

Edizioni Scientifiche Italiane



Le Corti Fiorentine
Rivista di diritto e procedura civile
Quadrimestrale di giurisprudenza e dottrina
Anno IV n. 1/2017

CAMERA CIVILE DI FIRENZE



AUTONOMIA PRIVATA, CONTROLLO GIUDIZIALE E "FATTIBILITÀ" DEL CONCORDATO PREVENTIVO

FRANCESCO D'ANGELO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La riforma organica della legge fallimentare ed il concordato preventivo. – 3. La svolta del "decreto sviluppo" del 2012 ed il ritorno al passato del 2015. – 4. Il difficile equilibrio fra autonomia del debitore e poteri del Giudice. – 5. L'intervento delle Sezioni Unite e la sentenza n. 1521 del 2013. – 6. L'unitario concetto di "fattibilità" quale ragionevole realizzabilità.

1. Premessa.

Parlare di autonomia privata e controllo giudiziale nel concordato preventivo è, oggi più di ieri, assai complesso. L'ampiezza di tali concetti e l'intrinseca natura ibrida del concordato preventivo (da sempre in bilico fra esigenze pubblicistiche e ragioni private), fra "contratto" e "processo", creano spesso incertezze interpretative e danno luogo a soluzioni applicative non sempre coerenti e uniformi e, anzi, spesso opposte, nella consapevole impossibilità di tracciare una linea di demarcazione netta e precisa.

Di questo è prova la vastità di orientamenti della giurisprudenza di merito e di legittimità, anche in ordine a quelli che sono o dovrebbero essere alcuni capisaldi fondamentali del rinnovato diritto della crisi¹.

L'occasione per riflettere su questo tema è data da un'interessante pronuncia della Corte d'Appello di Firenze che, benché oggetto di pubblicazione su riviste scientifiche², non ha avuto forse (almeno finora) la risonanza che avrebbe meritato, quanto meno per la scelta di affrontare a viso aperto la soluzione adottata dalle SS.UU., come in seguito meglio vedremo.

¹ Primo fra tutti proprio il dibattito intorno alla "fattibilità" del concordato. Occorre precisare fin d'ora che con l'introduzione – per i concordati non caratterizzati dalla continuità aziendale – di una percentuale minima "assicurata" ai creditori chirografari e pari al 20% (art. 160, comma 4, l. fall.), oggi il dibattito per tali concordati non riguarda tanto la fattibilità quanto, invece, la nozione di "assicurazione". Il tema della fattibilità permane naturalmente fondamentalmente in tutti i casi di concordato ex art. 186-bis, l. fall.

² La si legge in *Fallimento*, 2016, p. 945 ss, con commento di F. Casa, *Le (impercettibili) correzioni della Corte di cassazione in tema di causa del concordato preventivo*. Tale pronuncia – nei suoi termini fondamentali ripresa da una successiva della medesima Corte, la n. 1151 dell'11 luglio 2016 e poi ulteriormente confermata dalla recente sentenza n. 2023 del 6.12.2016 in *www.ilcaso.it* – segna altresì una cesura rispetto a quello che sembrava il precedente orientamento della Corte Fiorentina (cfr. ad esempio App. Firenze, n. 356/2013, in *www.ilcaso.it*).

Per comprendere meglio il senso del discorso, è tuttavia opportuno muovere da una sintetica rassegna dell'evoluzione degli ultimi anni³:

2. La riforma organica della legge fallimentare ed il concordato preventivo.
Partiamo allora dal 2005, quando con il d. l. n. 35, il legislatore interviene nella disciplina della crisi d'impresa (tra l'altro) delineando il concordato preventivo quale procedura svuolata dai presupposti del fallimento (rispetto al quale si era fin il posto quale fratello minore e un po' negletto)⁴.
L'assunto di partenza è pacifico: fino al 2005 il concordato era una procedura essenzialmente *liquidatoria*, diretta e guidata *dall'autorità giudiziaria*, tendenzialmente indonea alla prosecuzione dell'attività (la cui reale prospettiva di sopravvivenza era legata, come la prassi testimonialmente, alla cessione precedente dall'affitto dell'azienda). Il concordato rappresentava così una alternativa "premiata" (ma non troppo) rispetto al fallimento, riservata all'imprenditore "onesto ma sfortunato" e dunque ammissibile solo in presenza di presupposti assai rigorosi⁵:

³ Benché il concordato preventivo sia noto al nostro ordinamento fin dal 1903 (con l'itero antichissimo della "moratoria" precedentemente regolata dal Codice di commercio del 1882), mai come negli ultimi dieci anni si è infatti assistito ad un tanto fiorente dibattito su tale istituto, sulla scorta dei ripetuti interventi legislativi che, a partire dal 2005, ne hanno designato e ridisegnato il volto, con tratti non sempre chiari e coerenti.

⁴ È ragionevole sostenere che il d. l. 35/2005 costituisce un punto di svolta nelle legislazioni concorsuali e ponga le fondamenta di un nuovo approccio nella concezione degli strumenti volti a regolare la crisi, basti pensare che, accanto alle novità in tema di concordato preventivo, viene completamente depennato quello che fino ad allora (e per diversi anni) era stato il pilone finanziario delle procedure di fallimento, ossia l'azione revocatoria e vengono introdotti due diversi strumenti per la composizione stragiudiziale della crisi: il piano attestato e l'accordo di ristrutturazione del debitore (a dare riconoscimento giuridico alla prassi delle convenzioni o concordati) stragiudiziali.

⁵ Primo fra tutti la "militevolezza" del debitore, onesto ma sfortunato. L'espressione prende la formula inglese *honest but unfortunate debtor* che caratterizza da sempre la *bankruptcy law* statunitense e l'esigenza di offrire una soluzione alla crisi del debitore meritevole. Questo già nell'ottocento, come mostra il caso *Neal v. Clark*, 95 US 704 (1877), ove si legge "Such a construction of the statute is consonant with the equity and consistent with the object and intention of Congress in enacting a general law by which the honest citizen may be relieved from the burden of hopeless insolvency. A different construction would be inconsistent with the liberal spirit which pervades the entire bankruptcy system". Si veda ancora *Stellwager v. Clum*, 245 US 605 (1917) "the federal system start in life, free from debts". Ancora, in *Local Loan Co. v Hunt*, 292 US 234 (1934) la Suprema Corte afferma che "purpose of the act has been again and again emphasized by the courts as being of public life and a clear field for future effort, unhampered by the pressure and discouragement of pre-existing debt". Principi confermati, più di recente, nel caso *Martina v Citizens Bank of Massachusetts*, 549 US 365 (2007), ove si afferma che "The principal purpose of the Bankruptcy Code is to grant a 'fresh start' to the honest but unfortunate debtor", riprendendo altresì il precedente *Croghan v Garner*, 498 US 279 (1991): "We have been careful to explain that the Act limits the opportunity for a completely

Con la riforma del 2005, il concordato preventivo assume ben altra libertà ed elasticità rispetto al passato essendo distinto, almeno nel presupposto oggettivo, dal fallimento. L'imprenditore in crisi (e dunque non necessariamente insolvente) può proporre un concordato preventivo sulla base di un piano, che diventa l'ossatura fondamentale del concordato, il quale oltre ad essere svicolato dalla precedente percentuale minima per i creditori chirografari, può prevedere *qualunque* tipo di operazione funzionale a tale soddisfacimento⁶, purché il piano medesimo sia accompagnato da una *attestazione* avente ad oggetto la sua fattibilità e la veridicità dei dati aziendali.

La scelta legislativa ricale una politica del diritto che, sulla scorta degli scarsi risultati che le procedure concorsuali avevano dato negli anni e sulla spinta dell'evoluzione in senso liberale dell'UE, cercava di privilegiare il ruolo dell'autonomia del debitore nella stesura dell'offerta concordataria, rispetto alle precedenti rigidità. Anche il ruolo del Giudice pareva uscire fortemente ridimensionato rispetto a quello designato dal legislatore del 1942⁷.

All'indomani della prima riforma, si è così aperto immediatamente un dibattito su molti temi, non solo neppure a seguito della successiva riforma organica del Ministero dell'Economia (di concerto con il Ministero delle Attività produttive) e presso il Ministero della Giustizia. Non senza fatica il lavoro delle due commissioni ha dato luogo ad un unico articolato, poi trasfuso nel dlgs. n. 5/2006⁸.

unaccomplished new beginning to the "honest but unfortunate debtor". Peraltro anche la "moratoria prevista dal codice di commercio del 1882 presupponeva una condotta onesta, così come la procedura di concordato introdotta con la legge 24 maggio 1903, n. 197, definita "mite" da FABIANI, *Fallimento e concordato preventivo*, Vol. II *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano, Libro quinto: Lavoro art. 2221*, Bologna, 2014, p. 9 ss., al quale si rinvia per ulteriori riferimenti storici.

⁶ Fermo il principio dell'ordine dei privilegi, cadra anche il dogma del soddisfacimento integrale dei creditori privilegiati, la cui soddisfazione può subire una dilazione nel tempo e persino uno "stralcio", a condizione che non vi siano alternative praticabili in grado di offrire miglior soddisfazione.

⁷ Le procedure concorsuali italiane si distinguono nel panorama europeo per la eccessiva durata e per la spesso modestissima percentuale di recupero per i creditori e questo, oltre a sanare un gap concorrenziale rilevante rispetto agli altri Paesi dell'Unione, era altresì fonte di rischi e condanne (sull'eccessiva durata si veda, ancora di recente, Cass. 19 maggio 2015, n. 10233, in *www.ilcaso.it*, che assoggetta alla "legge Pinto" in materia di irragionevole durata del processo, anche le procedure concorsuali).

⁸ È noto che prima ancora, la originaria Commissione "Trevisano" insediata nel 2001, aveva in realtà elaborato una proposta con soluzioni anche fortemente innovative; detta proposta non ha avuto poi esito anche in considerazione del mancato accordo nell'ambito della Commissione medesima (che infatti aveva dato alla luce un testo "di minoranza"), come si legge nella relazione generale di accompagnamento ai testi licenziati. Peraltro, mi pare che alcune soluzioni studiate da tale Commissione siano oggi riproposte dalla Commissione "Kordot" attualmente insediata e che ha dato luogo alla bozza di disegno di legge delega recentemente approvato (non diverse modifiche rispetto al testo licenziato dalla Commissione) dalla Camera. Sul travagliato iter della riforma delle

procedure concorsuali si vedano A.A.VV., *Crisi dell'impresa e insolvenza*, Atti del Convegno di Isernia, 18 ottobre 2003, *Quaderni di giurisprudenza commerciale*, Milano, 2005, nonché M. PANUCCI e M. BIANCHINI, *L'iter della riforma delle procedure concorsuali e l'impianto generale delinea*, in *Assonime, Note e studi* n. 73/2007, disponibile on line all'indirizzo <http://www.emagazine.assonime.it/upload/NE-SpanucciBianchini.pdf>.

Il tema è meno banale di quanto possa apparire, vuoi per la vetustà dell'impianto ordinario (con le conseguenti difficoltà anche di coordinamento fra vecchie e nuove norme), vuoi per l'abolizione *toti* *court* dell'amministrazione controllata senza introduzione di procedure di *allerta* e senza una adeguata rivisitazione del concordato preventivo (che infatti, come si dirà nel testo, sarà oggetto di plurimi interventi fra il 2012 ed il 2015).

Più o meno inavvertitamente ho usato un termine oggi quanto mai "delicato": continuità aziendale. È però da ricordare che la salvaguardia dei valori legati alla continuità, pur se diversamente declinati nel tempo, a seconda dell'evoluzione e delle esigenze economiche e sociali, non è certo una scoperta del legislatore contemporaneo (anche se talvolta si ha la sensazione opposta).

La mancanza di misure protettive immediate o di procedure di "allerta", unitamente ad una visione della prededuzione molto restrittiva (soprattutto con riferimento ai finanziamenti all'impresa in crisi), non danno sufficienti garanzie di stabilità alle soluzioni tendenti al risanamento (sempreché, ovviamente, le prospettive di risanamento fossero quanto meno ragionevoli); di qui la perdurante scarsa appetibilità del concordato quale misura tendente alla conservazione della continuità aziendale.

In una parola, anche dopo la riforma del 2006 l'imprenditore ha continuato a trovarsi sprovvisto di una procedura concorsuale dichiaratamente ispirata e tendente al risanamento, senza tuttavia alcuna alternativa adeguata né dal punto di vista dell'allerta (e delle possibili protezioni sul patrimonio), né dal punto di vista degli incentivi al sostegno – soprattutto finanziario – della continuità aziendale.

Anticipando quanto avremo occasione di vedere nel prosieguo, si può dire che alcuni dei mali che ancora oggi caratterizzano la gestione dell'impresa in crisi (ma risanabile) derivano proprio dalle soluzioni adottate (o non adottate) dalla riforma organica, anche per la scelta *formale* seguita: in luogo di un intervento integralmente sostitutivo si preferì infatti procedere alla riscrittura ed all'inserimento degli articoli nel corpo del R.D. 267/1942. Dal canto loro, anche gli strumenti "negoziati" erano disciplinati in modo frammentario e disorganico, senza alcuna valutazione del contesto complessivo nel quale si collocavano (prova ne sia lo scarso ricorso all'accordo di ristrutturazione *ex art. 182-bis* nei primi anni di applicazione e, per contro, il frequentissimo e talvolta esagerato ricorso al piano attestato *ex art. 67*, terzo comma, lett. d).

Basti pensare che già nel 1882 il codice di commercio prevedeva la già ricordata "moratoria" e che la legge fallimentare del 1942 disciplinava un'apposita procedura amministrativa aventi però concrete prospettive di risanamento¹⁰. Il legislatore era ben consapevole dunque della necessità di disciplinare situazioni di crisi diverse e meno gravi dell'"insolvenza"¹¹, così da agevolare la prosecuzione dell'attività nei casi in cui questo fosse apparso conveniente¹².

I limiti del c.p. quale procedura di risanamento e continuità, hanno tuttavia provocato un ampio movimento di studi e di riflessioni¹³, per la valorizzazione del concordato in continuità aziendale e delle fonti di finanziamento all'impresa in concordato, quale procedura destinata proprio a favorire il mantenimento ed il

¹⁰ Vero è che la prova empirica aveva mostrato i limiti dell'amministrazione straordinaria (il più delle volte ridotta ad un'anticamera di un concordato preventivo a sua volta anticamera di un successivo fallimento) e questo "scivolò" aveva aperto il campo a non pochi problemi interpretativi (uno per tutti quello della successione delle procedure e della retrodatazione degli effetti), ma la scelta di abrogare tale procedura senza sostituirla (sperando che il suo posto potesse essere preso proprio dal concordato) e forse dall'accordo di ristrutturazione (non convinca allora e non convince del tutto neppure oggi. Meglio sarebbe stato, forse, riformare tale procedura e persino trasformarla in procedura di allerta, funzionale alla protezione di un complesso aziendale in esercizio e ragionevolmente meritevole di risanamento).

¹¹ Di lì a poco un nuovo intervento del legislatore (art. 160, comma 3, l. fall.) avrebbe chiarito quel che non a tutti appariva ovvio, ossia che la nozione di crisi comprendeva e comprendeva anche lo stato di insolvenza.

¹² Nei casi di imprese in crisi "risanabili", anche per le banche creditrici vi erano (e vi sono) detroghe alla normale disciplina, secondo un *London approach* un po' "all'italiana". Le Istruzioni di vigilanza della Banca d'Italia già da tempo prevedono maggiore elasticità in ordine alle partecipazioni detenibili dalle banche, quando queste siano acquisite in imprese debitorie che si trovino in temporanea difficoltà finanziaria, così consentendo, a certe condizioni, la conversione in azioni dei crediti (cfr. le precedenti Istruzioni di vigilanza per gli Enti Creditizi della Banca d'Italia, aggiornamento maggio 1998, cap. XVIII, 14). Anche le Istruzioni di vigilanza attualmente in vigore, (Banca d'Italia, Circolare n. 285 del 17.12.2013), nella Parte Terza, cap. I, sez. IV, confermano che "L'acquisizione di partecipazioni dirette e indirette in imprese in temporanea difficoltà finanziaria, mediante conversione dei crediti e al fine di consentire il riequilibrio, deve essere valutata con estrema cautela (...). La conversione di crediti può rivelarsi vantaggiosa a condizione che la crisi dell'impresa affidata sia temporanea, riconducibile essenzialmente ad aspetti finanziari e non di mercato, e perciò esistano ragionevoli prospettive di riequilibrio nel medio periodo". A questo proposito, e fermo il rispetto di alcuni fondamentali presupposti in presenza dei quali ciò può avvenire, le Istruzioni proseguono disponendo che "Le partecipazioni in imprese in temporanea difficoltà finanziaria, acquisite in conformità con le presenti disposizioni, non sono computate nei limiti di concentrazione e complessivo per le partecipazioni qualificate determinati in imprese non finanziarie, per un periodo corrispondente alla durata del piano e di norma non superiore a cinque anni".

¹³ Ricordo, tra l'altro, le *Linee guida per il finanziamento alle imprese in crisi*, varate dall'Università di Firenze con Assonime ed il CNDCPC, elaborate nell'ambito del PRIN 2005 e la cui prima edizione (del 2010) contiene una parte II intitolata proprio *Linee guida sul finanziamento alle imprese in procedura*, alle pagg. 34 ss. Le varie edizioni sono disponibili sul sito <http://www.munodivirttofallimentare.unifi.it/>.

risanamento delle imprese che, ancorché in crisi, apparissero meritevoli di rimanere sul mercato. Peccato che la legge non facesse alcuna menzione del concordato in continuità, così da renderlo, nell'esperienza empirica, di difficile attuazione¹⁴.

3. La svolta del "decreto sviluppo" del 2012 ed il ritorno al passato del 2015.

Tra il 2007 ed il 2011 il legislatore intervenne a più riprese sul concordato, con norme volte ad agevolare l'accesso (cade il dogma del soddisfacimento integrale necessario dei creditori privilegiati) e a dare maggiore sicurezza alla stabilità degli atti (ed in particolare interventi) desinati all'impresa in concordato. Anche questi interventi tuttavia si palesano inadeguati, in un contesto economico caratterizzato dall'insorgere della profonda crisi che purtroppo ben si conosce.

Proprio sulla spinta della crisi economica, nel 2012, si assiste però ad una novella legislativa realmente rivoluzionaria: con il d.l. 83/2012, infatti, il volto del concordato preventivo viene radicalmente modificato prevedendo strumenti fortemente innovativi¹⁵. Tanto è vero che, con l'entrata in vigore delle nuove disposizioni, si assiste ad una vera e propria esplosione di concordati.

È questo uno spartacque fondamentale: dinanzi all'impennata del numero di procedure si apre infatti la stagione dell'*abusso* dello strumento concordatario o, meglio, la stagione dell'interpretazione "and abus" che, in una singolare eterogeneità dei fini, prende di mira il concordato (soprattutto nel suo momento "prenotativo" sancito dall'art. 161, comma 6) esaltandone le potenzialità dilatorie e non valorizzando quelle anticipatorie e protettive¹⁶.

¹⁴ Come accennato nel testo, basti pensare alla mancanza di ogni disciplina speciale in materia di finanziamento, che impediva il successo di tentativi (sen) di risanamento, non offrendo alcuna garanzia o tutela al finanziatore nel caso di insuccesso (e si che l'impresa in crisi ha per definizione bisogno di finanza) o ancora basti pensare alla sorte (ed alla precarietà) dei contratti pendenti dei quali fosse parte l'impresa in concordato.

¹⁵ Non posso in questa sede dar conto delle novità, basti qui ricordare l'introduzione della domanda "in bianco", il silenzio assenso nel regime di voto, l'esplicita previsione del concordato in continuità aziendale e la nuova disciplina dei finanziamenti volti a supportare l'impresa in crisi.

¹⁶ A mio avviso le ipotesi di "uso abusivo" non potevano in nessun caso smuovere la portata e l'importanza dell'unico vero strumento di protezione in grado di offrire un immediato *automatic stay*, previsto nel nostro ordinamento, posto che l'unica alternativa è rappresentata dall'istanza di "blocco" delle azioni individuali fondata su un "pre-accordo" ex art. 182-bis, disciplinata al sesto comma di tale articolo. Si tratta tuttavia di uno strumento assai macchinoso e non agevole da attivare, come del resto mostra il non frequente utilizzo. Come mostrano anche i risultati dell'indagine della Banca d'Italia disponibili in *Quaderni di economia e finanza*, n. 16, marzo 2016) il concordato in bianco non ha forse rappresentato fino in fondo un efficiente incentivo a fare emergere la crisi tempestivamente, tuttavia non ha contribuito a ritardare e non contribuisce a ritardare l'emersione.

Certo è che l'impegnata di concordati dopo il settembre 2012 ha indotto ad un nuovo intervento legislativo nel 2013, essenzialmente volto a stringere le maglie, introducendo, tra l'altro, la figura del commissario giudiziale in fase "preonativa". Il che ha indubbiamente contribuito a ridurre le domande di concordato preventivo meramente dilatorie, e forse anche a bloccarne un uso troppo disinvolto¹⁷.

Sulla scia del diffuso (ma spesso ingiustificato) sospetto verso il concordato, nel 2015 si assiste ad un nuovo intervento di riforma, ispirato ad una logica volta ad insprire i presupposti e la disciplina del concordato preventivo, con un evidente (ed in parte sorprendente) ritorno al passato.

Dopo un decennio di riforme che infatti, fra alti e bassi, comunque ponevano al centro delle procedure concorsuali il concordato preventivo, anche in funzione liquidatoria, e pur consapevole della forza programmatica della raccomandazione UB del marzo 2014¹⁸, il nostro legislatore ha infatti modificato la disciplina del concordato con alcuni interventi dalla portata assai maggiore di quanto non fosse lecito attendersi¹⁹, ed introducendo una soglia minima di pagamento da

¹⁷ Peraltro, anche qui scorrono i dati statistici, dal momento che anche dopo la modifica legislativa del 2013 vi è stato un brusco rallentamento temporaneo che ha poi visto una nuova espansione dei ricorsi. Non solo, ma anche dopo la riforma è rimasto elevato il numero di concordati in bianco non seguiti dal deposito del piano (circa il 77%) ed il numero di imprese fallite dopo la domanda di c.p. in bianco (30% circa). Se la lettura è corretta, la tendenziale stabilità dei numeri menzionati induce a ritenere che, probabilmente, anche prima dell'introduzione delle norme "antabus" del decreto sviluppo del 2013, il concordato preventivo non era poi così frequentemente utilizzato in funzione dell'abuso del ditto.

¹⁸ La riforma del 2015 ha introdotto alcune previsioni che vanno in chiara controtendenza rispetto alle linee di politica legislativa precedenti, che avevano ispirato la riforma del c.p. nonché a quanto si afferma su scala europea (Raccomandazione marzo 2014 il cui par. 23 prevede: 23) Gli Stati membri dovrebbero provvedere affinché il giudice possa respingere il piano di ristrutturazione che manifestamente non ha nessuna prospettiva di impedire l'insolvenza del debitore né di garantire la redditività dell'impresa, ad esempio perché non prevede i nuovi finanziamenti necessari per proseguire le attività.

¹⁹ Basti qui ricordare: a) la reintroduzione del silenzio d'invio (e fin qui probabilmente la scelta può condividersi); b) la previsione ricordata nel testo della soglia minima di soddisfacimento da "assicurare" ai creditori chirografari del 20% per i concordati che non abbiano carattere di continuità; c) talune in modo generalizzato ed indetegabile norme "anti abuso" quali quella dell'art. 163-bis, senza tuttavia indagare compiutamente il substrato economico sul quale si fonda e senza valutare in alcun modo il possibile impatto; f) l'estensione delle fattispecie penali fallimentari, anche alle ipotesi di accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis. Il nuovo art. 236 primo comma, infatti, estende all'accordo ex art. 182-bis la fattispecie della falsa attribuzione di attività e della simulazione di crediti inesistenti, e fin qui si può anche convenire. Quel che invece non convince è in particolare il nuovo terzo comma dell'art. 236 che oggi estende agli accordi ex art. 182-bis le fattispecie di bancarotta ed il reato di "mercato di voto". Si tratta di scelte a dir poco opinabili, considerando che l'accordo ex art. 182-bis non costituisce una procedura concorsuale ma immette all'autonomia delle parti ogni valutazione anche in ordine all'entità e modalità di soddisfacimento dei creditori, prescindendo altresì dalla necessità *par conditio*.

“assicurare” ai creditori chirografari nel caso di concordato non caratterizzato dalla continuità aziendale²⁰.

Questo, in estrema sintesi, il quadro evolutivo delle varie stagioni di riforma, in attesa della prossima (eventuale) rivoluzione che potrebbe arrivare ove andasse in porto la completa riforma attualmente in gestazione²¹.

4. Il difficile equilibrio fra autonomia del debitore e poteri del Giudice.

In questo quadro, è difficile non evidenziare l'incertezza del legislatore, sempre in bilico fra l'esigenza di valorizzare l'autonomia privata, la capacità di autodeterminazione dei creditori e la spinta verso un più ampio recupero del ruolo del giudice, fra l'esigenza di incentivare strumenti di soluzione alternativi al fallimento ed il sospetto verso il loro utilizzo in un'ottica “abusiva”.

In fin dei conti, i corsi ed i ricorsi del legislatore sono ispirati dalla scelta di valorizzare ora l'autonomia privata e ora invece i poteri del giudice. Ed è la storia delle procedure concorsuali che ci indica come uno dei problemi, se non il problema, sia proprio quello di cercare un punto di equilibrio fra l'autonomia privata ed il ruolo del giudice, fra elasticità e vincoli normativi. Quanto più si valorizza la prima (da intendersi sia con riferimento alla libertà propositiva del debitore, sia con riferimento alla piena autodeterminazione dei creditori), tanto più si restringe l'ambito di controllo del Giudice.

²⁰ Con ciò muovendo dal presupposto, tutto da dimostrare, che le procedure fallimentari possano garantire una migliore liquidazione del patrimonio). Tale previsione rende di per sé necessario, ancor più che in passato, che il Tribunale qualifichi esplicitamente la natura del concordato proposto già in sede di ammissione alla procedura. Il che crea non pochi problemi in considerazione delle non marginali divergenze di opinione sull'ambito di applicazione dell'art. 186-bis, come avviene ad esempio nelle ipotesi in cui sia previsto un affetto di azienda o, più in genere, nei casi di continuità “indiretta” e di concordati “misti” caratterizzati dalla prosecuzione dell'attività e dalla “liquidazione” di beni non funzionali a tale prosecuzione. Tali problemi interpretativi erano peraltro già noti in precedenza e dunque non si può non citare la scelta del legislatore che, nel separare con ancor più decisione il concordato in continuità dagli altri, non abbia pensato di risolverli una volta per tutte. È a dir poco singolare, nel quadro di un diritto e di una politica del diritto univocamente volti a privilegiare e favorire le soluzioni che consentano la prosecuzione dell'attività, che persistano dubbi interpretativi tanto rilevanti già con riferimento alla nozione di continuità. V'è peraltro da dire che taluni dubbi sono alimentati da alcuni approcci interpretativi – per vero minoritari – che introducono distinzioni e precisazioni a mio avviso non condivisibili (per un esempio cfr. Trib. Busto Arsizio, 1 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*, che da una lettura estremamente restrittiva dell'art. 186-bis, con buona pace della sua ratio e del suo disposto letterale).

²¹ Riforma che ha preso le mosse dai lavori della Commissione presieduta da Kordorf. Al momento della redazione del presente lavoro, in data 1 febbraio 2017, il disegno di legge recante la delega al Governo per la riforma della disciplina della crisi d'impresa e dell'insolvenza (n. 3671-A) risulta essere stato approvato dalla Camera dei Deputati, passando così all'esame del Senato.

Non a caso, a partire dal 2005 e quanto meno fino al 2013, uno dei principali temi di indagine è stato quello del controllo del giudice sulla *fattibilità* del concordato. A fronte di un testo legislativo che affidava il giudizio di fattibilità ad un professionista attestatore, indipendente ma designato dal debitore, si era da subito aperto il dibattito in merito alla definizione del giudizio affidato al tribunale ed al perimetro del suo controllo.

Dinanzi a chi tendeva a smuovere la portata del controllo da parte del giudice (per essere questo rimesso dal legislatore ad un altro soggetto ossia il professionista attestatore), altri segnalavano come non si potesse in nessun caso sottrarre al giudice un ampio potere di controllo, indipendente e sovrapposto (per non dire sovraordinato) rispetto al giudizio dell'attestatore.

A sua volta tale ultimo orientamento – che apparirà poi dominante nel complessivo panorama giurisprudenziale – non era certo monolitico: vi era infatti chi manteneva in capo al tribunale un controllo a tutto tondo (che potremmo definire di merito), e chi delimitava la portata di tale giudizio ai soli profili di legittimità, ancorché non meramente formale.

A ben vedere, tutti gli strumenti che il legislatore aveva pensato per la soluzione delle crisi di impresa, per tali intendendo il piano di risanamento attestato (completamente stragiudiziale), l'accordo 182-*bis* (soggetto alla sola omologazione da parte del tribunale ma sostanzialmente stragiudiziale e privo dei connotati di una procedura concorsuale) e il concordato preventivo, erano centrati sullo *sposiamento* soggettivo di una parte dei controlli: dal Giudice e dagli organi della procedura ad un professionista attestatore, chiamato appunto – sotto la propria responsabilità, anche penale – ad asseverare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano (o attuabilità dell'accordo nel caso dell'accordo *ex art.* 182-*bis*).

Di qui il frequente uso di un'espressione, quella della "privatizzazione" del concordato preventivo, foriera di più di un equivoco (e frutto anch'essa di un appiccico dogmatico). Il principale, come mostrano gli ultimi anni di dibattito, è forse proprio quello intorno ai *limiti* del sindacato del giudice dinanzi al piano di concordato. Problemata, questo, che sembrava aver trovato risposta – così definendo il contrasto interpretativo – nella nota sentenza a SS.UU. della S.C. n. 1521/2013²³.

²² Questo anche nel caso del piano attestato, dove non vi è alcun controllo preventivo ad opera del Giudice, dal momento che la riconduzione di un determinato atto ad un piano attestato (come è noto compiere gli spazi di valutazione dell'Autorità giudiziaria ai fini dell'azione revocatoria (come è noto ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. d), nonché di eventuali fattispecie penali (art. 217-*bis*); l'atto compiuto in esecuzione di un piano attestato, di per sé, è meritevole di tutela e stabilità.

²³ Il problema, a tutti i nodi, era in sintesi il seguente: posto che la riforma devolveva il giudizio sulla fattibilità del concordato all'attestazione dell'esperto (art. 160), e posto tuttavia che permanevano norme tali da mantenere in capo al Giudice un controllo volto a dichiarare in qualunque momento il

5. L'intervento delle Sezioni Unite e la sentenza n. 1521 del 2013. Nel tentativo di comporre i dubbi interpretativi, le SS.UU. esprimono, nel 2013, i seguenti principi di diritto: "il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità del concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti; il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo; il controllo di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro".
- In altri termini, al Giudice compete il sindacato sulla fattibilità giuridica, mentre la valutazione della fattibilità economica è rimessa ai creditori. In tale modo le SS.UU. ritenevano di poter mettere fine al dibattito. Così però non è stato. Al di là delle molte voci critiche in dottrina la cosa singolare è infatti che da allora tutti, ricorrenti e resistenti, in Tribunale come in Corte d'Appello come in Cassazione, citano tali principi di diritto a sostegno delle tesi – opposte – che nelle aule ancora oggi si fronteggiano²⁴.
- 24 Nel gioco delle parti, infatti, il debitore che insiste per il concordato cerca di evidenziare gli sconfinamenti nel terreno della fattibilità economica delle ragioni di ammissibilità o di non omologabilità del concordato proposto; le sue controparti (tipicamente creditori opposenti o curatori Nigro, Sacchi e Terranova.
- contro di Bassi, Calandra Buonaura, Cicotti, Costi, Di Caraldo, Ferrati, Gambino, Jorio, Montalenti, tribunale, in *Gurr. comm.*, 2014, II, 443 ss. e, sempre in *Gurr. comm.*, 2014, I, 215 ss., il seminato con 2013, 1203 ss., c. ivi, p. 825 ss., C. ALBESI, *Autonomia privata nel concordato preventivo e ruolo del* 189; di G. VERTORI, *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. e imp.*, *Dir. fall.*, 2013, II, 189, di G. TERRANOVA, *La fattibilità del concordato*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, ancora i commenti di G.B. NARDECCIA, *La fattibilità del concordato*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, II, *Commenti* di F. DE SANTIS, I. PAGNI e A. DI MAJO, *La fattibilità del concordato preventivo*, si vedano ancora i *La questione "fattibilità" del concordato preventivo e la lettura delle Sezioni Unite*, cfr. ancora i *fattibilità del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, 249 ss., con *Commento* di M. FABIANI, *del concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2013, II, 1 ss., con nota di A. DIDONE, *Le Sezioni Unite e la comm.*, 2013, II, p. 343 ss., con nota di P.F. GENSONI, *I limiti del controllo giudiziale sulla "fattibilità"* la mera sua legittimità? La sentenza n. 1521 del 2013 si legge in moltissime riviste tra le quali in *Gurr. interpretarsi il sindacato del tribunale? Aveva ad oggetto il merito della proposta e del piano o invece venire meno delle condizioni per l'ammissibilità del concordato* (cfr. l'altro art. 173), come doveva

A rendere ancor meno chiaro lo scenario non sono solo gli incerti confini fra la fattibilità giuridica ed economica (e prima ancora la possibilità stessa di scindere in tale modo la fattibilità), ma anche i passaggi nei quali la Suprema Corte cerca di portare sul piano del concordato concetti tradizionalmente presi dalla teoria generale del contratto, primo fra tutti quello di "causa".

È noto il dibattito intorno alla causa del contratto ed alla scissione, anche qui, fra causa astratta e causa in concreto (quest'ultima quale funzione del contratto nell'intento delle parti, e dunque di quel particolare contratto)²⁵. Orbene, dice la SC, il controllo di legittimità si attuerebbe proprio mediante la valutazione circa la realizzabilità della causa concreta del concordato (superamento della crisi e soddisfazione, anche minimale, dei creditori).

Per tale via le SS.UU. hanno persino complicato i termini del giudizio. Se prima si dibatteva per lo più sulla natura del controllo giuridico, di legittimità ovvero di merito, ora invece i parametri valutativi sembrano sfuggire a questa distinzione (pur essa, intendiamoci, spesso non semplice da inquadrare), come mostrano le stesse SS.UU. laddove evidenziano che il controllo che il Tribunale è chiamato a svolgere non si esaurisce nel ripercorrere il percorso logico e argomentativo dell'attestazione.

dei fallimenti nel frattempo dichiarati sulle ceneri del concordato non andato a buon fine) mirano invece ad allargare le ragioni di inammissibilità o non omologabilità della proposta di concordato.

²⁵ Il superamento della concezione oggettiva e astratta di causa, come "funzione economico-sociale" del contratto, che ha trovato fecondo terreno in un orientamento esegetico affermato con l'entrata in vigore del codice civile del 1942 e sua principale espressione nel pensiero di Emilio Betti (cfr. E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico fascista*, Pisa, 1943, p. 329; Id., *Teoria generale del negozio giuridico*, Camerino Rist. 1994, p. 170 ss.; Id., *Causa del negozio giuridico*, in *Noviss. Dig. it.*, III, Torino 1957, p. 32 ss.) nasce dalla necessità di non appiattare la nozione di causa su quella di tipo negoziale, alla quale inevitabilmente l'analisi dei risvolti sociali dell'operazione negoziale conduceva. A partire dagli anni '60 la teoria è stata rivista, nella logica di valorizzare la sintesi degli interessi, primari e secondari, che concretamente un contratto è diretto a realizzare; in contrapposizione all'orientamento precedente, è andato quindi affermandosi un concetto di causa come funzione economico-particolare del contratto o causa "in concreto". Sul punto cfr., in dottrina, e senza pretesa di esaustività, G. B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 897 ss e M.C. BIANCA, *Causa concreta del contratto e causa del contratto*, in *Riv. dir. priv.* 2002, p. 251 ss; nella giurisprudenza recente, si vedano, *ex multis*, Cass. 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giur. it.*, 2007, 10, p. 2203 ss. con nota di G. BOSCHETTI, e Cass. 28 gennaio 2015, n. 1625, in *Foro it.*, 2016, 2, 1, p. 685 ss. (ma il riferimento è ancora alla causa come funzione economico-sociale del contratto in Cass. 4 aprile 2003, n. 5324, in *Gius*, 2003, 16-17, p. 1863 ss.).

La complicazione investe due aspetti principali: i) il primo derivante dalla richiamata distinzione fra fattibilità giuridica ed economica; ii) il secondo derivante invece dalla esplicazione del controllo sulla causa in concreto (che dovrebbe ispirare il controllo di fattibilità giuridica).

Il ragionamento, dunque, si arricchisce di un nuovo termine: la causa concreta del concordato. Al punto da fondare interpretazioni che, muovendo dalla causa del concordato, fissano ulteriori presupposti non previsti dal legislatore²⁶.

Per tale via, il controllo si sposta su un concetto ancora più difficile da delimitare nei suoi precisi contorni (quello appunto di causa concreta), mutuato dalla teoria del contratto e non semplice da adattare allo scivoloso terreno del concordato preventivo, soprattutto per gli indefiniti margini di incertezza che apre.

La Corte d'Appello di Firenze respinge in modo netto l'impostazione delle SS.UU., con ciò dando conforto ad alcune delle voci critiche che in dottrina si erano da subito levate contro la scissione della fattibilità. Si dirà che già altre pronunce avevano preso un po' le distanze, ma alcuna di esse, almeno a mia memoria, lo aveva fatto dichiaratamente e con tale vigore, preferendo invece cercare di trovare continuità con la pronuncia delle SS.UU. e di innestarsi nel solco dei principi da queste affermati²⁷.

6. L'unitario concetto di "fattibilità" quale ragionevole realizzabilità. L'incipit della pronuncia della Corte Fiorentina è senza appello: "La portata del controllo di fattibilità demandato al giudice ha dato luogo ad un vasto dibattito

²⁶ Si pensi alle pronunce che hanno respinto proposte di concordati con percentuali irrisorie (es. Thb. Padova, 6 marzo 2014, in *www.ilcaso.it*) ovvero che hanno introdotto limiti temporali indelegabili alla durata del piano, quali Thb. Modena, 13 giugno 2013, in *www.ilcaso.it*). Diversamente, tra le altre, Thb. Prato, 30 settembre 2014, in *www.ilfallimentarista.it*, 20.11.2014, con nota di B. ROVATI, secondo il quale non si può fissare in linea generale un termine di durata oltre il quale ritenere sempre il piano non più attendibile e vizioso da margini di incertezza così elevati da renderlo inadeguato.

²⁷ Come è stato efficacemente notato in dottrina, in commento ad una sentenza della S.C. (la n. 22045/2014) che appare ispirata alla ricerca di un "segnale di continuità con l'ottenimento ordinato dalle sezioni unite" più che alla "incondizionata condivisione" dei principi da queste espressi "da quali infatti il *decisum*, in qualche passaggio, si divarica". P. VELLA, *L'affermamento della giurisprudenza di legittimità dopo le sezioni unite economiche*, in *Fallimento*, 2015, p. 438 ss. Evidenzia il completamento tra fattibilità giuridica ed economica; in *Fallimento*, 2015, p. 438 ss. Evidenzia il completamento rispetto del ruolo del giudice, G. BOZZA, *Il ritorno del giudice sulla scena del concordato e il tramonto di una stella polare: ovvero una indagine sulla attuabilità dell'insegnamento delle Sezioni Unite della Cassazione n. 1521 del 2013*, in *www.ilcaso.it*, 28 febbraio 2017. Di questo è ulteriore prova, direi, la recentissima Cass. 27 febbraio 2017, n. 4915, che dopo aver richiamato i principi espressi dalle SS.UU., ha cura di precisare che di questi non può darsi lettura "minimalista", non risultando "affatto vero che il controllo di fattibilità economica (...) sia in sé vietato (...) ed essendo sempre sindacabile nella prospettiva funzionale, la proposta concordataria che sia "totalmente implausibile". Pertanto, "riservata ai creditori è solo la valutazione di convenienza di una proposta plausibile, rispetto all'alternativa fallimentare".

interpretativo, che non sembra tuttavia avere raggiunto un esito soddisfacente ed univoco [neppure con la pronuncia n. 1521/2013 delle SS.UU. n.d.r.]. Sintomo evidente dell'ambiguità che ancora permane in materia è la circostanza per cui, tanto nel provvedimento impugnato, quanto nell'atto di impugnazione della fallita, si cita la stessa giurisprudenza di legittimità giuridica "nasce dalla opposite"²⁸. La Corte prosegue rilevando che la fattibilità giuridica "nasce 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 rileva un mostro semantico".

A detta della Corte non ha dunque senso introdurre una fattibilità giuridica (che nulla aggiunge ai poteri del Giudice), contrapposta alla fattibilità economica. Si tratterebbe, diversamente, di una nozione unitaria, avente ad oggetto il grado di realizzabilità di un piano e di una proposta di concordato. In questo la Corte Fiorentina mostra di condividere un orientamento che già aveva avuto vari consensi in dottrina. Il che muove dal fatto, soggiungo, che il legislatore prevede "la" fattibilità quale concetto unitario (art. 161, art. 67, art. 179, comma 2 ecc.).

Da ciò non si può tuttavia argomentare che vi sia una insanabile contraddizione fra "fatto" e "diritto".

Non lo penso per la "fattibilità giuridica", intesa come verifica da parte del Tribunale circa la conformità a norme o principi di diritto indagabili. La S.C., nel definire la fattibilità giuridica, lungi dall'affermare l'ovvio, ha inteso ribadire l'ambito della missione del Giudice per sgombrare il campo da equivoci e da interpretazioni che talora si spingevano persino a relegare il suo ruolo ad una passività formale, almeno in presenza del voto favorevole dei creditori ed in mancanza di opposizioni.

Non a caso, le SS.UU. intervergono a comporre un contrasto interpretativo anche all'interno della S.C.) che delineava in modo assai diverso i contorni del sindacato del Giudice talora, come già accennato, circoscrivendolo drasticamente. Non si parlava dunque di fattibilità giuridica in contrapposizione alla fattibilità economica, ma di "legittimità" contrapposta al "merito"²⁹.

²⁸ La giurisprudenza citata è quella ben sintetizzata da Cass. n. 11497/2014, secondo la quale: i) la presenza dell'attestazione non esclude che il giudice possa e debba procedere alla verifica diretta sulla fattibilità del piano, quale presupposto di ammissibilità della proposta; ii) mentre però il sindacato sulla fattibilità giuridica (da intendersi come non incompatibilità del piano con norme sindacabili) non incontra limiti, il controllo sulla fattibilità economica (intesa come realizzabilità nei fatti del piano) "può essere svolto solo nei limiti della verifica della sussistenza o meno di una assoluta manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sua pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole".

²⁹ Del resto, che la riforma volesse dare una forte compressione ai poteri del Giudice era palese © Edizioni Scientifiche Italiane

Tuttavia, anche tale contrapposizione appariva non del tutto corretta, in partecolare per quanto riguardava la definizione del "merito" per la capacità di espansione semantica di tale termine e per la difficoltà di distinguere fra merito e "convenienza". Poiché era indubbio sul piano interpretativo che il controllo di convenienza fosse stato definitivamente espunto dai presupposti del concordato (e dall'ambito di controllo del giudice) per essere di esclusivo appannaggio dei creditori (con il limite del *crum down*), occorreva evitare l'utilizzo di espressioni in grado di riaprire incertezze e dubbi interpretativi.

Di qui la scissione della fattibilità, al fine di: i) dare un'accezione piena al controllo di legittimità del Giudice, non meramente formale; ii) confermare l'impianto della legge fallimentare che rimette all'attestatore la verifica circa la fattibilità (economica) del piano e rimette ai creditori il giudizio di convenienza della proposta di concordato rispetto alle alternative disponibili (*id est* la procedura fallimentare)³⁰.

Seguendo tale impostazione, non mi pare che la definizione di fattibilità giuridica sia da ritenere un "mostro semantico" (secondo la forte definizione della Corte d'Appello fiorentina), bensì una conferma dell'ambito di sindacato di legittimità del Giudice, non limitato a profili formali e insuscettibile di compressioni.

La Corte Fiorentina non si addentra invece nei mandati della causa del concordato preventivo, se non per affermare come tale valutazione appaia contraddittoria rispetto alla delimitazione del sindacato sulla fattibilità giuridica. Se "causa in concreto" ha da essere, allora non si potrà che estendere l'analisi alla fattibilità *tout court* dal momento che l'indagine deve essere in concreto e dunque non limitata alla sola "fattibilità giuridica" definita dalle SS.LU.

ed è dichiarato, ed il concordato avrebbe dovuto per lo più giocarsi nella dialettica fra attestatore e voto dei creditori; questi, infatti, erano i veri protagonisti degli strumenti "alternativi al fallimento", primo fra tutti il concordato. Si pensi, solo per ricordare quello che è forse l'esempio principale, al disposto dell'art. 180, comma 3, l. fall., secondo il quale "se non sono proposte opposizioni, il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame". A contrario, si era sostenuto che il giudizio del Tribunale avesse un diverso aspetto, variabile in funzione della proposizione di opposizioni all'omologa. Solo in quest'ultimo caso, si argomentava, il tribunale avrebbe dovuto acquistare un potere cognitivo pieno in grado di estendersi al "merito" della proposta.³⁰

Senza contare, inoltre che "fatto" e "diritto", non sempre sono così facilmente scindibili, e questo in partecolare modo nell'ambito del concordato preventivo. Il piano e la proposta di concordato non costituiscono infatti (almeno il più delle volte), un termine di confronto immediato e diretto per il controllo di diritto in senso stretto. Il piano, per sua natura, prevede una articolata successione di atti e operazioni societarie e finanziarie, spesso assai complessi, che richiedono una alterata complessa valutazione anche sotto il profilo giuridico. Dal canto suo anche la proposta, soprattutto quando prevede una suddivisione in classi o l'attribuzione ai creditori di utilità diverse dal denaro, implica valutazioni giuridiche tutt'altro che semplici ed univoche.

Quanto alla fattibilità economica, la Corte d'Appello di Firenze ritiene che questa rappresenti l'unica reale fattibilità e da qui conclude nel senso che, proprio per questa ragione, essa non possa sfuggire al sindacato del Giudice (salvo che non trascenda nel controllo di convenienza, questo sì certamente escluso dall'ambito di valutazione giudiziale):

È su questo punto (che poi rappresenta il cuore del problema), che la pronuncia della Corte Fiorentina richiede a mio avviso alcune precisazioni soprattutto al fine di evidenziarne e declinarne le conseguenze.

Fermo il fatto che il Giudice non svolge e non deve svolgere un sindacato sulla convenienza³¹, quest'ultima coincide con la fattibilità economica?

La risposta della Corte d'Appello è chiara nel senso che non vi è alcuna coincidenza, posto che un concordato può essere convenientissimo ma assolutamente irrealizzabile: “*un piano non fattibile ma sulla carta assai conveniente, infatti, non deve andare avanti*”; la verifica della fattibilità precede quella sulla “convenienza” e non si sovrappone a questa, dal momento che un concordato non fattibile è per definizione non conveniente.

L'argomento, brillantemente trattato, mostra però un limite se solo si supera il velo della suggestione.

È infatti chiaro che il giudizio sulla fattibilità non può che essere prognostico (cioè che è fattibile e, appunto, da fare, e dunque la valutazione è proiettata nel futuro e presenta sempre margini di successiva smentita). Se così è, l'argomento della Corte prova troppo: se la valutazione è sempre “sulla carta”, occorre definire quando le “carte” possano consentire di ritenere fattibile il concordato e quando invece non sia così.

Fin quando si ragiona in termini astratti è ben chiaro che fattibilità e convenienza alberghino in luoghi distinti.

Quando però questi concetti vengono calati nella procedura concorsuale e debbono essere definiti alla luce del complessivo contenuto del piano e della proposta, allora le cose cambiano ed emerge il vero cuore del problema: un piano “convenientissimo ma irrealizzabile”, infatti, non è certamente un piano conveniente e non dovrà andare avanti a condizione che l'irrealizzabilità emerga *ex ante* (o, se si preferisce, a condizione che le carte ne mostrino *ex ante* l'irrealizzabilità). Questo avverrà nei casi in cui l'attestazione riveli un contenuto meramente formale o viziato nell'iter logico o nelle sue conclusioni o emergano

³¹ Le indagini comparative che i Tribunali hanno spesso richiesto ai Commissari giudiziali, anche prima dell'introduzione del nuovo art. 172, primo comma, hanno e devono avere l'unico fine di consentire ai creditori un esercizio quanto più consapevole del diritto di voto. I creditori potrebbero legittimamente preferire un concordato anche non conveniente, magari confidando nella possibilità di poter riprendere le forniture verso l'impresa risanata o per varie altre ragioni (insindacabili, se legittime).

altre circostanze che consentano di non poter riporre affidamento nelle valutazioni dell'attestatore e nelle proiezioni del piano³².

È proprio su questo piano, la pretesa autonomia fra autonomia privata e controllo giudiziale può trovare il suo punto di equilibrio, e può comporsi il contrasto interpretativo, secondo linee che appaiono coerenti con l'impianto normativo vigente.

Prima infatti di aprire il concordato al giudizio sulla convenienza che i creditori esprimono mediante il voto, l'attestatore ha già valutato la realizzabilità del concordato (*tout court*) così da far ritenere che l'eventuale convenienza racchiusa in quel concordato non sia e non rimanga solo "sulla carta". Egli, del resto, deve valutare la fattibilità secondo una prognosi *ex ante* immune da vizi e aporie e conforme ai migliori standard professionali e deve concludere nel senso della mancanza di elementi in grado di rendere quel concordato realizzabile³³.

Potrà piacere o meno, ma l'impianto era ed è questo. Ed era (ed è) funzionale alla valorizzazione dell'autonomia negoziale per la soluzione delle crisi di impresa ogni qual volta questa fosse ragionevole e fondata su presupposti "seri". Ed allora il sindacato del Giudice, sulla scorta delle verifiche e delle valutazioni del Commissario giudiziale, non può che essere un controllo di secondo livello.

Una volta affermato l'obiettivo comune e condiviso (impedire che un concordato che appaia *ex ante* irrealizzabile vada comunque avanti), che si ritenga di seguire la distinzione fra fattibilità giuridica ed economica o si ritenga tali concetti, il risultato non dovrebbe cambiare.

A ben vedere, infatti, si guardi alla causa in concreto o alla realizzabilità *tout court* del concordato, quel che occorre indagare è la sua fattibilità a raggiungere gli obiettivi prefissati (Cass. 11497/2014).

Ed è qui il cuore del problema: posto che tale fattitudine costituisce l'oggetto dell'attestazione, il sindacato del giudice subisce il limite della manifestazione o invece è il debitore a dover ulteriormente dimostrare tale fattitudine, magari dinanzi a differenti valutazioni del Commissario?

³² Ed in questo senso è del resto anche il *decisum* della Corte d'Appello che dal canto suo non muove dalla presenza di divergenze fra l'attestazione e le valutazioni del Commissario, ma evidenzia come tali ultime valutazioni siano rimaste prive di contestazione o critica.

³³ Non bisogna del resto dimenticare che l'attestatore funge da ausiliario del Giudice, assumendo responsabilità assai pesanti (anche penali) e che nell'impianto originario della riforma egli era chiamato a svolgere almeno una parte del ruolo che in passato era svolto dal Giudice, per il tramite e con l'ausilio del Commissario giudiziale dopo l'ammissione o attraverso la frequente prassi di nominare, nella fase anteriore all'ammissione, un consulente tecnico che poi avrebbe assunto, il più delle volte, il ruolo di Commissario giudiziale.

Questo è il vero quesito al quale dover rispondere, passando dal terreno dei concetti generali al piano concreto di "quel" determinato concordato. È la risposta a mio avviso è univoca: il Giudice valuta l'attitudine, ponendo tuttavia formula un giudizio negativo solo ove essa appaia *ex ante* smentita in modo manifesto. È tale smentita potrà risultare da chiare aporie, lacune e contraddizioni presenti nell'attestazione ovvero dal concreto dipanarsi della realtà³⁴. Non sarebbe invece corretto il ragionamento opposto, volto a valorizzare non la manifesta inettitudine ai fini della selezione del concordato bensì la chiara attitudine ai fini dell'accoglimento.

Certamente il Giudice potrà e dovrà ripercorrere le scelte e le soluzioni dell'attestatore, e certamente nel fare questo dovrà e potrà usare ogni elemento valutativo, e soprattutto le risultanze delle indagini e delle valutazioni del Commissario Giudiziale. Ma ove da tale analisi non emergano elementi tali da far apparire irrealizzabile il piano il sindacato deve bloccarsi. Ma questo altro non è che un controllo di legittimità "sostanziale", un controllo di secondo livello sulla correttezza degli assunti e del procedimento logico e tecnico seguito dall'attestatore³⁵.

Proviamo così a fare ipotesi (abbastanza ricorrente) di un concordato fondato su di un piano che prevede la vendita di taluni cespiti a determinati prezzi oggetto di stima. L'attestazione *ex art.* 160 ovviamente dichiara fattibile il piano e dunque realizzabili i prezzi di vendita stimati. Il CG, dal canto suo, rivede al basso le valutazioni e ritiene invece non fattibile il piano in quanto i prezzi di vendita sarebbero non realizzabili.

Applicando alla fattispecie i principi delle SS.UU., il concordato approvato dovrebbe essere omologato a condizione che non emerga una "manifesta inettitudine del piano presentato" e attestato. Vale a dire che il Giudice dovrà ripercorrere e valutare l'iter logico ed argomentativo fatto proprio ed espresso

³⁴ I criteri valutativi del Giudice dovrebbero essere analoghi in ogni fase della procedura (così anche la sentenza n. 1521 delle SS.UU.) È tuttavia evidente che ove la successione degli eventi fra l'ammissione e l'omologazione dovesse evidenzialmente una realtà diversa ed incompatibile con quella assunta a base dell'attestazione (si pensi ad esempio ad un concordato in continuità diretta che si fonda su un risultato economico positivo rivelatosi tuttavia illusorio), la base conoscitiva e valutativa artichata di tali nuovi elementi: in tali casi si è già posti dinanzi alla certa non realizzabilità del piano e dunque ogni prosecuzione sarebbe davvero inutile e dannosa. Deve però trattarsi di fatti idonei a smentire le assunzioni di piano e le risultanze dell'attestazione in modo univoco e con un sufficiente grado di certezza, altrimenti si tenterebbe nella sfera dell'opinabilità, dinanzi alla quale la volontà sovrana dovrebbe essere quella dei creditori chiamati a esprimere il voto.

³⁵ La già richiamata Raccomandazione della Commissione UB del 2014 è esplicita nell'affermare che il Giudice nazionale dovrà respingere le proposte di soluzione delle quali dovesse emergere la manifesta inettitudine. Di recente v. Trib. Firenze, 16 gennaio 2017, che ha ammesso una società al concordato evidenziando come il piano presentato non fosse "ictu oculi inattuabile".

dall'attestatore, potendo e dovendo bloccare il concordato la cui asseverazione presenti vizi logici e contenutistici evidenti o sia fondata su mere congetture. Se tale valutazione dà esito positivo, il concordato dovrà essere omologato.

Al medesimo risultato si dovrebbe tuttavia giungere anche applicando i criteri della Corte Fiorentina: il sindacato sulla realizzabilità non implica certo incondizionata prevalenza delle valutazioni ed opinioni del Commissario sulle valutazioni dell'attestatore. In presenza di un'attestazione seria, completa e ragionevole, le eventuali valutazioni del Commissario non debbono di per sé prevalere, ma debbono essere portate a conoscenza dei creditori al fine di consentire l'espressione di un voto consapevole.

Ecco perché, nel caso sopra esposto, il Giudice a mio avviso non dovrebbe limitarsi a prendere per buone le (maggiormente prudenti) indicazioni del Commissario, ma dovrebbe guardare al piano ed all'attestazione: ove risultasse una loro *irragionevolezza* il concordato potrebbe essere respinto anche in presenza del voto favorevole³⁶.

Se oggi la realtà mostra che è impossibile vendere un bene immobile a x euro a mq, il piano che lo prevedesse e la relazione che lo attestasse sarebbe irragionevole.

Dinanzi a questo avrebbe vita facile il CG a correggere i valori esposti. Ma se oggi la realtà dice che un determinato bene immobiliare è vendibile ad un prezzo compreso fra il minimo x-1, il medio x ed il massimo x+1, ed il piano ha assunto il prezzo stimato minimo, l'eventuale dissenso del CG che dovesse esporre un prezzo presumibile di x-3 non dovrebbe consentire alcuna valutazione ulteriore da parte del Giudice in quanto un simile giudizio finirebbe unicamente con il sostituire una previsione ragionevole con altra previsione ragionevole, svalutando il ruolo ed il giudizio dell'attestatore, attorno al quale, come detto, era ed è costruito l'impianto della proposta e del piano di concordato³⁷.

Si parti dunque di causa concreta o di controllo di legittimità "sostanziale" o di

³⁶ Fatibilità, dunque, come ragionevole realizzabilità, intendendo la ragionevolezza in senso antitetico, quale "sagezza pratica" mutevole e destinata ad essere applicata alla realtà. A questa si contrappone l'irragionevolezza, quale espressione di un giudizio fondato sulla non conformità alle regole o a quale assunzione di congetture o di mere ipotesi prive di attendibilità (v. F. ASTONE, *Ragionevolezza ed attività amministrativa*, in AA.VV., *Studi in onore di Gaetano Silvestri*, Torino, 2016, p. 53). Non siamo, mi pare, così lontani dal concetto di "plausibilità" del quale parla la recentissima Cass. 27 febbraio 2017, n. 4915.

³⁷ Così ad esempio Trib. Ravenna, 22 aprile 2015, in *www.ilcaso.it*, a detta del quale nel caso in cui sia "possibile esprimere una prognosi di soddisfacimento dei creditori chirografari, il tema del valore dei beni ceduti alla massa dei creditori incide direttamente sulla cosiddetta fattibilità giuridica del concordato e, come tale, rientra nella sfera di cognizione del tribunale". L'accento è sulla prognosi di "impossibilità" e sulla ragionevole certezza che tale prognosi sia fondata.

fattibilità economica, mi pare che in fondo ciò che occorre è che il concordato non appaia irrealizzabile, al momento dell'ammissione ed in qualunque altro momento successivo. Ma l'irrealizzabilità deve emergere da elementi tali da caratterizzare il piano e l'attestazione in termini di chiara irragionevolezza³⁸.

In presenza di divergenze fra opinioni ugualmente ragionevoli, non può del resto non darsi voce ai creditori i quali valuteranno (ovviamente) secondo quel che appare loro conveniente. Ed in questa valutazione è possibile – anzi è doveroso – consentir loro (che sopportano più di chiunque altro il costo del concordato) di nutrire fiducia nella soluzione apparentemente migliore³⁹.

³⁸ Se nella lettura della giurisprudenza si supera il velo della massima, si nota come, il più delle volte, l'affermazione di un ampio potere del Giudice trova fondamento non tanto in affermazioni dogmatiche, ma in evidenti vizi presenti nel piano o nell'attestazione (quali ad esempio la mancanza di riscontri da parte dell'attestatore o il suo aceduto recepimento di dati aziendali).

³⁹ Tanto più che, oggi, con la reintroduzione del silenzio dimiego, il creditore che intende esprimere voto favorevole al concordato deve farlo in modo espresso e dunque, deve ritenersi, consapevole. Del resto l'autonomia privata nelle procedure concorsuali non deve essere letta solo dal lato del debitore ma, evidentemente, anche dal lato dei creditori. Ogni compressione della loro capacità di autodeterminazione (guidata e resa consapevole dalle valutazioni del Commissario) dovrebbe trovare un chiaro giustificativo. Al tempo stesso, essi dovrebbero essere in grado di decidere da "creditori" e dunque da protagonisti del concordato e non solo da passivi spettatori del contraddittorio tra debitore e organi della procedura. La riforma muoveva da questo assunto, chiamando il creditore ad assumere effettivamente tale ruolo, ancorché da esprimere in modo diverso rispetto a ciò che avviene con l'impresa debitrice *in bonis*, tanto ciò vero che la risoluzione del concordato è ammessa solo su iniziativa del creditore.