

GUIDA RAPIDA ALLA LETTURA DI CASS. S.U. 1521/2013

DI MASSIMO FABIANI

1. A distanza di un anno dall'ordinanza con la quale la Prima Sezione della Corte¹ aveva rimesso alle Sezioni unite la questione relativa alla demarcazione del sindacato del giudice sul requisito di fattibilità nel concordato preventivo, la Corte si è finalmente espressa: “finalmente” perché la decisione era molto attesa e molti processi erano in bilico proprio in funzione di ciò che avrebbero stabilito le Sezioni unite.

Anticipando, qui, le conclusioni del percorso di commento, a me pare che la Corte abbia, intanto, pienamente assolto al proprio ruolo di nomofilachia, anche considerando che la pronuncia è stata resa ai sensi dell'art. 363 c.p.c. (vista la declaratoria di inammissibilità del ricorso) e che nella premessa i Giudici degradano il dedotto contrasto a una più sfumata “non totale sintonia” fra i precedenti.

Così pure la Corte ha assolto anche al proprio ruolo nel dettare un'interpretazione consapevole e per molti aspetti equilibrata. Per certi profili, forse, equilibrata prima ancora che esatta, ma è ben noto che sarebbe stato probabilmente impossibile “centrare il bersaglio”, vista l'obiettivo opacità della cornice normativa.

Resistono alcune ambiguità, se si vuole anche pericolose perché strumentalizzabili, e tuttavia un giudizio generale di

¹ Cass. 15 dicembre 2011, n. 27063, *Foro it.*, Rep. 2012, voce *Concordato preventivo*, n. 84 ha rimesso alle Sezioni unite la questione dopo aver preso atto di un contrasto fra Cass., 15 settembre 2011, n. 18864, *id.*, 2012, I, 136 da un lato e Cass., 16 settembre 2011, n. 18987, *ibid.*, 136, Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, *id.*, 2011, I, 2308, Cass. 14 febbraio 2011, n. 3586, *id.*, Rep. 2011, voce *cit.*, n. 115, Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, *id.*, 2011, I, 105, dall'altro.

condivisibilità per chi aveva criticato anche con asprezza il contrasto che si era creato, è non meno che doveroso².

Nelle brevi note che seguono saranno analizzati i punti nodali della sentenza: una sentenza che nel giro di qualche minuto è circolata in “rete” e che ha visto, da subito, commenti contrastanti e spesso smentiti da chi l’aveva letta in un modo e l’ha poi, riletta, in un altro. Non per superficialità ma per quei profili che non “fanno tornare” del tutto il ragionamento e che andranno esplicitati e che in parte si trovano allocati anche in un “principio di diritto” non proprio perfettamente modellato rispetto alla motivazione.

Non ne esce dichiaratamente vincente né il manipolo degli interpreti che preferiva la tesi più privatistica, così come non ne esce sconfitta la tesi più vicina ai valori pubblicistici.

Tuttavia i giudici non sono rimasti a metà del guado ma hanno fatto qualche passo in più nella direzione che premia il valore dell’accordo fra le parti e quello della volontà dei creditori.

2. Nella premessa³ (pagg. 42, 44) i Giudici di legittimità distinguono la fattibilità giuridica dalla fattibilità economica e senza titubanze precisano che sulla prima il sindacato del tribunale non può essere messo in discussione. Si tratta di una distinzione non diffusa, ma neppure originale posto che si evoca, in qualche misura, il tema dell’impossibilità dell’attuazione del piano. Nella motivazione si fa l’esempio della previsione della cessione di un bene altrui e si precisa che un concordato con cessione dei beni che avesse un piano fondato sulla vendita di un bene altrui sarebbe giuridicamente non fattibile. L’esempio è perspicuo ma non proprio calzante perché occorre intendersi sulla nozione di cessione dei beni: certo se la proposta avesse come oggetto la cessione traslativa di un bene altrui mancherebbe la fattibilità giuridica e questo non sarebbe, però, un pro-

² M. FABIANI, *I disorientamenti nella nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni*, *Foro it.*, 2012, I, 170.

³ Per comodità del lettore saranno anche indicati i numeri di pagina del testo dattiloscritto in originale della pronuncia.

filo che attiene alla fattibilità, quanto invece, all'ammissibilità ma di questo i Giudici si sono resi conto (pag. 44).

In ogni caso la questione della reale o supposta distinzione fra fattibilità giuridica e fattibilità pratica-economica del piano non va enfatizzata, quanto meno per il fatto che la prima sembra albergare in fattispecie marginali, se non quasi di scuola. In tal senso il *focus* dell'interprete deve dirigersi verso altri brani della motivazione assai più stimolanti.

3. Un aspetto importante è rappresentato dal fatto che la Corte assume che la fattibilità sia direttamente sindacabile (vedremo, poi, in che limiti) dal tribunale e non solo in via mediata per il tramite della attestazione (pag. 43); ciò sul presupposto che l'art. 162 l.fall. rimanderebbe ai requisiti di ammissibilità fra i quali andrebbe compresa la fattibilità⁴. A me tale argomento è sempre apparso fragile nell'ottica di una interpretazione letterale (che dovrebbe condurre ad affermare che il requisito è l'attestazione), così come quello che vuole che il giudice possa certamente disattendere la relazione del professionista posto che il giudice non è vincolato al parere del consulente tecnico (pag. 44); e che non sia un consulente tecnico la Corte lo dice chiaramente. Qui si è perpetrato un equivoco: l'attestazione non è uno strumento di garanzia⁵ (e neppure una prova) ma un mezzo di informazione di una prognosi che può essere disattesa dal tribunale solo quando l'attestazione formalmente positiva, in concreto contenga le motivazioni di un giudizio sfavorevole⁶.

Senonché questi due argomenti, pur invocati dai Giudici di legittimità e già ripetutamente evocati dalle Corti di merito che

⁴ Il primo contributo in questo senso risale a FERRO, *Stato di crisi, relazione di fattibilità del piano e sindacato del giudice nel concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2006, I, 919.

⁵ Così, invece, BOZZA, *Il sindacato del tribunale*, in *Fallimento*, 2011, 183.

⁶ Una indagine di questo tenore è quella compiuta da Trib. Udine, 10 febbraio 2011, in *Dir.fall.*, 2012, II, 261, là dove si è dichiarata inammissibile la domanda con riferimento ad un'attestazione condizionata; in termini simili, App. Torino, 20 luglio 2009, in *Fallimento*, 2010, 961, con nota di MICHELOTTI, *La relazione del professionista e i limiti del controllo giurisdizionale del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo*.

avevano sposato la tesi del controllo del tribunale sulla fattibilità, a ben vedere non assumono un rilievo eminente nel complesso della motivazione. Si tratta di due premesse che a prima lettura hanno forse indotto taluno a credere che la decisione avesse virato verso una interpretazione più “pubblicistica”, ma che poi sono nettamente sopravanzate da altre e assai più significative precisazioni.

4. In occasione di precedenti contributi sul tema, avevo osservato che la questione di fattibilità, ampiamente sopravvalutata, era obiettivamente controversa e che l’opzione fra le due più diffuse letture avrebbe dovuto essere orientata considerando il complessivo contesto della riforma fallimentare. La Corte ha nitidamente riconosciuto (pag. 36 del testo originale) che la Riforma era indirizzata verso l’esaltazione dell’economicità di soluzioni fondate sull’assetto negoziale, ma che peraltro la cornice normativa non ha del tutto assecondato quella proiezione, e la stessa tessitura normativa inserita nel vecchio telaio della legge del 1942 lo dimostra. In tale contesto si è precisato che nel concordato rilevano in misura importante i riflessi pubblicistici e ciò condiziona l’interpretazione sui poteri del tribunale. Qui si arrestano, a mio avviso, le porzioni della sentenza più orientate a conservare al giudice del merito un ruolo sostanzioso; anzi, è proprio sul ruolo del giudice che la Corte svolge una considerazione che tante volte è capitato di fare: il ruolo del giudice nella crisi di impresa non è divenuto marginale o meno penetrante⁷, ma è diverso dal passato (pag. 57) e su questo, credo, la riflessione da parte dei giudici di merito è ancora incompiuta.

⁷ A me pare più uno slogan che una verità fondata su dati positivi e tuttavia il mito (in negativo) della svalutazione del ruolo del giudice ha fatto breccia anche presso interpreti “imparziali”, v., SALVATO, *Puntualizzazioni della Corte di Cassazione sul potere di controllo del tribunale nel concordato*, in *Corr.giur.*, 2012, 43.

5. Possiamo, ora, passare in rassegna le varie proposizioni contenute in motivazione che consentono di affermare che la pronuncia non resta a metà del guado. Procediamo con ordine a partire da quelle sino ad ora meno discusse.

Innanzitutto in più passaggi si riconosce che il connotato che qualifica la proposta concordataria è la massima flessibilità possibile (pag. 39). Si tratta di un'affermazione ampiamente condivisa e che comunque assume un peso perché costituisce una logica premessa per dire poi che ogni proposta di concordato deve essere letta senza schemi teorici preconfezionati.

Un secondo brano chiarificatore è quello che si “concentra” sulla decisività delle informazioni che debbono affluire ai creditori; queste informazioni provengono dall'attestatore e dal commissario giudiziale e il tribunale deve essere rigoroso nel verificare che l'informazione sia completa (pag. 47). Sul punto si può fare una chiosa per precisare che se il valore dell'informazione è elevato a requisito di legittimità del procedimento va sindacata dal giudice, anche d'ufficio, la circostanza che vi sia stato un difetto nella trasmissione delle informazioni ai creditori.

Altra considerazione esplicativa è quella che vuole la fattibilità nozione ben diversa dalla convenienza (pag. 42); è ben vero che i due termini esprimono concetti totalmente differenti, ma poiché in uno dei precedenti che hanno originato il contrasto si era fatta confusione sul punto⁸, la precisazione giova a chiarire un possibile equivoco. Né si può censurare il fatto che, poi (pag. 55), la Corte torni sui suoi passi affermando che il giudizio di convenienza spetta ai creditori; infatti, il richiamo della convenienza è svolto in funzione di legarlo alla fattibilità là dove si dice che “la convenienza ... presuppone una valutazione prognostica in ordine alla fattibilità del piano”.

Infine, anche la definizione di fattibilità del piano come prognosi sull'adempimento della proposta (pag. 41) è precisazione utile ma sostanzialmente già diffusamente condivisa⁹.

⁸ Cass. 21860/2010, cit.

⁹ Perspicue al riguardo appaiono le conclusioni di PATTI, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Fallimento*, 2012, 46, ad avviso del quale la fattibilità è un giudizio prognostico sulla realizzabilità del piano in funzione della soddisfazione dei creditori

6. Il fulcro della pronuncia a me pare da identificare nella spiegazione di quale sia la causa del concordato preventivo: a tale interrogativo la Corte perviene quando si domanda chi sia il soggetto che deve farsi carico del rischio economico dell'operazione concordataria, cioè di chi sia chiamato a ponderare la fattibilità economica del piano (pag. 45). Orbene, la causa del concordato è "la regolazione della crisi", attraverso il soddisfacimento dei creditori. A qualcuno potrà, forse, apparire rilievo quasi banale, ma in verità ci troviamo di fronte ad un passaggio decisivo. La funzione economica-sociale del concordato preventivo è regolare la crisi dell'imprenditore: quindi un concordato che non regolasse la crisi sarebbe privo di causa. A me pare una postulazione davvero importante. In secondo luogo, si precisa che la regolazione della crisi deve avvenire mediante il soddisfacimento delle ragioni dei creditori (in una cornice temporale determinata), sì che se ai creditori nulla venisse proposto, ancora il concordato sarebbe privo di causa. Anche questa ulteriore proposizione è certamente condivisibile. Qui, però, la decisione non deve costituire un punto di approdo ma solo di partenza: è, infatti, importante che presto si prenda in considerazione se la nozione di soddisfacimento presupponga come equipollente quella di "pagamento", ovvero se non siano legittime forme di soddisfacimento del credito di altra natura (conclusione questa che non dovrebbe essere difficile da raggiungere volta che lo stesso art. 160 l.fall. ammette che ai creditori possano essere offerti beni) e, con ancor più ardimento se non sia legittimo che il soddisfacimento possa concretarsi in altre utilità, economicamente determinabili, ma diverse dalle attribuzioni in beni o in denaro (pensiamo a vantaggi fiscali).

I Giudici, però, non si sono fermati alla causa in astratto ma hanno, anche, aggiunto che proprio la flessibilità della proposta impone che venga esaminata dal giudice anche la causa concreta. Questo passaggio non è irragionevole ma, al contempo, è quanto meno "scivoloso". Si assume, infatti, che rispetto ad ogni proposta (pag. 50) si deve valutare se sia probabile che nessun risultato in termini di soddisfacimento possa essere raggiunto: un soddisfacimento definito "minimale" (pag. 49).

A questo punto occorre intendersi perché mentre l'accertamento della causa in astratto è questione che pertiene

all'ammissibilità del concordato sotto il profilo che ove si riscontrasse un difetto di causa neppure ci si troverebbe di fronte ad un concordato, l'accertamento della causa in concreto rischia, davvero, di inquinare il rapporto fra ruolo del giudice e ruolo dei creditori. Mi pare, allora, che l'enunciazione della Corte debba essere letta in chiave "minimalista". Il tribunale può sindacare che la singola proposta preveda sì, *in thesi*, il soddisfacimento dei creditori ma che poi, in concreto, nessun soddisfacimento sarebbe possibile. Si faccia il caso in cui la proposta contenga la previsione del pagamento dei creditori chirografari in misura del 20% e che, tuttavia, le risorse indicate nel ricorso siano, tutte, al servizio dei creditori privilegiati. Non a caso nella motivazione (pag. 51) si riporta l'esempio in cui l'attestatore sostenga la fattibilità su un complesso di dati la cui sommatoria deponesse per una conclusione opposta. Non a caso si enfatizza (pag. 58) che la prognosi di realizzabilità dell'attivo nei termini indicati dal debitore esula dai compiti del tribunale.

Nel termine "minimale" aleggia la tesi già presente in giurisprudenza sulla non omologabilità di un concordato la cui proposta fosse irrisoria¹⁰, tesi però controversa in dottrina e comunque del tutto estranea al tema della fattibilità. Ciò che rileva ai fini del riscontro della causa in concreto non è la misura del soddisfacimento (che va rimessa al giudizio dei creditori, perché valutazione di convenienza), ma il fatto che "un" soddisfacimento vi sia e sia economicamente quantificabile.

¹⁰ Trib. Roma, 16 aprile 2008, *Foro it.*, Rep. 2009, voce cit., n. 108, con nota adesiva di F. Macario, *Nuovo concordato preventivo e (antiche) tecniche di controllo degli atti di autonomia: l'inammissibilità della proposta per mancanza di causa*, in *Banca, borsa, titoli crediti*, 2009, II, 732, S. Ambrosini, *Il controllo giudiziale sull'ammissibilità della domanda di concordato preventivo e sulla formazione delle classi*, in *Dir.fall.*, 2010, I, 559; *contra*, G. Canale, *Il concordato preventivo a cinque anni dalla riforma*, in *Giur.comm.*, 2011, I, 366; per F. Guerrera, *Struttura finanziaria, classi dei creditori e ordine delle prelazioni nei concordati delle società*, in *Dir.fall.*, 2010, I, 709, non ha senso evocare nella fattispecie la nozione di difetto di causa; A. Jorio, *sub art. 160*, in *La legge fallimentare dopo le riforme*, a cura di A.Nigro, M. Sandulli e V. Santoro, III, Torino, 2010, 2043

7. La Corte interviene per dare continuità al principio che vuole non necessaria (e tanto meno vincolante) l'indicazione nella proposta della misura del soddisfacimento dei creditori¹¹, sul presupposto che la legge non prevede affatto la promessa di una certa misura di soddisfacimento. Si tratta di un enunciato del tutto condivisibile se rapportato alla fattispecie oggetto del ricorso (concordato con cessione dei beni), ma pure inaccettabile ove mai si volesse esportarlo ad altri modelli di concordato. Ciò che conta è che il debitore si assuma un'obbligazione determinata e riconoscibile: quindi se offre la cessione dei beni in luogo del pagamento deve esser certo che sia attuabile la messa a disposizione dei beni, mentre se si formula una proposta di pagamento con garanzia, l'obbligazione deve identificarsi, proprio, nella misura del soddisfacimento monetario.

8. Altro utile passaggio è quello che riguarda l'omogeneità del tipo di sindacato esercitabile nelle varie fasi del procedimento (pag. 60) e cioè nella fase di ammissione (art. 162 l.fall.), in quella di revoca (art. 173 l.fall.) e in quella di omologazione (art. 180 l.fall.).

9. Nella parte conclusiva della motivazione la Corte esplora gli argomenti interpretativi di ordine letterale che erano stati addotti per supportare la tesi pubblicistica e li svaluta completamente, salvo quelli di cui *supra* § 3. In particolare viene sminuito l'argomento derivante dall'attribuzione al tribunale del potere di chiedere integrazioni del piano al debitore. Si tratta, qui, di una disposizione che appartiene al *genus* delle norme che stabiliscono il principio della leale collaborazione fra parti e giudice¹², dove il giudice confrontando l'attestazione ed il pi-

¹¹ Cass. 13817/2011.

¹² PATTI, *La fattibilità del piano*, cit., 47; PACCHI, *La valutazione del piano del concordato preventivo*, in *Dir.fall.*, 2011; I, 108; ; TARANTINO, *I confini del controllo giudiziale in sede di ammissibilità della proposta di concordato preventivo*, in *Dir.fall.*, 2012, II; 426. AMBROSINI, *Il sindacato in itinere sulla fattibilità del piano concordatario nel dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Fallimento*, 2011, 943, parla di "virtuosa interlocuzione tra tribunale e debitore".

ano può rilevare un'asincronia che dipende dal sindacato sull'attestazione e non dalle censura sulla non fattibilità del piano¹³.

Poiché la decisione è stata resa ai sensi dell'art. 363 c.p.c., i Giudici hanno avuto gioco facile a prendere in esame anche la normativa sopravvenuta col d.l. 83/2012, convertito con modificazioni dalla l. 134/2012. A questo proposito si precisa che l'ampio catalogo di autorizzazioni che spettano al tribunale nella fase preliminare del concordato e che a ben vedere segnano il possibile interventismo delle corti non è significativo in quanto lì ci si muove nel contesto dell'urgenza e dell'impossibilità di sentire, preventivamente, i creditori. L'affermazione è esatta solo in parte perché alcune delle autorizzazioni possono essere rilasciate anche durante il procedimento (e non solo all'inizio) e tuttavia il ragionamento regge egualmente in quanto il meccanismo delle autorizzazioni assolve alla diversa funzione di dare protezione agli atti intraconcordatari (pag. 62, 63).

Viene, infine, indagato l'art. 179 l.fall. (pag. 65) nella sua addenda là dove si prevede che se cambia il quadro della fattibilità, il commissario ne deve dare avviso ai creditori perché questi possano revocare il voto. Il richiamo all'art. 179 l.fall. viene svolto in vista di dimostrare che l'avviso è diretto ai creditori e non essendo, invece, rivolto verso il tribunale risulta confermativo della circostanza che il tribunale non si deve occupare della fattibilità (se non nei limiti sopra ricordati). Dire che il tribunale non conosce in via officiosa della fattibilità in sede di omologazione potrebbe non escludere che la questione venga proposta dal singolo creditore mediante l'opposizione e ciò a prescindere dalla revoca del voto. Di ciò la Corte non si è direttamente occupata; tuttavia che la scelta più corretta sia quella che vuole che l'unico strumento per dedurre la sopravvenuta non fattibilità sia la revoca del voto a me pare, comunque, desumibile dalla sentenza nella parte in cui si prende opportunamente posizione sull'assoluta irrilevanza della menzio-

¹³ Cass., 3586/2011, in *Fallimento*, 2011, 805, ha espressamente precisato che la concessione del termine non rileva ai fini dell'interpretazione sul giudizio di fattibilità.

ne nell'art. 180 l.fall. dell'attività istruttoria (pag. 62)¹⁴. Infatti, la previsione secondo la quale nel processo di omologazione in presenza di opposizioni si legittima il tribunale a disporre mezzi di prova, altro non è che una coerente scelta di stabilire che in una materia nella quale si agitano interessi superindividuali sia logico e razionale che il giudice, in una cornice "camerale" nella quale già opera l'art. 738 c.p.c., possa implementare prove officiose (che, ricordiamo, esistono anche nei processi di parte in senso stretto). Né va dimenticato che lo spettro contentutistico delle opposizioni resta irrilevante¹⁵ posto che il processo di omologazione non vede modificato il suo oggetto a seconda che siano, oppure no, presentate opposizioni.

10. Qualche considerazione conclusiva. Le sentenze che hanno generato il contrasto sono citate nella motivazione solo occasionalmente, con una tecnica espositiva non consueta nelle decisioni delle Sezioni unite (su contrasto), forse perché nelle premesse si è parlato di semplice "non totale sintonia". In tale contesto non si può dire che abbia sicuramente prevalso la tesi enunciata dalla quaterna costituita da Cass. 21860/2010, Cass. 3586/2011, Cass. 13817/2011 e Cass. 18987/2011, in danno della "soccumbente" Cass. 18864/2011.

È lecito, però, segnalare che il perimetro del controllo del tribunale è stato con più chiarezza delimitato, ma non senza qualche ambiguità forse figlia del bisogno (non disdicevole) di non "turbare" troppo gli equilibri nelle corti di merito, là dove

¹⁴ In senso opposto e dunque per la valorizzazione dell'argomento in sede di omologazione e per la spinta sul sindacato di fattibilità, v., PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da Buonocore e Bassi, I, Padova, 2010, 586; GENOVIVA, *Questioni controverse in tema di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, 1220; GALLETTI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo*, in *Giur.comm.*, 2009, I, 744; AMATORE, *Il giudizio di fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Dir.fall.*, 2012, I, 118.

¹⁵ FABIANI, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 659; NARDECCHIA, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, in *Fallimento*, 2011, 1455; PAGNI, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, cit., 580.

le torsioni applicative spesso sono la filigrana di certi atteggiamenti in apparenza troppo rigidi. Un passo avanti è stato anche l'abbandono del rifugio dell'ideologismo esasperato¹⁶.

Qualche interprete, nell'imminenza della discussione della Corte, aveva manifestato che un orientamento che avesse ripudiato la tesi pubblicistica avrebbe dovuto essere repentinamente disapplicato dalle corti di merito. L'esito della decisione non è stato questo essendosi rivelato più equilibrato, ma l'auspicio è che la questione della fattibilità venga presto svalutata e che le corti si concentrino, finalmente, sui temi nevralgici del concordato¹⁷ cercando di offrire qualche certezza in più in termini di armonia di sistema¹⁸.

¹⁶ Ad esempio DI MAJO, *La fattibilità del concordato preventivo: legittimità o merito*, in *Corr. Giur.*, 2012, 230, dubita fortemente dell'assetto negoziale del concordato ed anzi cerca di fornire un supporto ideale alla soluzione della Corte, per poi, però, rifugiarsi nella nozione di regolarità sostanziale che è una formula astratta.

¹⁷ Per simili valutazioni complessive, v. NARDECCHIA, *La fattibilità al vaglio delle sezioni unite*, www.ilcaso.it.

¹⁸ LO CASCIO, *Concordato preventivo, incerti profili interpretativi*, in *Fallimento*, 2012, 14.