

## IL NUOVO CONCORDATO PREVENTIVO: I PRESUPPOSTI E LE CONDIZIONI DI ACCESSO

di Massimo Giuliano, avvocato

[Studio Giuliano e Di Gravio](#)

### **Premessa.**

#### **I presupposti del nuovo concordato preventivo.**

Il Decreto Legge 14 marzo 2004, n. 35 cosiddetto sulla “competitività”, convertito in legge 14 maggio 2005, n. 80, ha modificato, in un’ottica privatistica, la procedura concorsuale minore del concordato preventivo, sostituendo gli artt. 160, 161, 163, 177, 180 e 181 della legge 267 del 1942, cosiddetta fallimentare, ed aggiungendo un nuovo art. 182 *bis*<sup>1</sup>.

La filosofia liberale di cui è impregnato il nuovo articolato normativo del concordato preventivo, teso non più alla sola liquidazione dell’impresa ma al contrario volto alla ricerca di soluzioni concordatarie tese al risanamento dell’impresa (o di una sua parte), emerge con chiarezza sin dall’analisi dei presupposti e requisiti soggettivi e oggettivi per accedere alla procedura.<sup>2</sup>

Infatti, in ordine al presupposto soggettivo, così come nella precedente anche in questa versione per poter avanzare domanda di concordato preventivo è necessario rivestire la qualità di imprenditore commerciale non piccolo di natura privata, per la cui individuazione, ancora oggi, bisogna fare riferimento all’art. 1 l.f., con l’unica differenza che l’art. 160 l.f. nuova versione non

---

Articolo pubblicato sul quotidiano giuridico on line Diritto & Giustizia, [www.dirittoegiustizia.it](http://www.dirittoegiustizia.it), e sul n. 4 del 2006 del supplemento settimanale D&G, ed. Giuffrè.

<sup>1</sup> Per una prima lettura dell’articolato normativo sia consentito rinviare a “*Il nuovo concordato preventivo: si parte dallo “stato di crisi”*”, M. GIULIANO, in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 13 del 2005 Il Sole24ore, pagg. 22 ss.

<sup>2</sup> Si ritiene superata la concezione che vuole il concordato preventivo come un *beneficio concesso all’imprenditore onesto ma sfortunato* che dichiara di essere in stato di insolvenza e attraverso il quale l’imprenditore stesso propone ai propri creditori un accordo per sistemare l’insolvenza, in alternativa al sicuro fallimento.

# Il commercialista telematico

prevede più l'obbligo dell'iscrizione per almeno un biennio nel registro dell'impresе. Di conseguenza si apriranno le porte del concordato a tutte le imprese, a prescindere dall'adempimento degli oneri pubblicitari e, quindi, anche alle società di fatto e irregolari<sup>3</sup>.

Muta invece il presupposto oggettivo non essendo più necessaria l'insolvenza dell'imprenditore ma “solo” che lo stesso versi in “stato di crisi”, con ciò consentendo l'accesso a quegli imprenditori che versino non solo in uno stato di insolvenza, così come definita dall'art. 5 l.f., ma anche a coloro che hanno una momentanea crisi economica o di liquidità e , quindi, versano in una fase anteriore e prodromica all'insolvenza<sup>4</sup>.

Il concetto di “crisi” sembrerebbe originare dallo schema del ddl di riforma delle procedure concorsuali redatto dalla commissione Trevisanato, nel quale veniva definita come la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza.<sup>5</sup>

Tale interpretazione di stato di crisi, che potremmo definire estensiva, è stata accolta dalla maggior parte della giurisprudenza e della dottrina post novella, le quali concordano che “la crisi, pur ricomprendendo la insolvenza, non si esaurisca in essa, ma può attenersi anche a situazioni di squilibrio economico o

---

<sup>3</sup> Non potrà tuttavia accedere a tale procedura, come in passato, la società semplice, l'imprenditore agricolo, il piccolo imprenditore, gli enti pubblici, le associazioni non riconosciute ecc.

<sup>4</sup> Quando si parla di crisi d'impresa si intende perlopiù crisi finanziaria, o *financial distress*. Questa non comporta necessariamente insolvenza e si riferisce ad un'impresa non ancora in stato di decozione. Tuttavia è necessario specificare che il concetto di crisi d'impresa è comprensivo anche dello stato d'insolvenza, solo eventualmente successivo alla crisi finanziaria. La definizione dello stato d'insolvenza è chiara nella teoria.

Significativa è la distinzione aziendalistica di *declino* e di *crisi*: il primo inteso come un momento della vita dell'impresa, caratterizzato dalla mancata generazione di valore cui segue, nei casi più avanzati una “distruzione di valore del capitale economico”, e, quindi, della incapacità dell'impresa di realizzare i flussi di reddito attesi, con la conseguente necessità di interventi di ristrutturazione al fine di eliminare le cause. Il secondo momento, di *crisi*, immediatamente successivo al *declino*, rappresenta una sua degenerazione, caratterizzato da rilevanti perdite economiche, forti squilibri finanziari e patrimoniali e, quindi dall'insolvenza dell'impresa. Lo stato di insolvenza rappresenta, pertanto, l'ultimo stadio della crisi, la fase terminale di una malattia, quella che inequivocabilmente si manifesta all'esterno con tutta la sua virulenza. (GUATRI L. *Turnaround declino crisi e Ritorno al Valore*, Egea, Milano, 1995 (1995), p. 107; GIULIANO Massimo e DI GRAVIO Daniela, *La riforma del diritto concorsuale nel panorama giuridico economico italiano*, in *Opinioni E Confronti*, n. 2 del 2004, Editrice Marsica Domani, pag. 18.)

<sup>5</sup> Art. 2 lett. H del ddl Trevisanato.

# Il commercialista telematico

di difficoltà finanziaria non ancora sfociante nell'insolvenza"<sup>6</sup>.....Una definizione che sembra possa essere condivisa, “così come la conseguenza che ne deriva, ovvero l'esclusione della coincidenza tra il presupposto oggettivo del concordato preventivo e del fallimento e quindi del venir meno del rapporto di alternatività che fino a ieri caratterizzava le due procedure e costringe l'interprete a sottoporre a verifica le soluzioni sinora proposte alla luce di tale rapporto”<sup>7</sup>.

Si ritiene che lo stato di crisi comprenda tutte le difficoltà dell'impresa e cioè sia l'insolvenza reversibile (rappresentata dalla temporanea difficoltà di adempiere) che l'insolvenza irreversibile, costituendo entrambe le situazioni aspetti quantitativi di un medesimo fenomeno, distinguibili solo per la prognosi di reversibilità o meno della crisi.

Da tale concetto ne conseguirebbe l'applicazione di tutta quella giurisprudenza in vigore precedentemente al decreto introduttivo del nuovo concordato preventivo che ritiene, che in caso in cui l'imprenditore, ammesso inizialmente alla procedura di concordato preventivo, sia successivamente dichiarato fallito, si è in presenza di fasi diverse di un'unica procedura, con la conseguenza che gli effetti connessi all'ultima fase (revocatorie degli atti posti in essere dal debitore, prededucibilità delle spese effettuate nel corso del concordato preventivo) devono trovare applicazione a partire dalla prima fase.<sup>8</sup> Sempre che la decozione costituisca lo sviluppo della medesima condizione di dissesto posto a base della richiesta della prima procedura.<sup>9</sup>

---

<sup>6</sup> Tribunale di Pescara, sentenza del 20 ottobre 2005.

<sup>7</sup> Tribunale di Pescara, 20 ottobre 2005.

<sup>8</sup> L. D'ORAZIO, Profili di diritto transitorio nel nuovo concordato preventivo (relazione tenuta al convegno di studi svoltosi a lanciano il 10 e l'11 giugno 2005 sul tema “la riforma della legge fallimentare”), in Fallimento ondine. L. GUGLIELMUCCI, fallimento consecutivo ad amministrazione controllata e decorrenza dei termine a ritroso per l'esercizio delle azioni revocatorie, in Il Fall., n. 5, 1990, 473: il quale evidenzia che “...ciò che conta, al fine della configurazione in natura di una consecuzione, non è l'automaticità della dichiarazione di fallimento all'esito infausto della procedura concorsuale minore, bensì la circostanza che il fallimento venga dichiarato per quella stessa crisi, che ha determinato l'insorgere della prima procedura e che non è stata superata o sistemata con la procedura medesima”.

<sup>9</sup> Cass. Civ., 16 aprile 2003, n. 6019.

# Il commercialista telematico

Infatti non sembra esserci alcun dubbio, nonostante la mancanza di chiarezza della norma, che la volontà del legislatore sia stata quella di estendere il ricorso alla procedura di concordato preventivo anche al fine di supplire all'assenza di specifiche misure di allerta e prevenzione, peraltro previste nell'oramai abbandonato ddl redatto dalla comitato ristretto Trevisanato.<sup>10</sup>

L'aspetto principale, che più di tutti sintetizza la nuova filosofia dell'istituto e che rafforza le precedenti conclusioni, è rappresentato dal fatto che non sono più necessarie determinate condizioni soggettive e oggettive per poter accedere alla procedura di concordato preventivo, rendendolo più duttile e, quindi, adattabile alle diverse situazioni concrete di *crisi* in cui una impresa in un dato momento storico della sua vita può trovarsi.

Sono stati infatti eliminati tutti i riferimenti alla sussistenza dei requisiti "soggettivi", fortemente limitativi per l'accesso a tale procedura, previsti dal vecchio art. 160 l.f.<sup>11</sup>, e consistenti nell'iscrizione almeno biennale nel registro delle imprese, nella regolare tenuta della contabilità per la stessa durata, nell'assenza di procedure concorsuali nel quinquennio precedente e nella mancanza di condanne per bancarotta, delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio, i quali, unitamente alla sussistenza della "meritevolezza"<sup>12</sup> dell'imprenditore, oggi non più oggetto di valutazione dell'A.G., rappresentava il terreno di gioco nel quale il tribunale esplicava tutto il suo potere sanzionatorio della condotta anteriormente tenuta dall'imprenditore nel corso dell'attività imprenditoriale.

È stata eliminata la rigida alternativa concessa all'imprenditore per evitare il fallimento di pagare i creditori chirografari nella misura minima del 40% dell'ammontare dei crediti (concordato remissorio o con garanzia) o di

---

<sup>10</sup> Per una prima lettura del ddl redatto dal comitato ristretto della commissione Trevisanato ci sia consentito rinviare a M. GIULIANO e D. DI GRAVIO, *La riforma del diritto concorsuale nel panorama giuridico economico italiano*, op. cit. pag. 9 e ss.

<sup>11</sup> Iscrizione almeno biennale nel registro delle imprese; regolare tenuta della contabilità per la stessa durata; assenza di procedure concorsuali nel quinquennio precedente; mancanza di condanne per bancarotta, delitti contro il patrimonio, la fede pubblica, l'economia pubblica, l'industria o il commercio.

<sup>12</sup> Vecchio art. 181 l.f.

# Il commercialista telematico

soddisfarli nella stessa misura attraverso la cessione di tutti i beni (concordato con cessione), salvo comunque per entrambe le ipotesi di concordato il pagamento integrale dei creditori privilegiati<sup>13</sup>.

Con l'eliminazione dei predetti requisiti soggettivi e oggettivi non vi è dubbio che è venuto meno quel potere del tribunale di dichiarare inammissibile la proposta concordataria ancor prima che la stessa domanda venga ad essere oggetto di valutazione critica da parte dei principali interlocutori, i creditori, e del commissario giudiziale, al quale sarà affidato un importante ruolo di informazione, soprattutto nella fase di ammissione, teso a consentire i creditori di esprimere consapevolmente il loro voto sul contenuto della proposta.

Nuovi dubbi invece sono affiorati a seguito della predetta novella legislativa in ordine alla reviviscenza del potere in capo al tribunale di bloccare all'ingresso della procedura, nella fase di ammissione della domanda, il debitore, in virtù dei poteri ad esso spettante di sindacare il contenuto della relazione del professionista nominato dallo stesso imprenditore al fine dell'adempimento di cui al nuovo art. 161 l.f.<sup>14</sup>.

## §

### **Le nuove condizioni per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo.**

L'art. 160 l.f., rubricato "Condizioni per l'ammissione alla procedura" nella sua nuova formulazione prevede che la domanda sia basata su un piano sul cui

---

<sup>13</sup> Dottrina e giurisprudenza ritengono comunque possibili forme miste e atipiche di concordato, spesso attuate con strumenti giuridici non specificamente previsti dalla norma.

<sup>14</sup> Già sotto la vigenza del normativa *ante novellam* vi erano due tesi contrapposte sui poteri spettanti al tribunale in merito alla sindacabilità della proposta di concordato preventivo. L'una, largamente maggioritaria in dottrina ed in giurisprudenza, secondo cui il controllo del tribunale non poteva limitarsi al dato formale, ma doveva comprendere un serio esame del merito della proposta concordataria, per verificarne la rispondenza alle condizioni previste dall'art. 160 (G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, V ed, Milano 2002, 178 ss e 229; Cass 25 luglio 2002 n. 10913) e l'altra minoritaria, secondo cui questa fase doveva essere considerata come una mera sollecitazione, dove il tribunale dovesse rispondere soltanto alla richiesta della società di lasciarla entrare nella procedura stessa per comunicare ai propri creditori la proposta di concordato ed ottenere dai creditori il loro consenso ovvero il loro dissenso nelle maggioranze qualificate di cui tratta la stessa legge fallimentare agli artt. 174 l.f. (D. DI GRAVIO, *I problemi del concordato preventivo*, pag. 19, De Cristofaro Editore).

# Il commercialista telematico

contenuto il legislatore non pone più né vincoli né limiti, essendo stato eliminato ogni riferimento alle due tipologie classiche di concordato con garanzia o con cessione dei beni<sup>15</sup>.

Potranno quindi essere presentati piani di tipo moratorio, volti a far recuperare l'equilibrio finanziario dell'impresa e posticipare il ripristino del regolare flusso dei pagamenti dovuti; piani di tipo liquidatorio (dell'intera azienda o solo di un suo ramo) o misto<sup>16</sup>, tutti attuabili con libertà di impiego degli strumenti giuridici che si riterranno idonei al raggiungimento dello scopo prefissato dal piano stesso.

Altra importante novità è che il nuovo art. 161 l.f., rubricato "Domanda di concordato", norma a contenuto processuale, non prevede più l'obbligo per il debitore di depositare le scritture contabili e di esporre le cause che hanno determinato l'insolvenza<sup>17</sup>, ma stabilisce che il debitore con il ricorso deve presentare:

- a) una aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa;
- b) uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco nominativo dei creditori, con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione;
- c) l'elenco dei titolari dei diritti reali o personali su beni di proprietà o in

---

<sup>15</sup> L'art. 160 l.f. novellato infatti stabilisce che l'imprenditore che versi in uno stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo, il quale deve basarsi su un piano che può prevedere:

- a) 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;
- b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato;
- c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei;
- d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

<sup>16</sup> V. MISINO, La relazione prevista dal secondo comma del novellato art. 161 l.f. della legge fallimentare - iniziali riflessioni, [www.fallimentonline.it](http://www.fallimentonline.it)

<sup>17</sup> L'eliminazione della necessità per il debitore di indicare le cause dell'insolvenza ha comportato, secondo una parte della dottrina, una soluzione "insistentemente acausale" delle difficoltà d'impresa che rischia di traghettare al suo salvataggio anche imprenditori sleali e deliberatamente artefici delle insolvenze soprattutto verso creditori istituzionali (fisco, previdenza)". M. FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione dell'insolvenza e la tutela giudiziaria dell'intese tra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fallimento*, 2005, 5, p. 589

# Il commercialista telematico

possesso del debitore;  
d) il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Ma il vero aspetto innovativo, attuale terreno di scontro di dottrina e giurisprudenza, è costituito dal fatto che il piano e la documentazione predetta devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista di cui all'articolo 28 che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo<sup>18</sup>.

Ed è proprio l'esistenza o meno del potere del tribunale di sindacare la predetta relazione che costituisce la *questio iuris* più rilevante soprattutto alla luce del nuovo articolo 160 l.f. e in considerazione del fatto che l'art. 162 stessa legge è rimasto immutato, e continua a prevedere al suo secondo comma che "Il tribunale, sentito il pubblico ministero e occorrendo il debitore, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta se non ricorrono le condizioni previste dal primo comma dell'art. 160 o se ritiene che la proposta di concordato non risponda alle condizioni indicate nel secondo comma dello stesso articolo", in un sistema in cui il nuovo art. 160 l.f. non detta più le condizioni di accesso alla procedura ed è composto di un solo comma.

Infatti la lacuna normativa determinata dal mancato coordinamento degli artt. 160 e 162 l.f. non è stata colmata dal legislatore, e pertanto, in ossequio al tenore letterale della norma, si deduce che il legislatore non abbia intenzionalmente attribuito al giudice alcun potere di delibazione sul merito della proposta, ad eccezione del caso in cui vengano formate classi di creditori. Il tribunale non deve più "riconoscere ammissibile la proposta" (art. 163 l.f. vecchia stesura) muovendo dall'esame dei dati contabili ed

---

<sup>18</sup> Art. 161 l.f.

# Il commercialista telematico

analizzando la relazione patrimoniale, economica e finanziaria allegata, ma deve condurre soltanto un esame sulla documentazione .<sup>19</sup>

Si sostiene che poiché non è stato riscritto il nuovo art. 162 l.f. il legislatore abbia voluto attribuire al tribunale (per il caso che non siano state formate classi) il solo controllo formale sulla completezza e regolarità della documentazione, di cui parla il primo comma dell'art. 163 l.f., sicché all'inizio della procedura è escluso ogni controllo di merito nella domanda e sulla relazione che deve attestare la fattibilità del piano che accompagna la proposta di concordato e la veridicità dei dati aziendali, di modo che il tribunale non può valutare neanche se sono state considerate tutte le passività, se il piano è irrealizzabile, ecc.<sup>20</sup>

Con una recente sentenza il tribunale di Torino, proprio in ordine alla relazione del professionista effettuata ex art. 161 l.f., ha ritenuto che la stessa è diretta a sostituire l'attività istruttoria del tribunale e a garantire che i creditori siano adeguatamente informati sugli esatti termini della proposta e quindi non può limitarsi ad essere un mero atto di fede dei dati aziendali.

Attestare la veridicità dei dati aziendali infatti implica che il professionista debba “certificare” la conformità sostanziale dei dati contabili ed extracontabili contenuti nel piano di ristrutturazione rispetto agli elementi desunti dalle scritture contabili del debitore e dalla ulteriore documentazione oggetto di verifica.<sup>21</sup>

È evidente che, se al professionista viene demandata l'attestazione della veridicità dei dati, ciò non può che essere il risultato di una qualche forma di verifica.

Per ciò che concerne poi il livello di approfondimento della relazione, il tribunale torinese sostiene che esso può considerarsi sufficiente quando

---

<sup>19</sup> S. PACCHI, *Il nuovo concordato preventivo*, Ipsoa, p. 130

<sup>20</sup> G. BOZZA, *La proposta di concordato preventivo, la formazione delle classi e le maggioranze richieste dalla nuova disciplina*, in *Il Fallimento*, 2005 p. 1208.

<sup>21</sup> L. MANDRIOLI, *Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo tra profili giuridici ed aspetti aziendalistici*, in *Il Fallimento*, 2005, p. 1337.



# Il commercialista telematico

nell'attestazione effettuata dal professionista compaia una motivata assunzione di responsabilità propria in ordine al risultato<sup>22</sup>.

Il professionista deve dunque illustrare tecnicamente le scelte operate dall'imprenditore, la loro validità e la concreta attuabilità, in relazione agli scopi prefissati e ai dati aziendali riportati nel piano.

La relazione rappresenta la fonte del giudizio di fattibilità del piano sul quale i creditori matureranno la decisione se aderire alla proposta concordataria. E tale decisione sarà tanto più ponderata quanto più la relazione sarà in grado di garantire (di far fede) che i dati aziendali siano effettivamente quelli reali, così come dal professionista verificati<sup>23</sup>.

Infine, per ciò che concerne la fattibilità del piano essa consiste in un giudizio fornito dal professionista sull'attuazione pratica del piano di ristrutturazione aziendale.

Ed è proprio sulla possibilità del tribunale di sindacare “il giudizio” del professionista sul piano, espresso attraverso la relazione, sono sorti accesi dibattiti in dottrina e giurisprudenza<sup>24</sup>.

La prevalente giurisprudenza ammette il pieno potere del tribunale di entrare nel merito le scelte compiute dal professionista e riassunte nella relazione allegata al piano, con la conseguente declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato preventivo nel caso di non condivisione delle stesse da parte del tribunale.

Vi è però da dire che negli ultimi mesi stanno affiorando pronunce che escludono il potere del tribunale di sindacare la relazione del professionista e, quindi, la proposta concordataria presentata dall'imprenditore per la soluzione della crisi.

---

<sup>22</sup> Tribunale di Torino, sentenza del 15 novembre 2005 .

<sup>23</sup> G. BOZZA, op. ult. cit.

<sup>24</sup> “La fattibilità del piano dovrà occupare il tribunale, in nulla agevolato o sostituito dalla attestazione del professionista ed anzi nel perdurante, notorio, imbarazzo della prassi che a fatica costruisce per tale fase un ausilio consulenziale”. M. FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione dell'insolvenza e la tutela giudiziaria dell'intese tra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fallimento*, 2005, 5, p. 589

# Il commercialista telematico

Nel procedere ad esaminare le prime pronunce che si sono espresse sull'applicazione del nuovo articolato normativo dell'istituto del concordato preventivo si segnala la sentenza del tribunale di Pescara la quale ha affermato che “residui (una volta che l'interprete si faccia carico dell'opera di coordinamento omessa dal legislatore) ampio spazio di compatibilità tra l'art. 162 l.f. e la restante disciplina normativa del concordato preventivo, sull'assunto che anche il nuovo art. 160 ha mantenuto nella rubrica il riferimento alle condizioni per l'ammissione alla procedura e che il testo della nuova norma contiene la definizione dei presupposti soggettivo (qualità di imprenditore) ed oggettivo (stato di crisi) della procedura ed impone che la proposta di concordato si basi su un “piano”. Si tratta, cioè, *sostiene il tribunale pescarese*, di tre elementi che concernono il “chi”, il “quando” ed il “come” del concordato e che, in quanto tali, non possono non condizionare la ammissibilità della domanda e non possono quindi restare estranei al controllo del tribunale sin dalla prima fase della procedura”. *Pertanto* “la verifica del tribunale nella fase di ammissione del concordato preventivo deve avere ad oggetto, come prescritto dall'art. 163, la correttezza dei criteri di formazione delle eventuali classi di creditori previste dal piano e la completezza e regolarità della documentazione di cui all'art. 161. Non vi è alcuna ragione per ritenere che l'art. 163 non faccia riferimento anche alla relazione del professionista, la cui produzione, la cui completezza e la cui regolarità condizionano, dunque, l'ammissibilità della proposta concordataria. Anzi, poiché si tratta di un documento rappresentativo non di fatti, ma di un giudizio (di veridicità) e di una prognosi (di fattibilità) motivati (la relazione), pare corretto includere tra le condizioni di ammissibilità del concordato anche gli oggetti di quel giudizio e di quella prognosi e cioè la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, le quali non possono essere sottratte alla valutazione sostanziale.....del tribunale cui la legge continua a conferire il potere di ammettere o meno e poi di omologare o meno il concordato

# Il commercialista telematico

ammesso e altresì di interrompere la procedura in qualsiasi momento risultino mancanti le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato (art. 173 L.F. non abrogato né modificato dal legislatore del 2005)"<sup>25</sup>.

Anche il **tribunale di Salerno** afferma il pieno potere del tribunale di sindacare nel merito la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano predisposto dal professionista, al fine di offrire una tutela ai creditori privilegiati, che, restando estranei alla votazione non possono, se non rinunciando al privilegio, determinare le sorti della proposta, in vista del loro integrale soddisfacimento<sup>26</sup>.

Il ragionamento logico – giuridico articolato dal tribunale di Salerno si fonda su due fondamentali assunti:

- a) il giudice nel momento in cui è chiamato a valutare l'ammissibilità di una proposta di concordato preventivo deve prendere atto di non poter sapere se parte dei creditori privilegiati potrà scegliere di rinunciare al diritto di prelazione, pur di ottenere il risultato dell'ammissione del debitore alla procedura di C.P.;
- b) sussiste il diritto del creditore chirografario e/o privilegiato rinunciante a pretendere che l'A.G. non si limiti ad un controllo burocratico ed ha diritto di chiedere al giudice di compiere una prima analisi dei dati forniti dall'azienda, della fattibilità del piano in modo da consentirgli una decisione non fondata soltanto sui dati di controparte.

Tali interpretazioni non risultano coerenti con il dato letterale delle norme.

Infatti riguardo al primo punto i creditori, sia essi chirografari che privilegiati - rinunciatari del privilegio-, possono non aderire alla proposta di concordato

---

<sup>25</sup> Tribunale di Pescara, sentenza del 20 ottobre 2005

<sup>26</sup> Tribunale di Salerno 3 giugno 2005 Pres. Di Stefano, Estensore Iachia; In tal senso si è ritenuto che “il concordato preventivo non può essere retto da un principio di autotutela, ma di eterotutela, che non può tradursi in un giudizio di accertamento delle maggioranze dei creditori o di valutazioni della correttezza della formazione delle classi dei creditori”. (G. Lo Cascio, *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in fallimento; 2005, p. 362).

# Il commercialista telematico

nel momento in cui sono chiamati a votarla, se ed in quanto la ritengono non conveniente per i propri interessi.

Con riferimento al secondo aspetto invece non si rinviene nelle nuove norme del concordato preventivo quella volontà implicita del legislativo di tutelare “d’ufficio” i creditori, in particolar modo quelli privilegiati, in un momento addirittura anteriore all’ammissione dello stesso del concordato, anticipando, quindi, il giudizio dello stesso ceto creditorio, e impedendo al debitore di incontrare i principali interlocutori per concordare con la flessibilità del nuovo istituto la sistemazione della crisi.<sup>27</sup>

Dello stesso avviso del tribunale salernitano sono i **giudici di Monza e Sulmona**. In particolare il primo tribunale, pur evidenziando che la riforma ha inteso favorire il più possibile la conclusione di accordi tra debitore e creditori, privilegiando al massimo la volontà delle parti, ha tuttavia precisato che, ai fini dell’ammissione alla procedura, non è comunque sufficiente la presentazione di un qualunque piano sulla ristrutturazione e il soddisfacimento dei creditori, ma è necessario che il piano proposto sia caratterizzato dalla “fattibilità”, attestata, insieme alla veridicità dei dati aziendali, dalla relazione di un professionista.

Questa ricostruzione è l’unica compatibile con la previsione dell’art. 173 comma 2, - precisa il tribunale - “posto che, se la condizione per l’ammissione fosse identificata anziché nella fattibilità del piano nella sola formale presentazione della relazione del professionista intesa come adempimento procedurale, il potere del tribunale non avrebbe alcuna possibilità di esplicarsi in corso di procedura, risultando l’avvenuto formale deposito della relazione già accertato con il decreto di ammissione al concordato, e non si giustificerebbero nemmeno i persistenti poteri di

---

<sup>27</sup> C. Fauceglia, Il ruolo del tribunale nella fase di ammissione del nuovo concordato preventivo, in Il Fallimento 2005, pag. 1301.

# Il commercialista telematico

indagine e controllo del commissario finalizzati a relazionare al collegio ai sensi del 173”.

Il Tribunale, quindi, in sede di ammissione alla procedura è chiamato a verificare “sotto il profilo della ricostruibilità dell’iter logico dell’argomentazione” se dalla relazione del professionista emerge la fattibilità del piano.

Voci autorevoli in dottrina, conformemente a quanto stabilito dai predetti tribunali, ritengono che “sarebbe sbagliato enfatizzare più del dovuto il depotenziamento del Tribunale e a relegare la sua funzione tra quelle cosiddette notarili (vale a dire di mero controllo formale)”....potendo lo stesso “dichiarare il fallimento nel corso della procedura se <<risulta che mancano le condizioni prescritte per l’ammissibilità del concordato>> (art. 173, comma 2)”.<sup>28</sup>

Tuttavia proprio la possibilità di esercitare il predetto potere nel corso della procedura che escluderebbe quello di bocciare nella fase di ammissione la proposta di concordato preventivo, fase destinata, ancor più di prima, a consentire al debitore di dialogare con i creditori per risolvere nella maniera più efficace la crisi della propria impresa.

Invero, l’esigenza di dotare il tribunale del potere di impedire l’ammissione alla procedura, prima ancora che i creditori si siano espressi, anche a seguito dell’eliminazione della sussistenza dei requisiti di meritevolezza, è stata motivata con lo scopo di individuare “un altro tipo di filtro” a quello esistente *ante novellam* ed evitare che il nuovo impianto concordatario venga a costituire uno strumento troppo comodo elargito ingiustificatamente ad imprenditori maliziosi.<sup>29</sup>

---

<sup>28</sup> U. APICE, Il nuovo concordato preventivo e i poteri del tribunale in *Diritto e Pratica delle Società*, n. 22/2005.

<sup>29</sup> U. APICE op. ult. cit.

# Il commercialista telematico

Tale interpretazione del nuovo impianto normativo concordatario, sostenuta anche dalla maggior parte della giurisprudenza, sembra nascere dalla seppur comprensibile esigenza di impedire eventuali abusi dell'istituto, ma ciò tuttavia non può spingersi fino a stravolgere l'intento del legislatore e il dato letterale delle norme. Infatti se il problema è la garanzia dei creditori non si può non evidenziare che, quantanche la relazione non abbia sufficientemente rappresentato la reale fattibilità e consistenza del piano in sede di ammissione, comunque durante la fase di approvazione del concordato gli stessi creditori con l'ausilio della relazione del commissario giudiziale possono bocciare la proposta concordataria ammessa, fermo restando la responsabilità (extracontrattuale) del professionista per le eventuali dichiarazioni/certificazioni mendaci.

La (legittima) esigenza di garanzia delle ragioni creditorie non può far dire alle norme ciò che il legislatore non ha detto. Non si può trascurare il contesto in cui il nuovo concordato preventivo è stato riformulato né si possono sopperire lacune normative con interpretazioni "conservatrici", ispirate ad una concezione statalista della procedura volutamente cancellata dall'odierno legislatore.

D'altronde il legislatore nell'emanazione del decreto legge 35 del 2005 ha preferito lasciare immutato il testo dell'art. 162 che nell'originario disegno di legge della materia fallimentare – poi definitivamente abbandonato - prevedeva che il tribunale, in mancanza dei requisiti indicati negli articoli 160 e 161, dichiarasse inammissibile la proposta di concordato, con decreto motivato non soggetto a reclamo, eliminando ogni dubbio in merito al potere dello stesso di sindacare la proposta di concordato.

La mancanza di chiarezza delle norme che disciplinano il nuovo concordato preventivo impone invece al giudice di interpretare le stesse per applicarle al caso concreto utilizzando le regole di ermeneutica stabilite dall'art. 12 delle preleggi. La Suprema Corte in merito al procedimento interpretativo ha avuto

# Il commercialista telematico

modo di affermare che “l'art. 12 delle preleggi, nel dettare i criteri legislativi di interpretazione, stabilisce, anzitutto, che, nell'applicare la legge, non si può ad essa attribuire altro senso se non quello fatto palese:

- a) dal "significato proprio delle parole secondo la connessione di esse" (criterio cosiddetto di interpretazione letterale);
- b) dalla "intenzione del legislatore" (criterio cosiddetto di interpretazione teleologica).

L'interprete, in forza dei suddetti criteri, deve acquistare la conoscenza della determinazione legislativa, tenendo presente come, nei diversi sistemi giuridici, alcune proposizioni siano ripetute e conclamate con costanza: una di queste è la regola (evidenziata dal citato art. 12 delle preleggi), per cui, nel procedere all'interpretazione della legge, occorre attenersi innanzitutto e principalmente al dato letterale. La legge va, dunque, interpretata alla lettera; e questo criterio impone al giudice di attenersi strettamente al diritto posto con la legge dello Stato. Anche se il criterio di interpretazione teleologica tende a questo risultato: le parole sono solo il mezzo attraverso il quale si esprime "l'intenzione del legislatore"; e come tali vanno interpretate, ma non fino al punto di attribuire alla norma un senso diverso da quello che, dal contesto della legge, risulta corrispondere alla finalità che la norma si propone (tradizionalmente definita anche come *ratio legis*); tuttavia, l'interpretazione secondo la *ratio legis* deve essere giudicata eccezionale.

Il primato dell'interpretazione letterale è, infatti, costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità (Cass., 26 febbraio 1983, n. 1482; Cass., 2 marzo 1983, n. 1557; Cass., 27 ottobre 1983, n. 6363; Cass., 7 aprile 1985, n.2454; v. anche: Cons. St., Sez. V, 15 giugno 1992, n. 555). All'intenzione del legislatore può darsi rilievo soltanto nell'ipotesi - eccezionale - che l'effetto giuridico risultante dalla formulazione normativa sia incompatibile con il sistema normativo, non essendo consentito all'interprete correggere la norma, nel significato tecnico-giuridico proprio delle espressioni che la strutturano,

# Il commercialista telematico

solo perché ritiene che l'effetto giuridico risultante sia inadatto rispetto alla finalità pratica cui la norma è intesa (Cass., 6 agosto 1984, n. 4631). L'interpretazione da seguire deve essere, dunque, quella che risulti il più possibile aderente al senso letterale delle parole, nella loro formulazione tecnico-giuridica”.<sup>30</sup>

Una recente giurisprudenza sembra però discostarsi dalle predette pronunce, e a cui aderisce una parte altrettanto autorevole della dottrina che ritiene il Tribunale potrebbe entrare nel merito solo nelle ipotesi di cui all'art. 163 1° comma dove si stabilisce che qualora siano previste classi di creditori il Tribunale dichiara aperta la procedura, previa valutazione della correttezza dei criteri di formazione delle classi.

Non ha dubbi sull'assenza di tali poteri la sezione fallimentare del **tribunale di Cagliari**, la quale ritiene che “nessun controllo sull'accertamento della sussistenza delle condizioni di ammissibilità e nessuna valutazione nel merito della proposta sono stati demandati all'autorità giudiziaria nella fase di approvazione del concordato e del giudizio di omologazione”.

Al fine dell'ammissibilità occorre, unicamente, accertare il raggiungimento della maggioranza prevista dall'art. 177 l.f.

Infatti ai sensi della nuova normativa non sono più necessarie la sussistenza delle condizioni soggettive di accesso di cui all'art. 160 l.f. nella sua formulazione *ante novellam* che, conseguentemente non dovranno essere fatte oggetto di alcun controllo neppure in sede di omologa.

Il **tribunale di Milano** proprio in merito alle (nuove) condizione di ammissione, contrariamente a quanto affermato dal tribunale di Pescara, ha evidenziato che la relazione del professionista, essendo contemplata dalla normativa inerente alla domanda di concordato (art. 161) e non da quella inerente alle condizioni per l'ammissioni alla procedura (art. 160), è un

---

<sup>30</sup> Cass. 13.04.96 n. 3495.



# Il commercialista telematico

documento cui si condiziona semplicemente la validità formale della domanda e non già la sostanziale ammissibilità.

La mancanza della predetta relazione comporterebbe quindi “soltanto” una irregolarità sanabile “oltre che nella fase dell’apertura della procedura , anche in una fase successiva alla stessa laddove il vizio venga evidenziato dopo l’adozione del decreto di ammissione”<sup>31</sup>.

Da ciò ne consegue “l’obbligo del tribunale di provvedere ai sensi dell’art. 173 2° comma “soltanto” in presenza di una sostanziale non fattibilità del piano di ristrutturazione del debito, posto che la valutazione di fattibilità continua ad incombere al commissario giudiziale e, in via mediata, al tribunale fallimentare”.

Il tribunale di Torino<sup>32</sup> in modo più esplicito ha affermato che nessuna norma consente al giudice di estendere la propria indagine, dall’oggetto e contenuto della proposta, dalla sua realizzabilità, alla legittimità o liceità di atti di disposizione patrimoniale dei (eventuali) terzi i cui impegni la proposta prevede<sup>33</sup>.

Vi comunque da dire ciò che invece trova d’accordo giurisprudenza e dottrina è la valutazione di merito concessa al tribunale nell’ipotesi del *cram down*, e cioè in presenza di una formazione di classi di creditori e del dissenso di una o più classi. Infatti, in tale ipotesi, il tribunale approva il concordato qualora ritenga che i creditori inclusi nelle classi dissenzienti possano risultare

---

<sup>31</sup> Tribunale di Milano, sentenza del 27 ottobre 2005.

<sup>32</sup> Tribunale di Torino, sentenza del 15 novembre 2005.

<sup>33</sup> Inoltre il tribunale piemontese, sul pagamento non integrale del privilegio proposto nella domanda concordato, ricorrendo alle regole di ermeneutica stabilite dall’art. 12 delle preleggi, afferma che in base all’art. 177 l.f. (non sostanzialmente modificato dalla riforma, ma riscritto) è ancora corretto ritenere che i creditori privilegiati, in quanto privi del diritto di voto, devono essere soddisfatti per intero e non sottostanno alla falcidia concordataria. Inoltre, sebbene la conservazione della condizione implicita del soddisfacimento totale dei privilegiati sia a prima lettura *sorprendente* a fronte della consistente amplificazione della gamma del proponibile, comunque tale previsione non è in esplicito ed insanabile contrasto con essa.

# Il commercialista telematico

soddisfatti dal concordato in misura non inferiore alle alternative concretamente praticabile<sup>34</sup>.

Per concludere sarebbe necessario che il legislatore approfittando “dei lavori ancora in corso” di riforma *rectius* riformulazione della legge fallimentare provvedesse a chiarire i non pochi punti oscuri messi in luce dalla dottrina e dalla giurisprudenza sin dalle prime applicazione del nuovo concordato preventivo, con ciò abrogando quelle norme non più applicabili in ragione della nuova *ratio* dell’istituto e coordinando il nuovo articolato con quello già esistente, così come opportunamente modificato dalle sentenze della Corte Costituzionale.

---

<sup>34</sup> Art. 177 “Maggioranza per l'approvazione del concordato”: Il concordato e' approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato e' approvato se riporta il voto favorevole dei creditori che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto nella classe medesima.

Il tribunale, riscontrata in ogni caso la maggioranza di cui al primo comma, puo' approvare il concordato nonostante il dissenso di una o piu' classi di creditori, se la maggioranza delle classi ha approvato la proposta di concordato e qualora ritenga che i creditori appartenenti alle classi dissenzienti possano risultare soddisfatti dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili.