

Ar2



Alessia Novelli

# La “fattibilità” del concordato preventivo

*Prefazione di*  
Maurizio Sciuto





Aracne editrice

[www.aracneeditrice.it](http://www.aracneeditrice.it)  
[info@aracneeditrice.it](mailto:info@aracneeditrice.it)

Copyright © MMXVIII  
Gioacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

[www.gioacchinoonoratieditore.it](http://www.gioacchinoonoratieditore.it)  
[info@gioacchinoonoratieditore.it](mailto:info@gioacchinoonoratieditore.it)

via Vittorio Veneto, 20  
00020 Canterano (RM)  
(06) 45551463

ISBN 978-88-255-1980-8

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,  
di riproduzione e di adattamento anche parziale,  
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie  
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: dicembre 2018

# Indice

- 7 *Introduzione*
- 13 *Prefazione*  
Maurizio Sciuto
- 15 *Capitolo I*  
*Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di sindacato del giudice sulla fattibilità del piano concordatario*  
1.1. La tesi restrittiva, 15 – 1.2. La tesi pubblicistica del controllo di merito, 23 – 1.3. La tesi intermedia del controllo di legittimità sostanziale, 29.
- 37 *Capitolo II*  
*Luci e ombre della pronuncia delle Sezioni Unite n. 1521/2013*  
2.1. La fattibilità giuridica ed economica della proposta, 37 – 2.2. La causa in concreto della procedura di concordato, 45 – 2.3. Una verifica empirica della tenuta delle categorie concettuali della Cassazione alla luce della casistica, 50 – 2.4. La fattibilità delle proposte concorrenti e il mutamento delle condizioni di fattibilità per evidenze sopravvenute, 65.
- 73 *Capitolo III*  
*I riflessi del giudizio di fattibilità sul sistema economico*  
3.1. I problemi legati alla c.d. selezione avversa, 73 – 3.2. Il disegno di legge Rordorf e lo schema di d.lgs. recante il Codice della Crisi e dell'Insolvenza, 78.
- 91 *Conclusioni*
- 97 *Bibliografia*



## Introduzione

Il concordato preventivo è una procedura concorsuale giudiziale, la cui funzione è duplice. Da un lato ha una finalità preventiva rispetto al fallimento, in quanto l'imprenditore in crisi ha la possibilità di avviare il concordato prima che si manifesti un vero e proprio stato di insolvenza, dall'altro ha funzione ad esso alternativa, nel caso in cui la condizione di insolvenza si sia già verificata.

In ogni caso lo scopo del concordato preventivo è la «ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori». Questa finalità può essere raggiunta attraverso qualsiasi forma.

Tra le diverse "forme" che può assumere un piano di concordato, possiamo ricordare: il c.d. concordato remissorio o dilatorio, che consiste nella semplice promessa da parte dell'imprenditore di un pagamento parziale e/o dilazionato dei crediti esistenti; il concordato liquidatorio, che prevede la liquidazione del patrimonio dell'imprenditore attraverso una cessione dei beni ai creditori; il concordato in continuità aziendale o di ristrutturazione, che consente l'esercizio provvisorio dell'impresa fino al ritorno *in bonis* della stessa, la quale può proseguire in capo al medesimo imprenditore oppure essere ceduta a un terzo, purché sia assicurata la continuità aziendale. Non è escluso che l'imprenditore preferisca ricorrere a un concordato c.d. misto, cioè in parte liquidatorio e in parte di ristrutturazione.

Il piano può prevedere la soddisfazione dei creditori anche attraverso operazioni straordinarie, come un conferimento d'azienda, una scissione o una trasformazione.

Infine, è possibile che la proposta di concordato contempli la presenza di un c.d. assuntore che, in cambio della cessione dell'azienda in suo favore, si accoli i debiti in via esclusiva o in solido con l'imprenditore.

Premesso questo breve inquadramento, è utile soffermarsi sulla questione della natura giuridica del concordato preventivo.

Secondo alcuni il concordato preventivo ha natura essenzialmente contrattuale, considerato che si tratta di un accordo tra l'imprenditore e i

suoi creditori; secondo altri, invece, va riconosciuta a tale procedura una natura giudiziale, in quanto il passaggio fondamentale del concordato preventivo è rappresentato dal decreto di omologa da parte del tribunale. Nonostante le riforme abbiano sottolineato la natura privatistica della procedura in esame, si sono sviluppate anche interessanti tesi miste, che propongono una sintesi di entrambi gli aspetti sopra evidenziati<sup>1</sup>.

Il dibattito sulla natura giuridica del concordato preventivo risulta preliminare al fine di inquadrare correttamente il tema della fattibilità, di cui al presente lavoro, il quale si concentra sull'analisi dei filoni interpretativi che si sono sviluppati negli ultimi anni, soprattutto alla luce delle riforme più recenti e degli orientamenti giurisprudenziali più autorevoli, tra cui la discussa sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n. 1521 del 2013, la quale ha elaborato la distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica" del piano, nonché il concetto di "causa concreta" del concordato preventivo.

Un'altra questione, anch'essa sottoposta all'attenzione del lettore, riguarda la necessità di indicare nel piano di concordato la percentuale minima di soddisfazione dei creditori chirografari e del ruolo di tale previsione legislativa rispetto alla fattibilità e alla causa in concreto del concordato.

Nella versione originaria della legge fallimentare, l'art. 160 richiedeva, ai fini dell'ammissione alla procedura di concordato, che fosse garantita dal debitore una percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari pari al quaranta per cento. I creditori privilegiati, invece, dovevano essere integralmente soddisfatti.

In seguito, la percentuale minima è stata eliminata dalla riforma del 2005 con l'intento di favorire l'accesso alle procedure alternative al fallimento, sempre nell'ottica della c.d. "privatizzazione" del concordato preventivo.

La successiva riforma del 2007 ha nuovamente modificato l'art. 160 l. fall., prevedendo che i creditori privilegiati possano non essere integralmente soddisfatti «purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione» e a patto che non venga alterato l'ordine delle cause legittime di prelazione.

1. SCIUTO M., *La crisi dell'impresa*, in *Diritto commerciale* a cura di Marco Cian, Torino, 2014, p. 450 ss.

L'eliminazione della percentuale minima di soddisfazione dei creditori ha avuto effetti diversi da quelli prospettati dal legislatore della riforma; infatti la crisi economica ha comportato un abuso dello strumento concordatario al fine di ritardare la dichiarazione di fallimento con grave danno per i creditori e per l'intero sistema economico, attraverso la presentazione di piani che garantivano ai creditori soltanto percentuali irrisorie di soddisfacimento dei loro crediti.

È in questo contesto che si inserisce la c.d. mini-riforma del 2015, che ha reintrodotto una percentuale minima di soddisfazione dei creditori chirografari pari al venti per cento. Con questa modifica il legislatore ha voluto ripristinare la funzione del concordato preventivo come alternativa maggiormente conveniente ai creditori concorsuali rispetto al fallimento. Unica eccezione è rappresentata dal concordato c.d. in continuità aziendale — del resto meno frequente di quello liquidatorio — per il quale non si applica detta soglia minima, in virtù del *favor* legislativo accordato alla salvaguardia dei complessi produttivi.

La rilevanza della percentuale minima di soddisfacimento dei creditori è strettamente collegata al concetto di “causa in concreto” del concordato preventivo, per come descritto dalla citata sentenza a Sezioni Unite n. 1521/2013. Secondo gli Ermellini, la causa in concreto va intesa come “obiettivo specifico perseguito dal procedimento”, il cui contenuto non è né fisso né predeterminabile, in quanto dipende dal tipo di proposta formulata dal debitore, la quale è comunque finalizzata «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, dall'altro». L'indicazione della percentuale minima di soddisfacimento dei creditori, insieme agli altri elementi richiesti ai fini dell'ammissibilità della proposta, è indispensabile per individuare la reale causa in concreto della procedura di concordato. Le Sezioni Unite, infatti, hanno ritenuto che la regolazione della crisi d'impresa

può assumere concretezza soltanto attraverso le indicazioni delle modalità di soddisfacimento dei crediti (in esse comprese quindi le relative percentuali ed i tempi di adempimento), rispetto alla quale la relativa valutazione (sotto i diversi aspetti della verosimiglianza dell'esito e della sua convenienza) è rimesso al giudizio dei creditori, in quanto diretti interessati.

Ne deriva che la convenienza economica della proposta resta riservata al ceto creditorio, mentre spetta al tribunale, soprattutto in seguito alla reintroduzione della percentuale minima ad opera del d.l. n. 83/2015, rilevare l'eventuale mancata soddisfazione dei creditori nei limiti della percentuale prevista dalla legge, la cui violazione comporterebbe un difetto di causa della procedura, in quanto tale sottoposta al controllo di fattibilità del giudice.

Conclusa la disamina delle categorie concettuali introdotte dalle Sezioni Unite, si procederà a una verifica empirica della tenuta delle stesse nella successiva giurisprudenza di merito, nonché nelle elaborazioni compiute dai giudici di legittimità, i quali hanno evidenziato i limiti sia della distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica" del piano sia del concetto di "causa in concreto", criticando l'eccessiva rigidità di questa "summa divisio" e riconoscendo una maggiore apertura del sindacato giudiziale anche agli aspetti più prettamente economici del piano.

Si avrà così modo di verificare anche quali siano gli eventuali limiti del tribunale nel sindacare la fattibilità delle "proposte concorrenti" presentate dai creditori come alternativa all'originaria proposta di concordato preventivo avanzata dal debitore, sempre nel rispetto dei presupposti soggettivi e oggettivi individuati dall'art. 163 l. fall. per come riformato dal D.l. n. 83/2015.

Sempre nel contesto delle proposte concorrenti, si è esaminato il problema legato alle modifiche da apportare al piano di concordato per renderlo fattibile, anche in seguito ai rilievi effettuati dal commissario giudiziale e ai possibili interventi del debitore o dei creditori proponenti a integrazione e/o modifica del piano, a seconda che l'eventuale infattibilità venga rilevata prima o dopo l'approvazione del concordato.

Successivamente, nell'ultimo capitolo, verrà presentata un'analisi di tipo economico con riguardo al fenomeno della c.d. selezione avversa e della problematica dell'asimmetria informativa, ad essa collegata, soprattutto in relazione all'effettività della tutela che l'ordinamento riserva alla categoria dei creditori dissenzienti, evidenziandone i relativi limiti e le conseguenze che ne derivano.

Infine, si osserveranno le modifiche introdotte dal disegno di legge Rordorf destinate a interessare la legge fallimentare, concentrandosi in particolare sugli aspetti relativi alla disciplina del concordato preven-

tivo, anche nell'ottica delle possibili conseguenze economiche e alla luce delle novità degli ultimi mesi, considerato che la riforma è stata definitivamente approvata e pubblicata in Gazzetta Ufficiale soltanto il 14 novembre 2017 e che il successivo 22 dicembre sono state consegnate al Guardasigilli le bozze dello schema di d.lgs. recante il Codice della Crisi e dell'Insolvenza, il quale è stato nuovamente aggiornato nel contenuto all'inizio di ottobre c.a.



## Prefazione

MAURIZIO SCIUTO\*

Fra i più importanti capitoli del diritto concorsuale, pochi o forse nessuno è stato, dal 2005 ad oggi, tanto dibattuto ed instabile come quello della verifica giudiziale della cosiddetta “fattibilità” del concordato preventivo. V’è, al fondo (o al principio, se si preferisce), una contrapposizione innanzitutto culturale. E da questa si dipartono poi le voci dissonanti della dottrina, gli instabili orientamenti giurisprudenziali e gli stessi “contrordini” — quasi incessanti — di un legislatore ondivago. Da un lato v’è chi confida nelle competenze e nella dialettica degli attori privati del processo concordatario nel pervenire alla soluzione concordata della crisi di impresa migliore, cioè meno dannosa, per i creditori. D’altro lato prevale lo scetticismo sulla effettiva idoneità (almeno in concreto) di quegli stessi attori a raggiungere un siffatto esito; raccomandandosi allora un presidio pubblicistico, quasi paternalistico, che possa scongiurare esiti che il riscontro empirico — troppo spesso, in effetti — denuncia come deludenti se non frustranti. Che il Giudice non possieda, per formazione, le medesime competenze aziendalistiche di un professionista specializzato nel predisporre *business plan*; e che i creditori siano in definitiva i migliori giudici dei propri interessi, sono stati gli *acquis*, di derivazione soprattutto statunitense, che si sono posti all’origine della (almeno testualmente apparente, con la riforma del concordato del 2005) soppressione del giudizio di fattibilità e di convenienza da parte del Giudice stesso: solo chiamato, perciò, a rilevare l’assenza di elementi di frode, nell’accezione restrittiva, poi, dell’assenza di elementi decettivi, anche per omissione, nella presentazione della proposta e del piano concordatario. Ma i medesimi *acquis* non hanno tardato ad essere sottoposti a revisione critica, soprattutto da parte di certa giurisprudenza di merito; anche

\* Professore ordinario di Diritto commerciale presso l’Università degli Studi di Macerata.

perché testimone diretta, assai spesso, di percorsi concordatari rivolti a soluzioni velleitarie ed irrisorie — se non irridenti — per i creditori. Lo sforzo di sintesi delle Sezioni Unite, nel 2013, per trovare un punto di equilibrio che, facendo leva sul concetto di causa concreta, consenta di discriminare fra una fattibilità giuridica ed una fattibilità economica, pure si è rivelato, al postutto, una “sincretisi” non riuscita. Se non altro perché, altro non facendo che sublimare tecniche retoriche già sperimentate dai precedenti di merito per andare *prater legem*, non è riuscita in alcun modo, alla riprova dei fatti, a chiudere la questione; solo avendo prodotto il risultato, semmai, di offrire un fondamento di maggiore legittimità a quei provvedimenti giudiziali che, seppure talora secondo buon senso, dichiarano inammissibili domande di concordato fondate su “proposte indecenti” (come le descrive Antonio Rossi). È stato dunque inevitabile che la stessa Suprema Corte, nel 2017, abbia ammesso che un modello bipolare di fattibilità giuridica ed economica dimostri, in realtà, una modesta tenuta concettuale, legittimandosi piuttosto una verifica giudiziale più dichiaratamente estesa anche alla seconda, in quando inscindibile dalla prima. Il tutto, mentre un legislatore sempre più schizofrenico più volte ritornava sulla disciplina scritta, “pendolando” avanti e indietro lungo la stessa traiettoria che lo aveva condotto alla riforma del 2005. E così imponendo piani sempre più dettagliati e serrati, e soprattutto una percentuale minima di soddisfazione almeno nei concordati liquidatori; ed infine arrivando — con la legge di delega n. 155/2017, seguita dal (per ora solo) progettato Codice della Crisi e dell’Insolvenza — a ricondurre il controllo di fattibilità (dunque eminentemente economica) nella piena potestà del giudice; con il professionista attestatore ridotto, in un clima un po’ di sospetto, a supporto ancillare. Ve n’è abbastanza, allora, per dedicare — come ha fatto Alessia Novelli — uno studio approfondito e ragionato su una tale parabola legislativa e giurisprudenziale — ma al fondo culturale, come si diceva — che ne consenta di ricostruire l’evoluzione e le proiezioni, chiarificando soprattutto gli snodi concettuali che la agitano e continuano a tenderla. Solo una piena comprensione, e un vigilato utilizzo, di tali snodi, in effetti, pare capace di condurre — al netto di facili, e talvolta abusate, formule *bonnes à tout faire* — a comprendere quali siano i sostanziali limiti che un giudizio “terzo” è ragionevole che si ponga nell’interrompere la dialettica fra l’impresa e i suoi creditori.

## Il dibattito dottrinale e giurisprudenziale in tema di sindacato del giudice sulla fattibilità del piano concordatario

SOMMARIO: 1.1. La tesi restrittiva, 15 – 1.2. La tesi pubblicistica del controllo di merito, 23 – 1.3. La tesi intermedia del controllo di legittimità sostanziale, 29.

### 1.1. La tesi restrittiva

Nella originaria versione del r.d. n. 267/1942 l'art. 162 prevedeva che il tribunale dichiarasse inammissibile la proposta di concordato in mancanza delle condizioni previste dal primo comma dell'art. 160 o dei presupposti indicati nel secondo comma dello stesso articolo. L'art. 163, invece, disponeva che il tribunale, riconosciuta ammissibile la proposta, dichiarasse aperta la procedura di concordato preventivo.

È indubbio che nel rispetto della normativa allora vigente il tribunale era dotato di ampi poteri, considerata la sua posizione di supremazia, che le consentiva di esercitare uno stringente controllo sull'intera procedura, tanto che poteva non omologare la proposta, anche in caso di voto favorevole dei creditori<sup>1</sup>.

Con la prima riforma introdotta dalla L. n. 80/2005 il legislatore modificava profondamente gli artt. 160 e 161 relativi rispettivamente alle condizioni per l'ammissione alla procedura e alla domanda di concordato, nonché l'art. 163, secondo il quale il tribunale poteva dichiarare ammissibile la procedura solo dopo aver verificato «la completezza e la regolarità della documentazione».

1. RAGO G., *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in *Il Fallimento*, 2008, 3, p. 264.

Nonostante fosse chiara l'intenzione del legislatore di limitare l'intervento del giudice nel senso di un mero controllo formale della documentazione prodotta dal debitore, restava immutato l'art. 162 relativo al potere del tribunale di dichiarare inammissibile la proposta in mancanza delle condizioni ivi previste<sup>2</sup>.

Il successivo D.lgs. n. 169/2007 ha nuovamente modificato la disciplina del concordato preventivo e in particolare l'art. 162, secondo il quale il tribunale può «concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti» e dichiarare inammissibile la proposta, se non ricorrono i presupposti di cui agli artt. 160 commi 1 e 2 e 161. Il decreto correttivo ha modificato anche l'art. 163 sull'ammissione alla procedura di concordato il cui inciso «verificata la completezza e la regolarità della documentazione» è stato sostituito dal seguente «ove non abbia provveduto a norma dell'articolo 162, commi primo e secondo».

Il tribunale ha il compito di verificare la sussistenza dei presupposti della procedura e della documentazione richiesta ai fini dell'ammissibilità del ricorso. Sul punto, però, sussiste ancora oggi un acceso dibattito in merito al sindacato del tribunale sulla fattibilità del piano proposto dal debitore. La fattibilità del piano è oggetto della relazione di un professionista, che dispone di competenze economiche e aziendali, tanto che al tribunale spetta soltanto la verifica dell'esistenza della documentazione, cioè un “controllo delle carte”, ma non “sulle carte”. Con la riforma del 2005, infatti, il legislatore ha mostrato la sua volontà di privatizzare la procedura di concordato, sottraendo al tribunale ogni controllo di merito e rimettendo esclusivamente ai creditori il giudizio sulla convenienza del piano<sup>3</sup>.

Nella relazione al decreto correttivo del 2007 si è ulteriormente sottolineata la natura privatistica del concordato preventivo, in quanto fondato su un accordo tra il debitore e la maggioranza dei creditori. La tendenza alla privatizzazione tuttavia non significa che il giudice non abbia più alcun ruolo nell'ambito della procedura di concordato<sup>4</sup>.

2. RAGO G., *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, cit., pp. 264–265.

3. SCIUTO M., *La crisi dell'impresa*, in *Diritto commerciale* a cura di Marco Cian, Torino, 2014, p. 463.

4. AMATORE R., *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2012, I, pp. 104–105.

Probabilmente il legislatore del 2007, nella sua volontà di completare e rifinire la disciplina del concordato preventivo, non ha avuto contezza delle possibili conseguenze che la modifica dell'art. 162 avrebbe potuto provocare. Alcuni interpreti hanno ritenuto che la concessione di un termine al debitore per integrazioni e produzioni documentali abbia favorito un dialogo tra l'imprenditore e l'autorità giudiziaria, tanto che il tribunale potrebbe sindacare non solo la regolarità formale, ma anche i profili di merito della proposta. Secondo altri, invece, il giudice resta garante della regolarità degli atti e della procedura anche dopo le modifiche apportate dal decreto correttivo, senza poter valutare il merito della proposta. In seguito alla riforma del 2007, quindi, i dubbi interpretativi circa il sindacato del giudice sulla fattibilità del piano si sono ulteriormente acuiti<sup>5</sup>.

Esistono tuttora tre opinioni diverse circa i limiti del sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano concordatario: una tesi restrittiva limitata al controllo formale, una pubblicistica di controllo sul merito della proposta e infine una tesi intermedia che propende per un controllo di legalità sostanziale<sup>6</sup>.

La tesi restrittiva interpreta in maniera estremamente riduttiva i poteri esercitabili dal tribunale sia in sede di ammissione alla procedura sia nella successiva fase di omologazione del concordato, riconoscendo al giudice una mera verifica formale sulla regolarità e completezza della documentazione allegata al ricorso e sulla correttezza della procedura. Si tratta di un mero riscontro di carattere notarile con esclusione di ogni possibile scrutinio giudiziale in ordine al merito del giudizio di fattibilità del piano. Questa interpretazione è stata condivisa dalla Suprema Corte (cfr. Cass. n. 21860/2010, Cass. n. 3274/2011 e Cass. n. 13817/2011), la quale ha ribadito l'assenza di un potere di controllo del tribunale sul contenuto della proposta e del piano concordatario, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori sia in fase di ammissione della procedura sia in fase di omologazione. La Corte ha precisato che il giudice non può avvalersi neppure delle osservazioni formulate dal commissario giudiziale, poiché unici destinatari del lavoro svolto

5. PACCHI S., *La valutazione del piano del concordato preventivo: i poteri del tribunale e la relazione del commissario giudiziale*, in *Il diritto fallimentare e delle società commerciali*, 2011, II, pp. 109–110.

6. AMATORE S., *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, cit., pp. 104–105.

dal commissario sono i creditori, i quali devono poter confrontare la proposta e le valutazioni del professionista attestatore con la relazione di un organo investito di una pubblica funzione<sup>7</sup>.

Per meglio comprendere la portata di un’interpretazione così restrittiva, è opportuno analizzare il caso oggetto della sentenza n. 21860/2010, che più di ogni altra risulta esaustiva e rappresentativa dei principi di diritto enunciati dalla Cassazione.

La società ricorrente chiedeva alla Suprema Corte di stabilire quali fossero i poteri del tribunale nella fase di ammissione alla procedura di concordato preventivo. In particolare, lamentava che il tribunale, nel rigettare la sua proposta di concordato, aveva anticipato valutazioni di merito sulla fattibilità e sui contenuti della stessa, senza concedere il previsto termine di quindici giorni per consentire al debitore di integrare il piano o di produrre nuovi documenti. I giudici della Suprema Corte, dopo un lungo riepilogo del quadro normativo di riferimento, hanno ripercorso i contrastanti orientamenti presenti tanto in dottrina quanto in giurisprudenza circa la persistenza, anche dopo le recenti riforme, di poteri di controllo di merito da parte del tribunale sulle proposte di concordato, ritenendo che ammettere un controllo giudiziale sulla fattibilità del piano sarebbe in contrasto con il dettato normativo, dal quale risulta che il legislatore predilige la natura contrattuale e privatistica del concordato. Ne deriva che la decisione circa la convenienza del concordato spetta esclusivamente ai creditori, salva la possibilità del tribunale di entrare nel merito della proposta su istanza di un creditore appartenente a una classe dissenziente, per valutare se i creditori appartenenti a quella classe possano ricevere un trattamento migliore da una soluzione alternativa al concordato (il c.d. *best interest test*, il quale implica il giudizio di *cram down*). Se il tribunale non può entrare nel merito della proposta in fase di omologazione, salva l’eccezione appena vista, allora non è neppure possibile riconoscergli tale potere in sede di giudizio di ammissibilità. Il legislatore, infatti, ha affidato al commissario giudiziale il compito di garantire la completezza, l’attendibilità e la veridicità dei dati aziendali, affinché i creditori dispongano di tutti gli elementi necessari per decidere con cognizione di causa, tanto che, in caso di anomalie, il commissario è tenuto a informare immediatamente il tribunale, il quale può proce-

7. AMATORE R., *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, cit., pp. 104–108.

dere d'ufficio alla revoca del concordato *ex art.* 173. Il giudizio sulla fattibilità in sede di ammissione non spetta al tribunale, ma è affidato ai creditori che devono esprimere tale giudizio in occasione della votazione, tenendo in considerazione tanto la relazione del professionista attestatore quanto i rilievi del commissario giudiziale. Nella fase di ammissione della procedura il tribunale non può esprimere un giudizio sul merito del piano e dichiarare la domanda inammissibile per mancanza di fattibilità, in quanto questo tipo di valutazione è oggetto della relazione del professionista attestatore, dei rilievi effettuati dal commissario giudiziale, nonché dello stesso tribunale, ma solo in sede di omologazione e in presenza di opposizioni, secondo quanto previsto dall'art. 180 l. fall. La Suprema Corte ha cassato con rinvio il provvedimento impugnato, poiché il tribunale ha rigettato la domanda di ammissione della società ricorrente, effettuando valutazioni sul merito del piano concordatario<sup>8</sup>.

In definitiva, l'orientamento della Cassazione può essere sintetizzato nel modo che segue:

nel procedimento di ammissione di un debitore alla procedura di concordato preventivo il tribunale non è chiamato ad esprimere il giudizio sulla fattibilità del piano e quindi la domanda non può essere dichiarata inammissibile per la ritenuta non fattibilità del piano stesso. . . la valutazione sulla fattibilità del piano compete in via esclusiva ai creditori che la esprimono tramite il voto e si fonda da un lato sulla relazione attestativa del professionista e dall'altro lato sui rilievi del commissario giudiziale. . . in tema di concordato preventivo, nel regime conseguente all'entrata in vigore del D.lgs. n. 169 del 2007 che è caratterizzato da una prevalente natura contrattuale e dal decisivo rilievo della volontà dei creditori e del loro consenso informato, il controllo del tribunale nella fase di ammissibilità della proposta, ai sensi degli artt. 162 e 163 L. Fall., ha per oggetto solo la completezza e la regolarità della documentazione allegata alla domanda, senza che possa essere svolta una valutazione relativa all'adeguatezza sotto il profilo del merito; ne consegue che, quanto all'attestazione del professionista circa la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, 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, in

8. Cass. Civ. sez. I, 25 ottobre 2010, n. 21860, in *La fattibilità nel concordato preventivo è giudizio che spetta ai creditori*, *Il Fallimento*, 2011, 2, pp. 167-169.

quanto riservata, da un lato, alla fase successiva e ai compiti del commissario giudiziale e, dall’altro, ai poteri di cui è investito lo stesso tribunale, nella fase dell’omologazione, in presenza di un’opposizione, alle condizioni di cui all’art. 180 L. Fall.<sup>9</sup>

Secondo certa dottrina, la tesi esposta dalla Corte di Cassazione è condivisibile, in quanto dall’interpretazione letterale dell’art. 162 si ricava che la declaratoria di inammissibilità è dovuta all’assenza dei presupposti di cui all’art. 161, relativo all’attestazione del professionista e non al suo contenuto. Spetta a un professionista, provvisto delle competenze di cui all’art. 67, terzo comma, lett. d) l. fall., redigere una relazione che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, cioè un giudizio prognostico effettuato sulla base di riscontri oggettivi e non ipotetici circa l’attuabilità del piano proposto dal debitore. Considerato che la fattibilità del piano attiene a una prognosi di adempimento e che unici soggetti interessati all’adempimento sono i creditori, allora il tribunale non può sindacare la fattibilità come non può pronunciare la risoluzione del concordato, se non su richiesta dei creditori stessi. La condizione di ammissibilità del concordato, quindi, non è la verifica della fattibilità, ma il controllo dell’adeguatezza della relazione<sup>10</sup>.

Anche in altre pronunce la Cassazione ha confermato l’esclusione di qualsiasi sindacato di fattibilità del piano nel concordato preventivo da parte del tribunale. In particolare, si ritiene che il tribunale debba procedere all’analisi del piano “entro la soglia minimale. . . della non manifesta inadeguatezza, prima facie, della relazione del professionista che ne accerti la fattibilità; fermo restando che la sede naturale per la verifica, *funditus*, della veridicità dei dati è la successiva relazione particolareggiata del commissario giudiziale” (cfr. Cass. 15 settembre 2011 n. 18864). Anche in sede di omologazione, il tribunale deve procedere al “controllo della regolarità della procedura” e soprattutto verificare

la permanenza sino a quel momento delle stesse condizioni di ammissibilità della procedura. . . e infine. . . il rispetto delle regole che impongono che la formazione del consenso dei creditori sulla proposta sia stata improntata

9. TEDOLDI A., *Il sindacato giudiziale sulla fattibilità del piano e l’art. 173 l. Fall. nel concordato preventivo: la Cassazione e il “cigno nero”*, in *Giurisprudenza italiana*, 2012, I, p. 88.

10. FABIANI M., *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il Fallimento*, 2011, 2, pp. 172–180.