglio 2012, in *Fallimento*, 2013, p. 748 ss; in dottrina, Fabiani M., *Concordato preventivo*, cit., p. 284 s.; Trentini C., *Cessione parziale dei beni nel concordato preventivo e attestazione condizionata*, in *Fallimento*, 2013, p. 751 ss. Ad esempio, è stato condivisibilmente affermato che, al fine di esprimere un giudizio sulla fattibilità, risultano fondamentali i dati comparativi che attengono ad esperienze similari ovvero, là dove si tratti di valutare la fattibilità della dismissione di un cespite ad un determinato valore, sarà necessario verificare se quel bene sia collocabile sul mercato e in quali tempi (sempre Fabiani M., op. cit., p. 285 ss.).

[34] Tra molti, si vedano Pacchi P., *Il nuovo concordato preventivo (dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione)*, in *Diritto fallimentare*, diretto da Panzani L., Milano, 2005, p. 111 ss. e p. 130 ss.; Censoni P. F., *Il "nuovo" concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2005, I, p. 738 ss.; Canale R., *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 904 ss.; Fauceglia G., *Il ruolo del Tribunale nella fase di ammissione del nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2005, p. 1302 ss. Di diverso avviso era, invece, la prevalente giurisprudenza, secondo cui il Tribunale avrebbe avuto il potere di valutare nel merito il contenuto della documentazione, fino a sindacare direttamente la fattibilità del piano (si vedano Trib. Roma, 8 marzo 2006, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2007, II, p. 103 ss.; Corte App. Bologna, 30 giugno 2006, in *Fallimento*, 2007, p. 470 ss.; Trib. Bologna, 17 novembre 2005, in *Giur. mer.*, 2006, I, p. 658 ss.; Trib. Sulmona, 6 giugno 2005, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1129 ss.; Trib. Pescara, 21 ottobre 2005, in *Foro it.*, 2006, I,

p. 912 ss.; Trib. Salerno 3 giugno 2005, in *Giur. it.*, 2006, p. 559 ss.), ovvero, secondo un altro orientamento, fino ad effettuare un controllo di legittimità sostanziale, volto a verificare, a tutela della corretta informazione dei creditori, la coerenza, logicità e congruenza della relazione del professionista, con esclusione di un sindacato di merito della proposta concordataria (così, infatti, Cass., 29 ottobre 2009, n. 22927, cit.; Corte App. Torino, 19 giugno 2007, in *Fallimento*, 2007, p. 1315 ss.; Trib. Milano, 9 febbraio 2007, *ivi*, p. 1218 ss.; Trib. Palermo, 17 febbraio 2006, in *Fallimento*, 2006, p. 570 ss.; Trib. Milano, 12 dicembre 2005, *ivi*, p. 576 ss.; Trib. Ancona, 13 ottobre 2005, in *Fallimento*, 2005, p. 1405 ss.; in dottrina, Jorio A., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra «privatizzazione» e tutela giudiziaria*, in *Fallimento*, 2005, p. 1455 ss.; Ambrosini S., *La riforma della legge fallimentare*, a cura del medesimo Autore, Bologna, 2006, p. 318 ss.).

[\[35\]](#) Si veda per un riferimento concreto Ambrosini S., *Riforma fallimentare al nodo-attestatore*, in *Il Sole 24 Ore*, 21 novembre 2017.

[\[36\]](#) Si vedano Cass., 4 maggio 2017, n. 10819, cit.; Cass., 22 giugno 2016, n. 12964, cit.; Cass., 23 giugno 2011, n. 13817, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2011, II, p. 615 ss.; Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, in *Fallimento*, 2011, p. 805 ss.; Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, *ivi*, p. 403 ss.; Cass., 29 ottobre 2009, n. 22927, cit.; nella giurisprudenza di merito, Trib. Milano, 10 maggio 2017, *inedita*; Trib. Biella, 10 febbraio 2011, in *Fallimento*, 2011, p. 806 ss.; Corte App. Torino, 20 luglio 2009, *ivi*, 2010, p. 961 ss.; Corte App. Roma, 18 aprile 2009, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010, II, p. 188 ss.; Trib. Napoli, 20 febbraio 2008, in *Fallimento*, 2008, p. 848 ss.; Trib. Salerno, 28 marzo 2008, *ibidem*. In dottrina, solo per citare i contributi più recenti, si vedano Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., p. 285 ss. e p. 560 ss.; Villa G. R., *Fattibilità del piano concordatario e sindacato giudiziale indiretto*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 232 ss.; Patti A., *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fallimento*, 2012, p. 46 ss.; Montalenti P., *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra giurisprudenza della Suprema Corte e nuove clausole generali*, in *Il nuovo diritto delle società*, 2012, 3, p. 14 ss.; Ambrosini S., *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2010, I, p. 552 ss.; Schiano Di Pepe G., *Alcune considerazioni sui poteri*, cit., p. 314 ss.; Tedoldi A., *Appunti in tema di*



omologazione del concordato preventivo, in Riv. dir. proc., 2009, p. 650 ss.

[37] Si veda a tal proposito Griffey M., La disciplina del concordato preventivo e le soluzioni della giurisprudenza, in Le nuove procedure concorsuali, a cura di Ambrosini S., Bologna, 2008, p. 526 ss. Un'espressione simile si trova in Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, cit.

[38] Ex multis, Corte App. Roma, 18 settembre 2010, in Il diritto fallimentare e delle società commerciali, 2011, II, p. 18 ss., con nota adesiva di Fauceglia G., secondo cui è escluso dall'ambito del sindacato un giudizio sui valori esposti nella relazione del professionista attestatore.

[39] Nello stesso si erano già espresse, Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, cit.; Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860, in Fallimento, 2011, p. 167, nonché in Giur. it., 2011, p. 856, e Foro it., 2011, I, c. 105.

[40] Così anche Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, in Fall., 2011, 167, con note di Fabiani M. e Bozza G., allineata sulle stesse posizioni.

[41] In realtà degli scricchiolii in tali orientamenti giurisprudenziali esistevano e, infatti, senza contare le corti di merito, già dal 2016 la Cassazione muta la propria prospettiva con la Cass. Civ., Sez. I, 20 dicembre 2016, n. 4915, in Giur. It., II, 2017, p. 1121 ss., con nota di Spiotta M. In tale pronuncia si dice che “nella procedura per concordato preventivo, il Giudice è tenuto ad esercitare non solo un controllo di fattibilità giuridica, inteso come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili, ma anche un controllo di fattibilità economica intendendosi con tale espressione, il sindacato sulla sussistenza o meno di una assoluta inettitudine del piano presentato dal debitore, a raggiungere gli obiettivi prefissati.” e che “spetta invece ai creditori il giudizio di valutazione in ordine alla probabilità concreta del successo economico del piano oltre che di valutazione di convenienza di una proposta plausibile rispetto all'alternativa del fallimento.”. Il formante giurisprudenziale sembra, dunque, recepire, già da almeno tre anni prima rispetto a quello legislativo, un'istanza concreta di tutela rafforzata verso il ceto creditorio.

[42] Si veda l'art. 92, comma 2, del Progetto di Codice della Crisi e dell'insolvenza della Commissione Rordorf, in cui si afferma che “il debitore può presentare,

insieme alla domanda, la relazione di un professionista indipendente da lui designato che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano”.

[\[43\]](#) Si veda a proposito i rilievi formulati da 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. 660 ss.

[\[44\]](#) Non si è adottata nemmeno la tesi intermedia che veniva auspicata da alcuni operatori del settore: abolizione del suo ruolo nelle procedure al di sotto di una certa soglia (nelle quali sarebbe dovuto bastare il controllo esercitato dal solo commissario); obbligatorietà, invece, nelle altre procedure (per le quali sarebbe stato inopportuno rinunciare al suo prezioso supporto). Si veda a tal proposito sempre Apice U., *Il Codice della Crisi e dell’Insolvenza: ovvero prove tecniche di requiem*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, op. cit., p. 663.