

IPSOA

Il Fallimento

e le altre procedure concorsuali

Mensile di giurisprudenza e dottrina

ISSN 0394-2740 - ANNO XL - Direzione e redazione - Via dei Missaglia, n. 97 - 20142 Milano (MI)

1/2018

 edicolaprofessionale.com/ilfallimento

Risoluzione concordataria e dichiarazione di fallimento

Retrocessione dell'azienda in affitto e responsabilità

Itinerario della giurisprudenza
Cessione dei beni e liquidazione nel concordato preventivo

DIRETTORE SCIENTIFICO
Giovanni Lo Cascio

COMITATO DI DIREZIONE
Raffaella Brogi
Giacomo D'Attorre
Francesco De Santis
Massimo Fabiani
Alberto Guiotto
Giovanni Battista Nardecchia
Adriano Patti

COMITATO SCIENTIFICO
Luigi Abete, Giuseppe Bozza,
Luigi D'Orazio, Patrizia De Cesari,
Antonino Dimundo, Massimo Ferro,
Luciano Panzani, Giorgio Tarzia

TARIFFA R.O.C. - POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 352/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO



Giurisprudenza

Concordato preventivo

Sindacato giudiziale

Cassazione Civile, Sez. I, 9 giugno 2017, n. 14444, ord. - Pres. A. Didone - Est. M. Ferro - C. S.a.s. di C.G. & c. S.a.s. in liquidazione c. Commissari giudiziali del concordato preventivo C. S.a.s. di C. G. & c. S.a.s. in liquidazione

Concordato preventivo - Omologazione - Sindacato giudiziale - Piano - Fattibilità - Idoneità - Liquidazione prognostica - Contenuto

(Legge fallimentare artt. 160, 161, 162, 163, 173, 179, 180)

Quantunque in sede di omologazione del concordato preventivo mediante cessione dei beni le corti di merito siano chiamate a verificare la fattibilità del concordato, il sindacato su tale punto, nei casi in cui, come quello in esame, si discuta della fattibilità economica, non può essere esteso oltre la verifica della idoneità della proposta concordataria a realizzare la "causa concreta" della procedura concorsuale minore che si estrinseca nella finalità di assicurare il superamento della crisi attraverso "una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari" (massima non ufficiale).

La Corte (omissis).

Considerato che:

1. Con il primo motivo il ricorrente deduce la violazione di legge, quanto alla l.fall., art. 180, avendo esorbitato il tribunale, nella sede dell'omologazione, dalle prerogative di mero controllo di legittimità, espletando una non ammessa verifica anche sulla fattibilità della proposta e del piano, nonostante il difetto di opposizioni ed il parere favorevole dei commissari;
2. con il secondo motivo viene censurata la motivazione del decreto circa la necessità di effettuare il controllo di fattibilità, non giustificata da fattori di novità tra il voto, il parere dei commissari e la deliberazione del tribunale;
3. con il terzo motivo viene dedotta la violazione di legge, quanto alla l.fall., artt. 160-161, avendo il tribunale trascurato che nel concordato con cessione dei beni la indicazione di una percentuale di soddisfo dei creditori non è un requisito necessario, né assume, ove allegata, un valore vincolante, basandosi invece su una liquidazione prognostica;
4. con il quarto motivo viene dedotto il vizio di motivazione sul punto della vincolatività della proposta;
5. il Pubblico Ministero ha depositato requisitorie scritte del seguente tenore:
6. "La Campanelli s.a.s. di C. G. & C. in liquidazione ricorre per cassazione contro il decreto emesso dalla Corte di Appello di Ancona il 6 agosto 2010 e recante il diniego di omologazione del concordato preventivo dalla stessa proposto. Il ricorso è innanzitutto ammissibile atteso che il procedimento finalizzato alla omologazione del concordato preventivo ha carattere contenzioso di guisa che il decreto che lo definisce, poiché decisorio ed idoneo al giudicato, è soggetto a reclamo dinanzi alla Corte di Appello la cui decisione è poi impugnabile con ricorso straordinario per cassazione (Cass. S.u. n. 27073/2016). Venendo al merito, detto ricorso è, comunque, fondato e merita, pertanto, di essere accolto. Innanzitutto va sgomberato il campo dalle censure svolte con i primi due motivi atteso che, contrariamente a quanto assume il ricorrente, la decisione della Corte di Appello di Ancona

non palesa alcuna contraddittorietà nella motivazione laddove è detto che nel giudizio di omologazione, anche quando esso si svolga in assenza di opposizioni, il carattere pubblicistico che connota il procedimento, impone al Tribunale di svolgere un più pregnante controllo in termini di fattibilità della proposta. La soluzione in diritto fornita dalla corte di merito su questo punto appare, peraltro, corretta e conforme ai più recenti orientamenti della giurisprudenza di legittimità. Invero, è ormai consolidata la tesi secondo cui, nonostante la l.fall., art. 180, con riferimento alla ipotesi di omologazione senza opposizioni, attribuisca al tribunale il compito, di verificare "la regolarità, della procedura e l'esito della votazione", deve ritenersi che all'organo giurisdizionale spetti di verificare la persistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato nonché di sindacare la fattibilità giuridica ed economica di quest'ultimo nei limiti in cui ciò può ritenersi consentito sia nella fase di preventiva valutazione di ammissibilità che nei segmenti processuali successivi (Cass. S.u. n. 1521/2013; Cass. 16830/2016). Deve, conclusivamente ritenersi, quindi, che non ha errato la Corte di Appello laddove ha ritenuto di dover apprezzare autonomamente, ed a prescindere dalla posizione dei creditori e dal contenuto del parere reso dal Commissario Giudiziale, se la proposta concordataria, già ritenuta "ammissibile" e "fattibile", potesse ancora prognosticamente conformarsi tale alla stregua degli ulteriori accertamenti e delle vicende nel frattempo verificatesi.

7. Il ricorso è, invece, fondato quanto ai restanti motivi. Invero, la Corte di Appello, confermando il diniego di omologazione del Tribunale, ha affermato che il concordato non poteva ritenersi fattibile poiché, alla stregua delle circostanze evidenziate dal Commissario, il piano non poteva ritenersi prognosticamente idoneo a garantire ai creditori il pagamento delle percentuali offerte. Senonché tale passaggio della motivazione profila il prospettato errore di diritto e la fondatezza della censura in parte qua consente di ritenere assorbito invece il denunciato vizio di motivazione. Deve, infatti, affermarsi che, quantunque in sede di omologazione le corti di merito siano chiamate

a verificare la fattibilità del concordato, il sindacato su tale punto, nei casi in cui, come quello in esame, si discuta della fattibilità economica, non può essere esteso oltre la verifica della idoneità della proposta concordataria a realizzare la “causa concreta” della procedura concorsuale minore che si estrinseca nella finalità di assicurare il superamento della crisi attraverso “una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari” (Cass. S.u. n. 1521/2013; Cass. 11497/2014; Cass. 11423/2014; Cass. 6332/2016). È pertanto, esorbitante dal sindacato consentito la osservazione che ha indotto la corte di appello alle conclusioni raggiunte. Né può tacersi di rilevare, in ogni caso, e solo *ad abundantiam*, che, trattandosi di concordato con cessione dei beni, l'imprenditore non poteva rite-

nersi avesse assunto l'obbligo di garantire ai creditori il pagamento della percentuale prefissata potendosi il suo impegno considerarsi limitato a porre a disposizione del ceto creditorio l'intero patrimonio dell'impresa (Cass. 13817/2010; Cass. 1521/2013; Cass. 13817/2011; Cass. 6022/2014). Alla luce di quanto sin qui esposto il ricorso merita, dunque, di essere accolto”;

8. ritenuto che le conclusioni del P.G. e le argomentazioni che le sorreggono sono condivise dal Collegio, il ricorso va pertanto accolto quanto al terzo e quarto motivo, rigettati i primi due, con cassazione e rinvio, anche per le spese.

(*omissis*).

Causa concreta e fattibilità del concordato preventivo: la persistenza del dubbio

di Ivan Libero Nocera (*)

L'Autore, muovendo dall'analisi dello stato della giurisprudenza in ordine al perimetro dello scrutinio giudiziale in sede di ammissibilità e di omologazione del concordato preventivo, svolge alcuni rilievi critici con riferimento alla persistente attualità dell'applicazione della categoria civilistica della “causa concreta” al concordato medesimo, riflettendo sui limiti che il giudice incontra nel sindacare la fattibilità del piano concordatario.

Premessa

La sentenza della Corte di cassazione che qui si annota è di particolare momento in quanto - arricchendo la serie di provvedimenti di legittimità con cui la S.C. ha affrontato *ex professo* la magmatica questione concernente la latitudine del controllo del tribunale in sede di omologazione di un concordato preventivo (1) - offre un utile contributo al tentativo definitivo della *summa divisio*, introdotta dalle Sezioni Unite del 2013 (2), tra sindaca-

to sulla “fattibilità giuridica” - di stretto appannaggio giudiziale - e sulla “fattibilità economica”, riservato ai creditori.

In particolare, la decisione in commento conferma il ruolo decisivo ai fini della perimetrazione dei poteri di verifica del tribunale assunto dal concetto civilistico di conio giurisprudenziale della “causa concreta” del negozio concordatario, funzionalmente finalizzato ad ottenere l'effetto esdebitatorio e dunque il superamento della situazione di crisi

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Cfr., tra le tante, Cass. 7 aprile 2017, n. 9061, in questa *Rivista*, 2017, 923, con nota di M. Terenghi; Cass. 27 febbraio 2017, n. 4915, in *Giur. it.*, 2017, 1119, con nota di M. Spiotta.

(2) Cfr. Cass., SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521 commentata *ex multis* da C. Alessi, *Autonomia privata nel concordato preventivo e il ruolo del tribunale*, in *Giur. comm.*, 2014, 443; P.F. Censoni, *I limiti del controllo giudiziale sulla “fattibilità” del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 343; F. De Santis, *Causa in concreto della proposta di concordato preventivo e giudizio permanente di fattibilità del piano*, in questa *Rivista*, 2013, 279; A. Didone, *Le Sezioni unite e la fattibilità del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, II, 1; A. Di Majo, *Il percorso lungo della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in questa *Rivista*, 2013, 291; M. Fabiani, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, in questa *Rivista*, 2013, 149; Id., *Concordato preventivo e giudizio di fattibilità: le sezioni unite un po' oltre la metà del guado*, in *Foro it.*,

2013, I, 1573; G.B. Nardecchia, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle sezioni unite*, in *Dir. fall.*, 2013, II, 185; I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano concordatario dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva funzionale aperta dal richiamo alla causa concreta*, in questa *Rivista*, 2013, 279; E. Scoditti, *Causa e processo nel concordato preventivo: le sezioni unite alla prova della fattibilità*, in *Foro it.*, 2013, I, 1576; A. Villa, *Fattibilità del piano concordatario e sindacato giudiziale indiretto*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 228; L. Abete, *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n. 1521/2013 delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, 2013, I, 867; G. Vettori, *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. e impr.*, 2013, 1203. Si vedano inoltre gli autorevoli interventi al Seminario organizzato a Roma l'8 marzo 2013, con relazione introduttiva di A. Jorio e gli interventi di A. Bassi - V. Calandra Buonauro - C. Cincotti - R. Costi - V. Di Cataldo - P.P. Ferraro - A. Gambino - P. Montalenti - A. Nigro - R. Sacchi - G. Terranova, in *Giur. comm.*, 2014, I, 215-247.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

dell'imprenditore, da un lato, e l'assicurazione di un soddisfacimento dei creditori, dall'altro.

La questione sottoposta all'esame della Cassazione ruota intorno all'interrogativo se l'accertamento della causa in concreto dell'accordo concordatario includa o meno la verifica dell'idoneità del piano su base prognostica a garantire ai creditori il pagamento delle percentuali offerte.

Breve ricostruzione dei fatti di causa

La fattispecie al centro della controversia in esame vedeva il Tribunale di Pesaro rigettare la domanda di omologazione della proposta di concordato preventivo con cessione dei beni. Tale decreto veniva confermato in sede di gravame là dove la Corte d'Appello ribadiva che, sulla base degli accertamenti effettuati dai commissari giudiziali, il piano concordatario, nonostante il raggiungimento della maggioranza dei voti favorevoli dei creditori e pur in assenza di opposizioni, non poteva ritenersi prognosticamente idoneo a garantire ai creditori il pagamento delle percentuali offerte.

Avverso tale provvedimento il debitore proponeva ricorso in Cassazione articolato in quattro motivi. I primi due concernevano il potere di verifica del profilo della fattibilità della proposta e del piano, nonostante il difetto di opposizioni ed il parere favorevole dei commissari; i rimanenti motivi si appuntavano sull'estensione dello scrutinio di fattibilità del piano concordatario, ritenendo che l'indicazione di una percentuale di soddisfazione dei creditori non fosse un requisito necessario tanto meno vincolante, giacché fondata su una liquidazione meramente prognostica.

Atteso che è oramai pacifico e consolidato l'orientamento secondo cui, a prescindere dalla presenza o meno di opposizioni, il tribunale è tenuto ad accertare la persistenza dei presupposti di ammissibilità del concordato anche in sede di omologa (3), la *quaestio iuris* più interessante da affrontare riguarda la delimitazione del perimetro applicativo

del giudizio sulla c.d. fattibilità giuridica e sulla c.d. fattibilità economica del piano concordatario, nonché la persistente attualità di tale dicotomia.

Il "pendolo" del controllo giudiziale

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, non vi è alcuna norma che disciplini in via diretta l'ampiezza del sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano: non ne fanno cenno né la disposizione sull'ammissione alla procedura, né quella sulla revoca della stessa, tanto meno la norma sul giudizio di omologazione.

Nella legge fallimentare il requisito della fattibilità è menzionato unicamente dall'art. 161, comma 3, l.fall. che prevede il necessario deposito da parte del debitore di una relazione di un professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano e dall'art. 179 l.fall., in merito alle c.d. sopravvenienze che possano incidere, appunto, sulla stessa fattibilità.

I poteri di verifica giudiziale sono pertanto deducibili in via indiretta dall'art. 162, comma 2, l.fall. che impone al tribunale di appurare la sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 160, commi 1 e 2, e 161 l.fall.

La scarsa regolamentazione in materia ha giustificato l'ampia produzione giurisprudenziale che si è sostanzialmente polarizzata intorno a due opposte opzioni ermeneutiche (4).

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 (5). Fedele alla lettura del concordato nel regime suc-

(3) In proposito, Cass. 9 agosto 2016, n. 16830, in *DeJure.it* ha ribadito che "questa Corte ha ripetutamente affermato (Cass. nn. 12964/016, 11497/014, 11427/014, 13083/013) che in tema di concordato preventivo, la fattibilità del piano è un presupposto di ammissibilità della proposta sul quale il giudice deve pronunciarsi, anche in sede di omologa (Cass., SS.UU., n.1521/013), esercitando un sindacato che consiste nella verifica diretta del presupposto stesso e che non resta escluso dall'attestazione del professionista".

(4) Sulla natura del concordato preventivo prima delle Sezioni Unite del 2013 si vedano G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011, 162; S. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del*

2012, in *www.ilcaso.it*; S. Pacchi, *La valutazione del piano del concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in *Dir. fall.*, 2011, 97; A. Patti, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in questa *Rivista*, 2012, 46; G.B. Nardecchia, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, *ivi*, 2011, 1455; G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, *ivi*, 2011, 183; L. Piccininni, *I poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo dopo il "decreto correttivo"*, in *Dir. fall.*, 2012, II, 551.

(5) Sostiene in particolare tale lettura riduttiva dei poteri interdittivi del tribunale, Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, in *Foro*

cessivo all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 169 del 2007 come istituto traslato dall'orbita dell'eterotutela giudiziale all'autotutela informata dei creditori, tale tesi sosteneva che il sindacato giudiziale dovesse realizzare uno scrutinio di carattere meramente notarile relativo alla regolarità della procedura, senza alcun potere di vaglio in ordine al contenuto della proposta e del piano concordatario, il cui giudizio di fattibilità era di esclusivo appannaggio creditorio (6).

L'opposta tesi filopubblicistica, propugnata da varie pronunce di merito (7), 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.

Il sindacato di fattibilità

L'oscillazione giurisprudenziale tra le due opposte concezioni negoziale o pubblicistica del concordato

ha un momento di apparente requie con la pronuncia a Sezioni Unite n. 1521/2013, con la quale la Cassazione - sebbene 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 (8). Secondo tale pronuncia lo scrutinio del giudice - oltre a verificare l'esito della votazione e la regolarità della procedura - interessa anche la attestazione del professionista e, in particolare, la correttezza, la coerenza, la logicità delle argomentazioni e delle motivazioni adottate dal professionista sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano (9).

Le Sezioni Unite si concentrano quindi sulla fattibilità del piano quale presupposto di ammissibilità della proposta concordataria (10). Tale requisito - inteso quale concetto unitario nella lettera della legge - viene quindi scisso ad opera del formante giurisprudenziale: si realizza così una tipica operazione ermeneutica attraverso l'argomento "della

it., 2011, 9, I, 2308, 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 giovare 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". Cfr. inoltre Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Giur. comm.*, 2012, 2, II, 276, con nota di M. Fabiani (in tema di concordato fallimentare) e Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, *ivi*, 2011, 1, I, 105. Tra le pronunce di merito si veda Trib. Milano 16 gennaio 2007, in questa *Rivista*, 2007, 8, 974, che, in fase di omologazione, limita il controllo del tribunale alla verifica del raggiungimento delle maggioranze.

(6) 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: M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in questa *Rivista*, 2011, 172; S. Ambrosini, *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*, 1 ss.; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2011, 321; C. Buonauro, *Concordato preventivo*, in *Enc. dir. annali*, II, 2, Milano, 2008, passim; P. Bonfatti - S. Censoni, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, passim; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, passim.

(7) Cfr. App. Bologna 30 giugno 2006, in questa *Rivista*, 2007, 4, 471; Trib. Salerno 3 giugno 2005, *ivi*, 11, 2005, 1297;

Trib. Sulmona 6 giugno 2005, *ivi*, 7, 2005, 793; Trib. La Spezia 4 agosto 2005, in *Giur. mer.*, 2006, 683; Trib. Firenze 23 novembre 2005, in *Foro tosc.*, 1, 2006, 59; Trib. Bologna 17 novembre 2005, in *Giur. merito*, 2006, 658; Trib. Monza 28 settembre 2005, in questa *Rivista*, 2005, 1406. In dottrina si vedano le riflessioni di G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, cit., 182; R. Amatore, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 104.

(8) Cfr. G. Ciervo, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 59.

(9) Si veda, sul punto, Cass. 31 gennaio 2014, n. 2130, in questa *Rivista*, 2014, 765, 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".

(10) Si vedano in proposito le Sezioni Unite di cui alla Cass. 23 gennaio 2013, n. 1521, in *www.ilcaso.it*, I, 8401. Per l'analisi della giurisprudenza successiva cfr. l'articolata disamina di P. Vella, *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 questa *Rivista*, 2015, 438-447; G. Vettori, *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. e impr.*, 2013, 1203-1214. Sul ruolo dei creditori nel concordato preventivo si veda Cass. 23 giugno 2011, nn. 13817 e 13818, in *Dir. fall.*, II, 2011, 615 con commento di E. Bertacchini, *I creditori sono gli unici "giudici" della fattibilità della proposta ... con il limite dell'abuso dello strumento concordatario in violazione del principio di buona fede*. Sullo stato della giurisprudenza anteriore alla pronuncia delle Sezioni Unite si vedano le lucide osservazioni di G. Bersani, *Fisiologia e patologia del giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, II, 302/2012.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

dissociazione” (11), con il proposito di limitare il sindacato giudiziale.

Invero, per individuare le possibilità e i limiti dello scrutinio del giudice sulla fattibilità del concordato, le celebri Sezioni Unite della Cassazione precisano che “la fattibilità non va confusa con la convenienza della proposta, vale a dire con il giudizio di merito certamente sottratto al tribunale (salva l’ipotesi di cui alla l.fall., art. 180, comma 4, come modificato dal D.L. n. 83/2012), così come analogamente non può essere identificata con una astratta verifica in ordine agli elementi dell’attivo e del passivo, anche se in qualche misura da questi possa dipendere. È invece più propriamente da ritenere che la fattibilità si traduca in una prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati, il che implica una ulteriore distinzione, nell’ambito del generale concetto di fattibilità, fra la fattibilità giuridica e quella economica” (12). Ecco dunque irrompere la distinzione tra fattibilità che concerne la compatibilità tra le modalità attuative del concordato e le norme inderogabili di legge (c.d. “fattibilità giuridica”) e la fattibilità che attiene alla concreta realizzabilità del piano concordataria (c.d. “fattibilità economica”) (13).

In tal modo si introduce surrettiziamente in via pretoria una differenziazione non prevista dal legislatore in modo da ridurre il perimetro di valutazione giudiziale in sede di omologazione di un 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 tuttavia a verificare la sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, am-

mettendo dunque, in una prospettiva funzionale, la possibilità di sindacare la proposta concordataria ove questa sia totalmente implausibile (14).

Inoltre, nella cennata pronuncia del Supremo consesso si legge: “affinché i creditori possono esprimere il giudizio loro riservato sulla convenienza economica della proposta di concordato, concorrendo così a garantire il giusto esito della procedura, è necessario che essi ricevano una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni” (15). 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 - sono dunque rimessi all’esclusiva valutazione dei creditori in sede di approvazione (16). Tale valutazione può considerarsi correttamente espressa unicamente qualora, come sottolineano le menzionate Sezioni Unite, “i creditori ricevano 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” (17).

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 risponda ai principi di coerenza, accuratezza e completezza sul piano logico-argomentativo del discorso asseverativo (18). Tuttavia, in tale profilo del sindacato giudiziale si annida il

(11) Si veda in proposito, R. Guastini, *Interpretare e argomentare*, in A. Cicu - F. Galgano - L. Mengoni (già diretto), continuato da P. Schlesinger, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2011, 284.

(12) Cass. 23 gennaio 2013, n. 1521, cit.

(13) Ivi. Si veda inoltre Cass. 6 novembre 2013, n. 24970, in *Giur. comm.*, 2015, II, 53, con nota di G. Ciervo, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo*.

(14) Cfr. tra le tante Cass. 13 marzo 2015, n. 5107, in *www.ilcaso.it*.

(15) Tra i primi commenti alla pronuncia si vedano M. Fabiani, *Guida rapida alla lettura di Cass. s.u. 1521/2013*, in *Il Caso.it*, II, 343/2013; G.B. Nardecchia, *La fattibilità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *www.ilcaso.it*, II, 340/2013.

(16) Cfr. S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, diretto da F. Vassalli - F. P. Luiso - E. Gabrielli, IV, Torino, 2014, 235;

P. F. Censoni, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio e B. N. Sassani, IV, Milano, 2016, 291 ss.; F. Pirisi, *L’omologazione del concordato preventivo*, in *Crisi d’impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, III, Torino, 2016, 3698.

(17) Così, ancora Cass. 23 gennaio 2013, n. 1521, in *www.ilcaso.it*, I, 8401. Si vedano in proposito le lucide osservazioni di G. Bersani, *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 *www.ilcaso.it*, II, 2014.

(18) Vale in proposito richiamare l’arresto di cui al Trib. Milano 27 ottobre 2011, in *Personaedanno.it*, in materia di accordi di ristrutturazione, secondo il quale si può prescindere dalla conclusione dell’esperto attentatore nel caso in cui la relazione appaia ad una prima prognosi incongruente o insufficientemente o illogicamente motivata. In tale ipotesi il giudice dovrà

rischio di una dilatazione dell'ambito di controllo del giudice, il quale, dal dover limitarsi a verificare il metodo logico-argomentativo dell'attestazione, potrebbe "passare il guado" ed esaminare il merito delle conclusioni cui è giunto l'attestatore (19).

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. 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 for-

mazione della volontà negoziale, visto che un'informazione adeguata è condizione necessaria per il valido esercizio dell'autonomia privata giacché il corretto intendere è presupposto per un volere razionale (20).

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. 173 l.fall. nonché il rispetto delle regole relative alla formazione del consenso dei creditori sulla proposta concordataria (21).

In caso di concordato con classi il giudice deve inoltre circoscrivere il proprio vaglio ad un'indagine sulla coerenza logica dei criteri utilizzati nella formazione delle classi, in modo da verificare se vi sia omogeneità tra le posizioni giuridiche e gli interessi economici dei creditori inclusi in una medesima classe o disomogeneità tra i creditori collocati in classi diverse (22). Si pone quindi fuori dalla la-

valutare direttamente la situazione effettuale oggetto di attestazione parificando la consulenza dell'esperto attestatore ad una qualsiasi consulenza tecnica. Infatti il giudice milanese evidenzia che "la relazione degli esperti attestatori altro non è, in definitiva, che una relazione tecnica, come lascia chiaramente intendere, nel contesto di un'interpretazione sistematica delle norme che disciplinano le nuove forme di soluzione alternativa delle crisi d'impresa, l'art. 67, terzo comma, lett. d), l.fall., laddove esige che la ragionevolezza dei c.d. piani di risanamento - ma tale criterio è evidentemente estensibile anche alla fattibilità dei piani concordatari e all'attuabilità degli accordi ex art. 182-bis l.fall. in quanto implicanti un analogo giudizio di *feasibility* - sia attestata ai sensi dell'art. 2501-bis, quarto comma, del codice civile". Nello stesso senso, cfr. Trib. Piacenza 17 maggio 2013, in www.iffallimentarista.it.

(19) In proposito, si vedano le osservazioni di A. Villa, *Fattibilità del piano concordatario e sindacato giudiziale indiretto*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, 241; G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, cit., 182; M. Fabiani, *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, cit., 158; M. Martinelli, *La valutazione dell'attestazione da parte del giudice*, in S. Ambrosini - A. Tron (opera diretta da), *Piani di ristrutturazione dei debiti e ruolo dell'attestatore*, Bologna, 2016, 61-65, 69-71.

(20) In tal senso si veda, *ex multis*, S. Grundmann, *L'autonomia privata nel mercato interno: le regole d'informazione come strumento*, in *Eur. dir. priv.*, 2001, 257. In proposito cfr. sul punto Cass. 17 ottobre 2014, n. 22054, in questa *Rivista*, 2015, 435 con nota di P. Vella.

(21) In proposito Cass. 16 settembre 2011, n. 18987, in *Red. Giust. civ. Mass.*, 2011, 9, la quale sottolinea come la valutazione di legittimità da parte del giudice "deve essere orientata alla verifica della salvaguardia della consapevole acquisizione di quel dato da parte del ceto creditorio e della regolare espressione del consenso a suo riguardo [...]. Il bilanciamento tra le esigenze, opposte ma non per ciò solo necessariamente confliggenti, che presidiano la procedura, secondo precisa scelta del legislatore, è perciò adeguatamente assicurato, nello spirito del riformato assetto, dal riscontro del giudice limitato a

quel profilo, da cui resta assolutamente escluso il merito".

(22) Il giudice dovrà quindi intervenire imponendo la creazione di nuove classi o la modifica di quelle costituite in autonomia, qualora, considerando la complessiva economia dell'operazione, ritenga che il debitore - in spregio al principio generale di buona fede applicabile anche nel diritto della crisi d'impresa - strumentalizzi l'autonomia riconosciutagli dalla legge pregiudicando i creditori mediante la formazione di un maggiore o minore numero di classi all'esclusivo fine di manipolare il consenso, deformando il diritto al dissenso di una o più di esse. Non è peregrino infatti il caso in cui il proponente "diluisca" i creditori in una massa di votanti in modo da ridurre l'influenza. Del resto, se si ritenesse sufficiente, ai fini della divisione delle classi, una minima differenziazione di trattamento priva di una plausibile rilevanza economica, non si comprenderebbe il significato dell'art. 160, comma 1°, lett. c), l.fall. il quale prescrive, quale criterio di articolazione delle classi la suddivisione del ceto creditorio in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, in quanto il debitore potrebbe costituire in maniera del tutto arbitraria le classi dei creditori determinando quindi l'esito del voto. Ugualmente dovrebbe essere sanzionata l'ipotesi in cui il debitore crei artatamente l'omogeneità di una classe di creditori consenzienti, al mero fine di aumentare il "peso specifico" dei suoi componenti nell'ambito del voto: in tal caso il procedimento decisionale risulterebbe viziato da una fittizia proliferazione di classi finalizzata unicamente ad ottenere la maggioranza dei voti, senza che vi sia un'effettiva diversità nel livello di soddisfacimento. Si realizzerebbe in tal caso un abuso dello strumento concordatario in quanto si avrebbe la creazione di una classe come *escamotage* volto alla preconstituzione di un gruppo di creditori *a priori* assenzienti. Si vedano in proposito le riflessioni di S. Pacchi, *L'abuso del diritto nel concordato preventivo*, in *Giust. civ.*, 2015, 789; M. Aiello, *Tre questioni in tema di concordato preventivo: abuso del diritto nella formazione delle classi, atti di frode e legittimazione del liquidatore giudiziale all'esperienza dell'azione di responsabilità*, in www.iffallimentarista.it, 2011, e, sia consentito rinviare a I.L. Nocera, *Abuso del diritto nella formazione delle classi nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, 387.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

titudine del controllo giudiziale il merito delle ragioni giustificatrici dell'anteposizione di una classe rispetto ad altre.

Esegesi della fattibilità e della causa in concreto

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). 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.

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 in-

derogabili 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 si intende per fattibilità giuridica la compatibilità delle modalità attuative del piano con norme inderogabili (27), dovrebbe conseguentemente ammettersi un controllo giudiziale esteso alla conformità degli atti procedurali ed esecutivi eseguiti in attuazione della proposta rispetto a tutte le norme dell'ordinamento (28).

Con riferimento alla fattibilità economica, il vaglio giudiziale dovrebbe dunque 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.

Pertanto, 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 prero-

(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 *www.ilfallimentarista.it*; Cass. 23 novembre 2016, n. 23882, in *Mass. Giust. civ.*, 2017; Cass. 12 agosto 2016, n. 12079, in *www.ilfallimentarista.it*; Cass. 4 maggio 2016, n. 8804, in *Guida dir.*, 2016, 38, 69; Cass. 4 maggio 2016, n. 8799, in *Guida dir.*, 2016, 38, 69; Cass. 5 febbraio 2016, n. 2320, in *Guida dir.*, 2016, 16, 85; Cass. 23 maggio 2014, n. 11497, in *www.ilcaso.it*; Cass. 6 novembre 2013, n. 24970, in *Giur. comm.*, 2015, 53. Per una panoramica sulla giurisprudenza di merito si rinvia all'interessante analisi di C. Trentini, *Il controllo del tribunale sulla fattibilità economica del concordato: un "ritorno" legittimo?*, in questa *Rivista*, 2017, 1222.

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

(25) Secondo una formula ricorrente, da ultimo ribadita da Cass. 6 ottobre 2017, n. 23437, in *DeJure*. In proposito si veda

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

(26) Cfr. F. Lamanna, *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità del concordato preventivo: "così è se vi pare"*, cit. Si veda altresì M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in questa *Rivista*, 2011, 172.

(27) In tal senso cfr. *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 *www.ilcaso.it*. Sulla fattibilità giuridica come giudizio di conformità della domanda alle norme imperative dell'ordinamento si vedano le lucide osservazioni di F. Di Marzio, *Fattibilità giuridica vs. fattibilità economica*, in *www.ilfallimentarista.it*.

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

gativa 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 altresì 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 ha 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 invade 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 - accolta dalla giurisprudenza degli ultimi lustri ma da tempo prospettata da autorevole dottrina (29) - 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" (30).

Se la causa concreta è dunque 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, 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. Inoltre, 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 - tentativo non privo di asperità (31) - pertanto, potrebbe de-

(29) Già F. Carnelutti, in *Teoria generale del reato*, Padova, 1933, 151 sosteneva che la causa è "l'interesse che, mediante l'atto, le parti mirano a soddisfare attraverso il negozio" e G.B. Ferri, in *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 367 e 405, evidenziava l'esigenza di valorizzare nell'ottica causale gli interessi dei contraenti, affermando che il ruolo della causa è quello "di esprimere la tensione della volontà verso un bene, e cioè l'interesse che attraverso il negozio si vuol realizzare, e cioè la funzione che il negozio ha per i soggetti che lo pongono in essere". Quest'ultimo autorevole giurista in particolare - criticando la concezione oggettiva in base alla confusione tra causa e tipo, nella nuova ottica che vede il contratto come strumento di autodeterminazione per il perseguimento dei fini privati - individuava la causa nello scopo si oggettivo ma non più astratto bensì concreto.

(30) 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, 1718, con nota di F. Rolli, 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 infine 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 mo-

delli contrattuali tipici. Si veda in merito anche Cass. 26 gennaio 1995, n. 975, in *Contratti*, 1995, 362, con nota di M. Ambrosoli. Tale concezione aveva già trovato applicazione in varie problematiche, quali la nozione di contratto in frode del divieto di patto commissorio cfr. Cass., SS.UU., 3 aprile 1989, n. 1611, e 21 aprile 1989, n. 1907, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1989, I, 348; o il patto di non concorrenza cfr. Cass. 6 agosto 1997, n. 7276, in *Mass. Giust. civ.*, 1997, 1350, ovvero ancora la rendita vitalizia cfr. Cass. 15 maggio 1996, n. 4503, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, 730. Per una puntuale analisi cfr. U. Breccia, *Causa*, in *Tratt. Bessone, Il contratto in generale*, Torino, 1999, 66; E. Navarretta, *La causa e le prestazioni isolate*, Milano, 2000, 212; R. Rolli, *Causa in astratto e causa in concreto*, Padova, 2008; C.M. Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Milano, 2000, 452.

(31) Sul punto si rinvia alle osservazioni di S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, cit., 238-241, il quale riferisce come Paolo Montalenti non comprenda il senso della dicotomia tra "causa in astratto" e "causa in concreto" (230-234); Alessandro Nigro neghi che il concetto civilistico di causa possa avere una sua collocazione nell'ambito del procedimento di concordato preventivo (234-236); Vincenzo Calandra Buonauro evidenzia come il riferimento alla "causa in concreto", il quale assicuri una soddisfazione "minimale", finisca per rendere evanescente ogni distinzione tra il controllo del tribunale e la valutazione dei creditori, creando "i presupposti per una interpretazione in chiave "ideologica" del pensiero della Suprema Corte (...)" (237); Agostino Gambino definisca la "causa in concreto" proposta dalle Sezioni Unite della Corte di cassazione un "concetto sfuggente" (239).

Giurisprudenza

Concordato preventivo

dursi 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 (32). Qualora invece 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 (33).

Se si assume un concetto di causa in concreto quale ragione pratica dell'affare (34) - 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. 83/2015 predeterminata dal legislatore nella misura minima del venti per cento (35)) 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, distinguendo da un lato la causa, che si esprime nella relazione tra gli interessi da soddisfare obiettivamente 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 (36). Di conseguenza, lo scrutinio giudiziale sulla causa dovrebbe limitarsi a vagliare la ragione che concretamente giustifica il particolare 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 (37).

La pronuncia in commento: la valutazione dell'alea dell'attuazione del concordato

Nella sentenza in commento la S.C. ribadisce in primo luogo come all'organo giurisdizionale spetti "di verificare la persistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato nonché di sindacare la fattibilità giuridica ed economica di quest'ultimo nei limiti in cui ciò può ritenersi consentito sia nella fase di preventiva valutazione di ammissibilità che nei segmenti processuali successivi". Pertanto, riconosce al Tribunale di poter apprezzare, anche in sede di giudizio di omologazione, se la proposta concordataria possa ancora prognosticamente superare il vaglio di fattibilità alla stregua degli ulteriori accertamenti e delle vicende nel frattempo verificatesi, a prescindere dalla posizione dei creditori e dal contenuto del parere reso dal commissario giudiziale.

Tuttavia, la Cassazione scongiura una dilatazione della discrezionalità giudiziale sulla scorta di parametri declinati in termini meramente qualitativi, evitando che la procedura concordataria sia arrestata sulla base di una valutazione prognostica di

(32) In proposito, cfr. Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *Corr. giur.*, 2012, 39, con nota di L. Salvato, *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del tribunale nel concordato preventivo*.

(33) Si veda in proposito la lucida riflessione di M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in questa *Rivista*, 2011, 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 [...]. 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 impos-

sibilità dell'oggetto (causa genetica di malfunzionamento del negozio) ma, se mai, di inadempimento (causa funzionale di malfunzionamento del negozio)".

(34) Cfr. Cass. 6 marzo 2015, n. 4628, in *Giur. it.*, 2015, 1064, con nota di A. di Majo.

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

(36) 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 A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, 18 e 181; E. Gabrielli, *Il contenuto e l'oggetto*, in *Tratt. contr.*, diretto da Rescigno, Milano, 2015, 39.

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

non realizzabilità del piano fondata su valutazioni meramente probabilistiche che prestano il fianco ad inevitabili difformità applicative.

Gli ermellini infatti osservano come il sindacato sulla fattibilità economica del concordato non possa trascinare la verifica della idoneità della proposta concordataria a realizzare la causa concreta della procedura concordataria “che si estrinseca nella finalità di assicurare il superamento della crisi attraverso una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari”.

Di conseguenza, secondo la sentenza in commento, esulerebbe dal perimetro del vaglio giudiziale la valutazione relativa alla certezza o meno sul conseguimento degli obbiettivi del piano, ossia la più o meno rilevante probabilità di successo economico del piano e i rischi inerenti.

Invero, mentre lo scrutinio sulla fattibilità giuridica non deve sopportare particolari limiti, i margini di opinabilità intrinseci al giudizio sulla fattibilità economica indurrebbero ad attribuire il relativo sindacato all'esclusivo apprezzamento dei creditori, il cui voto consapevole deve essere tutelato dal controllo giudiziale circa la completezza e correttezza delle informazioni contenute nella domanda di concordato e nella restante documentazione (38).

La decisione in epigrafe si apprezza dunque in quanto riconosce un'area di persistente autonomia del debitore e dei creditori, ritornando allo spirito originario della divisione operata dalle Sezioni Unite del 2013, la quale prescriveva uno scrutinio giudiziale scervo da valutazioni o prognosi attinenti un'analisi prospettica degli elementi costituiti del piano concordatario. Anzi, si affermava espressamente che la causa della procedura di concordato “esclude che l'indicazione di una percentuale di soddisfacimento dei creditori da parte del debitore possa in qualche modo incidere sull'ammissione del concordato”.

Nella tortuosa navigazione della giurisprudenza sull'ampiezza dei poteri del giudice nel concordato preventivo, la S.C. con questa sentenza pare dunque distaccarsi da pur recenti pronunce, in cui si esalta la categoria civilistica della causa in concreto, usandola quale “cavallo di Troia” per intervenire nel regolamento di interessi posto in essere dal piano concordatario.

Invero, se la causa concreta è individuata dalla giurisprudenza nella finalità di assicurare il superamento della crisi, parrebbe arduo escludere dal sindacato giudiziale la valutazione sulla certezza o meno delle condizioni per il pagamento ai creditori nelle percentuali proposte dal debitore. Infatti, nella prospettiva funzionale è oggetto di sindacato la plausibilità del piano concordatario, atteso che - come pure affermato da un recente arresto della stessa Cassazione - “l'esplicito riferimento alla causa concreta, evocando il richiamo di una prospettiva funzionale, suppone un controllo sul contenuto della proposta finalizzato a stabilirne l'idoneità ad assicurare la rimozione dello stato di crisi mediante il previsto soddisfacimento dei crediti rappresentati. Ciò significa che la verifica di fattibilità, proprio in quanto correlata al controllo della causa concreta del concordato, comprende necessariamente anche un giudizio di idoneità, che va svolto rispetto all'assetto di interessi ipotizzato dal proponente in rapporto ai fini pratici che il concordato persegue. Difatti non può esser predicato il primo concetto (il “controllo circa l'effettiva realizzabilità della causa concreta”) se non attraverso l'estensione al di là del mero riscontro di legalità degli atti in cui la procedura si articola, e al di là di quanto attestato da un generico riferimento all'attuabilità del programma” (39).

Nel solco di tale impostazione, ancora più recentemente la S.C. (40) con riferimento ad una proposta concordataria avanzata da una società esercente attività sanitaria ha ritenuto compresi nel perimetro dello scrutinio del tribunale sull'effettiva realizzabilità della causa concreta fattori quali l'imminente scadenza del contratto di affitto di azienda, con conseguente eventuale indisponibilità dell'immobile ospitante la struttura aziendale, nonché l'eventualità del mancato rinnovo dell'accreditamento presso il servizio sanitario nazionale necessario per la prosecuzione dell'attività sanitaria.

Pertanto, secondo tale indirizzo, la dicotomia tra “fattibilità giuridica” e “fattibilità economica” si rivelerebbe una sorta di “disputa degli universali” ovvero solo una scolastica sovrastruttura che cela il tentativo di limitare il perimetro del vaglio giudiziale all'ovvio oggetto del suo sindacato, ossia qualsiasi aspetto *contra legem* (41). Tale bipartizione si dimostra effimera là dove comporta un con-

(38) Si veda in proposito F.S. Filocamo, *Art. 180 l.fall.*, in *La legge fallimentare*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2011, 2442.

(39) Così, in termini, Cass. 7 aprile 2017, n. 9061, in *Mass. Giust. civ.*, 2017.

(40) Cfr. Cass. 28 settembre 2017, n. 22691, in *www.lcasso.it*.

(41) Come posto in rilievo da App. Firenze 2 novembre 2015, in questa *Rivista*, 2016, 945, con nota di F. Casa, “la locuzione ‘fattibilità giuridica’ invero non sta nella legge, nasce

Giurisprudenza

Concordato preventivo

trollo giudiziale in ordine alla compatibilità delle modalità attuative del concordato con la causa concreta dell'accordo, avente come finalità il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore. Di conseguenza, la valutazione dell'idoneità della proposta concordataria - secondo tale prospettiva - non potrebbe prescindere dallo scrutinio sulla percentuale offerta ai creditori ovvero sulla tempistica dei pagamenti ovvero sulle modalità di formazione delle classi, realizzandosi così un giudizio di carattere "paternalistico" (42).

Giova invero osservare che nel nuovo concordato permane centrale il ruolo del consenso dei creditori. Infatti, in ipotesi di fatti sopravvenuti, implicanti un significativo scostamento delle prospettive attuative del piano, l'art. 179 l.fall. prescrive che allorché il commissario giudiziario rilevi, dopo l'approvazione del concordato o dopo l'omologa, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'art. 180 l.fall. per modificare il voto, consentendo di verificare il perdurante interesse alla votazione favorevole (43).

Ribadendo, quanto precisato dalle menzionate Sezioni Unite, l'autorità giudiziaria, dovendo assicurare il rispetto della legalità nello svolgimento della procedura, è tenuta controllare che la relazione del professionista attestatore abbia una motivazione congrua e logica, anche sotto il profilo del collegamento effettivo fra i dati riscontrati ed il conseguente giudizio, senza effettuare alcuna prognosi di realizzabilità dell'attivo nei termini indicati dall'imprenditore. Infatti, tale giudizio è rimesso alla valutazione dei creditori quali diretti interessati, una volta garantita la corretta trasmissione dei dati ed acquisite le indicazioni del commissario giudiziale.

Pertanto, il controllo relativo alla possibilità che i creditori non siano soddisfatti secondo i termini indicati nel piano concordatario, connesso ad una valutazione prognostica fisiologicamente opinabile e aleatoria, una volta che vi sia stata corretta informazione sul punto, dovrebbe essere ad esclusivo carico dei creditori. Va dunque rimessa esclusivamente all'apprezzamento di questi ultimi il vaglio della correttezza delle stime e delle previsioni contenute nel piano ed avvalorate dall'attestatore: i creditori dovrebbero infatti avere la competenza a valutare la realizzabilità concreta del piano essendo peraltro i soggetti che ne sopportano i rischi (44).

Osservazioni conclusive

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, con conseguente sempre maggiore difficoltà per l'interprete nel tentativo di realizzare l'isomorfismo tra norma e situazione concreta.

L'interprete chiamato a confrontarsi con la *vexata quaestio* relativa all'ampiezza del sindacato giudiziale, nell'esaminare il ruolo esercitato in merito dal formante giurisprudenziale, è costretto a richiamare l'abusata espressione brechtiana "l'unica cosa certa è il dubbio" in quanto il tentativo definitorio inerente la fattibilità e l'applicazione della categoria civilistica della causa in concreto si è rivelato inappagante e per nulla foriero di certezze.

Non pare invero coerente ritenere di spettanza giudiziale - per mezzo del "chiavistello" della causa concreta - la valutazione dell'alea relativa all'esito delle operazioni attuative del piano, la cui attuazio-

dalla creatività dell'interprete al fine di sottrarre al giudice il potere/dovere di valutare la fattibilità economica della proposta concordataria, ma a ben vedere si rivela un mostro semantico, una *contradictio in adiecto*, come sarebbe l'omologo inverso di "giuridicità fattuale".

(42) In tal senso, cfr. A. Penta, *Il nuovo concordato in bianco: istigazione ad usi strumentali e dilatori*, in questa *Rivista*, 2014, 100, nt. 8, con riferimento alla pronuncia del Trib. Tortona 8 ottobre 2012.

(43) Tuttavia, in senso contrario, V. Giorgi, *Poteri del giudice nell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito*, in questa *Rivista*, 2015, 386, secondo il quale "innanzitutto il voto dei creditori è solo il presupposto per l'omologazione, ma riguarda il giudizio di convenienza loro demandato, non gli ulteriori aspetti della regolarità della procedura e della fattibilità del piano, come dimostra la possibilità di non omologare il concordato anche in presenza del vo-

to unanime dei creditori ed in assenza di opposizioni. Ancora il mutamento delle condizioni di fattibilità presuppone una determinazione del commissario che ne avvisa i creditori, dimostrando all'opposto che anche il giudizio dei creditori necessita della "mediazione" degli organi della procedura. Si potrebbe poi argomentare che è proprio l'esistenza di ampi poteri del giudice e la necessità del controllo sulla "fattibilità" del piano che consente al creditore di modificare il voto in sede di omologazione, facendo venir meno anche quel giudizio positivo sulla convenienza del concordato, senza il quale la fase dell'omologazione nemmeno si sarebbe aperta".

(44) Si vedano in proposito le lucide osservazioni di L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 25, il quale parla di creditori come "soci senza diritti". Dello stesso Autore cfr. inoltre *Il ruolo dei finanziatori nella crisi d'impresa: nuove regole e opportunità di mercato*, in questa *Rivista*, 2008, 1075.

ne dipende pur sempre dalla risposta del mercato e invece riservare alla valutazione dei creditori l'accettazione dell'alea delle condizioni di mercato (fattibilità economica).

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 (45). In particolare, per quanto concerne il *quantum* offerto ai creditori, è stata introdotta, quale ulteriore requisito di ammissibilità della proposta, la soglia minima di soddisfazione del venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari (art. 160, ultimo comma, l.fall.). 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 al nuovo 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 del-

la 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 (46).

È dunque auspicabile che le incognite e le oscillazioni che connotano l'attuale quadro giurisprudenziale sul tema qui trattato vengano meno *de jure condendo*, considerato che la legge delega di riforma diritto concorsuale, recentemente approvata (L. 19 ottobre 2017, n. 155), in un contesto normativo che vedrebbe l'accesso al concordato riservato alle ipotesi con continuità aziendale, prevede, quale criterio direttivo, quello di determinare i poteri del tribunale, con particolare riguardo alla valutazione della fattibilità del piano, attribuendo al giudice poteri di verifica in ordine alla fattibilità anche economica dello stesso (47).

È evidente che tale ipotesi comporterebbe da un lato un indubbio restringimento del ruolo dei creditori e dall'altro la necessità della nomina da parte del Tribunale di un consulente cui demandare le valutazioni prognostiche sulla fattibilità. Tuttavia, questa soluzione sarebbe connotata dall'innegabile pregio di ricondurre ad unità il frazionato concetto normativo di fattibilità e potrebbe inoltre evitare disparità applicative qualora il legislatore delegato predetermini le regole extragiuridiche cui il Tribunale deve attenersi quali riferimenti ai fini della realizzabilità economica del piano. Altrimenti, per dirla con Cartesio, si continuerebbe a non avere affatto "idee chiare e distinte" sul perimetro dello scrutinio giudiziale.

(45) Si vedano in proposito le osservazioni di A. Jorio, *La parabola del concordato preventivo: dieci anni di riforme e controriforme*, in *Giur. comm.*, 2016, I, 15; G. Bozza, *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 *www.ilcaso.it*, 28 febbraio 2017.

(46) Per la giurisprudenza su tale novella cfr. Trib. Mantova 2 marzo 2017, in *www.ilcaso.it*; Trib. Belluno 17 febbraio 2017, in questa *Rivista*, 2017, 1217, con nota di C. Trentini, *Il controllo del tribunale sulla fattibilità economica del concordato: un "ritorno" legittimo?*; App. Firenze 6 dicembre 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Bergamo 24 novembre 2016, *ivi*; Trib. Pistoia 4 febbraio 2016, *ivi*; e in dottrina M. Fabiani, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura*

difensiva", in questa *Rivista*, 2016, 584; E. Staunovo-Polacco, *Il contenuto della proposta, il piano e la soppressione del "silenzio-assenso"*, in *Giur. it.*, 2017, 259.

(47) Su tale punto della riforma si vedano, su opposte posizioni, M. Arato, *La riforma organica delle procedure concorsuali nel disegno di legge elaborato dalla Commissione Rordorf, in Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso - L. Panzani, III, Torino, 2016, 4551, e L. Lamanna, *Osservazioni sul DDL delega della Commissione Rordorf*, in *www.ilfallimentarista*, 22 settembre 2016; B. Conca, *Dalla fattibilità giuridica alla realizzabilità economica del concordato: il nuovo ruolo del tribunale*, Relazione tenuta al XXX Convegno di studio su "Le procedure concorsuali verso la riforma tra diritto italiano e diritto europeo", Courmayeur, 23-24 settembre 2016, in *FondazioneCourmayeur.it*.