

PAOLO MENTI

NUOVE OPPORTUNITÀ E RINNOVATI PROBLEMI
PER LE SOLUZIONI CONCORDATE DELLA CRISI
D'IMPRESA

Estratto da:
ODEO OLIMPICO XXVII
2007-2010

ACCADEMIA OLIMPICA - VICENZA



PAOLO MENTI

NUOVE OPPORTUNITÀ E RINNOVATI PROBLEMI PER LE SOLUZIONI CONCORDATE DELLA CRISI D'IMPRESA*

SOMMARIO: 1. Il fallimento da processo sanzionatorio a strumento di tutela rafforzata del credito. — 2. Il fallimento e il sistema dei rapporti di impresa fra rottura e salvaguardia. — 3. Dall'«uso alternativo» delle procedure concorsuali alle amministrazioni di salvataggio, per le imprese maggiori, e ai concordati stragiudiziali, per le altre. — 4. La scelta legislativa di tipizzare i concordati stragiudiziali nel «piano di risanamento» e negli «accordi di ristrutturazione dei debiti». — 5. Il *restyling* del concordato preventivo: il vecchio assetto e le novità circa la proposta e il voto. — 6. Maggiori rischi per i creditori nel nuovo concordato preventivo e bisogno di tutele. — 7. Il ruolo del tribunale fra controllo di merito o di legalità. — 8. *segue*: il controllo giudiziario non è di merito ma di legalità sostanziale. — 9. L'esempio di un caso concreto, e conclusioni.

1. Il fallimento da processo sanzionatorio a strumento di tutela rafforzata del credito. — Tutti i cultori del diritto fallimentare conoscono la invettiva contro i mercanti dissestati che si legge nei *Consiliorum, sive responsorum volumina* di un rinomato giurista del XIV

* Comunicazione resa il 9 giugno 2010 in Palazzo Chiericati.

Lo scritto riprende e sviluppa i contenuti della relazione svolta col titolo «Sguardo d'insieme sulle soluzioni concordate della crisi e le ragioni ispiratrici» nella Tornata del 9 giugno 2010, dedicata a «Le soluzioni concordate della crisi», apportandovi le modificazioni consigliate sia dalla diversa forma espressiva sia dalla doverosa considerazione di alcune importanti novità sopraggiunte in campo normativo (specie il decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito con la legge 30 luglio 2010, n. 122) e giurisprudenziale, delle quali va dato conto per l'indispensabile aggiornamento, sia, infine, dalla ulteriore meditazione del tema. È stato omesso il corredo delle note di documentazione, il cui contenuto sarebbe abbastanza scontato per lo specialista della materia e del tutto inutile al lettore che non lo sia. Le poche indicazioni che si sono ritenute indispensabili, magari privilegiando fonti largamente accessibili (Internet), sono state inserite nel testo, riservando alle poche note a piè di pagina alcune importanti avvertenze tecniche. Chi comunque desiderasse approfondire su testi di prima consultazione gli argomenti qui trattati, può indirizzarsi ai seguenti manuali: Massimo Fabiani, *Diritto fallimentare: un profilo organico*, Bologna, Zanichelli, 2011 (l'A., già magistrato e giudice fallimentare, ha segnalato con la diversità del carattere tipografico i due livelli di lettura del testo, di base e avanzato); Piero Pajardi-Alida Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*², Milano, Giuffrè, 2008 (volume meno aggiornato – non registra le modifiche della legge fallimentare introdotte nel 2010 – ma risultante dalla rielaborazione di un classico a opera di una cultrice della materia e attuale presidente del tribunale di Monza).

secolo, il *commentatore* perugino Baldo degli Ubaldi, professore di Diritto civile e canonico in alcune fra le maggiori Università italiane dell'epoca fra cui Bologna, Padova e Pavia: «*falliti*», egli prorompeva, «*sunt infames et infamissimi, qui more antiquissimae legis deberent tradi creditoribus laniandi*» (*Cons.* cccc, 3); e ancora: «*falliti sunt deceptores, et fraudatores: [...] nec excusantur ob adversam fortunam*» (*Cons.* ccclxxxii, 20); concludendo che «*si fallitus, ergo fraudator*» (*id.*, 19). La «antichissima legge» alla quale Baldo allude altro non sono che le XII Tavole, sorta di codice della Roma arcaica nella quale il debitore inadempiente era trattato piuttosto duramente. Intanto veniva ridotto in catene per indurlo a saldare il debito (dove l'etimo della nostra *obbligazione*, da *ob-ligatio*); poi, se si dimostrava incapace di adempiere ossia insolvente perché né pagava lui né altri per lui, veniva offerto in vendita sul mercato degli schiavi per tre volte consecutive a distanza di otto giorni l'una dall'altra (*nundinum*: il periodo era di nove giorni, ma i Romani contavano inclusivamente); se nessuno lo comprava, il poveretto era messo a morte, il cadavere smembrato (Tabula III, 6: «*TERTIIS NUNDINIS PARTIS SECANTO*») e spartito fra i creditori (dove Baldo: «*tradi creditoribus laniandi*») in proporzione alle ragioni di ognuno (e non stiamo a indagare sull'uso delle porzioni così assegnate). Perché tanta nostalgia per quel feroce *buon tempo antico* nel giurista di ben diciassette secoli dopo?

Cassata *in limine* la maliziosa congettura che il nostro veemente professore sia stato scottato da un qualche fallimento dei suoi tempi, la chiave della sua indignazione sta tutta nella inferenza conclusiva: «*si fallitus, ergo fraudator*», sovente tramandata nel brocardo «*decotor, ergo fraudator*» – se sei fallito, vuol dire che hai imbrogliato. Qui si suppone che il mercante – noi oggi diremmo: l'imprenditore – sia andato in rovina non tanto perché incappato in congiunture negative (tutte storie, troncava Baldo: «*nec excusantur ob adversam fortunam*»), ma perché in tali congiunture non è stato sostenuto dal sistema ossia dai banchieri, dai mercanti come lui, da parenti o amici e conoscenti. Se costoro l'hanno abbandonato e non gli fanno più credito, magari dopo averlo aiutato altre volte, una ragione ci sarà. Nessun'altra può giustificarsi – opina un Baldo assai ottimista circa la natura umana – se non la sfiducia che sopravvenga nei riguardi di qualcuno rivelatosi poco attento e poco serio negli affari, al punto da pregiudicare il credito concessogli con speculazioni azzardate o addirittura con malversazioni. Simili comportamenti sarebbero stati specialmente gravi nell'epoca in cui insegnava Baldo, perché la fragile civiltà comunale era incardinata sul ceto mercantile, le cui istituzioni e pratiche acquistavano perciò rilevanza pubblica (per lo statuto di Firenze ad esempio – informano Corrado Pecorella e Ugo Gualazzini,

Fallimento [premessa storica], nella *Enciclopedia del diritto*, XVI, Milano, Giuffrè, 1967, 220 ss., 221 s. – le norme emanate dai consoli di una delle dodici arti maggiori prevalevano su quelle del Comune e il Capitano era incaricato di osservarle ed eseguirle). La lesione del credito, nel che precipita la insolvenza dell'imprenditore, finiva così col diventare per i reggitori dello Stato un obliquo attentato contro il cuore economico e ideologico della suprema istituzione. Allora non stupisce che un giurista come il Nostro, impegnato anche nella difesa della autonomia del Comune nei confronti dell'Imperatore, considerasse il mercante insolvente come un pericolo pubblico passibile della peggiore punizione, al pari di chi contro l'ordinamento cittadino per altre e più scontate vie avesse congiurato.

Proviene da questa presunzione di frode a carico del fallito un volto della procedura che ha traversato i tempi e che è giunto a ridosso dei nostri, ossia il profilo sanzionatorio del fallimento. È un risvolto, si è visto, più politico che economico e pertanto non del tutto gradito alla stessa comunità mercantile almeno quando il debitore dimostrasse l'assenza di dolo o colpa nel dissesto. In tal caso infatti l'accanimento sanzionatorio confliggeva con l'interesse dei creditori a recuperare i propri denari, il che si sarebbe meglio ottenuto lasciando lavorare l'insolvente anziché metterlo in ceppi non indispensabili e anzi controproducenti (ancora gli autori testé citati, *Fallimento*, cit., 225, nota 29, ci ricordano che i mercanti milanesi fecero apportare ben cinque temperamenti al troppo severo decreto contro i falliti emanato nel febbraio 1473 da Galeazzo Maria Sforza: e di passaggio verrebbe pure da dire che *nihil sub sole novi*, specie a quanti oggi si scandalizzano per la tecnica a base di decreti correttivi cara al nostro legislatore). Poiché dunque rispondeva a una esigenza innanzitutto politica, tanto più rinforzata con l'affermarsi dello Stato assoluto, il profilo sanzionatorio del fallimento è giunto sino a noi, pur abbandonando già a partire dal XVI secolo i tristemente pittoreschi connotati della Età di mezzo. Fino all'altro giorno insomma il processo fallimentare è stato visto anche alla stregua di un mezzo per reprimere la cattiva imprenditoria, moralmente indegna secondo un non remoto avviso della Corte di cassazione (sentenza n. 10177 del 3 settembre 1992, in *Giustizia civile*, 1992, I, 2987).

Certo, ormai il fallito non doveva più stare esposto nella cheba o *battere il culo* sopra la pietra della vergogna (del vituperio, a Padova, dov'è tuttora conservata nel Palazzo della Ragione) o restare legato con un collare di ferro a un palo piantato in piazza a farsi insultare dai passanti, né doveva portare l'ignominioso cappello verde (o in qualche luogo bianco ma con impressa l'immagine di una volpe), come prescrivevano con spietata fantasia gli Statuti comunali per i

quali il fallimento rimaneva delitto in sé. Nonostante tuttavia la progressiva attenuazione delle sanzioni inflitte ai falliti in quanto tali, a prescindere cioè da eventuali incriminazioni penali (le varie figure di bancarotta), fino a ieri – fino cioè alla riforma della legge fallimentare avviata col cosiddetto «Decreto competitività» del 2005 e proseguita col decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, e i successivi provvedimenti correttivi – il fallito era comunque astretto da varie specie di limitazioni (incapacità speciali) conseguenti alla iscrizione del suo nome nel Registro dei falliti e perduranti ben oltre la chiusura del fallimento (5 anni, secondo una norma dichiarata incostituzionale soltanto con sentenza n. 39 del 27 febbraio 2008, reperibile anche nel sito Internet della Corte: www.cortecostituzionale.it) fino alla cancellazione disposta con l'ormai scomparsa sentenza di riabilitazione; il fallito inoltre subiva significative compressioni di fondamentali diritti civili altrimenti garantiti dalla Costituzione (libertà di movimento, libertà e segretezza epistolare e della corrispondenza in genere) e degli stessi diritti politici (perdita dell'elettorato attivo e passivo): restrizioni che, sebbene giustificate con le esigenze della procedura, andavano in realtà parecchio oltre, per tempo e tenore, rispetto a quanto dalla procedura medesima obiettivamente richiesto. Adesso il Registro dei falliti non esiste più e molte di quelle limitazioni sono cadute o sono state ridotte nei limiti funzionali all'ordinato svolgimento del processo fallimentare ovvero alla incompatibilità dello stato attuale di fallito con l'esercizio di alcune attività o professioni (amministratore di società, tutore, curatore, avvocato, dottore o ragioniere commercialista, e via elencando).

Del fallimento oggi è allora meglio visibile l'altra faccia, quella non politica ma economica, rivolta cioè non a sanzionare il fallito ma a gestirne il patrimonio nella maniera più utile per cavarne, con la liquidazione o con altre più redditizie misure, quanto serva ad una almeno parziale soddisfazione dei creditori (la quale ultima deve avvenire secondo parità di trattamento, di modo che nessuno abbia di più o di meno di altri che si trovi nella sua medesima posizione giuridica: *par condicio creditorum*, attuazione della regola metagiuridica del *suum cuique tribuere*). Al legislatore contemporaneo non interessa tanto punire il fallito (c'è anche questo, beninteso, e sta nelle abbastanza severe disposizioni penali di cui agli articoli da 216 a 241 della legge fallimentare, che reprimono le cennate figure di bancarotta). Al legislatore contemporaneo interessa più di un tempo recuperare il maggior valore possibile dalla impresa e dal patrimonio dell'insolvente allo scopo di ridurre in proporzione la perdita che ciascun creditore finirà col subire.

All'origine di questa maggiore preoccupazione dell'ordinamento

giuridico sta innanzitutto una sensibilità economica più aderente alla realtà di quanto lo fosse l'ideologia di Baldo. Troviamo enunciata questa migliore percezione delle cose già nello studioso che possiamo considerare il fondatore degli studi moderni sul diritto commerciale, specie marittimo e fallimentare: il giurista ed economista anconetano Benvenuto Stracca, a cui la città natale dedica la piazza urbana davanti al Palazzo degli Anziani. Scrivendo nel XVI secolo Stracca emenda la presunzione di frode enunciata duecent'anni prima da Baldo e così osserva nelle *Decisiones et tractatus varii de mercatura* (III, 2) che «*tria decoctorum esse genera: primum, illorum qui fortunae vitio decoquunt, secundum, illorum qui suo vitio conturbant fortunas et rationes. Et illud tertium, illorum qui partim suo partim fortunae vitio processerunt*». Col dispiegarsi dei traffici fuori e anzi ben lontano dalle mura cittadine, con quella che in seguito alla scoperta delle Americhe potremmo quasi considerare globalizzazione dell'epoca, l'osservatore acuto delle cose economiche si rende conto che nel dissesto dell'imprenditore non si fa sempre e solo questione di incapacità gestionale o tendenza a delinquere negli affari. Ci si accorge invece che nessuno è in grado di dominare tutti i rischi del mercato e che non di rado quest'ultimo colpisce senza riguardo a meriti o demeriti professionali (basta pensare alla colossale inflazione seguita al massiccio afflusso di oro e argento dal Nuovo Mondo).

Di questa allarmante verità facciamo invero vichiana esperienza ad ogni riassetto storico dell'economia globale, oggi come ieri. Ce ne viene la persuasione che il dissesto dell'imprenditore va affrontato senza moralismi ma con pragmatismo, affinché con l'acqua sporca della azienda carica di debiti non venga buttato il bambino dei valori in essa ancora presenti e ancora generatori di ricchezza se mantenuti nel circolo del sistema produttivo. Il che ai giorni nostri è ancora più vero, se consideriamo come la redditività delle imprese derivi meno dai beni tradizionali (muri e macchine) che dalle utilità immateriali: alcune delle quali (ad esempio conoscenze non brevettate, o *know-how*, e clientela ossia avviamento) sono del tutto insuscetibili di liquidazione a sé, perché sussistono solo col ramo di azienda a cui ineriscono e fintanto che detto compendio sia attivo e funzioni, ancorché sopravvenuto il dissesto del titolare*. Ci si rende conto così

* In qualche misura il legame con la azienda continua a sussistere, benché solo in negativo, anche rispetto al più forte segno distintivo dell'imprenditore, ossia il marchio, che dalla riforma del 1992 può bensì essere alienato separatamente dalla azienda stessa (la quale, come nella nostra ipotesi, venga liquidata per il fallimento del titolare) ma dovendo allora porre in essere adeguati strumenti informativi del pubblico circa la dissociazione che così è stata operata fra il marchio e la sua origine, affinché i consumatori non siano tratti in inganno reputando che il nuovo produttore utilizzi la medesima azienda a cui il segno in precedenza ineriva.

che l'azienda dissestata, perché indebitata oltre ogni limite di equilibrio, non sempre è semplicisticamente da liquidare: alle volte può essere ancora utile, se rimessa in condizione di navigare; e ci si rende altresì conto che ciò interessa forse più i creditori che l'imprenditore stesso, il quale può anche mutare se tanto serve a far gestire meglio un compendio produttivo non del tutto esaurito.

Dalla ponderata messa a punto di Stracca contro la invettiva di Baldo passiamo allora a una terza citazione. La prendiamo dallo scritto di un avvocato, che però non è un atto giudiziario perché il legale in questione è Carlo Goldoni: il quale, prima di essere commediografo e rifondatore del genere, si era laureato in Giurisprudenza a Padova (1731) e aveva con successo praticato la professione forense. Sfruttando la propria competenza professionale, Goldoni compose anche commedie di ambiente giudiziario o legale. In una di queste, inscenata nel 1740 col titolo *La bancarotta, o sia il mercante fallito* (la prima versione, ci informa l'autore, era ancora «parte scritta e parte a soggetto» e Arlecchino vi compare tuttora come Truffaldino), Goldoni rappresenta i casi di Pantalone de' Bisognosi, mercante veneziano di stoffe che si ritrova fallito avendo condotto la bottega in modo poco avveduto e avendo inoltre speso troppo per secondare i lussi della seconda moglie e per corteggiare nel frattempo la «cantatrice» Clarice. Buon amico e soccorritore di Pantalone e della sua famiglia è il dottor Lombardi, che alla fine riuscirà a salvare il protetto nonostante l'impenitente riluttanza di costui a seguirne i moniti. La commedia mostra un vivace spaccato della procedura fallimentare veneta, a detta degli storici la prima in ordine di tempo oltre che ispirata a una visione moderna di come trattare la insolvenza quando le legislazioni successive rimanevano invischiate nella logica sanzionatoria esaltata da Baldo. Tale modernità veneta ci sorprende soprattutto nella parte della commedia dove il nominato dottore, prendendo in mano le sorti di Pantalone, gli consiglia come comportarsi con i creditori prima che accada l'irreparabile ossia la liquidazione di tutto il patrimonio tanto di fondaco quanto di casa: «Si chiamerà il consorzio dei creditori, per formare la graduatoria col bilancio dei debiti e dei crediti e dei capitali, *detractis detrahendis*; avremo un salvacondotto in pendenza di tal giudizio. Poi si farà l'esibizione di un trenta o di un quaranta per cento ai creditori, da pagarsi a tempo; procureremo di pagare la prima rata, e poi, siccome è il solito di simili aggiustamenti, sarà facile tirar di lungo, senza che più se ne parli» (atto I, scena 13^a)*. È una sorta di concordato a

* Il testo è citato dalla edizione de "I classici Mondadori" – Carlo Goldoni, *Tutte le opere*² (cur. Giuseppe Ortolani), vol. I, Milano, A. Mondadori 1954 – reperibile anche nel sito Internet www.liberliber.it.

fallimento aperto molto simile al nostro attuale concordato fallimentare (art. 124 ss. l. fall.), che la riforma ha trasformato rispetto al passato rendendolo strumento alternativo al fallimento stesso e alla sua disastrosa liquidazione, annoverabile infine tra le varie figure di composizione negoziale della crisi a cui è dedicato il presente contributo: e assimilabile in specie all'altro concordato, il preventivo, del quale adesso condivide sia la struttura sia lo scopo di eliminare la crisi mediante un piano avente a oggetto «la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, acollo o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito» (art. 124 cit., comma 2°, lett. c, con dicitura identica a quella dell'art. 160, comma 1°, lett. a, l. fall., relativo al concordato preventivo). Si aggiunga (stando alle importanti ricerche di Giovanni Italo Cassandro, *Le rappresaglie e il fallimento a Venezia nei secoli XIII-XVI*, Torino, Lattes, 1938, pp. 126-127) che già nella età medievale erano praticati a Venezia accordi privati portati alla eventuale approvazione dei giudici fallimentari dell'epoca (*Giudici di Petizion*, creati nel 1244, e *Sopraconsoli*) e che erano l'equivalente dei nostri concordati stragiudiziali (*infra*, § 3) ovvero, una volta approvati, del concordato preventivo (*infra*, § 5).

Constatiamo insomma che i Veneti erano pervenuti a regolare la insolvenza con sistemi di stupefacente modernità (e forse per questo tacciati da qualcuno d'essere troppo benevoli, ad esempio da un preclaro storico del diritto il quale scriveva: «tra le legislazioni delle città italiane, una sola, quella di Venezia, si distingue da tutte le altre per la minor severità e per la mitezza che si manifesta nella procedura di fallimento [...], vi manca ogni traccia di formalità ignominiose [...]. Degli effetti utili di tale indulgenza v'è forse ragione di dubitare [...]» [Alessandro Lattes, *Il diritto commerciale nella legislazione statutaria delle città italiane*, Milano, Hoepli, 1884, p. 321]). A quei sistemi ci siamo infine adeguati anche noi, benché tre secoli dopo: dovendo pure noi prendere atto di quanto i Veneziani erano persuasi già allora, ossia che l'importante è sempre rimettere la impresa a galla e, se si può, riaprire bottega per riprendere una attività dalla quale soltanto i creditori possono attendersi con qualche speranza un almeno parziale ristoro del danno patito a causa della insolvenza del loro debitore. Anche infatti nella commedia goldoniana il dottore fa continuare la impresa al figlio di Pantalone, Leandro: «si pianterà il negozio in suo nome, si cambierà la ragione di *Pantalone de' Bisognosi* in quella di *Leandro de' Bisognosi*: così i creditori

vostri non avranno azione veruna contro il nuovo negozio» (e si noti che tanto in effetti avviene al quinto giorno dalla chiusura del negozio all'insegna paterna: cfr. atto II, scena 1^a). Il giurista che ha acceso i riflettori su questa *pièce* può così suggellare le proprie considerazioni osservando che a Venezia «il fallimento è [...] un momento quasi fisiologico dell'attività commerciale; come chi va per mare può incorrere in una tempesta, così il mercante deve imparare a ripararsi nei momenti di difficoltà, per poi riprendere nuovamente la navigazione nel mare del mercato» (Giovanni Cabras, *Il diritto fallimentare nel teatro di Carlo Goldoni*, in *www.dircomm.it*, VI.1, 2007).

2. Il fallimento e il sistema dei rapporti di impresa fra rottura e salvaguardia. — La modernità della procedura veneta come ce la mostra Carlo Goldoni non faccia pensare che da allora la storia del fallimento null'altro sia che sia un dispiegarsi di «magnifiche sorti e progressive». Basti sapere che la legge penale comincia a distinguere – à la Stracca – la bancarotta considerata non dolosa, non cioè fraudolenta e perciò denominata «bancarotta semplice» (impregiudicata – per gli addetti ai lavori – la odierna giurisprudenza circa la punibilità a titolo sia di colpa sia di dolo), soltanto col napoleonico *Code de commerce* del 1807 (articoli da 586 a 592, nel Libro terzo); mentre solo nel 1791 era stata abolita la pena di morte che nel *Titre XI* della storica *Ordonnance du commerce* di Luigi XIV (1673) ancora si comminava ai bancarottieri (art. 12: «*Les banqueroutiers frauduleux seront poursuivis extraordinairement, et punis de mort*») benché questo terribile lascito delle XII Tavole fosse per lo più scansato dagli stessi giudici dell'epoca che vi preferivano altre pene, dal bando perpetuo all'ergastolo ai remi. Venendo al nostro tempo e alla nostra più recente legislazione, possiamo senz'altro osservare che il pragmatismo di cui la Serenissima aveva dato prova ha davvero stentato ad affermarsi pienamente. A tirare il freno è sempre stata la concezione afflittiva e sanzionatoria tanto cara al vecchio Baldo. Per moltissimo tempo questa concezione ha fatto aggio sulla stessa finalità principale della procedura, che non è di punire l'imprenditore colpevole del dissesto ma è di soddisfare al meglio i suoi creditori.

La natura giuridica del fallimento è infatti di essere un *processo esecutivo*, un processo cioè volto a liquidare i beni del debitore per soddisfare col ricavato i creditori. Rispetto al processo esecutivo di diritto comune il fallimento si caratterizza per un duplice profilo di specialità. Intanto è più rigoroso nella attuazione della sopra ricordata parità di trattamento fra i creditori, sul presupposto che il credito commerciale vada tutelato anche impedendo che qualcuno riceva tutto e altri nulla, come può accadere nella esecuzione ordinaria per

i diversi meccanismi processuali ivi operanti (scolpiti dal brocardo *sero venientibus ossa*). Si insegna che nella esecuzione ordinaria il concorso dei creditori è eventuale ed occasionale, perché dipende dalla circostanza che più d'uno fra loro abbia maturato il titolo per agire da sé in via esecutiva. Nel fallimento invece tutti i creditori sono chiamati a concorrere, anche quelli che non hanno maturato alcun titolo per agire in via esecutiva ordinaria; allo scopo anzi la legge vieta a chiunque di iniziare o proseguire azioni individuali, in quanto incompatibili col concorso di tutti e con la finalità di mantenere i beni meglio realizzabili nella garanzia patrimoniale generale anziché doverli abbandonare alla azione esecutiva – e quasi predatoria – di creditori in *pole position* spesso non meritata. La *par condicio creditorum* così intesa diventa allora strumento funzionale alla stessa facilità di erogazione del credito finché l'imprenditore è *in bonis*, poiché ogni creditore sa che in caso di insolvenza del comune debitore nessuno tra chi ha fatto credito dovrà subire la perdita più di quanto dovranno subirla tutti gli altri. La regola viene probabilmente dalla disciplina delle perdite occorse durante una traversata per mare: posto che in caso di tempesta e temuto naufragio si buttavano a mare le merci più pericolose per la stabilità della nave, all'arrivo si facevano i conti dei danni subiti dai vari proprietari e quindi si procedeva a conguagli per pareggiare secondo certi criteri il rapporto fra chi aveva perduto poco e chi invece molto. Per questo si conclude che il fallimento è uno strumento di tutela rafforzata dei creditori. D'altro canto, siccome questo strumento costa, nei Paesi latini – ulteriore profilo di specialità – esso è riservato agli imprenditori commerciali non di minori dimensioni ossia a patrimoni astrattamente in grado di sopportare i costi della procedura lasciando ai creditori di che potersi almeno in parte soddisfare (così da smentire l'acida *verve* di Voltaire, che nel capitolo IV del *Candide* fa censurare al dottor Pangloss «*la justice qui s'empare des biens des banqueroutiers pour en frustrer les créanciers*»).

Il nostro ordinamento, si accennava prima, è giunto a scrollarsi definitivamente di dosso la ipoteca del pensiero di Baldo soltanto con la recente riforma del 2006. Varie le leve sulle quali essa è intervenuta; ma le principali sono già ravvisabili nella prima e prodromica fase riformatrice, avviata col cosiddetto «Decreto competitività» (decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, contenente a sua volta la delega al Governo per attuare la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali di cui al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, cosiddetta legge fallimentare). All'insegna della promozione competitiva delle nostre imprese – che in primo luogo vuol dire favorirne il recupero di redditività anziché

lasciarle all'epilogo scontato di uno stato di crisi incontrollato – il legislatore ha innanzitutto modificato due istituti cruciali del fallimento: le azioni revocatorie (art. 67 l. fall.) e le soluzioni concordate – *alias* composizioni negoziali – della crisi (il vecchio concordato preventivo e le altre nuove di cui diremo). Il primo intervento è combinato col secondo, perché alcune misure in tema di revocatoria riguardano – come vedremo – le soluzioni concordate della crisi. Due parole sulle revocatorie si rendono dunque necessarie.

Un arguto giurista di scuola bolognese, Alberto Maffei Alberti, descrisse una volta l'atteggiamento del legislatore fallimentare del 1942 con una similitudine: come l'autorità preposta alla salute pubblica provvede a isolare un focolaio di infezione allestendo un «*cordone sanitario*» che impedisca al morbo di propagarsi ai sani, così la nostra legge mirava a isolare l'imprenditore insolvente allestendo appunto il «*cordone sanitario*» delle azioni revocatorie (Alberto Maffei Alberti, *La «funzione» della revocatoria fallimentare*, in *Giurisprudenza commerciale*, 1976, I, p. 362 ss., 364). Nella specie il timore di queste azioni avrebbe dovuto sospendere chi aveva abituali rapporti coll'imprenditore in crisi – fornitori di energie, di merci, di denaro – a interrompere tali rapporti non appena si fosse venuti a conoscenza dello stato di insolvenza di controparte; in caso contrario erano minacciate di *revoca*, ossia di perdere efficacia, le transazioni ciò nonostante compiute: con la conseguenza che quanti abbiano comunque contrattato devono poi restituire al fallimento le prestazioni ricevute dall'imprenditore in procinto di fallire (fallendo) mentre la eventuale controprestazione a lui effettuata dalla parte *in bonis* è sì restituita dagli organi della procedura ma nella cosiddetta *moneta cattiva* ossia con la decurtazione della falcidia fallimentare equivalente nella maggior parte dei casi all'azzeramento totale o quasi (art. 70, comma 2°, l. fall.). Ipotizzando una effettiva deterrenza della revocatoria e quindi la interruzione dei rapporti commerciali, finisce che l'attività si blocca e il fallimento segue a ruota. La minaccia di perdita secca, tanto maggiore quanto più severo il regime delle revocatorie, avrebbe così allontanato il mercato dalla impresa disestata ovvero avrebbe espulso questa ultima dal mercato il più rapidamente possibile, con sperata ricollocazione delle risorse in essa presenti presso altri imprenditori disposti a profittare della liquidazione fallimentare.

In realtà il *cordone sanitario* non ha mai funzionato nel verso auspicato dal legislatore. Intanto l'imprenditore cerca di tirare più avanti che può, magari impetrando dalla sorte l'improbabile miracolo, ma soprattutto dandosi da fare per mettere nascostamente in salvo il salvabile (tutte ipotesi di bancarotta, semplice e fraudolenta).

Però anche i *partners* dell'imprenditore sono spesso restii ad abbandonarlo: sia perché ciò significa consolidare la perdita maturata sino a quel momento a causa degli insoluti già insorti, sia perché in un mercato fortemente integrato e concorrenziale non è facile instaurare rapporti nuovi e alle medesime collaudate condizioni, mentre rimane costante il bisogno di liquidità, anche di quella – *pecunia non olet*, pure qui – che il fallendo si procura con mille acrobazie e sotterfugi. Senza poi contare che molte relazioni economiche non lasciano scampo: il mercato dell'indotto, ad esempio, e della sub-fornitura lega i piccoli produttori al grosso committente, dal quale non ci si può staccare pena la perdita del lavoro. Succedeva pertanto – e in parecchi casi continua ad accadere, perché cambiare i comportamenti dipende dalla formazione di una nuova mentalità, che non è cosa facile né immediata – succedeva, dico, che l'imprenditore venisse invece "ricattato" da alcune controparti (cosiddetti creditori forti) con la minaccia del ricorso per fallimento allo scopo sia di indurlo a preferirli nei pagamenti puntuali a danno di tutti gli altri, che cominciavano invece a vedersi *malgré soi* rinviati o rateizzati, sia di indurlo a spendere solo per loro le residue possibilità di fornire garanzie così da preconstituirsì una priorità di soddisfacimento, altrui pregiudizievole, quando si fosse giunti alla liquidazione coattiva dei beni bloccati con malfidenti pegni e ipoteche (fatti di bancarotta preferenziale). Il gioco perverso di sentimenti umani – dalla *spes ultima dea* al *mors tua vita mea* – trasformava insomma il timore delle revocatorie in fomite di lesione della *par condicio* e di salasso finale del patrimonio dissestato che, allorquando si apriva inevitabile il fallimento, si scopriva patrimonio irrecuperabile sotto il profilo aziendale e drammaticamente insufficiente sotto il profilo finanziario. Fallimento, per così dire, del fallimento.

Il legislatore del «Decreto competitività» cerca di spezzare questo circolo vizioso prevedendo un'ampia serie di esenzioni da revocatoria, cominciando proprio con «i pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso» (art. 67, comma 3°, lett. a, l. fall.) e proseguendo con l'esenzione a favore delle banche per i versamenti in conto corrente (art. 67 cit., lett. b, in uno con l'art. 70, comma 3°) e con altri esoneri. Lo scopo delle prime previsioni è sollevare i fornitori abituali di energie, merci e danaro dalla preoccupazione di essere penalizzati dall'eventuale fallimento del loro debitore e così indurli a non tentare di proteggersi, volendo mantenere attivi i rapporti commerciali, con espedienti lesivi della *par condicio* o del patrimonio della controparte (fiumi d'inchiostro, naturalmente, si sono riversati sopra simile tema, con opinioni anche molto divergenti: mi permetto di rinviare chi volesse avere un quadro

della questione al mio contributo su *La revoca dei pagamenti nell'esercizio dell'impresa alla prova della tesi antindennitaria delle Sezioni Unite*, ne *Il fallimento*, 2007, p. 498 ss.). È chiaro peraltro che una misura del genere, benché utile, non basta perché ad un certo punto i nodi vengono al pettine: se il miracolo non si produce, il fallimento è matematico. Vediamo allora che fra le esenzioni ce ne sono tre (lett. *d, e, g* del citato art. 67) le quali riguardano, nell'ordine, gli atti esecutivi di piani attestati di risanamento, di concordato preventivo e di accordo di ristrutturazione dei debiti, nonché i pagamenti di debiti contratti con professionisti officati per accedere alla procedura di concordato preventivo. Queste speciali esenzioni assicurano la stabilità delle operazioni compiute per fruire e dare esecuzione alle varie procedure di soluzione concordata della crisi, tutte pensate – queste procedure – per allontanare la prospettiva di fallimento grazie alla possibilità di affrontare la crisi stessa con la massima tempestività e pertanto anche con la massima efficienza risanatrice. Ciò esige beninteso che queste soluzioni concordate siano agevolmente accessibili. Su questo punto si gioca la seconda linea di intervento del «Decreto competitività» e della riforma fallimentare nel suo complesso. Uno sguardo al pregresso ci aiuterà a inquadrare le novità.

3. Dall'«uso alternativo» delle procedure concorsuali alle amministrazioni di salvataggio, per le imprese maggiori, e ai concordati stragiudiziali, per le altre. — Il nostro ordinamento conosce strumenti di prevenzione del fallimento da lungo tempo: dal 1903 il concordato preventivo, dal 1942 la amministrazione controllata. Peraltro né l'uno, che oggi ancora esiste benché incisivamente riformato, né l'altra, ormai abrogata, hanno mai funzionato davvero. Ambedue le procedure erano intanto concepite come *benefici* per l'imprenditore «onesto ma sfortunato»: occorre in specie che costui fosse regolarmente iscritto nel Registro delle Imprese (regola peraltro che fino alla riforma delle Camere di Commercio del 1993 e della conseguente istituzione del Registro nel 1995, dopo un periodo... transitorio di cinquant'anni, valeva soltanto per le società mentre poi si applicò a tutti gli imprenditori), che il medesimo «onesto ma sfortunato» avesse tenuto regolare contabilità, che in tempi prossimi non fosse stato dichiarato fallito né ammesso ad altro concordato, che non fosse stato condannato per bancarotta o per delitto contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio. Questa serie di requisiti contribuiva già a ridurre la efficienza del rimedio anti-fallimentare, perché escludeva dal tentativo di risanamento imprese magari salvabili ma che non potevano esserlo a causa

delle condotte dei rispettivi titolari (o dei componenti gli organi societari), alle quali condotte l'ordinamento riteneva di rispondere solo col fallimento in accentuata funzione sanzionatoria (ancora Baldo!). In secondo luogo la legge sembrava ignorare che per salvare una impresa occorrono investimenti e che l'erogatore della nuova finanza si trova tanto più agevolmente quanto meglio gli si assicura il rientro, e viceversa: ma secondo le norme pre-riforma i crediti maturati nel corso di un concordato preventivo, che rappresentava l'ultima spiaggia una volta chiusasi con sistematico insuccesso la amministrazione controllata, erano crediti come tutti gli altri, soggetti cioè alla falciatura fallimentare (salvo che il giudice non avesse autorizzato la prestazione di garanzie: ma ciò non riguardava la generalità dei casi, né sempre c'era il mezzo). Terza difficoltà, i requisiti oggettivi di accesso erano inarrivabili nella maggior parte dei casi di imprenditori pur onesti e sfortunati, sicché soltanto grazie a una sorta di inconfessata finzione si avviava la procedura. Bisognava infatti promettere il pagamento integrale di tutti i debiti verso la procedura e verso i creditori assistiti da causa legittima di prelazione (pignoratizi, ipotecari, privilegiati speciali e generali: questi ultimi più numerosi spesso del desiderabile) e ancora bisognava offrire il pagamento di almeno il 40 per cento degli altri debiti, verso i creditori cosiddetti chirografari ossia privi di qualsiasi garanzia, vasta platea inclusiva dei fornitori non artigiani. A detti obblighi l'imprenditore poteva adempiere in due modi: o pagando direttamente previa prestazione di «serie garanzie» e sotto la sorveglianza degli organi della procedura, ma in tal caso il mancato adempimento provocava la risoluzione del concordato e la automatica conversione della procedura in fallimento; oppure l'imprenditore poteva cedere i propri beni ai creditori, i quali si assumevano così il rischio di non realizzare tutto quanto loro promesso poiché in caso di realizzo inferiore il concordato non si risolveva e non si apriva il fallimento se fossero stati pagati tutti i debiti verso la procedura e verso i creditori assistiti da garanzia, mentre era sufficiente che i chirografari ricevessero – sentenziava la giurisprudenza – una percentuale non irrisoria (in concreto almeno un 5 per cento invece dell'ipotizzato 40). Con queste premesse e posto che il concordato andava approvato da maggioranze qualificate dei chirografari (eventualmente affiancati da creditori rinuncianti alla garanzia), l'esito della procedura era incerto e di ben scarsa soddisfazione. Si aggiunga come quarto elemento di inefficienza il fatto che, ad accordo raggiunto fra maggioranza (o addirittura unanimità) dei creditori e debitore, il tribunale poteva mettersi di traverso e disapprovare i termini dell'accordo medesimo, negando la omologazione del concordato perché a suo giudizio la liquidazione fallimentare si profilava

più conveniente (per una serie di ragioni che tralasciamo, ma nelle quali entrava anche la aspettativa di recupero in virtù di una revocatoria più aggressiva di oggi, non essendoci le esenzioni sopra ricordate).

In pratica succedeva che l'imprenditore in crisi – e, vedremo fra poco, già deluso nel tentativo di trovare accordi separati con i creditori – chiedeva prima o dopo, ma più dopo che prima, di essere ammesso ad amministrazione controllata. Ciò voleva dire una moratoria legale dei pagamenti per due anni, durante i quali si sarebbe dovuta rimettere in sesto l'impresa ma che invece ne protraevano l'agonia. Scaduti i due anni e verificato l'aggravamento della crisi, l'imprenditore chiedeva quindi di essere ammesso al concordato preventivo. La cosa permetteva di differire il fallimento per vari mesi ancora assottigliando le residue risorse patrimoniali del debitore, finché l'inadempimento sovente prevedibile degli impegni concordati faceva scattare la dichiarazione di fallimento, con cui si sarebbero dovuti soddisfare i creditori concorsuali: ma i proverbiali buoi, ossia i valori, erano scomparsi ben prima della finale chiusura del metaforico cancello. Il più delle volte dunque la consecuzione delle procedure serviva non a salvare l'impresa, ma a rimandarne il *redde rationem*, non di rado per la pressione di considerazioni politiche e sindacali comunque vanificate dagli esiti tanto infausti quanto incuranti delle militanti teorizzazioni sull'*uso alternativo* delle procedure concorsuali.

Per fare fronte ai casi più gravi sotto il profilo sociale e occupazionale prende corpo negli anni Settanta una serie di interventi di salvataggio delle imprese in via amministrativa, coinvolgendo cioè l'autorità politica, culminanti nella cosiddetta «legge Prodi» (l. n. 95/1979) sulla amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (originata dal fallimento della impresa di navigazione Lauro e via via adattata per trattare svariate altre situazioni di crisi), legge poi fulminata in sede europea perché aiuto di Stato vietato dai Trattati e quindi sostituita dall'attuale decreto legislativo n. 270 del 1999 (in seguito affiancato dalle normative elaborate in risposta ai crac Cirio e Parmalat, prima, e al caso Alitalia, poi). Non seguiremo questo filone, che non riguarda la generalità delle imprese; osserviamo però che alcune misure contenute in quei provvedimenti legislativi hanno ispirato la riforma del concordato preventivo di cui ci stiamo occupando, stante la finalità di salvataggio dell'impresa e non di beneficio per l'imprenditore che le caratterizza. In effetti le difficoltà della economia mondiale e le ripercussioni su quella europea e interna nostra hanno indotto il legislatore ad abbandonare una visione meritocratica delle misure di salvataggio per andare al sodo: lo meriti o

no chi ha condotto finora l'azienda oggi in crisi, questa stessa azienda può essere rimessa in condizione di produrre ricchezza anziché perdite? Il cambio di mentalità sotteso alla riforma fallimentare è tutto in questa domanda e negli strumenti messi a disposizione degli interessati per darvi risposta.

Questi strumenti, ripetiamo, sono il rinnovato concordato preventivo e due nuove procedure minori, che nella intenzione del legislatore dovrebbero servire a trattare la crisi dell'impresa senza imporre sacrifici ai non consenzienti (posto che il concordato si risolve, secondo la felice espressione di Francesco Carnelutti, in una «espropriazione del credito» essendo approvato a maggioranza ma vincolando tutti indistintamente i creditori anteriori) e realizzando comunque una forma di controllo sul contenuto degli accordi.

Cominciando con le procedure minori, piano di risanamento e accordo di ristrutturazione, balza all'occhio che si è voluto con esse recepire le prassi alle quali accennavamo poco sopra ricordando gli accordi privati che l'imprenditore tentava di solito con alcuni creditori – specie banche e fornitori strategici – per evitare il fallimento e per non impelagarsi nelle procedure deputate dalla legge a prevenirlo (vecchio concordato e abrogata amministrazione controllata), procedure poco efficienti anche perché pubbliche e dunque confessorie *urbi et orbi* di una difficoltà economica che invece si vorrebbe tenere coperta. Lo scopo di questi accordi, detti *concordati stragiudiziali*, era ed è di negoziare con alcuni importanti creditori modifiche nella struttura del credito (riscadenzamenti, rateizzazioni, postergazioni, rinunzie parziali: cosiddetti *pacta de non petendo*) così da rendere disponibile la liquidità che ne deriva per adempiere nei confronti di quanti non sono disposti ad altrettale rinegoziazione e che pertanto si preferisce tenere senz'altro all'oscuro dell'incipiente (o incombente) stato di crisi. Le attese dei creditori infatti non sono omogenee. Alcuni sono interessati non soltanto al pagamento ma anche alla continuazione della relazione commerciale col loro debitore e sono i fornitori abituali di cui sopra si parlava, i quali possono perciò soprassedere per qualche tempo sulle loro spettanze purché il debitore rimanga operativo e non venga meno il flusso di cassa alimentato dalla prosecuzione del rapporto d'affari con lui; altri invece non sono altrettanto interessati, perché creditori occasionali che mirano soltanto ad essere pagati, non a conservare una relazione che non c'è né intendono instaurare. I primi sono disposti a soccorrere il debitore in difficoltà, venendo ad accordi con lui, i secondi no. Detti accordi presentano perciò un profilo di meritevolezza, perché giovando all'imprenditore finiscono anche col giovare al ceto creditorio, ai lavoratori, all'economia in genere. Ciò nonostante la giuri-

sprudenza anteriore agli anni Settanta li considerava nulli, perché in violazione della *par condicio* e perché raggiunti senza il controllo del giudice. In seguito l'orientamento giurisprudenziale mutò, purché questi accordi riuscissero ad eliminare la insolvenza consentendo il pagamento regolare di quanti non vi avevano partecipato. Il ricorso a questi patti rimaneva tuttavia rischioso. In caso di successivo fallimento gli atti conseguenti erano comunque soggetti a revocatoria, perché inevitabilmente lesivi della *par condicio*, ed inoltre ci si esponeva – debitore, creditori e a volte, per concorso, gli stessi loro consulenti – a imputazioni penali. Un rischio tanto elevato rendeva infine poco appetibili tali accordi, a meno che non servissero – contro però il buon uso degli stessi – a procurare vantaggi a pochi qualificati creditori in danno dell'interesse di tutti gli altri (ad esempio, consentendo di prevenire con apposita erogazione di denaro una iniziativa fallimentare isolata e ottenendo così di prendere tempo sino a far maturare il termine per rendere irrevocabili atti compiuti col fallendo, magari prestazioni di garanzie reali lesive della *par condicio*: operazione tanto più facile quanto più ridotto sia il termine in parola – per alcune operazioni bancarie addirittura soli dieci giorni).

Il riformatore della legge fallimentare si rende tuttavia conto che gli eventuali risvolti fraudolenti dei concordati stragiudiziali non ne cancellano l'utilità specifica: essendo stipulati con le controparti più interessate, sono accordi più rapidi e flessibili di quanto sarebbe se si dovessero interpellare un maggior numero di parti e meno interessate, conquistarsi il consenso delle quali richiede trattative lunghe e concessioni maggiori ossia frustra le esigenze di celerità e convenienza proprie degli accordi stessi. Il problema è impedire l'uso improprio di tali accordi, renderli trasparenti o comunque aprirli a una istanza di controllo, perché per il resto è molto probabile che i privati siano in grado di affrontare la crisi dell'impresa anche con le proprie forze e in maniera migliore di quanto possa esserlo un estraneo, sia pure assiso sullo scranno del giudice. Nel «Decreto competitività» del 2005 trovano allora posto le discipline del piano attestato di risanamento (art. 67, comma 3°, lett. d, l. fall.) e dell'accordo di ristrutturazione dei debiti (art. 182-*bis* e seguenti) che possono ben dirsi figure tipizzate di accordi stragiudiziali, l'una riservata e l'altra pubblica.

4. La scelta legislativa di tipizzare i concordati stragiudiziali nel «piano di risanamento» e negli «accordi di ristrutturazione dei debiti». — Del piano il legislatore dice ben poco, perché è destinato a non essere noto oltre la ristretta cerchia dei suoi partecipanti, l'imprenditore cioè e chi da lui individuato per la bisogna, non necessariamente un creditore né una banca (ad esempio, nella ipotesi più

semplice, qualcuno disposto a comprare un immobile di valore e non strumentale all'esercizio dell'impresa del venditore, il quale userà il prezzo per rimettere in sesto le finanze aziendali). La legge non prescrive alcun procedimento, ma vuole che il piano «appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria»; impone anzi che di tale idoneità dia conto un professionista iscritto nel registro dei revisori contabili, il quale deve attestare la *ragionevolezza* del piano stesso rispondendo in via civile per eventuali danni causati dalla propria dichiarazione. Questa attestazione rappresenta la istanza di controllo da parte di un terzo che serve a evitare il ricordato uso improprio dell'accordo stragiudiziale. Il quale ultimo, se confortato dal successo, rimarrà sepolto in archivio; verrà invece reso noto se le cose prenderanno una piega negativa imprevedibile peggiorando la crisi sino a sfociare in fallimento. In tale sede il curatore avvierà presumibilmente azioni revocatorie contro operazioni che in realtà costituivano attuazione del piano di risanamento (nell'esempio fatto sopra: la vendita dell'immobile) e allora il terzo beneficiario dell'operazione in causa esibirà il piano (ovviamente se munito della *data certa* anteriore a norma dell'art. 2704 cod. civ.) affinché, valutata dal giudice fallimentare la correttezza della attestazione nel tempo in cui il professionista l'aveva rilasciata (qui risiede il rischio del piano riservato), l'operazione stessa possa fruire del regime di irrevocabilità (ossia di stabilità) che l'art. 67 citato dispone a favore de «gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore [...] posti in essere in esecuzione» del piano.

Per l'accordo di ristrutturazione dei debiti, secondo nuovo strumento di composizione negoziale della crisi, il legislatore stabilisce regole più diffuse. Deve trattarsi di un patto dal classico contenuto, sopra illustrato, proprio dei vecchi concordati stragiudiziali; però va raggiunto non con chiunque, ma con tanti creditori che rappresentino almeno il 60 per cento dei crediti (il che non vuol dire il 60 per cento dei creditori, potendone bastare anche uno solo, come la solita banca verso cui corra la maggior parte dell'indebitamento del nostro imprenditore in crisi). Scontato ricordare, ma non nuoce sottolinearlo una volta di più, che anche questo patto – come i concordati stragiudiziali – deve risultare idoneo a rendere disponibile la liquidità necessaria per il pagamento regolare dei creditori estranei all'accordo stesso. Pure qui, onde evitare collusioni fra debitore e creditori forti, è richiesta la relazione di un professionista dalle caratteristiche già prima indicate il quale con la connessa responsabilità dichiara che l'accordo è *attuabile* con particolare riguardo al pieno soddisfacimento degli estranei. La differenza rispetto al piano atte-

stato di risanamento dell'art. 67, lett. *d*), è che questo accordo può essere convalidato – ossia omologato – dal giudice in prevenzione rispetto all'eventuale successivo fallimento, conseguente al deprecoato insuccesso, così da ottenere fin da subito il beneficio della irrevocabilità per «gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione» dell'accordo medesimo (art. 67, lett. *e*, l. fall.). Per avere l'omologa l'accordo va reso di pubblico dominio mediante pubblicazione nel Registro delle Imprese affinché qualsiasi interessato possa proporre opposizione in vista della decisione conclusiva del tribunale. Nel frattempo e per sessanta giorni sono bloccate le azioni esecutive e cautelari (ad es. sequestro conservativo) sui beni del debitore (misura ovvia ma – incredibile a dirsi – non prevista nel testo originario della legge riformata e aggiunta solo col decreto correttivo di un anno dopo: il che ha provocato una comprensibile repulsione per l'istituto, che sta venendo meno soltanto adesso).

Piano di risanamento e accordo di ristrutturazione ereditano dunque e anzi rinnovano in meglio il ruolo dei vecchi e informali concordati stragiudiziali, offrendo ciò che essi non potevano: ossia la salvezza e la stabilità delle operazioni compiute per eseguire gli accordi stessi nel malaugurato caso di insuccesso e posteriore dichiarazione di fallimento*. Ciò che prima era confinato nella opacità del privato per mancanza di disciplina oggi riceve riconoscimento e positiva sanzione, tanto nel caso che il debitore non voglia gridare sui tetti la propria difficoltà (piano di risanamento *ex* art. 67) quanto nel caso che reputi invece conveniente farlo mantenendosi comunque immune dalla aggressione dei creditori più rapaci (accordo di ristrutturazione *ex* art. 182-*bis*). E tutto ciò a prescindere dal fatto che il nostro imprenditore in crisi sia stato o no «onesto e sfortunato»: l'importante non è punire il reprobato come incitava Baldo, ma è salvare l'impresa e la sua idoneità a produrre reddito, perché la soddi-

* Alcuni giorni prima della tornata – come ricordato all'inizio – il Governo aveva adottato il d.l. 31 maggio 2010, n. 78, il quale disponeva alcune importanti modifiche della legge fallimentare. In primo luogo veniva risolto il problema delle imputazioni penali, a cui si è fatto cenno dianzi nel testo. È stato infatti aggiunto l'art. 217-*bis*, che recita: «Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma [*scil.* bancarotta preferenziale], e articolo 217 [*scil.* fatti di bancarotta semplice: operazioni azzardate o imprudenti poste in essere per ritardare il fallimento, astensione dal richiedere l'auto-fallimento così aggravando il dissesto] non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-*bis* ovvero del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera *d*)». In secondo luogo il citato provvedimento ha migliorato la tempistica dell'accordo di ristrutturazione, il cui effetto di bloccare le azioni esecutive e cautelari può essere disposto dal tribunale anche prima della pubblicazione nel Registro delle Imprese. Infine sono state introdotte nuove cause di *prededuzione*, del che si dirà nel successivo § 6.

sfazione vera dei creditori viene da questo sforzo di garantire la prosecuzione dell'attività – gli angloamericani direbbero il *going concern* – e non dalla liquidazione della attività stessa. Quest'ultima è la soluzione fra tutte peggiore perché, mentre nemmeno riesce sempre a pagare tutti i debiti, immancabilmente invece distrugge la rete delle relazioni economiche già facenti capo, benché ultimamente in sofferenza, alla azienda che una volta liquidata non c'è più per nessuno.

Dalla medesima consapevolezza che nel tempo della globalizzazione le crisi di impresa vanno governate senza moralismi né paternalismi da Stato etico, ma col pragmatismo richiesto a chi vuole salvare il buono che c'è in molte situazioni colpite da eventi superiori alle normali forze di resistenza, è ispirata la riforma forse più importante, quella cioè del concordato preventivo: che abbiamo visto procedura largamente inefficiente e perciò da rivedere sin dalle fondamenta per rispondere alla sfida di aiutare le imprese meno grandi (che non possono cioè attingere le procedure di amministrazione straordinaria, concepite per le grandi imprese insolventi) e tuttavia imprese fondamentali nel tessuto produttivo del nostro Paese. La scelta del legislatore è stata qui drastica, benché non inedita, ripresa com'è da legislazioni degli USA e di alcuni Paesi europei.

5. Il restyling del concordato preventivo: il vecchio assetto e le novità circa la proposta e il voto. — Abbiamo sopra accennato al rigore che presidiava l'istituto originario: qualità personali di correttezza progressa e attuale dell'imprenditore (o dei componenti gli organi societari), non sempre sussistenti; e poi obbligo di pagare per intero tutti i debiti di giustizia e quelli verso i creditori muniti di garanzia (*lato sensu* privilegiati), e obbligo di pagare almeno il 40 per cento dei creditori sforniti di garanzia (chirografari). Abbiamo anche visto che l'ultima parola spettava comunque al tribunale, non ai creditori: questi potevano bensì approvare la proposta di concordato fatta loro dal debitore, ma i giudici avevano ugualmente facoltà di dichiarare il fallimento se lo reputavano più conveniente e ciò anche nella ipotesi che i creditori avessero approvato la proposta di concordato alla unanimità. Questo paternalismo della legge – noi conosciamo il vostro bene meglio di voi – aveva mancato i propri obiettivi, sicché rifondare l'istituto era ormai necessario. Qui però la questione era più delicata, perché a differenza delle nuove soluzioni concordate (piano attestato, accordo di ristrutturazione) il concordato è vincolante anche per la minoranza che non ha approvato la proposta del debitore. Se cioè si concorda sopra una determinata percentuale di soddisfazione dei crediti, la parte eccedente non può essere più domandata da

nessun creditore anteriore alla procedura, consenziente o dissenziente ch'egli sia stato: «*espropriazione*», per l'appunto, del credito, come sosteneva Carnelutti in riferimento ai non consenzienti. Questa è la caratteristica che da sempre giustifica il controllo giudiziario nel concordato preventivo: il giudice verifica innanzitutto che l'interesse dei creditori dissenzienti, ma rimasti in minoranza, non sia leso dalle misure approvate dalla maggioranza. Il punto è che su questa preoccupazione di evitare l'abuso della maggioranza poteva innestarsi, per la vecchia disciplina, una valutazione del tutto autonoma e sostitutiva da parte dell'organo giudiziario, motivata con la ritenuta maggiore convenienza del fallimento rispetto al concordato già approvato magari da tutti i creditori votanti. L'innovazione richiesta al legislatore era davvero imponente, come impressionante è la differenza tra la disciplina riformata e la precedente (altrettanto vistosa è stata la riforma del concordato fallimentare – art. 124-141 l. fall. – il quale, come abbiamo accennato nel precedente § 1, è diventato un istituto parallelo sia per struttura sia per scopi dell'omonimo preventivo).

Sul versante dei requisiti soggettivi il legislatore non ne chiede più alcuno: non chiede che si tratti di un imprenditore «onesto ma sfortunato» perché non rilevano più le condotte anteriori anche penalmente rilevanti, né occorre più avere gestito l'impresa con correttezza; il nostro potrebbe anche presentare disordine contabile e addirittura non essere iscritto, com'è suo preciso obbligo, nel Registro delle Imprese. Via tutti i requisiti di *bon ton* imprenditoriale: l'importante, va ribadito, non è sanzionare la cattiva imprenditoria negandole l'accesso al concordato e condannandola al fallimento; l'importante è salvare l'azienda, i posti di lavoro, la produttività residua.

Sul versante dei requisiti oggettivi, si fa *tabula rasa* delle percentuali di prima: addirittura non è più necessario offrire il pagamento integrale dei creditori con garanzia e men che meno bisogna offrire il pagamento di almeno il 40 per cento dei chirografari. Naturalmente ciò non significa che il debitore sia arbitro di formulare qualsiasi proposta.

Non è ammissibile qualsiasi proposta innanzitutto perché è vietato «alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione» (art. 160, comma 2°, l. fall.). Se immaginiamo queste ultime come diritti esclusivi di soddisfacimento sopra beni determinati (soggetti a seconda dei casi a ipoteca, a pegno, a privilegio speciale mobiliare o immobiliare) o sopra tutti i beni (mobili) del debitore; se ancora consideriamo che sui vari beni possono insistere più di tali diritti (ad esempio: ipoteca di primo grado, di secondo e così via; privilegio generale di primo grado, di secondo, e via degradando); se infine teniamo presente che il concorso è regolato stabilendo che abbia diritto di soddisfarsi per

primo il creditore munito della garanzia di grado superiore secondo l'ordine stabilito in via generale e tassativa dalla legge: da tutto ciò viene che la proposta non può promuovere il soddisfacimento di un qualsiasi creditore se prima di lui non siano soddisfatti per l'intero – ovvero nei limiti della capienza del bene o dei beni sottoposti alla eventuale garanzia – i creditori aventi prelazione di grado peggiore del suo. L'altro limite, non giuridico formale ma economico fattuale, è che il patrimonio offerto al soddisfacimento dei creditori consenta di pagare qualcosa anche ai creditori sforniti di qualsiasi titolo di preferenza (cosiddetti chirografari): dunque, in base a quanto detto sopra, tutti i creditori muniti di garanzia devono poter ricevere quanto corrisponda alla capienza dei beni su cui hanno garanzia e inoltre deve residuare di che soddisfare in qualche misura i chirografari (fra i quali i garantiti la cui garanzia si sia rivelata in tutto o in parte incapiente e perciò siano degradati a chirografari per la parte incapiente: un credito ipotecario di 100 su bene realizzato per un valore 80, va in chirografo per 20). Questo limite dipende dal fatto che sulla proposta di concordato hanno diritto di pronunciarsi soltanto i creditori chirografari (sin dall'origine o sopravvenuti a causa di rinuncia anche parziale alla garanzia o di incapienza della stessa: art. 177, commi 2° e 3°, l. fall.): e fra questi non avranno alcun interesse ad approvare il concordato quanti dal medesimo siano pretermessi del tutto ossia i chirografari originari.

Fuori della ipotesi fatta per ultima, il vantaggio per i chirografari di approvare comunque un concordato poco pingue dipende dal fatto che l'alternativa – ossia la liquidazione fallimentare – può avere esiti anche peggiori: primo, perché i valori sono destinati a deprimersi ulteriormente; secondo, perché il di più che dal fallimento può essere raccolto per compensare detta riduzione dei valori e magari incrementarli è aleatorio, dipendendo dalla possibilità di esperire vittoriosamente lucrose azioni di responsabilità verso gli organi sociali (ma l'imprenditore deve appunto rivestire forma societaria) oppure dalla possibilità di esperire altrettanto lucrose azioni revocatorie (che però oggi è quasi nulla, per le ragioni dette sopra, § 2). In difetto di queste prospettive conviene anche un concordato a condizioni deteriori rispetto a quelle un tempo richieste dalla legge come previsione minima. L'importante è che a deciderlo siano i creditori incisi e non altri al posto loro, sia pure qualificati come gli organi giudiziari. Per il legislatore della riforma anzi la approvazione del concordato rappresenta un valore di per sé, tant'è vero che viene incentivata con altre due misure.

La prima è il mutato calcolo della maggioranza. Prima della riforma erano richieste due concorrenti maggioranze, per teste e per

somma: occorre il voto favorevole della maggioranza dei creditori votanti la quale rappresentasse almeno i due terzi della totalità dei crediti ammessi al voto. Lo scopo della doppia maggioranza era di contemperare gli interessi dei creditori maggiori e di quelli minori evitando nello stesso tempo (i) che pochi creditori ma titolari dei crediti maggiori prevalessero sulla folla dei rimanenti e (ii) che molti piccoli creditori prevalessero sui titolari dei crediti maggiori e come tali più esposti individualmente al rischio. Qualunque sia la valutazione che si intenda dare della vecchia regola (astrattamente positiva), il legislatore della riforma l'ha abbandonata come regola ostativa alla più agevole approvazione del concordato sostituendola con quella odierna che esige soltanto il consenso di tanti creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto – il che significa, in difformità dal precedente (i), anche la minoranza dei creditori purché titolari dei crediti maggiori. Ciò comporta un conflitto fra alcuni creditori qualificati (tipicamente le banche, gli enti pubblici e i fornitori strategici) e gli altri (piccoli fornitori di materia prima, specie semilavorati, e di prestazioni d'opera o di servizi: ma anche banche locali contrapposte agli istituti maggiori): il quale conflitto può vedere soccombenti i secondi, se restano minoranza, ma può anche incentivare – come vedremo più avanti – la messa a disposizione di *nuova finanza* allo scopo di modificare, con loro stesso vantaggio, l'orientamento dei creditori contrari all'accordo.

Il secondo accorgimento con cui il legislatore della riforma incentiva la approvazione del concordato è di permettere che creditori i quali avrebbero diritto al medesimo trattamento siano invece trattati in maniera differenziata, purché i vari gruppi siano individuati «secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei», ossia senza alterarne le collocazioni di legge rispetto alle eventuali cause di prelazione (preferenza nel diritto a essere soddisfatti prima di – o insieme a – altri) e senza mischiare tra loro soggetti che in ragione della origine del credito abbiano interessi diversi o addirittura contrapposti (creditori a breve o medio termine, nazionali o stranieri, interessati alla continuazione dei rapporti o no, fornitori strategici o meno, e via catalogando). La *par condicio creditorum* viene così meno instaurandosi una disparità di diritto eccezionale ed entro certi limiti arbitraria, funzionale però ad agevolare la approvazione del concordato e soltanto per questo tollerabile (tant'è che ha già superato un primo vaglio, benché indiretto, da parte della Corte Costituzionale con la ordinanza n. 98 del 12 maggio 2010, reperibile anche nel sito della Corte: www.cortecostituzionale.it). Infatti nel caso di formazione delle classi la maggioranza sopra ricordata va calcolata all'interno di ciascuna classe e per la approvazione è sufficiente che detta

maggioranza sia raggiunta nel maggior numero delle classi (art. 177, comma 1°, II per., I. fall.). È chiaro che questa regola depotenzia il dissenso complessivo col sistema del *divide et impera*, perché la parte di dissenzienti che vengono inseriti in distinta classe, la quale risulterà bensì dissenziente ma minoritaria, finisce con l'essere sterilizzata. Ciò permette al debitore di raggruppare i creditori che prevede dissenzienti dalla propria proposta in una o più classi, le quali però rimangano inferiori di numero a quelle formate con i creditori che si prevedono consenzienti; allo scopo, anzi, la giurisprudenza ha subito chiarito che si possono formare classi senza disporre trattamenti diversi tra loro (la legge infatti vieta soltanto che vengano praticati trattamenti differenziati all'interno della classe) sicché formare più classi con trattamento non differenziato – purché si rispettino i criteri della omogeneità di interessi e della posizione giuridica – è ammissibile anche in funzione della sterilizzazione del dissenso e perciò della meno incerta approvazione del concordato. Del resto – come ha ritenuto anche la Corte Costituzionale nella ordinanza n. 98/2010 dianzi citata – la formazione delle classi non è obbligatoria, pur in presenza di interessi eterogenei fra i creditori, sicché in concreto la mancata formazione di classi può essere il mezzo per evitare la organizzazione separata di un gruppo di dissenzienti i quali impedirebbero la approvazione del concordato qualora non fosse possibile enucleare altre classi (almeno due, per fare maggioranza) di creditori favorevoli.

6. Maggiori rischi per i creditori nel nuovo concordato preventivo e bisogno di tutele. — La illustrata riscrittura delle regole sul concordato preventivo ha significato un autentico terremoto, che è stato reso con la immagine della *privatizzazione* ovvero *contrattualizzazione* della crisi di impresa e delle sue soluzioni. Nel mirino dei critici (dei quali si può vedere un saggio eloquente nella monografia di Lucio Lanfranchi, *Costituzione e procedure concorsuali*, Torino, Giappichelli, 2010, il cui primo capitolo è leggibile anche nel sito Internet della Enciclopedia Italiana Treccani: www.treccani.it/magazine/diritto/approfondimenti) sta soprattutto la possibilità del trattamento differenziato dei creditori aventi altrimenti diritto alla parità di trattamento, in uno con la modificazione delle maggioranze richieste per la approvazione della proposta di concordato nel senso sopra lumeggiato di favorire i cosiddetti creditori forti (banche, fornitori strategici) presumibilmente in potenziale svantaggio dei deboli. Si aggiunga che per effetto del ricordato decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, è stata allargata l'area della cosiddetta *prededuzione*, ossia dei crediti che in sede fallimentare (di solito conseguente all'insuccesso del con-

cordato) hanno l'eccezionale diritto di essere soddisfatti prima di tutti gli altri, garantiti o no che siano questi ultimi*. In precedenza i crediti prededucibili, stabiliti con elenco tassativo nell'art. 111 l. fall., erano soltanto quelli sorti per le esigenze della procedura fallimentare stessa ossia per il pagamento delle spese contratte per la amministrazione del fallimento, ivi compreso il compenso del curatore, e per la eventuale (ma infrequente) continuazione dell'esercizio dell'impresa autorizzato dal tribunale. Contenere al massimo le prededuzioni è necessario per evitare che si verifichi l'evento stigmatizzato da Voltaire nella battuta sopra ricordata (§ 2) ossia che la procedura esaurisca tutto l'attivo per soddisfare crediti diversi da quelli – concorsuali cioè anteriori alla dichiarazione di fallimento – per soddisfare almeno parzialmente i quali la procedura stessa viene aperta una volta accertata la insolvenza del debitore. Nella disciplina anteriore alla riforma i crediti sorti durante il concordato preventivo non erano prededucibili nel successivo fallimento; lo erano invece, per interpretazione giurisprudenziale, quelli sorti durante la amministrazione controllata, che però è stata abrogata. Dal punto di vista dell'utile contenimento della prededuzione la riforma aveva perciò adottato, con la detta abrogazione, un provvedimento astrattamente virtuoso. Però la esperienza dei primi tempi stava a dimostrare una circostanza ovvia – e già prima accennata (§ 3) – ossia che ben difficilmente l'imprenditore in crisi ne esce senza nuovi mezzi finanziari – la cosiddetta *nuova finanza*, utile ad esempio per pagare regolarmente salari e stipendi durante la procedura anti-crisi – e che altrettanto difficilmente tali mezzi si trovano se chi è in grado di fornirli, in genere le banche, non può sperare di recuperare il finanziamento erogato qualora la procedura medesima non avesse successo e fosse dichiarato fallimento. D'altra parte la nuova finanza presenta un ulteriore aspetto di utilità, dipendente dal fatto che essa costituisce

* In realtà bisogna distinguere fra garantiti e garanti. Recependo un indirizzo giurisprudenziale pre-riforma maturato riguardo ai casi di fallimenti incapienti (tutt'altro che rari), l'art. 111-bis, comma 2°, l. fall. stabilisce che «i crediti prededucibili vanno soddisfatti per il capitale, le spese e gli interessi con il ricavato della liquidazione del patrimonio mobiliare e immobiliare, [...] con esclusione di quanto ricavato dalla liquidazione dei beni oggetto di pegno ed ipoteca per la parte destinata ai creditori garantiti» [corsivo aggiunto]. Ciò significa che i creditori forti – poiché tale si dimostra chi per fare credito è in grado di pretendere una garanzia reale, come sono pegno e ipoteca – si soddisfano sul ricavato del bene assoggettato alla garanzia... in prededuzione agli stessi crediti prededucibili (salvo la parte di spese che sia comunque a loro carico per l'utilità tratta dalle attività degli organi fallimentari). In virtù insomma della norma citata oggi i crediti prededucibili finiscono con l'incidere soltanto sui chirografari e sui privilegiati che non siano creditori forti (perché la loro garanzia è costituita non da pegno o ipoteca, ma ad es. dal privilegio generale sui beni mobili: lavoratori, para-subordinati, artigiani, coltivatori diretti, professionisti e via elencando): il che rende ancor più disarmonico col sistema della *par condicio* l'ampliamento della prededuzione di cui si parla nel testo.

patrimonio sopravvenuto al debitore dopo la ammissione alla procedura e perciò non è vincolata alla soddisfazione dei creditori concorsuali nei termini di legge (*par condicio* o falcidie controllate *ex lege*) com'è invece il patrimonio esistente alla data della suddetta ammissione. Pertanto la nuova finanza può essere impiegata, come d'anzì anticipato, anche per attribuire ad alcuni creditori integrazioni rispetto a quanto essi possono ricevere nel concorso con gli altri sul patrimonio anteriore e vincolato dalla legge.

Da qui, cioè dalla duplice utilità della nuova finanza, e dalla intenzione del legislatore di dare ossigeno alle procedure anti-crisi (non solo concordato preventivo, ma anche l'accordo di ristrutturazione dei debiti del quale si è parlato sopra, § 4) è venuto il nuovo art. 182-*quater* l. fall. a tenore del quale sono prededucibili «i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche e intermediari finanziari [...] in esecuzione di un concordato preventivo [...] ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato» (comma 1°), «i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soggetti indicati al precedente comma in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, qualora i finanziamenti siano previsti dal piano di cui all'articolo 160 o dall'accordo di ristrutturazione e purché la prededuzione sia espressamente disposta nel provvedimento con cui il tribunale accoglie la domanda di ammissione» (comma 2°), i finanziamenti effettuati dai soci (dell'imprenditore insolvente che abbia forma sociale) fino a concorrenza dell'80 per cento (comma 3°) e il compenso per il professionista di cui dovremo tra poco fare parola (comma 4°). Al conflitto di interessi che si genera per il fatto che uno di questi creditori possa votare nella proposta di concordato (o dell'accordo di ristrutturazione) all'unico scopo di conseguire tali somme extra-concorso, invece che in funzione della convenienza della procedura per tutti ossia (soprattutto) per chi non fruisce di tali vantaggi, il legislatore pone rimedio disponendone la esclusione dal voto e dal computo delle maggioranze (comma 5°).

La estensione dell'area della prededucibilità giova indubbiamente al varo delle soluzioni concordate della crisi e perciò al salvataggio della impresa in difficoltà, che è obiettivo primario e quasi ossessivo del legislatore della riforma fallimentare. Però questa opzione legislativa aumenta anche i rischi di una soluzione penalizzante perché riduce la aliquota di patrimonio destinata ai crediti non prededucibili, specie quelli dei creditori che non ci starebbero ma che a causa della altrui accettazione della proposta rimangono obbligati a subire un trattamento considerato deteriore e contro il quale hanno invano

votato, rimanendo minoranza. Ricordiamo infatti dall'un lato che «il concordato omologato [a seguito della approvazione – n.d.a.] è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato» (art. 184, comma 1°, l. fall.); e dall'altro lato che i creditori non facenti parte dell'accordo di ristrutturazione hanno sì il diritto di essere pagati per l'intero e a tempo debito (sopra, § 4), ma potendo essere a conti fatti pregiudicati dall'insuccesso dell'accordo stesso a cui segue la dichiarazione di fallimento (a causa magari di sopravvenute prededuzioni o comunque delle inevitabili esenzioni da revocatoria: sopra, § 2). Come viene allora protetto l'interesse di questo debitore, debole a tutti gli effetti perché non riesce a fare maggioranza né ad avvantaggiarsi della nuova finanza?

Un primo strumento di tutela è offerto dalla presenza del professionista che abbiamo già incontrato a proposito delle due procedure minori – piano di risanamento e accordo di ristrutturazione (sopra, § 4) – e che in sede di concordato preventivo è onerato sia di attestare «la veridicità dei dati aziendali [specie in carenza di scritture contabili correttamente tenute – n.d.a.] e la fattibilità del piano medesimo» (art. 161, comma 3°, l. fall.) sia eventualmente di indicare il «valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione» e che si suppone non possano offrire capienza per i singoli creditori garantiti su detti beni o diritti sicché di tali creditori sia lecito prevedere una soddisfazione non integrale mediante formazione di apposite classi (art. 160, comma 2°, l. fall.). Non occorre spendere parole sulla delicatezza di questa funzione (sulla quale torneremo comunque nel prossimo paragrafo), tanto più nel concordato preventivo ossia nell'unica fra le tre procedure di soluzione della crisi che sia potenzialmente *espropriatrice* del credito di taluni, a tanto contrari. Il secondo strumento di tutela è dato dal controllo giudiziario del tribunale, che è presente in embrione anche nell'accordo di ristrutturazione ma che è chiamato a dispiegare il massimo di efficienza nel concordato. È chiaro infatti che soltanto dalla effettività di tale controllo ci si può attendere attenzione e protezione per gli interessi dei creditori che non sono coinvolti nella preparazione ovvero nella «dettatura» della proposta formalmente presentata dal debitore. Qui è il vero punto cruciale, su cui bisogna dire che i giudici delle sezioni fallimentari si stanno cimentando con grande impegno professionale e civile.

7. Il ruolo del tribunale fra controllo di merito o di legalità. — Una prima – ma, va subito anticipato, superficiale – lettura del testo di legge farebbe pensare che il ruolo del tribunale sia piuttosto modesto, che cioè a fronte della ricordata *privatizzazione* o *contrattualizzazione*

delle procedure concorsuali il ruolo giudiziario sia ridotto a quello di un notaio che esperisca un controllo formale di legittimità e per il resto non possa intervenire nel merito. Dà esca a questa impressione, specie agli occhi di chi conosceva e praticava il precedente assetto delle procedure, l'intervenuta soppressione in sede di riforma del giudizio di convenienza (sopra, § 5) che in base al vecchio art. 181, n. 1, l. fall. consentiva al tribunale di sovrapporsi al consenso maggioritario o addirittura unanime dei creditori circa la proposta di concordato per dichiarare questa ultima peggiore di quanto si pensava potersi ottenere da un fallimento che, oltretutto, all'epoca poteva anche essere dichiarato d'ufficio (in pratica al diniego di omologa seguiva la automatica apertura del fallimento). La riforma non solo ha cancellato il generale e autonomo giudizio di convenienza (e il fallimento d'ufficio: abrogazione dell'art. 8 l. fall.) ma ha pure previsto che nel giudizio di omologazione si possa tenere conto della eventuale maggiore soddisfazione ricavabile in concreto dalla liquidazione fallimentare – ovvero, come si esprime pudica la legge, delle «alternative concretamente praticabili» – soltanto nella ipotesi che tale valutazione sia sollecitata rispetto alla propria esclusiva posizione da un creditore dissenziente (che cioè abbia votato contro la proposta di concordato) appartenente a classe dissenziente (ossia a classe nella quale i titolari della maggioranza dei crediti abbiano votato contro detta proposta) (art. 180, comma 4°, l. fall.: c.d. *cram down*). Di conseguenza: (i) il tribunale non può procedere a valutazioni autonome in punto, potendo attivarsi solo su iniziativa degli interessati; (ii) ciascun singolo creditore interessato può richiedere l'accertamento in parola esclusivamente per sé e non per altri né tantomeno per la massa; (iii) non basta avere dissentito dalla proposta, ma bisogna anche appartenere a una classe che si sia essa pure espressa in maggioranza contro la proposta – classe dissenziente – sicché il creditore dissenziente di classe invece assenziente (nella quale il suo dissenso sia cioè rimasto minoritario) non è legittimato a promuovere il medesimo giudizio circa il personale svantaggio rispetto alle dette *alternative* (quanto al creditore assenziente, a qualunque classe appartenga, è pacifico che *contra factum proprium venire non potest*). Tutto ciò considerato alla luce del vecchio generalizzato giudizio di convenienza, appare senz'altro radicale il ridimensionamento del ruolo giudiziario; che tanto lo riduca a mera presa d'atto di quanto sia stato stabilito negli accordi fra debitore e creditori forti, sarebbe tuttavia conclusione del tutto affrettata e fuori luogo.

A dire il vero una simile idea non sembrava estranea alla prima versione della normativa riformata sul concordato, quella del cosiddetto «Decreto competitività» (n. 35 del 2005), ma è stata respinta

dai successivi aggiustamenti della riforma, specie col decreto legislativo n. 169 del 2007. Prima infatti si diceva che «il tribunale, *verificata la completezza e la regolarità della documentazione*, [...] dichiara aperta la procedura di concordato preventivo» (art. 163, comma 1°, l. fall.). L'espressione si prestava a letture contrapposte a seconda del significato che si fosse voluto attribuire al requisito «regolarità della documentazione»: intenderlo in senso forte avrebbe giustificato una valutazione non meramente formale, il contrario intendendolo in senso debole. La ambiguità, che come si può immaginare aveva suscitato ampie e vivaci discussioni, è stata poi in gran parte eliminata (benché non del tutto, come vedremo subito). Le norme oggi vigenti prevedono che il tribunale dichiari ammissibile la proposta di concordato dopo avere verificato la sussistenza de «i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161» (art. 162, comma 2°, l. fall.); per esperire tale verifica il tribunale può inoltre «concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti» (art. cit., comma 1°), precetto che secondo l'opinione di gran lunga prevalente permette non solo di dare termine al debitore il quale lo chieda, ma anche di disporlo d'iniziativa del tribunale stesso. C'è poi da considerare l'ultimo comma dell'art. 173 secondo cui la ammissione alla procedura va revocata d'ufficio (con contestuale comunicazione al pubblico ministero e ai creditori per l'eventuale istanza di fallimento) «se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato». La disposizione era presente anche nel testo del 2005, ma la riforma del medesimo l'ha resa più pregnante.

Beninteso anche sulla portata di questa modificazione legislativa si sono riaccese le dispute, come diremo tra poco, perché qui si scontrano due interessi contrapposti. Dall'un lato c'è l'interesse dell'imprenditore ad accedere con la maggiore speditezza possibile alla procedura, intanto per bloccare le azioni esecutive individuali (effetto della stessa domanda di ammissione: art. 168 l. fall.). Dall'altro lato c'è l'interesse pubblico alla regolarità della procedura stessa. Infatti soltanto questa regolarità giustifica nell'immediato la compressione dei diritti individuali dei creditori e permette poi – e soprattutto – che sia effettivo il perseguimento della esigenza a cui la procedura appare ispirata, ossia di «garantire che i creditori siano messi in condizione di prestare il loro consenso con cognizione di causa, vale a dire che abbiano a manifestare un consenso informato e non viziato da una falsa rappresentazione della realtà». In questi precisi termini si è infine espressa anche la Suprema Corte di Cassazione nella sua prima sentenza sul problema della estensione da ri-

conoscere al controllo giudiziario di cui ci stiamo occupando (sentenza n. 21860 del 25 ottobre 2010, pubblicata ad es. in *Il fallimento*, 2011, 167 ss., seguita da Cass., 14 febbraio 2011, n. 3586, *ivi*, 2011, 805 ss., e Id., 23 giugno 2011, n. 13818, inedita), sentenza sulla quale dovremo fra poco tornare. È chiaro che il primo degli interessi dianzi indicati – dell'imprenditore al pronto accesso alla procedura – confligge con la attribuzione al tribunale di un potere di controllo penetrante e attivo già con la domanda di ammissione, mentre affermare un tale potere è congruo all'altro interesse, della regolarità procedurale sin dai primi passi. Su questo dilemma si va oggi giocando la partita degli interpreti sugli articoli sopra citati, 162 (come riscritto nel 2007) e 173 l. fall.

Il problema sta nello stabilire che cosa comporti la verifica disposta dall'art. 162 circa i presupposti di cui agli articoli 160, commi 1° e 2°, e 161. Quali sono intanto questi *presupposti*? Quanto all'art. 160, vengono in rilievo la astratta soggezione a fallimento del proponente (il che richiede la qualità di imprenditore commerciale e il superamento delle soglie dimensionali di cui all'art. 1 l. fall.), lo stato di crisi, l'esistenza del piano con le misure pensate per regolare i debiti, la correttezza della eventuale formazione delle classi dei creditori, l'esistenza della perizia giurata di uno stimatore nel caso che la proposta preveda il soddisfacimento soltanto parziale dei creditori privilegiati. Quanto all'art. 161, vi sono *presupposti* il rispetto della competenza territoriale del tribunale a cui è presentata la domanda, la formale correttezza del ricorso, la completezza degli allegati, la presenza della relazione di un professionista il quale attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano suddetto. Di questi vari elementi l'unico realmente discusso è l'ultimo. Verificare che ci sia la relazione, attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano può infatti comportare (a) un mero riscontro circa la esistenza del documento e la presenza in esso delle dette asseverazioni del professionista; oppure può anche comportare (b) che il discorso asseverativo sia vagliato sotto il profilo della coerenza e della completezza logica e argomentativa così da non potersi ritenere vera attestazione quella che presenti carenze o vizi logici che pregiudichino elementi rilevanti della stessa; o infine può addirittura comportare (c) che il discorso asseverativo sia vagliato nel merito ossia con giudizio circa la effettiva fattibilità del piano. Chiamiamo la opzione *sub* (a) controllo di legalità formale, quella *sub* (b) controllo di legalità sostanziale, quella *sub* (c) controllo di merito.

Dopo la modifica del vecchio testo del 2005 nessuno pensa più che il tribunale debba attenersi a un mero controllo di legalità formale, sicché è pacifico che può essere respinta una domanda corre-

data da una attestazione lacunosa o incongrua su punti qualificanti. Il punto è se possa essere respinta *in limine*, sia pure avendo concesso termine al debitore per tentare di aggiustarla, la domanda corredata da una relazione esteriormente priva di lacune o incoerenze e anche ben motivata, dalla quale però venga attestata la fattibilità di un piano che il tribunale ritiene per sue proprie valutazioni nient'affatto fattibile. Si può portare l'esempio della valutazione di un ingente credito vantato dal proponente verso un terzo considerato solvibile e che pertanto viene esposto dall'attestatore come realizzabile a un valore bensì prudenzialmente ridotto ma non lontano da quello nominale, mentre il tribunale sa che quel terzo ha presentato a sua volta domanda di concordato sicché il credito vantato nei suoi confronti andrebbe esposto a un valore prossimo allo zero, così però compromettendo la possibilità di realizzare la somma necessaria a mantenere fattibile il piano nei termini attestati. In base alla opzione (b) – controllo di legalità sostanziale – il tribunale non avrebbe il potere di dichiarare inammissibile la domanda, come invece potrebbe accogliendo la opzione (c) del controllo di merito. È chiaro che prima o poi la cosa finirebbe con l'emergere, così da far scattare l'ultimo comma dell'art. 173 l. fall. (revoca d'ufficio della ammissione alla procedura a causa della appurata mancanza delle «condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato»). Nel frattempo però l'ammissione alla procedura, sia pure revocabile, produrrebbe gli effetti di legge, cominciando col blocco delle azioni esecutive e cautelari ossia con la compressione di sacrosanti diritti soggettivi dei creditori.

Parte della giurisprudenza (compreso chi attualmente presiede il tribunale della Città palladiana in cui è pubblicato il presente contributo), con la approvazione di parte della dottrina, non accetta che una attività unilaterale del debitore, qual è la presentazione della domanda di essere ammesso a concordato preventivo, sia di per sé sufficiente a impedire ai suoi creditori di agire per la tutela dei propri diritti. Perciò questi giudici e autori difendono la tesi del controllo di merito. Si teme soprattutto da costoro che soluzione diversa incoraggi manovre dilatorie di debitori senza scrupoli, assistiti da professionisti di loro fiducia che non sono indipendenti e anzi possono essere gli stessi abituali consulenti (*advisor*) dei debitori medesimi (se n'era dubitato, ma dopo il decreto correttivo del 2007 la stessa Cassazione ha dovuto ammettere la possibilità: 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Giustizia civile*, 2009, 2647, e 4 febbraio 2009, n. 2706, in *Foro it.*, 2009, I, 2370). Vero che la legge esige per questi professionisti una speciale qualificazione (revisori contabili iscritti nell'omonimo Registro) ma non giunge ad attribuire loro la impegnativa

qualità di pubblico ufficiale (con le connesse pesanti sanzioni anche penali) né li grava di responsabilità attivabili facilmente dai creditori che subiscano danni a causa di una attestazione compiacente, tanto più pericolosa quanto meglio redatta si da sfuggire al controllo di legalità anche sostanziale (v. in proposito le considerazioni svolte dall'alto magistrato dianzi evocato, noto pure come tra i maggiori cultori del diritto concorsuale in Italia, nel contributo su *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, di Giuseppe Bozza, pubblicato ne *Il fallimento*, 2011, p. 182 ss.).

8. segue: il controllo giudiziario non è di merito ma di legalità sostanziale. — La disputa che si va illustrando ha registrato un primo pronunciamento della massima giurisdizione nella sopra ricordata sentenza n. 21860/2010, con la quale la Suprema Corte di cassazione ha – per ora – respinto la tesi che al tribunale compete qualsiasi controllo di merito sulla attestazione e sul piano. La Corte esclude d'altra parte che il ruolo del giudice sia di mero controllore formale (e a questo proposito nel contributo dianzi citato, p. 185, il presidente Bozza osserva che tale controllo «compete normalmente al cancelliere», alludendo ironico al fatto che, se tuttavia non di rado finisce con l'esperirlo il giudice stesso, ciò dipende dalla cronica carenza di personale amministrativo negli uffici giudiziari). Escluse le due precedenti opzioni, la Cassazione non può che volgersi alla terza ossia alla tesi del controllo di legalità sostanziale: «la relazione [*scil.* del debitore] sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa [dev'essere] aggiornata e [contenere] effettivamente una dettagliata esposizione dello situazione sia patrimoniale, sia economica, sia finanziaria dell'impresa; [...] lo stato analitico ed estimativo delle attività [deve poter] considerarsi tale e [...] la relazione del professionista attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, [dev'essere] adeguatamente motivata indicando le verifiche effettuate, nonché la metodologia ed i criteri seguiti per pervenire alla attestazione di veridicità dei dati aziendali ed alla conclusione di fattibilità del piano».

Concentrandoci su quanto detto circa la relazione del professionista attestatore, va sottolineato il passaggio nel quale la Corte esige una *adeguata motivazione* e ciò allo scopo, come aveva precisato poche righe prima, «che la documentazione [...] possa essere inquadrata effettivamente nel tipo richiesto dal legislatore»: una attestazione non adeguatamente motivata, cioè, non integra la attestazione la cui presenza il tribunale deve subito accertare fra i documenti allegati dal debitore alla domanda di concordato. Quando la motivazione risulti adeguata, è abbastanza facile da dirsi in astratto: è adegua-

ta quando completa e coerente in rapporto alla finalità di attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. In concreto i criteri di redazione vanno qui individuati ricorrendo alle norme non soltanto logico-giuridiche, ma anche tecniche contabili che in questo caso ci sono offerte dalla scienza aziendalistica. Nello specifico esse sono state raccolte fra il 2006 e il 2009 in due importanti documenti curati dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e degli Esperti Contabili e intitolati l'uno *Osservazioni sul contenuto delle relazioni del professionista nella composizione negoziale della crisi d'impresa* (pubblicato nel febbraio 2009 e reperibile nel sito Internet del Consiglio: www.cndcec.it) e l'altro *Protocollo piani di risanamento e ristrutturazione; relazioni del professionista: profili organizzativi e principi di comportamento nell'ambito delle procedure di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piano di risanamento attestato* (pubblicato nel novembre 2006 e reperibile nel sito [succitato](http://succitato.it)). Si tratta di linee-guida alle quali i professionisti sono raccomandati di attenersi, avendo così l'onere di motivare gli scostamenti dalle indicazioni esposte nelle *linee* stesse.

Nelle *Osservazioni* si sottolinea in specie che «il professionista, non potrà esimersi dal pronunciarsi, previa opportuna verifica [una speciale *due diligence* ossia approfondita valutazione dello stato dei conti e del patrimonio aziendale – n.d.a.], sulla validità delle metodologie adottate dall'estensore del piano al fine di giungere all'individuazione delle ragioni della crisi, sulla correttezza della diagnosi, sui “profili di discontinuità” che il piano medesimo presenta rispetto alla trascorsa gestione imprenditoriale, sulla verosimile congruità delle eventuali crescite future di fatturato dell'impresa, sulla prevedibile evoluzione dei mercati e dell'economia in generale, ed infine sulla sussistenza delle condizioni per il risanamento della sopra citata impresa»; si aggiunge che «il professionista deve esprimere le proprie valutazioni prendendo in considerazione gli elementi su cui si fonda il processo di ristrutturazione aziendale quali, ad esempio, le scelte strategiche che l'impresa dovrà adottare, i cambiamenti da apportare al *management* – attraverso una sua sostituzione o l'affiancamento con specialisti esterni – i beni strumentali che l'azienda intende dismettere, esaminando al tempo stesso i fattori esogeni che potrebbero in un qualche modo influenzare o addirittura impedire la regolare attuazione del piano stesso». Infine le *Osservazioni* mettono anch'esse in evidenza la essenziale funzione informativa della attestazione, quasi un crociano *conoscere per deliberare* applicato alla procedura concordataria: «in particolar modo, devono essere analizzate ed evidenziate tutte le incertezze, come il possibile venir meno di alcuni presupposti su cui quest'ultimo [*scil.* il piano proposto dal debitore ai creditori]

si fonda, gli eventuali sviluppi inattesi, i probabili errori di valutazione, nonché i ritardi nell'attuazione e nell'esecuzione del programma di ristrutturazione, *in modo tale che i destinatari e gli utilizzatori finali della relazione [principalmente i creditori] possano comprenderne e valutarne i rischi correlati e quindi affrontare responsabilmente le proprie scelte*»; e poco oltre si ribadisce che la relazione dell'attestatore deve «esporre le motivazioni attraverso le quali il professionista è giunto alle sue conclusioni, *in modo tale da permettere ai terzi di sindacare queste ultime e di valutare autonomamente i requisiti del piano*» (corsivi aggiunti). Quasi articolando questi precetti, il *Protocollo* specifica quindi una fitta serie di prescrizioni circa gli accertamenti in concreto da compiere. Lo stesso accade col documento richiesto dal secondo comma dell'art. 160 nel caso di beni soggetti a garanzia incipienti rispetto all'ammontare dei crediti garantiti, dei quali ultimi allora viene offerta una soddisfazione parziale conforme ai valori di stima dei beni stessi (sopra, § 5). Per la corretta redazione di tale documento il suddetto Consiglio Nazionale dei professionisti contabili ha curato le linee-guida per l'esperto incaricato della stima (che va giurata: segno questo della importanza con cui la legge considera l'incarico, presidiato dalla sanzione penale dei due anni di reclusione comminati dall'art. 483 cod. pen. per la falsità ideologica del privato in atto pubblico): «*La relazione giurata estimativa del professionista nel concordato preventivo e nel concordato fallimentare*» (elaborato anch'esso reperibile nel sito www.cndcec.it).

Troviamo ribadita in queste righe dei tecnici contabili il concetto espresso dalla Cassazione (v. precedente §) ossia che la attestazione deve permettere ai creditori di maturare un consenso informato sulla situazione reale dell'impresa e sulle alee del piano congegnato dal loro debitore per adempiere agli obblighi derivanti dal concordato nei termini loro proposti. Si comprende così la posizione della Cassazione circa il potere di controllo, che non può mai sostituirsi alla valutazione sovrana dei creditori, neppure sottraendovi una proposta – che perciò si vorrebbe dichiarare inammissibile – ritenuta dai giudici poco seria in quanto assistita da un piano che si sappia positivamente inattuabile. D'altra parte, se la fattibilità del piano è dubbia perché le alee sono troppo forti, spetta ai creditori decidere se accettare o no la proposta che su quel piano si appoggia. Al tribunale e agli organi del concordato spetta invece di mettere in luce le eventuali criticità del piano affinché gli elementi di giudizio dei creditori siano il più possibile ampi in vista sia del voto sia della omologazione.

Nella adunanza di voto si instaura un contraddittorio fra debitore e creditori, ciascuno dei quali ultimi «può esporre le ragioni per le

quali non ritiene ammissibile o accettabile la proposta di concordato e sollevare contestazioni sui crediti concorrenti» (art. 175, comma 3°, l. fall.). La discussione è preceduta dalla relazione del commissario giudiziale, organo della procedura nominato col decreto di ammissione, il quale riferisce la proposta del debitore ed espone il punto di vista dell'ufficio (art. cit., comma 1°), nel quale si compendia la complessa attività svolta dal commissario stesso a norma degli articoli 171 e 172 l. fall., sorta di passaggio al microscopio della documentazione presentata dal debitore ivi compresi il piano e l'elaborato del professionista attestatore. In specie il commissario giudiziale «deve procedere alla verifica dell'elenco dei creditori e dei debitori con la scorta delle scritture contabili [...] apportando le necessarie rettifiche» (art. 171, comma 1°); inoltre «redige l'inventario del patrimonio del debitore e una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto, sulla condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori» (art. 172, comma 1°) potendo farsi assistere nella valutazione dei beni da uno stimatore appositamente nominato dal giudice delegato alla procedura (art. 172, comma 2°); infine «se accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori» (art. 173, comma 1°); il quale ultimo adempimento mette in grado l'uno e gli altri di attivarsi per chiedere la dichiarazione di fallimento. È facile capire che questa attività del commissario giudiziale può portare in luce tutte le ombre di una proposta e di un piano prima non rilevate. Mentre però la mancata rilevazione iniziale degli eventuali elementi critici rende scontata la ammissione alla procedura, l'accertamento successivo degli stessi in vista della relazione ai creditori mette in forse il loro consenso: ne verranno il più delle volte modifiche della proposta o del piano da parte del debitore, per eliminarne gli aspetti critici, modifiche possibili fino all'inizio delle operazioni di voto (art. 175, comma 2°, l. fall.).

Questo ruolo indagatore del commissario giudiziale viene enfatizzato da chi, Cassazione inclusa, nega al tribunale il controllo di merito sulla proposta del debitore: «dalla complessa attività che il commissario giudiziale è tenuto a svolgere e dai poteri che la legge gli attribuisce si ricava che questo, nelle intenzioni del legislatore, è l'organo cui è affidato il compito di garantire che i dati sottoposti alla valutazione dei creditori siano completi, attendibili e veritieri, mettendo gli stessi in condizione di decidere con cognizione di cau-

sa sulla base di elementi che corrispondono alla realtà; tanto ciò è vero che se riscontra la non veridicità dei dati aziendali esaminati, ne informa immediatamente il Tribunale, che d'ufficio procede alla revoca del concordato» (dai *motivi* della citata sentenza n. 21860/2010).

L'unica occasione nella quale il giudice può entrare nel merito della fattibilità del piano si presenta quando non ne può fare a meno, quando cioè uno o più creditori si oppongono alla omologazione della proposta già approvata dalla maggioranza di legge (magari affermando con Massimo Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato e riflessi sulla fattibilità, ne Il fallimento*, 2011, p. 182, che la opposizione implichi recesso dal concordato per asserito venire meno del presupposto di fattibilità del piano e perciò revoca per giusta causa del voto favorevole, sicché il controllo giudiziario rimarrebbe pur sempre di legalità sostanziale): «resta sempre [...] insuperabile», scrive la stessa Cassazione, «il rilievo secondo cui il tribunale è privo del potere di valutare d'ufficio il merito della proposta, in quanto tale potere appartiene solo ai creditori così che solo in caso di dissidio tra i medesimi in ordine alla fattibilità, denunciabile attraverso l'opposizione all'omologazione, il tribunale, preposto per sua natura alla soluzione dei conflitti, può intervenire risolvendo il contrasto con una valutazione di merito in esito ad un giudizio, quale è quello di omologazione, in cui le parti contrapposte possono esercitare appieno il loro diritto di difesa» (dai *motivi* della citata sentenza n. 13818/2011; corsivo aggiunto). In tal caso il tribunale «assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o *disposti di ufficio*» (art. 180, comma 4°, l. fall.): dove il corsivo aggiunto segnala la libertà di indagine, entro i limiti delle questioni sollevate con le opposizioni, che il controllo giudiziario allora recupera. Questo estremo intervento dovrebbe scongiurare che vada in esecuzione un concordato sicuramente inattuabile, salvo beninteso che i creditori preferiscano correrne il rischio astenendosi da qualsiasi opposizione: in questa ultima ipotesi, infatti, il controllo giudiziario non può che essere di mero riscontro di legalità formale del procedimento (cfr. art. cit., comma 3°: «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») essendosi per così dire consumato col voto favorevole il potere di esercitare (almeno) il controllo di legalità sostanziale.

9. L'esempio di un caso concreto, e conclusioni. — Fin qui le considerazioni in punto teoria. Nella pratica può non essere facile distinguere il controllo di merito da quello di legalità sostanziale. Per lumeggiare la difficoltà possiamo considerare un caso di domanda per

la ammissione al concordato preventivo presentata alla sezione fallimentare del tribunale di Monza che ha dato spunto a un decreto interlocutorio *ex art.* 162, comma 1°, l. fall. («Il tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti») datato 30 settembre 2010 (e pubblicato nel sito Internet *www.ilcaso.it*).

Nella specie i giudici avevano espresso riserve e dubbi chiedendo, pena la inammissibilità della proposta, opportuni chiarimenti e integrazioni del piano su vari aspetti del medesimo e della relazione dell'attestatore. In sintesi, il piano (i) non indicava i costi da sostenersi nelle more della procedura; (ii) non specificava i criteri di valutazione del magazzino; (iii) non giustificava l'importo del canone di affitto della azienda nel periodo intercorrente fra l'avvio della procedura e la vendita della azienda stessa, importo ritenuto incongruo rispetto alle ipotizzate prospettive di reddito, (iv) e inoltre agganciava parte significativa di tale canone alla redditività del bene locato nel periodo suddetto; (v) non spiegava la formazione del prezzo di detta vendita, omettendo in specie di informare se erano state ricercate altre offerte; (vi) non prevedeva garanzie di adempimento a carico della società affittuaria (vii) né forniva informazioni ritenute rilevanti sulla società stessa, anche in considerazione del fatto che fra i soci della stessa c'erano soci della debitrice-affittante, così da far sorgere il sospetto di conflitto di interessi; (viii) non forniva indicazioni sulla solvibilità di vari debitori aziendali i crediti verso i quali erano esposti senza prudenziali svalutazioni. La relazione, dal canto suo, suscitava riserve perché (ix) vaga in ordine alle verifiche contabili e specialmente del magazzino e dei crediti, (x) perplessa a proposito della fattibilità del piano che veniva sì enunciata ma sottolineando nel contempo una nutrita serie di alee sulla cui possibilità di contrasto nulla si diceva, (xi) costellata infine di acritici rinvii alla relazione del debitore senza alcun puntuale riscontro di quanto in essa affermato.

Potremmo dire che qui il tribunale è stato facilitato, perché piano e relazione presentavano più d'un profilo censurabile. Ad esempio i punti (i), (ii) e (viii) coglievano altrettante lacune del piano. *Sub* (i) va detto che la situazione economica e finanziaria del debitore non è completa se manca la previsione delle uscite certe nel periodo di esecuzione del concordato (stipendi, bollette, contributi previdenziali, tasse e imposte, per dirne solo alcune). Può essere che ciò non impedisca la fattibilità come anche sì, ma in ogni caso si tratta di una informazione della quale i creditori devono disporre. *Sub* (ii) e (viii) la mancanza consiste nell'aver omesso qualsiasi spiegazione sulla concreta applicazione dei criteri di valutazione delle relative attività

patrimoniali come previsti dalla legge (ad esempio i crediti vanno esposti al presumibile valore di realizzo, che quasi mai è il nominale: cfr. art. 2426, n. 8, cod. civ.): in un bilancio ciò comporterebbe quantomeno motivo di rilievo da parte del revisore.

Anche le censure mosse dai giudici alla relazione, da (ix) a (xi), rientrano nella valutazione di correttezza metodologica. È infatti pacifico che l'attestatore deve procedere ad accertamenti personali e diretti per ogni singolo elemento di cui la scienza aziendalistica prescrive che debba tenere conto nella sua *due diligence*: non può cioè limitarsi a recepirli come dati dalla relazione del debitore, perché questo compromette la sua funzione di fonte informativa autonoma – se non anche del tutto terza – rispetto a quanto dichiarato dal debitore stesso attendendo così a quella che (l'abbiamo visto nel § precedente) per la stessa Cassazione è la «esigenza di carattere fondamentale: garantire che i creditori siano messi in condizione di prestare il loro consenso con cognizione di causa» (citata sentenza n. 21860/2010). Sul punto il ricordato *Protocollo* dei professionisti contabili è chiaro e perentorio. I «primi principi di comportamento» a proposito de «Lo schema-tipo di relazione *ex art. 161 l. f.*» (punto B.3) consigliano che la relazione dell'attestatore comprenda «una parte introduttiva [...]; una parte centrale illustrativa del piano e della documentazione di cui all'art. 161 l.f., *nella quale sono contenuti i necessari accertamenti già esplicitati sulla contabilità e la struttura produttiva e gestionale del debitore*; una parte conclusiva ecc.» (corsivo aggiunto). Circa poi la individuazione di tali «necessari accertamenti» basta scorrere il successivo punto B.5 del *Protocollo* – talmente ampio che ragioni di spazio dissuadono qui dal riprodurlo – per rendersi conto di quanto analitico debba essere un accertamento condotto secondo le regole di correttezza e completezza proprie dell'incombente. Viceversa nella relazione sottoposta al tribunale di Monza il professionista se la cavava scrivendo di avere «proceduto alla verifica a campione, ancorché ragionevolmente attendibile e approfondita, con l'ausilio della struttura amministrativa della debitrice, effettuando altresì opportune verifiche e accessi dei valori iscritti in bilancio e della loro valutazione» senza nulla specificare circa l'oggetto di tali attività. Siamo bel lontani, come si vede, dalla «adeguata motivazione» richiesta dalla Cassazione per integrare l'estremo della stessa *esistenza* di una relazione rispondente alla finalità informativa per la quale la legge la dispone.

Ma torniamo agli altri rilievi mossi al piano – da (iv) a (vii) – i quali non sembrano di altrettanto scontata condivisione. Non va a dire il vero sottaciuto che detti punti evocano uno scenario non del tutto cristallino. Che infatti la società disposta a prendere in affitto

e poi comperare l'azienda della debitrice, essa pure società, sia formata da personaggi presenti anche nella compagine sociale della debitrice stessa; che poi il canone di affitto sia stabilito con modalità apparentemente più favorevoli alla affittuaria che alla locatrice; che infine il prezzo di vendita non risulti fissato all'esito di una indagine di mercato fra potenziali altri interessati all'acquisto: tutte queste sono circostanze che fanno pensare a una operazione particolare, nella quale cioè parte dei proprietari della impresa in crisi sia disposta a continuare la attività con nuova veste e alleggerendola nel contempo di una aliquota del debito grazie al concordato, mentre l'altra parte dei titolari intende uscire dall'affare (nel caso di specie la cosa dipendeva forse dal fatto che la società debitrice era una accomandita semplice, cioè una società nella quale ci sono sia soci garanti delle obbligazioni sociali sia soci non garanti). Osserva in ogni caso il tribunale monzese che ciò lascia intravedere un conflitto di interessi in ordine alla stipula del contratto di affitto e alla scelta del promissario acquirente, il quale conflitto può integrare, ove non dichiarato, gli estremi dell'atto in frode che a norma dell'art. 173 l. fall. impone la revoca della ammissione alla procedura. Di qui la richiesta di chiarimenti già in sede di vaglio iniziale della domanda.

Qualche dubbio questa richiesta pare tuttavia sollevarlo. Intanto la identità dei soci di una società è nota grazie alla obbligatoria pubblicità della società stessa nel Registro delle Imprese. L'effetto caratteristico di questa pubblicità è la opponibilità *erga omnes* di quanto vi risulta ossia una sorta di presunzione legale assoluta di conoscenza: i terzi cioè non possono legittimamente ignorare quanto sia iscritto a norma di legge. La opponibilità determina pertanto il dovere – che non è un *obbligo* ossia un imperativo categorico, ma è una regola di prudenza ossia un imperativo ipotetico: in diritto, un *onere* – di consultare il pubblico registro (qui: delle imprese) se non ci si vuole trovare opposti atti o fatti a sé ignoti e potenzialmente pregiudizievole ma iscritti. Vero questo, il tribunale monzese sembra andare oltre le regole legali quando pretende che ai creditori della società debitrice siano date informazioni che essi già devono conoscere, avendone l'onere: *errantibus non dormientibus jura succurrunt*, avverte l'antico brocardo. Da questo punto di vista, la richiesta non pare del tutto legittima.

In secondo luogo, l'operazione sopra descritta non è di per sé contraria a diritto. Benché con mezzi più onerosi in termini economici, ma più rapidi in termini di tempo, i soci perseguono uno scopo che la legge comunque asseconda con l'istituto, relativamente recente e di derivazione europea, della scissione societaria, con la

quale si può anche fare in modo che un gruppo di soci si separi dagli altri concordandosi tra loro sulla costituzione di una nuova società (cosiddetta beneficiaria) a cui trasferire parte del patrimonio di quella esistente. L'acquisto della azienda, invece che la scissione, ha il vantaggio di fare subito affluire nuova liquidità nel patrimonio del debitore-venditore, una specie di nuova finanza proveniente dai soci che "passano" nella società di nuova costituzione e utile a contenere la falciidia concordataria. Oggi poi il finanziamento da parte dei soci, benché visto con sfavore nel codice civile (cfr. articoli 2467 e 2497 *quinquies*), è invece incoraggiato in sede di composizione negoziale della crisi, perché col sopra ricordato decreto-legge n. 78/2010 il relativo credito di restituzione è stato riconosciuto prededucibile nell'eventuale successivo fallimento fino a concorrenza dell'80 per cento dell'ammontare dei finanziamenti (art. 182-*quater*, comma 3°, l. fall. – ma il decreto monzese è anteriore). La circostanza insomma che si tenti di risolvere la crisi, per così dire, in casa non è sicuro segnale di frode. Può essere che per quella azienda non ci siano altri interessati, cosa plausibile in periodo di crisi generalizzata quando ciascuno pensa innanzitutto a stringere i denti e non contrarre troppo la propria attività piuttosto che ad espanderla. Ciò spiegherebbe la mancanza di altri soggetti disposti a prendere in affitto e comperare la azienda in difficoltà. Vero che alla fine i contratti vengono firmati fra i soliti noti, ma può trattarsi della ultima spiaggia per non fallire. Vero pure che i proprietari dell'impresa avrebbero anche potuto proporre un piano con una diversa regolazione della crisi, magari funzionale a una proposta di soddisfazione dei creditori più vantaggiosa per loro: ma questa valutazione attiene al merito e perciò spetta esclusivamente ai creditori, destinatari del piano stesso. Dunque anche sotto questo aspetto la richiesta di chiarimenti fatta dal tribunale di Monza non sembra legittima, perché – ripetiamo – finisce con l'impingere nel controllo di merito che ormai sappiamo interdetto al giudice del concordato preventivo.

Su questi ultimi aspetti del piano, che i creditori percepiscono bene da sé come chi legge queste righe, tocca a loro stessi decidere. Nonostante tutto, essi possono sperare che la cessione della azienda o di un ramo di essa in uno con la riduzione dei pesi finanziari della precedente gestione permetta di ripristinare un flusso di reddito adeguato a sostenere non soltanto il ciclo economico ordinario ma anche futuri investimenti. Certo, questa aspettativa avrebbe bisogno di essere suffragata da un piano industriale economico e finanziario (*business plan*) congruamente articolato e saggiato con specifici *stress-test*. Però la persuasività di tale piano si misura sui creditori e non sul tribunale, poiché essi approvano o no la proposta loro rivolta dal

debitore. Torniamo così al punto già ampiamente illustrato della "contrattualizzazione" del concordato preventivo.

In essa, non immune da problemi e pecche, il ruolo del tribunale è passato dalla ingerenza paternalistica e infine poco produttiva, su cui era imperniata la disciplina anteriore, all'esercizio della funzione di garante della informazione per i creditori chiamati al voto. Questo nuovo ruolo è tanto più delicato quanto più diversificati sono i piani di concordato oggi proponibili e quanto meno rigorose sono diventate le condizioni di accesso alla procedura, senza contare il venir meno delle tradizionali regole concepite per la tutela indifferenziata e schematica dei creditori: dalle soglie minime di soddisfazione per privilegiati e chirografari alla rigorosa *par condicio*, alle intrecciate maggioranze di voto per non consegnare i concordati ad alcuni creditori piuttosto che ad altri. Non c'è dubbio che le contrarie sopravvenienze normative generano pericolo di abusi, veicolati dalle abili ingegnerie che spericolati esperti approfondano in piani tanto più complicati quanto più mirati a eludere la tutela dei creditori favorendo il debitore. Ci vorrà tutta la acribia dei giudici e dei commissari giudiziali, la loro acquisita conoscenza dei fatti del debitore e il loro apporto di analisi sulle carte da lui presentate, per impedire che professionisti della crisi e varia umanità predatrice profittino della liberalizzazione delle procedure concorsuali voluta da un legislatore deluso della esperienza pregressa. La stessa subordinazione delle ragioni dei piccoli ai creditori forti, capaci di determinare da soli la approvazione del concordato, sarà sacrificio accettabile se funzionerà la valvola di sicurezza del finale giudizio a tutto campo che il tribunale recupera in sede di omologa grazie alle opposizioni che il tribunale stesso contribuirà a suscitare – o a rendere superflue – con l'opera di informazione dei creditori carenti di notizie proprie.

La scommessa non è senza rischio, perché esige competenza dedizione e buona fede, tutta merce rara; ma tornare indietro, alle vecchie procedure rivelatesi fallimentari in ogni senso, non è auspicabile. D'altra parte non è forse neppure possibile, perché il cambio di prospettiva che si è tentato di illustrare si inquadra in una tendenza epocale che pervade tutto il diritto commerciale europeo: anche cioè nel campo delle procedure concorsuali stiamo transitando da una modalità di tutela basata sulla applicazione di schemi rigidi, della cui cattiva ortopedia si è ormai preso atto, a una modalità incentrata piuttosto sulla libertà di soluzioni praticate caso per caso. Diventano così protagonisti i creditori maggiormente attivi e il debitore, perché è molto più probabile che essi sappiano immaginare soluzioni adeguate alla singola crisi aziendale di quanto riesca a congegnarne un estraneo qual è il giudice ossia una legge, ch'egli deve

impersonare, persuasa di avere dettato una volta per tutte la soluzione universalmente giusta. Quando però la legge abbandona questa illusione, chi la impersona non rimane senza ruolo. Proprio allora invece la sua parte ingigantisce, perché egli diventa il tutore di una legalità che non ha proprie determinazioni da imporre ai consociati se non l'anima stessa della legalità, che è anima metagiuridica e si radica nel sommo precetto di *alterum non laedere*: non far danno, cioè, ad altri e perciò – per chi ne ha il potere-dovere – impedire a chiunque di cagionare danno a qualsiasi altro. Può sembrare banale, ma l'incontro di questa vera *Grundnorm* del diritto col nostro concordato preventivo, in cui il legislatore ha rinunciato a imporre soluzioni lasciandole alla libera determinazione delle parti private, si realizza precisamente nell'affidare alla legge ossia al giudice che la impersona l'ufficio di rimuovere il primo fomite di danno: che è – dall'Eden in qua, chioseremmo – la ignoranza ovvero, come si usa dire fra addetti ai lavori un po' snob, la *asimmetria informativa*. Garantire, come qui si è detto fin troppo, la completezza dell'informazione presso tutti i creditori – che voteranno o no, che faranno opposizione o no – è dunque il modo in cui oggi la legge, ritrattasi dallo scenario delle scelte, s'insedia sulla ribalta delle tutele. Davvero grandioso e affascinante il compito che ne viene al sistema giustizia nel suo complesso, così intendendosi i giudici ma anche i professionisti a vario titolo impegnati nelle procedure. C'è solo da sperare che il Paese il quale fu culla in Europa del diritto e della imprenditoria (cheché ne pensasse Max Weber) si sappia di nuovo dimostrare all'altezza dei tempi, provando innanzitutto a svincolarsi grazie alle nuove libertà dai tanti *particolari* che anche una politica di divieti ha nel tempo incentivati contribuendo di fatto a distogliere, nonostante le migliori intenzioni, dal bene comune.

Postilla

Nelle more di stampa il Governo ha emanato il decreto-legge 22-6-2012, n. 83, recante "Misure urgenti per la crescita del Paese" e convertito con legge 7-8-2012, n. 134, il cui art. 33 dispone importanti modifiche alla legge fallimentare, specie riguardo alle procedure di composizione negoziale della crisi.

Rispetto agli argomenti considerati nel presente saggio meritano segnalazione: (1) le innovative e stringenti regole circa la indipendenza dell'esperto incaricato di redigere le varie attestazioni (il professionista deve possedere i requisiti di indipendenza del sindaco di società e comunque non deve, neanche per il tramite di soggetti con i quali è unito in associazione professionale, avere prestato negli ultimi cinque anni attività di lavoro subordinato o autonomo in favore del debitore ovvero partecipato agli organi di amministrazione o di controllo: nuovo art. 67, comma 3°, lett. d); (2) la previsione del nuovo delitto di falso in attestazioni e relazioni a carico del medesimo esperto (art. 236-bis); (3) le nuove norme per agevolare l'accesso al concordato preventivo (art. 161, comma 6°: domanda di ammissione con riserva di formulare la proposta e produrre il piano entro un termine massimo di 6 mesi) e per favorire il concordato con continuità aziendale, ossia non liquidatorio, e il suo finanziamento in prededuzione (articoli 182-quinquies e 186-bis). P.M.





ISSN 2281-1281
ISBN 978-88-7871-116-7