



*Associazione dei Dottori Commercialisti e degli  
Esperti Contabili di Treviso*

**CONVEGNO DI DIRITTO FALLIMENTARE  
L'ABUSO DEL DIRITTO IN AMBITO CONCORSUALE**

Treviso, 12 aprile 2017

**PROPOSTA DI CONCORDATO E FORMAZIONE DELLE CLASSI:  
il sottile confine tra lecita strategia dell'imprenditore  
e abuso dello strumento**



AVV. FABRIZIO MARCHIONNI

## **1. - La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?**

1.1. – Il dato normativo e la ratio della riforma

1.2. - I riflessi della suddivisione in classi sulla disciplina del concordato

1.2.1. – Valutazione del Tribunale della correttezza dei criteri di formazione delle classi e trattamenti riservati a ciascuna classe

1.2.2. - Le maggioranze per l'approvazione del concordato

1.2.3. - Opposizione all'omologazione e giudizio di convenienza da parte del Tribunale

1.3. – La creazione “*giurisprudenzial-dottrinale*” di “*classi obbligatorie*” e l'intervento legislativo di modifica dell'art 182 ter l.f.

1.4. - Le pronunce della Consulta e della Cassazione

## **2. - L'abuso del debitore nella formazione delle classi**

2.1. – Nozione generale di abuso del diritto: conseguimento di un obiettivo *contra ius*

2.2. – Applicazione in ambito concorsuale

2.3. – La particolarità dell'abuso nella formazione delle classi

2.4. – Conseguenze dell'abuso: inammissibilità, revoca, diniego di omologazione

## **3. - La sostanziale insindacabilità dei decreti d'inammissibilità ex art. 162 l.f. nel caso di omessa dichiarazione di fallimento**

3.1. – Il sistema dei reclami post riforma fallimentare

3.2. - Il *commodus discessus* delle Sezioni Unite (sentenza 27073/2016): mancanza di decisorietà formale e sostanziale privazione del diritto alla revisione dei decreti di inammissibilità.

## **4. - Conclusioni**

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

Il dato normativo e la ratio della riforma

- Riforma diritto fallimentare (D.L. n. 35/2005) → visione privatistica del concordato preventivo → limitazione del potere dell'autorità giudiziaria
  - ↓
  - possibilità di suddividere i creditori in classi e di prevedere trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse
  - ↓
  - attenuazione del principio della *par condicio creditorum*
  - ↓
  - maggior flessibilità nell'articolare la proposta concordataria → scomposizione del ceto creditorio in una pluralità di classi alle quali poter offrire trattamenti differenziati, distribuendo le limitate risorse esistenti in funzione delle differenti aspettative e pretese con l'obiettivo di ottenere il voto favorevole

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

## La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

Il dato normativo e la ratio della riforma

- intenzione del legislatore → attribuire al debitore la facoltà di suddividere i creditori in classi e non imporgli un obbligo

**art. 160 l.f.** → comma 1: *“L’imprenditore che si trova in stato di crisi **può proporre** ai creditori un concordato preventivo sulla base di **un piano che può prevedere**:..... c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei”*

**art. 163 l.f.** → *“Il tribunale, ....., con decreto non soggetto a reclamo, dichiara aperta la procedura di concordato preventivo; **ove siano previste diverse classi di creditori**, il tribunale provvede analogamente previa valutazione della correttezza dei criteri di valutazione ”*

**art. 177 l.f.** → *“Il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. **Ove siano previste diverse classi di creditori**, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi”*

**art. 182 ter l.f.** → *“....se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, **nel caso di suddivisione in classi**, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole.”*

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

I riflessi della suddivisione in classi sulla disciplina del concordato

- Libertà attribuita al debitore di articolare la propria proposta concordataria mediante la previsione di classi di creditori e di derogare al principio della par condicio creditorum → diversa disciplina del concordato  
↓
  - potere del Tribunale di sindacare la ragionevolezza delle scelte operate dal proponente nella formazione delle classi in sede di valutazione dell'ammissibilità del concordato;
  - doppia maggioranza per l'approvazione della proposta;
  - eventuale riespansione del potere del Tribunale di dar corso al giudizio di convenienza in sede di omologazione

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

I riflessi della suddivisione in classi sulla disciplina del concordato

### Valutazione del Tribunale della correttezza dei criteri di formazione delle classi e trattamenti riservati a ciascuna classe

- Nel caso di suddivisione in classi dei creditori il Tribunale, oltre ai normali controlli sulla sussistenza dei presupposti sostanziali del concordato e sulla regolarità e completezza della documentazione (artt. 1601-2 e 161), prima di dichiarare aperta la procedura di concordato preventivo, è tenuto a valutare la correttezza dei criteri di formazione delle classi ai sensi dell'art. 163 l.f..
- Scelta operata dal legislatore italiano nella definizione dei criteri di formazione delle classi → criterio generale ed astratto → omogeneità delle posizioni giuridiche e degli interessi economici:
  - libertà del debitore nel formare le classi, ma anche
  - libertà dei Tribunali di censurare le scelte del proponente, in assenza di criteri normativamente predefiniti ai quali attenersi

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

I riflessi della suddivisione in classi sulla disciplina del concordato

- omogeneità delle posizioni giuridiche → riferita alla qualità delle pretese creditorie (tipologia del credito)



- creditori chirografari
- creditori privilegiati (soddisfatti o degradati)
- creditori contestati (nella misura o nella qualità)
- postergati (volontari o ex lege)
- muniti di titolo esecutivo provvisorio, ecc...



la suddivisione in classi deve avvenire tenendo conto delle diverse aspettative di soddisfo che ciascun creditore potrebbe vantare nell'ambito di una esecuzione forzata in ragione della propria posizione giuridica



non si possono raggruppare in una medesima classe creditori che hanno posizioni giuridiche differenziate e quindi legittime aspettative di soddisfo altrettanto differenziate

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

I riflessi della suddivisione in classi sulla disciplina del concordato

All'interno di queste categorie omogenee il debitore può poi operare ulteriori suddivisioni nel rispetto della **omogeneità degli interessi economici** → riferita alla tipologia socio-economica del creditore



- attività esercitata dal creditore (banche, fornitori, lavoratori dipendenti, ecc)
- esistenza o meno di garanzie collaterali
- qualifica soggettiva (fornitori strategici, enti pubblici o privati; creditori esteri e nazionali, erario ed enti previdenziali)
- entità del credito vantato
- tipologia del rapporto dal quale trae origine il credito (ad es.: compravendita di immobili ad uso abitativo)

- Funzione attribuita alla suddivisione dei creditori in classi → opinioni contrastanti



- rendere più agevole la soluzione della crisi dell'imprenditore mediante la strutturazione di una proposta che gli consenta di superare la contrarietà di alcuni creditori, anche derogando al principio della par condicio creditorum → controllo giudiziale meno invasivo
- maggiore tutela dei creditori dissenzienti onde garantire che il sacrificio loro imposto in ragione della vincolatività del principio di maggioranza solo laddove detta maggioranza si formi all'interno di classi di creditori portatori di interessi omogenei, non inquinate da interessi particolari e contingenti → controllo giudiziale più invasivo

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

I riflessi della suddivisione in classi sulla disciplina del concordato

- Verifica della corretta formazione delle classi non significa verifica del trattamento dal proponente riservato a ciascuna classe



nella definizione del trattamento riservato a ciascuna classe e quindi nel riparto delle risorse esistenti tra i creditori il proponente deve ritenersi completamente libero, fatto salvo il rispetto di due principi rinvenibili in legge:

- divieto di alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione (art. 160, comma 2, l.f.), in forza del quale non è possibile riservare ad un creditore di rango inferiore un soddisfacimento maggiore rispetto a quello riservato ai creditori di rango superiore al suo
  - trattamenti differenziati tra creditori di pari rango possono essere previsti solo mediante creazione di altrettante classi (art. 160, comma 1, lett. d), l.f.), dovendosi in difetto rispettare il principio della par condicio creditorum
- Ammissibile deve ritenersi, in base al dato normativo, la creazione di più classi alle quali riservare un identico trattamento: l'art. 160 l.f. prevede infatti distintamente la facoltà del proponente di suddividere i creditori in classi (lett. c) e la facoltà (non già l'obbligo) dello stesso di prevedere trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse (lett. d)

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

I riflessi della suddivisione in classi sulla disciplina del concordato

- Conseguenze della non corretta formazione delle classi → art. 162 l.f.
  - ↓
  - il Tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano (nel caso di specie per apportare modifica alla suddivisione dei creditori in classi, così come originariamente proposta) e produrre nuovi documenti (prassi prevalente)
  - il Tribunale dichiara immediatamente l'inammissibilità del concordato (Trib. Treviso 11.2.2009)

### Le maggioranze per l'approvazione del concordato

- Oltre alla maggioranza dei crediti ammessi al voto, è necessario che tale maggioranza si verifichi anche nel maggior numero di classi → art. 177 l.f.
- Ipotesi di concordato con suddivisione creditori in due sole classi → necessaria maggioranza in entrambe le classi; in difetto il concordato non viene approvato; anche in ipotesi di raggiungimento della maggioranza dei crediti complessivamente ammessi al voto e della maggioranza in una delle due classi



Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

I riflessi della suddivisione in classi sulla disciplina del concordato



- problema della formazione di una classe imposta dal Tribunale
- tendenza dei debitori ad individuare almeno un'ulteriore classe, in modo tale da garantirsi anche la seconda delle maggioranze previste dalla legge → artificiosa formazione di una classe che discende da una precedente forzatura del Tribunale → rischio di non ammissibilità

### Opposizione all'omologazione e giudizio comparativo da parte del Tribunale

- L'opposizione all'omologazione di un solo creditore appartenente ad una classe dissenziente, che contesti la convenienza del concordato dà ingresso al giudizio comparativo da parte del Tribunale tra la proposta concordataria e le alternative concretamente praticabili → art. 180, comma quarto, l.f.
- Giudizio finalizzato a verificare se il dissenso espresso dalla classe ha un fondamento razionale ovvero se ha ragioni meramente emulative, in quanto tali non degne di portare all'arresto della procedura concordataria? → la valutazione del Tribunale dovrebbe vertere sulla esistenza di alternative razionali concretamente perseguibili cui il debitore, in modo irragionevole, non abbia fatto ricorso

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

I riflessi della suddivisione in classi sulla disciplina del concordato

- Il giudizio comparativo si è tradotto nella prassi dei tribunali in un giudizio di convenienza in larga parte coincidente con il giudizio che competeva sempre al tribunale in sede di omologazione nella vigenza della precedente normativa, e quindi in una mera comparazione tra l'ipotesi concordataria e quella della liquidazione fallimentare.



verifica dei teorici vantaggi patrimoniali che potrebbero conseguire i creditori a seguito dell'esperimento in ambito fallimentare di azioni giudiziali dirette a reintegrare o implementare la massa attiva, quali azioni revocatorie, restitutorie e di responsabilità → sussistenza dei presupposti di esperibilità di dette azioni; probabilità di successo; reali vantaggi che potranno effettivamente derivare alla massa dei creditori (analisi della situazione patrimoniale dei soggetti passivi)



non vengono presi in considerazione gli effetti negativi che normalmente si verificano nelle liquidazioni fallimentari (deprezzamento dei beni oggetto di liquidazione, costi in prededuzione per esperire le azioni)



convinzione aprioristica che la procedura fallimentare sia da preferire rispetto a quella concordataria → contrasto con la volontà espressa dal legislatore della riforma

## La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

La creazione “*giurisprudenzial-dottrinale*” di “*classi obbligatorie*” e l’intervento legislativo di modifica dell’art 182 ter l.f.

- pronunce giurisprudenziali che affermano il principio della obbligatoria suddivisione in classi
  - ↓
  - obbligo generalizzato di suddividere tutti i creditori in una molteplicità di classi (in base all’assunto che solo nell’ambito di classi di creditori caratterizzati da posizione giuridica ed interessi economici omogenei potrebbe trovare applicazione il principio di maggioranza sancito dall’art. 177 l.f., ovviamente previa verifica da parte del Tribunale della correttezza della suddivisione operata dal debitore)
  - obbligo di ricomprendere taluni creditori in una classe ad hoc, e ciò a tutela, a seconda dei casi, degli interessi di detti creditori, ovvero della massa dei creditori più deboli, che –in quanto destinati a subire le conseguenze del principio maggioritario- dovrebbero essere collocati in classi nelle quali non si trovino soggetti portatori di interessi divergenti rispetto ai loro
- inversione rispetto alla prospettiva del legislatore → si attribuisce al principio normativo della necessaria omogeneità di posizione giuridica e di interessi economici la funzione di rendere obbligatoria la formazione di classi di creditori



Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

La creazione “*giurisprudenzial-dottrinale*” di “*classi obbligatorie*” e l’intervento legislativo di modifica dell’art 182 ter l.f.



il legislatore ha viceversa attribuito a detto principio la diversa funzione di limitare la libertà del proponente nella formazione delle classi, onde evitare che una suddivisione arbitraria possa diventare strumento di illegittima manipolazione delle maggioranze necessarie per l’approvazione del concordato, ma ciò solo ed esclusivamente nel caso in cui il proponente abbia sua sponte deciso di fare ricorso a detta opzione

- Tribunale di Monza (7.4.2009) ha “invitato” il proponente a formare tre classi etero individuate (erogatori di credito, privilegiati degradati a chirografari ed erario incapiente, chirografari residui), delineando così le condizioni per addivenire ad una valutazione di ammissibilità del concordato
- Tribunale di Milano (4.12.2008), sotto altro profilo, ha utilizzato la facoltà di sollecitare integrazioni alla proposta previsto dall’art. 162 l.f. per ottenere dal proponente una descrizione delle garanzie rilasciate da terzi in favore dei creditori, nonché dell’incidenza delle garanzie sulle possibilità di soddisfacimento di detti creditori, andando a sindacare la capacità che hanno avuto ante concordato i singoli creditori di munirsi di garanzie collaterali, quasi che al Tribunale sia stata delegata una funzione riperequativa nell’ambito del concordato

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

La creazione “*giurisprudenzial-dottrinale*” di “*classi obbligatorie*” e l’intervento legislativo di modifica dell’art 182 ter l.f.

- Tribunale di Messina (4.3.2009) ha affermato l’obbligo di formazione di una classe riservata ai creditori postergati distinta dalla classe degli altri creditori chirografari, in considerazione del fatto che i crediti in questione “*sono fondati su interessi economici disomogenei*”
  - ↓
  - non è dato comprendere il fondamento di tale obbligo laddove sia previsto per questi creditori il trattamento agli stessi spettante in forza delle norme di legge (2467 e 2497 quinquies c.c.)
  - non è rinvenibile nell’ordinamento una norma che privi i creditori postergati del loro diritto di voto nell’ambito del concordato preventivo
  - natura tassativa dell’art. 177, comma 4, che esclude la possibilità di ampliare le ipotesi di esclusione dal voto
  - nel caso di trattamento differente da quello legale la proposta dovrebbe reputarsi illegittima in quanto contraria a norme imperative di legge, e la creazione di un’apposita classe non varrebbe certamente a farla diventare ammissibile, posto che il principio di maggioranza non può valere a superare divieti previsti da norme di legge

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

## La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

La creazione “*giurisprudenzial-dottrinale*” di “*classi obbligatorie*” e l’intervento legislativo di modifica dell’art 182 ter l.f.

- Tribunale di Firenze (28.4.2010) ha affermato l’obbligo di creare una classe per i creditori che siano assistiti da garanzia reale e nel contempo vantino un credito chirografario  
↓
  - principio non condivisibile, visto che per la parte privilegiata il creditore non vota e per quella chirografaria, in assenza di trattamenti differenziati, non vi sono ragioni per le quali dovrebbe essere posto in una classe ad hoc, a nulla rilevando il fatto che rivesta una duplice veste nell’ambito del medesimo concordato
- Trib. Torino 20.12.2006, Trib. Messina 18.2.2009, Trib. Firenze 14.6.2008, Trib. Monza 7.4.2009, Trib. Roma 27.1.2009, Trib. Pordenone 21.10.2009, Trib. Treviso 11.2.2009, Trib. Modena 27.2.2009 hanno affermato la necessità di prevedere una classe ad hoc per i creditori privilegiati, limitatamente alla parte del credito degradata a chirografo in virtù di quanto previsto dall’art. 160, secondo comma, l.f.; ciò sempre in forza della asserita esistenza di una diversa posizione giuridica in capo a questi creditori, e non tenendo viceversa in considerazione quanto previsto espressamente dall’art. 177, terzo comma, l.f., vale a dire che “*i creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta prevede ai sensi dell’art 160, la soddisfazione non integrale, sono equiparati ai chirografi per la parte residua del credito*”.

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

*La creazione “giurisprudenzial-dottrinale” di “classi obbligatorie” e l’intervento legislativo di modifica dell’art 182 ter l.f.*

- Classe obbligatoria riservata all'Erario



- principio costituzionale della indisponibilità del credito tributario (art. 53 Cost.) → fatto salvo garantendo all’Erario la possibilità di votare negativamente nella classe riservatagli e quindi di promuovere il giudizio di convenienza da parte del Tribunale in sede di opposizione all’omologazione → eventuale soccombenza dell’Erario alla diversa volontà della maggioranza dei creditori e al diverso giudizio di convenienza del Tribunale in sede di opposizione sarebbe infatti temperato dall’ulteriore principio costituzionale di buona amministrazione (art. 97 Cost.) e quindi dall’ottimizzazione della riscossione conseguente alla possibilità di ulteriore prelievo fiscale connessa con la continuità aziendale. Il che dovrebbe portare, a rigore, a ritenere applicabile il ragionamento in questione ai soli concordati in continuità aziendale, mentre non è dato sapere cosa accadrebbe nei casi di concordato liquidatorio.

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

## La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

La creazione “*giurisprudenzial-dottrinale*” di “*classi obbligatorie*” e l’intervento legislativo di modifica dell’art 182 ter l.f.

- forzatura insita in questo tipo di interpretazione → reale finalità dei Tribunali: riacquisire il potere di sindacare la convenienza della proposta in sede di cram down → se realmente i Tribunali avessero ritenuto che la possibilità di falciare il credito tributario privilegiato fosse in contrasto con la Costituzione, avrebbero correttamente dovuto sollevare una questione di legittimità costituzionale → ciò avrebbe portato realisticamente ad un giudizio inammissibilità → comparazione tra i principi costituzionali dell’indisponibilità del credito tributario e della conservazione dell’iniziativa economica (anche nella fase terminale) avrebbe portato a ritenere la legittimità della scelta operata dal legislatore fallimentare, quando ha considerato prevalente il secondo, consentendo così al debitore di formulare proposte concordataria comprensive di una falcia anche del credito tributario, ovviamente nelle ipotesi in cui i beni sui quali l’Erario può far valere il proprio privilegio risultino incapienti
- prova dell’insostenibilità della tesi sulla base del dato normativo esistente ante 2016 → modifica apportata dal legislatore al testo dell’art. 182 ter l.f., a seguito della sentenza della Corte di Giustizia C-546/14, pubblicata il 7 aprile 2016 → il legislatore ha reso espressamente obbligatori: i) il ricorso al procedimento disciplinato dall’art. 182 ter l.f.; ii) la creazione di una classe nella quale inserire il credito tributario o contributivo falciato

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

La creazione “*giurisprudenzial-dottrinale*” di “*classi obbligatorie*” e l’intervento legislativo di modifica dell’art 182 ter l.f.

- Tribunale di Biella (27.4.2009) ha sollevato la questione di costituzionalità degli artt. 160, comma 1, lett. c, 162, comma 2, e 163, comma 1, l. fall., in relazione all’art. 3 Cost., nella misura in cui i primi non stabiliscono che il tribunale può dichiarare aperta la procedura di concordato preventivo solo previa valutazione, tra l’altro, della correttezza della mancata suddivisione in classi dei creditori secondo posizioni giuridiche e interessi economici omogenei. Con l’ordinanza in questione il Tribunale di Biella ha espressamente sollecitato “*un intervento di carattere manipolativo/additivo*” da parte della Consulta mirato ad “estendere” il potere di sindacato del tribunale all’ipotesi di omessa suddivisione del ceto creditorio in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei.

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

Le pronunce della Consulta e della Cassazione

- La Consulta (sent. 12.3.2010 n. 98) ha ritenuto la questione sollevata dal Tribunale di Biella manifestamente infondata, con una motivazione che tuttavia non ha cancellato del tutto la possibilità di continuare a sostenere la sussistenza di un obbligo di divisione del ceto creditorio in classi. Più nel dettaglio, la Corte ha ritenuto che *“sull’interpretazione denunciata come in contrasto con l’art. 3 Cost. manca un “diritto vivente” e sussiste, anzi, un orientamento, del quale lo stesso rimettente dà atto, che ha ritenuto conseguibile, mediante un’interpretazione costituzionalmente orientata, la soluzione da questi auspicata in ordine alla sindacabilità della scelta del proponente di non suddividere i creditori in classi”*.
- Al contrario, la Corte di Cassazione, con sentenza 10 febbraio 2011, n. 3274, ha affermato in modo molto netto, che:
  - ↓
  - i) *“prendendo le mosse dal canone ermeneutico fondamentale (art. 12 preleggi) pare difficile contestare che secondo la formulazione letterale delle disposizioni che in qualche misura si riferiscono alle classi la loro utilizzazione nell’ambito della proposta concordataria non sia in alcun modo prevista come obbligatoria”*;

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La suddivisione in classi: una facoltà o un obbligo del debitore?

Le pronunce della Consulta e della Cassazione

- ii) l'obbligo delle classi non può derivare dalla diversità di situazioni individuali dei vari creditori, posto che “dette situazioni sono potenzialmente tante quante sono i creditori e un loro censimento, prima ancora che arbitrario, sarebbe impossibile e comunque porterebbe ad una proliferazione assurda delle classi e, al limite e come è stato osservato, alla predisposizione di tante classi quante sono i creditori, senza considerare che, **in assenza di parametri normativi di riferimento, la valutazione del giudice rischierebbe di confinare pericolosamente con una sostanziale discrezionalità**”;
- iii) “se la suddivisione in classi fosse stata ritenuta necessaria per favorire la rappresentatività del voto e quindi dovesse essere obbligatoria anche in presenza di trattamenti indifferenziati, non solo non vi sarebbe più spazio per i concordati senza classi, essendo ipotesi residuale quella di creditori tutti portatori di identici interessi, ma il legislatore non si sarebbe potuto esimere dal dettare criteri di classamento, **non potendo essere lasciato ai Tribunali determinare quali sono le categorie di interessi rilevanti che impongono l'accorpamento dei creditori**”
- nonostante la inequivoca pronuncia della Cassazione, taluni Tribunali hanno assunto posizioni di contrapposizione ad oltranza → Tribunale di Piacenza (1.9.2011) → afferma l'indispensabilità di un rigoroso controllo dell'Autorità Giudiziaria sulle modalità di classamento dei creditori e del contenuto delle classi → ribadisce l'esistenza di un potere del Tribunale di imporre la creazione di nuove classi o la modificazione di quelle autonomamente formate

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

## L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

- Tendenza della giurisprudenza di merito ad imporre la suddivisione in classi dei creditori, o comunque ad imporre l'inserimento di determinate tipologie di creditori in una o più classi → stesse motivazioni che hanno portato alla teorizzazione del concetto di abuso del diritto nella formazione delle classi → la prima sentenza che ha espressamente fatto riferimento al concetto di abuso del diritto in questo campo è di pochi mesi successiva al pronunciamento della Corte di Cassazione, con la quale si è definitivamente esclusa la obbligatorietà della suddivisione in classi

## Nozione generale di abuso del diritto: conseguimento di un obiettivo contra ius

- Figura non codificata, bensì di creazione giurisprudenziale, che attribuisce rilevanza giuridica a condotte che, pur non violando alcuna specifica norma giuridica, si ritengono contrarie a principi generali dell'ordinamento e, più specificamente, a norme che impongono comportamenti di buona fede e inibiscono comportamenti meramente finalizzati a creare un pregiudizio in capo alla controparte
- I dati normativi sui quali si basa la teoria dell'abuso del diritto:
  - ↓
  - art. 1175 c.c. → debitore e creditore nello svolgimento del rapporto obbligatorio devo comportarsi secondo le regole della correttezza
  - art. 1375 c.c. → il contratto deve essere eseguito secondo buona fede

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

Nozione generale di abuso del diritto: conseguimento di un obiettivo contra ius

- art. 833 c.c. → il proprietario non può compiere atti emulativi, vale a dire che **non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri**
- art. 96 c.p.c. → sanziona chi abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave, e quindi abbia abusato del diritto di azione.
- Prime applicazioni pratiche della teoria dell'abuso del diritto → anni novanta  
↓
  - diritto processuale → creditore che, pur potendo chiedere l'adempimento dell'intera obbligazione in un unico giudizio, lo frammenta in una pluralità di giudizi di cognizione **senza alcuna giustificabile ragione**
  - diritto tributario → la teoria dell'abuso del diritto è stata sviluppata in funzione antielusiva, e quindi per sopperire alla mancanza di una clausola generale volta a impedire la realizzazione di operazioni negoziali, il cui scopo essenziale è il mero risparmio di imposta

## L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

## Nozione generale di abuso del diritto: conseguimento di un obiettivo contra ius

- Diversità concetto di abuso del diritto in ambito civilistico e tributario



- diritto civile → l'abuso si manifesta come uso improprio di un diritto soggettivo attribuito dall'ordinamento giuridico a un soggetto, il quale lo esercita con modalità formalmente corrette, sebbene non corrispondenti alla ratio della norma, e quindi per raggiungere finalità divergenti rispetto a quelle assegnate dall'ordinamento → non potendosi ricondurre l'atto di esercizio del diritto soggettivo alla norma che tale diritto ha attribuito, interviene il disconoscimento del diritto da parte dell'ordinamento giuridico, e ciò in forza del principio generale secondo cui *“l'ordinamento tutela il ricorso agli strumenti che lo stesso predispone nei limiti in cui questi vengono impiegati per il fine per cui sono stati istituiti senza procurare a chi li utilizza un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento, e a chi li subisce un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente”* (Cass. 10.2.2011 n. 3274)
- diritto tributario → l'abuso si manifesta come aggiramento di una norma fiscale sfavorevole, al fine di ottenere l'applicazione di una norma agevolativa, mediante l'utilizzo di strumenti giuridici contemplati e disciplinati da altra e diversa disposizione

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

Applicazione in ambito concorsuale

- Utilizzazione dell'abuso del diritto in ambito concorsuale
  - ↓
  - definizione degli atti di frode idonei a determinare l'interruzione dell'iter concordatario ex art. 173 l.f.
  - abuso dello strumento del concordato fallimentare
  - abuso dello strumento del concordato in bianco (art. 161, sesto comma, l.f.)
  - ipotesi di formazione delle classi nel concordato sia preventivo che fallimentare.
  
- Atti di frode → il concetto di abuso è stato utilizzato per considerare inammissibile il concordato in una fattispecie nella quale il debitore aveva posto in essere, ante concordato, atti depauperativi del proprio patrimonio nella prospettiva di avvalersi quindi dello strumento concordatario, mettendo i propri creditori di fronte ad una situazione di pregiudicate o insussistenti garanzie patrimoniali, in modo tale da indurli ad accettare una proposta concordataria comunque migliore rispetto a quella liquidatoria
  - ↓

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

Applicazione in ambito concorsuale



- secondo la Corte di Cassazione (23.6.2011 n. 13818) l'inammissibilità del concordato deriva dal fatto che in una simile fattispecie il concordato rappresenterebbe il risultato utile della preordinata attività contraria al principio di buona fede

- Reale necessità di fare ricorso al concetto di abuso del diritto?



- sono rarissimi i casi nei quali il sistema non consente di rinvenire la soluzione nelle norme esistenti
- pericolo insito nell'attribuire ai giudici il potere di riempimento di clausole in bianco in funzione delle singole fattispecie che si trovano ad affrontare → alla base dell'invocazione del concetto di abuso del diritto vi sono situazioni nelle quali, applicando correttamente le norme esistenti, il risultato al quale si dovrebbe inevitabilmente giungere, non soddisfa il senso di giustizia del giudicante, che peraltro è soggettivo e quindi, in quanto tale, spesso opinabile

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

Applicazione in ambito concorsuale

- nella fattispecie affrontata dalla Cassazione → ove fosse stato rinvenibile un difetto di informativa, in ciò andava individuato l'atto in frode (sanzionabile ai sensi dell'art. 173 l.f., senza bisogno di ricorso al concetto di abuso del diritto) → non aver consentito ai creditori di avere tutte le informazioni necessarie per valutare compiutamente la situazione ed esprimere quindi consapevolmente il proprio voto, non già commissione di atti distrattivi e successivo ricorso al concordato preventivo → se il debitore avesse compiutamente dischiuso ai creditori tutte le informazioni necessarie, la scelta tra la soluzione concordataria e quella fallimentare avrebbe dovuto essere riservata ai creditori e il Tribunale non avrebbe potuto arrestare il concordato prima del tempo, scippando così ai creditori il diritto di decidere sulla soluzione ritenuta più conveniente → argomentare diversamente significa reintrodurre surrettiziamente il requisito della meritevolezza e non tenere conto che la repressione di eventuali condotte illecite quali quelle in esame avviene su diverso piano del diritto penale (i reati fallimentari sono sanzionati anche in ipotesi di concordato preventivo)

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

La particolarità dell'abuso del diritto nella formazione delle classi

- I pochi provvedimenti che sino ad oggi hanno fatto espresso riferimento all'abuso del diritto nella formazione delle classi, muovono tutti dalla convinzione che il Tribunale, nel vagliare la corretta formazione delle classi, non debba limitarsi a verificare il rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 160, comma 1, lett. c), l.f., bensì debba anche accertare che la formazione di classi non sia diretta al conseguimento di un obiettivo contra ius
- Definizione di obiettivo contra ius → presuppone innanzitutto la definizione della funzione che il legislatore ha inteso attribuire alla facoltà di formazione delle classi (ratio della norma)
  - ↓
  - ratio dichiarata dal legislatore e confermata dalla Corte di Cassazione → fornire uno strumento di flessibilizzazione della proposta concordataria per renderne più agevole l'approvazione
  - interpretazione dei Tribunali → garantire che creditori dotati di posizioni omogenee vengano ricompresi in un'unica classe, nella quale quindi il voto possa essere espresso e la maggioranza possa formarsi tra consimili, onde temperare le conseguenze del principio maggioritario che regola il concordato

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

La particolarità dell'abuso del diritto nella formazione delle classi

- Le pronunce in materia (Trib Milano 19.7.2011, Trib. Piacenza 1.9.2011, Trib. Monza 25.11.2011, Trib. Latina 30.7.2012) fanno tutte leva sull'asserita **violazione del principio di buona fede**, ma nel momento in cui si soffermano sulle ragioni per le quali si dovrebbe ritenere violato detto principio, giungono a fare **affermazioni che collidono con previsioni normative positive specificamente dettate con riferimento alle fattispecie in esame**



- Tribunale di Milano → lo scopo perseguito nella formazione delle classi deve considerarsi contra ius quando non trovi una ragionevole giustificazione tecnica nell'economia complessiva della proposta concordataria, escludendo che la stessa sussista nel caso in cui il trattamento riservato alle classi formate in modo artificioso non si differenzi in modo significativo rispetto agli altri trattamenti previsti dalla proposta → contra: il legislatore non ha riservato al Tribunale il controllo sul trattamento riservato a ciascuna classe (se non limitatamente alle due regole supra richiamate del rispetto dell'ordine dei privilegi e della necessaria formazione di classi quando si vogliono riservare trattamenti differenziati tra creditori di pari rango) e - soprattutto- l'art. 160, primo comma, lett. d), l.f., prevede che il trattamento differenziato tra classi diverse sia una facoltà e non un obbligo per il creditore, con la conseguenza che è ben possibile prevedere trattamenti identici per classi diverse, se ciò è funzionale all'obiettivo che il proponente legittimamente si pone, vale a dire quello dell'approvazione del concordato

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

La particolarità dell'abuso del diritto nella formazione delle classi

- Tribunale di Monza → ha ritenuto concretizzato l'abuso del diritto in una fattispecie nella quale erano state formate quattro classi, asseritamente formate "in modo precostituito ed artificioso per manipolare il risultato della votazione", e ciò in quanto nelle prime due erano stati inseriti creditori asseritamente in conflitto di interessi ed il cui voto era scontato, nella terza le banche che avendo beneficiato di consistenti pagamenti revocabili in caso di fallimento, avrebbero espresso un voto scontato, e nella quarta gli altri creditori chirografari → contra: il legislatore non ha ritenuto rilevante in termini generali il conflitto di interessi, avendo viceversa previsto all'art. 177, ult. cpv., determinate specifiche ipotesi di conflitto di interessi rilevanti ai fini del voto della proposta concordataria, escludendo in tali soli casi i soggetti individuati dal voto

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

La particolarità dell'abuso del diritto nella formazione delle classi

- Tribunale di Piacenza → dopo aver affermato espressamente di ritenere diritto/dovere del tribunale imporre la creazione di nuove classi e la modificazione di quelle autonomamente formate (in aperto contrasto con il principio giuridico esattamente contrario fissato dalla Corte di Cassazione nell'esercizio della propria funzione nomofilattica), ha ritenuto di dover spingere il proprio controllo sulla esistenza e consistenza delle garanzie esterne di cui erano portatori i creditori inseriti nelle varie classi, onde accertare di non essere in presenza di una "fittizia proliferazione di classi solo per ottenere la maggioranza dei voti" (la motivazione è sempre la stessa: "la corretta applicazione del principio di maggioranza impone che non vi sia inquinamento generato da vicende singolari", nel caso di specie rappresentate dalla esistenza di garanzie collaterali di terzi in mano ad alcuni soltanto dei creditori) → contra: il concordato mira a disciplinare il concorso sul patrimonio del debitore, in applicazione del principio della responsabilità patrimoniale sancito dall'art. 2740 c.c., in quanto tale inapplicabile con riferimento a beni e risorse di terzi → laddove non sia il proponente a voler valorizzare un simile elemento di distinzione, non spetta certamente al Tribunale svolgere una funzione perequativa di situazioni consolidate in un momento antecedente l'apertura della procedura concorsuale, né attribuire alle stesse valenza ai fini della valutazione della configurabilità di un abuso

## L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

## La particolarità dell'abuso del diritto nella formazione delle classi

- In realtà, nel caso della formazione delle classi l'abuso (a differenza che nelle fattispecie enucleate in altri ambiti) non si configura come esercizio del diritto volto a conseguire **fini diversi** da quelli per i quali il diritto stesso è stato conferito, giacchè **la suddivisione in classi persegue fisiologicamente e legittimamente l'obiettivo del confezionamento di una proposta con adeguate chance di successo**, agevolando quella formazione del consenso che il proponente ritiene di non poter conseguire senza la frammentazione del ceto creditorio



- ma se l'obiettivo perseguito non è in sé contra ius
- se lecita è l'articolazione della proposta in una pluralità di classi laddove i creditori inseriti in ciascuna di queste siano caratterizzati da posizione giuridica ed interessi economici omogenei
- se lecito è il fatto che alla formazione di ciascuna classe non corrisponda un trattamento differenziato
- se lecito è che il proponente formi le classi in modo tale da preconstituirsì la maggioranza delle stesse
- come si fa a sostenere l'esistenza di un abuso? Non certamente seguendo la via percorsa dai Tribunali citati, visto che le affermazioni rese contrastano con espresse disposizioni normative e –soprattutto– perché, come dimostrazione dell'asserito abuso, invocano la presunta esistenza di una volontà di manipolazione delle maggioranze, che però rimane sempre qualcosa di indimostrato ed indimostrabile (stante l'arresto della procedura in sede di giudizio di ammissibilità), in quanto tale frutto di una visione personale ed opinabile



Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

La particolarità dell'abuso del diritto nella formazione delle classi



secondo l'insegnamento della Cassazione occorre poter affermare che il comportamento posto in essere dal proponente sia finalizzato a procurargli un

### **vantaggio ulteriore**

rispetto a quello che la norma legittimamente gli consente di ottenere mediante l'utilizzo dello strumento della suddivisione dei creditori in classi

e, corrispettivamente,

che i creditori destinatari della suddivisione in classi operata dal proponente subiscano come conseguenza di detta suddivisione un

### **danno maggiore**

rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del vantaggio che la norma legittimamente consente al proponente di perseguire

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

La particolarità dell'abuso del diritto nella formazione delle classi

- Nei termini sopra delineati, non già con il generico richiamo ai principi di correttezza e buona fede, ispirati solo dalla esigenza di trovare un modo per arrestare la procedura concordataria nei casi in cui la proposta, benchè rispettosa di tutte le norme applicabili alla fattispecie, appaia (nella visione soggettiva ed opinabile dei giudici) penalizzante per i creditori dissenzienti, sarà possibile invocare l'istituto dell'abuso del diritto nella formazione delle classi



in questa prospettiva l'abuso del diritto si qualificherebbe come norma di chiusura del sistema, da utilizzarsi solo quando risulti in modo oggettivo ed incontrovertibile che il proponente nel formare le classi con quelle particolari modalità (formalmente rispettose dei criteri legali), abbia voluto conseguire un vantaggio ulteriore rispetto a quello, in sé lecito, ipotizzato dal legislatore (nel nostro caso l'articolazione di una proposta che possa essere approvata dai creditori previa suddivisione degli stessi in classi), e ciò attraverso l'imposizione di un danno maggiore ai creditori destinatari dell'artificiosa suddivisione in classi



il che avviene quando l'obiettivo finale (in sé lecito) viene raggiunto esclusivamente grazie alla violazione di diritti dei creditori sanciti da specifiche norme, la cui operatività risulti "paralizzata" proprio in ragione delle particolari modalità con le quali sono state formate le classi

## L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

## La particolarità dell'abuso del diritto nella formazione delle classi

- fattispecie residuali, diverse da quelle sino ad oggi teorizzate dalla giurisprudenza e dalla dottrina  
↓
- **comportamento attraverso il quale si realizza l'abuso** → frammentazione di un gruppo di creditori accomunati da posizioni e interessi economici omogenei ed inserimento degli stessi all'interno di più classi in assenza di qualsivoglia altra ragione (obiettivo esclusivo) se non quella di neutralizzare il loro voto rendendoli artificialmente minoritari
- **contrarietà a norme dettate a tutela dei creditori dissenzienti** → impedendo ai creditori di incidere sulla formazione della maggioranza all'interno della classe nella quale avrebbero dovuto trovarsi in assenza di artificiosa frammentazione si impedisce anche la verifica dell'ipotesi di una classe dissenziente, privando così di fatto detti creditori del diritto di fare opposizione all'omologazione e di contestare la convenienza economica della proposta
- **efficacia determinante dell'abuso (prova di resistenza)** → di abuso si potrà parlare solamente nel caso in cui sia possibile accertare che, ricomponendo in un'unica classe le diverse classi artificialmente formate, i voti negativi espressi dai creditori "dispersi" nelle varie classi avrebbero determinato il dissenso della classe così ricomposta → in mancanza di un'incidenza determinante del presunto abuso sulla mancata formazione di una classe dissenziente il risultato per i creditori asseritamente lesi non cambierebbe, essendo i creditori dissenzienti vincolati dal principio di maggioranza, non avendo il legislatore attribuito ai creditori dissenzienti ricompresi in una classe assenziente il diritto di opposizione all'omologazione

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

La particolarità dell'abuso del diritto nella formazione delle classi

- Soluzione rispettosa del concetto di abuso del diritto enucleato dalla Cassazione



- il proponente non consegue mediante la formazione delle classi (anche ove le stesse siano state previste in un numero superiore rispetto a quelle in ipotesi strettamente necessarie) “*un vantaggio ulteriore rispetto alla tutela del diritto presidiato dallo strumento*” (che deve individuarsi come detto nella composizione della crisi mediante lo strumento concordatario, evitando così il fallimento): nel caso in cui, nel perseguire l'obiettivo lecito, il proponente abbia posto in essere eventuali atti di frode potrà essere sanzionato con la revoca del concordato ai sensi dell'art. 173 l.f., ovvero addirittura con sanzione penale (spesso si dimentica che le norme che disciplinano i reati fallimentari si applicano anche nelle procedure di concordato preventivo), ma non a mio avviso con la declaratoria di inammissibilità della proposta
- i creditori interessati dalla scelta operata dal proponente non subiscono “*un danno maggiore rispetto a quello strettamente necessario per la realizzazione del diritto dell'agente*” (Cass. 10.2.2011 n. 3274), posto che, anche in assenza di detta frammentazione sarebbero stati comunque vincolati dalla scelta della maggioranza (che nei casi di suddivisione in classi oltretutto è una doppia maggioranza)

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo contra ius

La particolarità dell'abuso del diritto nella formazione delle classi

- Se quanto sopra affermato fosse condivisibile, allora dovrebbe concludersi che non vi è spazio per l'utilizzo dell'istituto dell'abuso del diritto nella fase antecedente all'apertura del giudizio di omologazione, giacchè la cosiddetta prova di resistenza e la valutazione dell'effettivo pregiudizio dei diritti dei creditori dolosamente "dispersi" in più classi non potrebbe essere eseguita



privazione dei Tribunali della possibilità del potere di arresto del concordato che si ricollega all'utilizzazione dell'istituto dell'abuso nella fase del giudizio di ammissibilità del concordato ex art. 162 l.f..

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

L'abuso del debitore nella formazione delle classi: conseguimento di un obiettivo *contra ius*

La particolarità dell'abuso del diritto nella formazione delle classi

- La verifica e la repressione delle fattispecie residuali di abuso nella formazione delle classi troverebbero peraltro spazio in sede di giudizio di omologazione, posto che la Cassazione ha ormai affermato che in sede di omologazione *“il controllo del tribunale è limitato alla verifica della regolarità formale della procedura e dell'esito della votazione –salvo che non sia prevista la suddivisione dei creditori in classi ed alcune di esse risultino dissenzienti- restando escluso ogni controllo sul merito, ad eccezione dell'indagine sull'eventuale abuso dell'istituto”* (Cass. 29.10.2013 n. 24359)



- controllo esteso alla formazione delle classi e alla verifica di eventuali abusi
- possibilità di effettuare le verifiche sopra delineate (prova di resistenza)
- garanzia di equo contemperamento degli interessi in gioco, tra i quali -non ultimo- quello degli altri creditori a non vedersi privati della possibilità di esprimere il proprio voto sulla proposta concordataria, cosa che invece si è spesso verificata, lasciando tutti con la sensazione che, laddove i creditori avessero potuto esprimere la loro valutazione sulla proposta, la stessa sarebbe stata approvata

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La sostanziale insindacabilità dei decreti d'inammissibilità ex art. 162 l.f. nel caso di omessa dichiarazione di fallimento

Il sistema dei reclami post riforma fallimentare

- L'importanza di limitare i provvedimenti di inammissibilità dei concordati esclusivamente ai casi nei quali tale conseguenza sia riconducibile ad espresse ed inequivocabili norme di legge si impone anche in considerazione della sostanziale insindacabilità di detti provvedimenti nel nuovo sistema dei reclami delineato dalla riforma
- Modifica del sistema di reclamabilità dei provvedimenti di inammissibilità ex art. 162 l.f.
  - ↓
  - non soggetti a reclamo;
  - eliminata la previsione di automatica dichiarazione di fallimento (così come era nella normativa previgente), conseguendo tale dichiarazione solo nell'ipotesi in cui il pubblico ministero o un creditore abbiano proposto istanza di fallimento
  - solo in caso di contestuale fallimento, con il reclamo ex art. 18 l.f. contro la sentenza di fallimento è possibile far valere anche motivi attinenti l'ammissibilità del concordato, che in tutti gli altri casi rimangono viceversa privi di possibilità di revisione giurisdizionale e di censura
- Sentenza della Corte d'Appello che accoglie il reclamo ex art. 18 l.f., revocando il fallimento → non provvisoria esecutorietà → se la Curatela decide di proporre ricorso in Cassazione, la procedura di fallimento prosegue sino alla pronuncia della Corte di Cassazione → tempi di decisione della Cassazione (difficilmente meno di tre/quattro anni) → inutilità del provvedimento di revoca del fallimento

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La sostanziale insindacabilità dei decreti d'inammissibilità ex art. 162 l.f. nel caso di omessa dichiarazione di fallimento

Il sistema dei reclami post riforma fallimentare

- Spese relative alla difesa nel procedimento ex art. 18 l.f. → giurisprudenza sostiene che non possono essere addossate al Fallimento (nonostante l'art. 18 l.f. individui tra i soggetti legittimati al reclamo il debitore fallito) → lesione del diritto alla difesa?
- Talune pronunce della Cassazione hanno in passato ammesso, avverso il decreto di inammissibilità pronunciato dal Tribunale ai sensi dell'art. 162 l.f., il ricorso straordinario in Cassazione ex art. 111 Cost., proponibile avverso i provvedimenti che, pur avendo forma diversa dalla sentenza, presentino tuttavia i requisiti della decisorietà e della definitività, vale a dire quando abbiano l'attitudine ad incidere su diritti soggettivi con efficacia di giudicato e per i quali non siano previsti dall'ordinamento altri mezzi di impugnazione.

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La sostanziale insindacabilità dei decreti d'inammissibilità ex art. 162 l.f. nel caso di omessa dichiarazione di fallimento

Il *commodus discessus* delle Sezioni Unite (sentenza 27073/2016): mancanza di decisorietà formale e sostanziale privazione del diritto alla revisione dei decreti di inammissibilità.

- Le Sezioni unite della Cassazione, con sentenza n. 27073/2016, hanno dichiarato la non proponibilità del ricorso ex art. 111 Cost. avverso il provvedimento che dichiara l'inammissibilità del concordato ex art. 162 l.f., e ciò per asserito **difetto del carattere della decisorietà** in relazione a tale provvedimento



- viene emesso a prescindere da una controversia tra parti contrapposte, visto che il procedimento non prevede (formalmente) alcun contraddittorio bensì la sola audizione del debitore
  - non incide con efficacia di giudicato su diritti soggettivi di parti contrapposte
  - la decisione adottata non comprometterebbe la tutela giurisdizionale del debitore proponente *“ferma rimanendo la riproponibilità della domanda di concordato non essendosi prodotto alcun giudicato contrario”*
- Soluzione di comodo rispetto al rischio (rectius: la certezza) di moltiplicazione dei ricorsi avverso i provvedimenti di inammissibilità ex art. 162 l.f.



non condivisibilità ed ingiustizia della sentenza delle Sezioni Unite



Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La sostanziale insindacabilità dei decreti d'inammissibilità ex art. 162 l.f. nel caso di omessa dichiarazione di fallimento

Il *commodus discessus* delle Sezioni Unite (sentenza 27073/2016): mancanza di decisorietà formale e sostanziale privazione del diritto alla revisione dei decreti di inammissibilità.



fattispecie concreta sottostante → il Tribunale di Verona aveva considerato valido il voto negativo di una banca - rivelatosi determinante ai fini della non approvazione del concordato- nonostante lo stesso fosse stato espresso da soggetti documentalmente privi del potere di rappresentanza (meri quadri sprovvisti di qualsivoglia procura). Il Tribunale di Verona, in assenza di istanze di fallimento, si era quindi limitato a dichiarare la inammissibilità del concordato ex art. 162 l.f., con conseguente impossibilità del debitore di impugnare il decreto di inammissibilità ex art. 162 l.f., se non con ricorso straordinario in Cassazione. Medio tempore era intervenuta l'ultima riforma dell'art. 160 l.f., con la conseguenza che la riproponibilità del ricorso per concordato era preclusa al debitore, trattandosi nel caso di specie di un concordato meramente liquidatorio e non sussistendo la possibilità di attestare la prospettiva di soddisfacimento dei creditori chirografari in misura pari o superiore al 20% → essendo stata negata l'esperibilità del ricorso straordinario in Cassazione, al debitore non è rimasta altra possibilità che presentare ricorso per autofallimento, senza aver avuto la possibilità di un riesame del provvedimento del tribunale di Verona



Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

La sostanziale insindacabilità dei decreti d'inammissibilità ex art. 162 l.f. nel caso di omessa dichiarazione di fallimento

Il *commodus discessus* delle Sezioni Unite (sentenza 27073/2016): mancanza di decisorietà formale e sostanziale privazione del diritto alla revisione dei decreti di inammissibilità.



il concetto di decisorietà enucleato dalle Sezioni Unite è puramente formalistico e non tiene conto della decisorietà sostanziale che si verifica nei casi di inammissibilità ex art. 162 l.f., oltre a non tener conto dei principi di economia processuale e giusto processo → non ha alcun senso costringere il proponente a ripresentare il ricorso ex novo (semprechè ciò sia possibile, tenendo conto degli aggravii che conseguono all'arresto del concordato) quando l'arresto sia il frutto di un banale errore del tribunale agevolmente eliminabile in sede di sindacato giurisdizionale

Sezione 1

Sezione 2

Sezione 3

Sezione 4

Conclusioni

- Crepuscolo del concordato preventivo (quanto meno di quello liquidatorio)
  - ↓
  - Tribunali hanno fatto quanto in loro potere per avversare la riforma privatistica voluta dal legislatore del 2005
  - il legislatore, cambiando orientamento rispetto a quello della riforma, si è indirizzato sulla via di una procedura unica di insolvenza di stampo tedesco in tutti i casi nei quali non vi siano i presupposti per poter qualificare il concordato come concordato in continuità
  
- Perdita di un'occasione importante
  - ↓
  - valorizzare, anziché affossare, un sistema che avrebbe potuto contribuire a preservare il tessuto connettivo economico/industriale in momento di grave crisi economica, anche nei casi di concordato liquidatorio
    - ↓
    - più agevole trasferimento del know how aziendale
    - migliore liquidazione dell'attivo, nell'interesse dei creditori
  
- L'atteggiamento adottato dai Tribunali, ben esemplificato dalle pronunce oggi richiamate in materia di suddivisione dei creditori in classi, ha portato troppo spesso all'arresto prematuro delle procedure di concordato preventivo, frequentemente sulla base di sensazioni soggettive sprovviste di oggettivi riscontri, e quel che è peggio, spessissimo senza possibilità di revisione giurisdizionale dei relativi provvedimenti