

Esecuzione

Cassazione Civile, Sez. VI - 1, 11 dicembre 2017, n. 29632, ord. - Pres. A. Scaldaferrì - Est. M. Ferro - Fallimento (omissis) S.p.a. c. (omissis) S.p.a.

Concordato preventivo - Risoluzione - Inadempimento - Debiti esistenti alla data del ricorso - Dichiarazione di fallimento omisso medio - Ammissibilità

(Legge fallimentare artt. 1, 5, 6, 7, 15, 184, 186)

Accertato che il concordato non è più in ragionevole corso di attuazione e che ricorrono i presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l.fall., non sussistono preclusioni alla dichiarazione di fallimento di un imprenditore in concordato preventivo omologato ove si faccia questione dell'inadempimento di debiti già sussistenti alla data del ricorso ex artt. 160-161 l.fall., a prescindere dalla risoluzione o annullamento del concordato il cui procedimento andrebbe attivato - previamente o concorrentemente - solo se l'istante ex artt. 6 o 7 l.fall. facesse valere, non il credito nella misura ristrutturata (e dunque falcidiata), ma in quella originaria (*massima non ufficiale*).

La Corte (omissis).

Considerato che:

1. il primo motivo, di carattere assorbente, è fondato, potendosi ripetere, come statuito da Cass. 17703/2017, che “non sussistono preclusioni alla dichiarazione di fallimento di società con concordato preventivo omologato ove si faccia questione - come non è contestato nella vicenda - dell'inadempimento di debiti già sussistenti alla data del ricorso della l.fall., ex artt. 160-161 e però modificati con detta omologazione, dovendosi verificare all'epoca della decisione così sollecitata i presupposti di cui alla l.fall., artt. 1 e 5;

2. in tal caso l'azione esperita dal creditore costituisce legittimo esercizio della propria autonoma iniziativa ai sensi della l.fall., art. 6, non condizionata dal precetto di cui alla l.fall., art. 184 e dunque a prescindere dalla risoluzione del concordato preventivo, il cui procedimento andrebbe attivato - previamente o concorrentemente - solo se l'istante facesse valere non il credito nella misura ristrutturata (e dunque falcidiata) ma in quella originaria, circostanza nemmeno dedotta o prospettata in ricorso;

3. detto principio si evince dalla caduta, già con la riforma del 2005-2006, di ogni automatismo tra risoluzione del concordato e fallimento, permettendo dunque la l.fall., art. 186 di provocare tale evento anomalo (o anche l'annullamento) senza però imporre alcuna dichiarazione officiosa di fallimento, ma questa scissione di prospettive non implica ovviamente neanche una preclusione a che la dichiarazione di fallimento si possa fondare su presupposti comuni che andranno accertati *ex novo*”;

2. anche nella vicenda molisana, infatti, la corte dà atto che il tribunale ha “rilevato l'inadempimento delle obbligazioni derivanti dal c.p. omologato e ritenuto lo stato di insolvenza”, riconosciuto che chi ha agito era il P.M. locale e così in realtà integrandosi le condizioni per un nuovo apprezzamento dell'insolvenza cui si è esposta la società debitrice, senza che - si aggiunge - tale possibilità sia ostacolata dalla

mancata attivazione della procedura di risoluzione o inadempimento; si tratta di dar corso ad un principio generale che permette ai soggetti legittimati l.fall., ex artt. 6 e 7 di provocare la dichiarazione di fallimento del debitore commerciale insolvente, escludendosi che la specialità della l.fall., art. 186, pur predicabile, abbia portata soppressiva delle prime disposizioni e dunque sia estesa a vicende diverse dal rapporto tra risoluzione del concordato e fallimento in consecuzione; che infatti la nuova insolvenza esprima continuità finanziaria con la precedente è questione di mero fatto, ciò che rileva essendo solo la circostanza obiettiva del mancato adempimento delle obbligazioni concordatarie fatto valere dal P.M. non per provocare la risoluzione del concordato e la riapertura del fallimento l.fall., ex artt. 186 - 137 (dunque la reviviscenza dei crediti secondo la misura e le connotazioni ante procedura), bensì per ottenere (avendone questa volta legittimazione) la instaurazione di un fallimento *ex novo*, nel quale le obbligazioni idonee a sostenere il giudizio d'insolvenza (e in prospettiva il passivo concorsuale) sono quelle riscritte (cioè falcidiate e destrutturate rispetto al rango privilegiato) a seguito dell'omologazione oltre ad altre sopravvenute (e solo queste nella loro integralità); e ciò deve valutare il giudice di merito, con riguardo al momento della decisione;

3. d'altronde, nemmeno è ipotizzabile il paventato automatismo tra inadempimento parziale del concordato preventivo e nuova dichiarazione d'insolvenza, nel limitato senso che al primo corrisponda un permanente rischio per il debitore concordatario di essere esposto ad una dichiarazione di fallimento elusiva dello scrutinio dei fatti integranti la risoluzione; il fallimento infatti è evitabile opponendo che il concordato è in ragionevole corso di attuazione e che dunque anche il singolo inadempimento di una o più obbligazioni concordatarie trova causa nella sequenza adempitiva in essere, opponendosene quanto meno il difetto di esigibilità; ma quando tale processo - fenomenicamente inteso - è cessato, con esaurimento

Giurisprudenza

Concordato preventivo

delle attività aziendali ovvero dimostrata inidoneità soddisfattiva delle stesse rispetto agli obblighi del concordato ovvero, più tardi, del congegno risolutivo o dell'annullamento, a fortiori torna possibile un giudizio sulla salute finanziaria dell'impresa nell'ordinario contesto di cui alla l.fall., artt. 6 - 7 e 15, come avvenuto in primo grado, pienamente consentito dalla stessa Cass. s.u. 9935/2015 (i cd. fatti sopravvenuti) ed erroneamente censurato dalla sentenza impugnata; si può invero intendere per fatto sopravvenuto ogni circostanza successiva all'omologazione, cioè al limite organizzativo in cui ancora opera il raccordo di pregiudizialità-coordinamento necessario tra concordato e istanze di fallimento (già per Cass. s.u. 1521/2013);

4. d'altronde, omologato il concordato e scaduto il termine per la sua risoluzione (o rigettata la relativa domanda), per un verso il debitore continua ad essere obbligato al suo adempimento e, per altro verso, si riapre lo scenario comune delle possibili iniziative dirette a farne accertare l'insolvenza, con possibilità di promozione delle stesse non solo dai creditori già concorsuali (e nella citata misura falcidiata), ma anche dal P.M. e dallo stesso debitore, oltre che da creditori nuovi; sul primo punto, la tesi contraria poggia sull'equivoco per cui alla scadenza annuale di cui alla l.fall., art. 186 si assocerebbe l'estinzione di ogni debito concordatario, quale effetto implicito del voto ratificato dall'omologazione da equipararsi ad una rinuncia ad ogni tutela giudiziale del credito stesso, con ciò confondendosi risoluzione ed eventuale apertura del fallimento, con reviviscenza delle obbligazioni anteriori, da un canto ed estinzione del credito, sia pur falcidiato, dall'altro, da tali eventi derivando la definitiva soppressione di ogni iniziativa ordinaria (cioè non concorsuale, questa non più ormai ammessa) da parte dei creditori, conseguenza che appare priva di supporto normativo; né miglior sorte può conseguire la tesi mediana che assegni ai creditori insoddisfatti la facoltà di promuovere azioni esecutive ma senza poter chiedere il fallimento, che delle prime è la naturale evoluzione concorsuale, potendosi osservare al riguardo che in tanto da tali soggetti è mantenuta un'azione esecutiva in quanto non è venuta meno innanzitutto la qualità di creditore;

5. non si comprende invero la *ratio*, già dal lato del debitore, per cui questi, consapevole della impossibilità di adempiere, non potrebbe far accertare la sua strutturale impossibilità di pagare le obbligazioni falcidiate, chiedendo per esse il fallimento in proprio, per insolvenza attuale, piuttosto che entrare in una situazione adempitiva del tutto discrezionale, ove gli si attribuisca la facoltà di dare corso ai pagamenti che intenda attuare e in assenza di conseguenze per quelli che, trascorso il citato anno, non intenda invece più attuare; il che val quanto dire che, tramontata la possibilità di risolvere il concordato non adempiuto, il debitore conseguirebbe una totale

esdebitazione da ogni debito concordatizio e non nei limiti di cui alla l.fall., art. 184;

6. parimenti, e dal lato dei creditori, solo pendente il concordato, e fino alla scadenza del termine di cui alla l.fall., art. 186, essi mantengono la possibilità, ove sia accertato l'inadempimento di non scarsa importanza, di far dichiarare la risoluzione e così eventualmente instare per il fallimento; proprio l'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori anteriori (ora alla pubblicazione nel registro delle imprese l.fall., ex art. 184), cioè anche pretermessi o successivamente accertati, costituisce in realtà la principale conseguenza della sua omologazione, così integrando una nozione di "efficacia" che non può che riguardare il proprio credito secondo la nuova misura definita attraverso i meccanismi negoziali e di validazione giudiziale; tali creditori "soggiacciono agli effetti del concordato, anche qualora il loro credito sia accertato in data successiva e pur se non siano stati compresi nell'elenco verificato dal commissario giudiziale e non abbiano partecipato alla deliberazione sulla proposta di concordato." (come riportato sulla questione da Corte cost. 106/2004), sulla base di una ricostruzione dell'istituto ancora applicabile e che integra un indubbio monito alla considerazione di compatibilità costituzionale ivi enunciata, secondo il valore proprio delle sentenze interpretative di rigetto (Cass. s. u. 27986/2013, Cass. 4592/2014);

7. secondo un congegno inscindibilmente proprio del citato giudizio, che ne è l'unico titolo, si determina pertanto - salvo il limite esterno l.fall., ex art. 186 della risoluzione ovvero dell'annullamento - una modifica irreversibile dell'originario credito, che equivale oggi, per la maggior nettezza della formula della utilità economica di cui alla l.fall., art. 161, comma 2, lett. e), all'obbligo per i predetti creditori di dover accettare ciò che era stato loro promesso, e alle scadenze promesse, nell'impegno concordatario e come validato nel decreto di omologa; ma tale rideterminazione del credito non implica che l'inadempimento che ciononostante si verifichi alla scadenza concordataria (o al perire della possibilità di risoluzione o per effetto di decisione definitiva di rigetto della risoluzione domandata) faccia venire meno per tali soggetti la qualità di creditori, ridefinita in siffatto modo; la cit. Corte cost. 106/2004, per vicenda anteriore alla riforma del 2005 ma ad impatto sistematico identico, ha chiarito - rigettando la questione di illegittimità circa la pretesa impossibilità di dichiarare il fallimento a concordato non risolto - che il giudice di merito "ferma l'obbligatorietà della falcidia concordataria sui crediti anteriori, dovrebbe verificare se l'inadempimento di tali crediti, da parte di soggetto qualificabile come imprenditore commerciale, era tale da potersi definire come insolvenza, ai sensi della l.fall., art. 5, e trarne le conseguenze di legge in ordine alla legittimità della sentenza dichiarativa di fallimento."; e a tale principio si dovrà attenere il giudice di merito;

8. il ricorso va dunque accolto, con cassazione e rinvio. (*omissis*).

Tribunale di Rovigo 7 dicembre 2017, n. 86 - Pres. ed Est. M. Martinelli

Concordato preventivo - Risoluzione - Decadenza - Obbligazioni sorte con la proposta o successive - Dichiarazione di fallimento omisso medio - Ammissibilità

(Legge fallimentare artt. 6, 7, 15, 186)

In tema di concordato preventivo, una volta decorso il termine annuale di cui all'art. 186 l.fall., è riservata ai soggetti di cui agli artt. 6 e 7 l.fall. la facoltà di presentare istanza fallimentare, rivelandosi la nuova insolvenza nella incapacità di far fronte con regolarità - ovvero secondo le modalità e i tempi del piano - alle obbligazioni assunte con la proposta concordataria e maturate durante la procedura, alla stessa stregua di quanto accade in caso di inadempimento a quelle successive.

Il Tribunale (*omissis*).

Nel testo del ricorso si legge: "alla luce dello svolgimento delle operazioni dirette al soddisfacimento dei creditori e delle relazioni depositate dal Liquidatore Giudiziale Dott. ... si ha ragione di ritenere che la debitrice non sia in grado né di ottemperare al piano di pagamenti previsti nella domanda di Concordato, né di far fronte al minore onere derivante dal pagamento dei creditori privilegiati (...) vi sono pertanto tutte le condizioni affinché l'Illmo Tribunale dichiari la risoluzione per inadempimento del Concordato ex art. 186 della Legge Fallimentare".

La procedura, in persona del liquidatore, si è costituita, contestando la astratta ammissibilità del c.d. fallimento *omisso medio* (ovvero in assenza della pronuncia di risoluzione); la mancanza di prova della incapienza del patrimonio concordatario alla soddisfazione dei creditori privilegiati; la decorrenza del termine decadenziale di un anno - nell'ipotesi di riconosciuta proposizione di domanda di risoluzione del concordato prodromica alla dichiarazione di fallimento - dalla prevista conclusione del piano concordatario.

La parte ricorrente ha depositato una memoria autorizzata nella quale ha precisato di aver proposto, in via principale, la domanda di risoluzione; in ogni caso, ha affermato la legittimità della domanda di fallimento - a prescindere dall'effetto risolutivo del vincolo concordatario - in virtù di quanto affermato dalla giurisprudenza di merito; il conclamato stato di insolvenza e inadempimento delle obbligazioni assunte con la proposta alla luce dei rilievi operati sia dal Commissario giudiziale, sia dal curatore; la mancata decorrenza del termine annuale di cui all'art. 186 l.fall. in forza della assenza di un termine programmato di adempimento del piano.

All'udienza del 5 dicembre 2017 - instaurato il contraddittorio tra le parti sui temi oggetto di decisione giudiziale - il dr. Sa. (liquidatore giudiziale) e la dr.ssa M.C. Ca. (Commissario giudiziale) hanno confermato come dalla eventuale liquidazione del patrimonio esistente - sommato a quello già oggetto di cessione - deriverebbero disponibilità insufficienti alla soddisfazione integrale dei crediti dei lavoratori (e dell'Inps surrogatasi in alcune posizioni) e di tutti gli altri creditori privilegiati (oltre che, ovviamente, dei chirografari).

La disamina del caso concreto offre lo spunto per la ricerca di una sintetica descrizione degli istituti coinvolti, un (vano) tentativo di ricostruzione sistematica, in un dedalo giuridico che opportunamente richiama alla memoria il noto adagio dell'oracolo "*ibis redibis non morieris in bello*". La possibilità, infatti, di poter dichiarare il fallimento della società in concordato preventivo (nella fase esecutiva) è tormentato dilemma dell'interprete, prepotentemente sottoposto alla attenzione dei Tribunali e della dottrina proprio all'alba (o forse al tramonto) del periodo di verifica delle procedure iniziate post novella del 2012.

Se la giurisprudenza sembra aver prevalentemente accolto la tesi della ammissibilità del c.d. *omisso medio* (cfr. Tribunale di Modena 1 agosto 2016, Tribunale di Torino 26 luglio 2016, Tribunale di Napoli Nord 29 aprile 2016, Tribunale di Nola 17 marzo 2016; Tribunale di Venezia 29 ottobre 2015 tutte in www.ilcaso.it), larga parte della dottrina ha rigidamente contestato l'assunto, rinvenendo la "circularizzazione vitruviana" del sistema - in uno sforzo di scissione dalla etero tutela giudiziale a favore della autotutela dei creditori - nella indisponibilità (*rectius* intangibilità) del concordato, decorso il termine per l'azione risolutiva (di esclusiva pertinenza del ceto creditorio), residuando nel potere di azione esecutiva da parte dei creditori il grimaldello salvifico del diritto creditorio riconducibile nell'alveo di cui all'art. 24 della Costituzione. Certamente la soluzione (o meglio lo sforzo di un tentativo di soluzione) non può prescindere dalla constatazione di una incompatibilità logico giuridico degli istituti in causa e dalla presa di consapevolezza della problematicità applicativa dell'accoglimento della tesi favorevole alla dichiarazione di fallimento nella persistenza del vincolo concordatario, data dalla non chiara deriva degli effetti propri di quest'ultimo: l'effetto esdebitatorio e l'effetto segregativo del patrimonio. La tesi restrittiva, pur mantenendo apparentemente una logica ferrea del sistema (quantunque sembri che essa, in ultima analisi, difetti proprio nel costruito normativo), sconta facili contestazioni: l'inizio delle azioni esecutive individuali può determinare un'alterazione del sistema concordatario, in ordine alle modalità solutorie e al rispetto dell'ordine dei diritti prelazione (primo fra tutte quello derivante dalle spese prededuttive sorte in funzione della procedura); uno spoglio, quanto meno parziale, dei poteri

Giurisprudenza

Concordato preventivo

del liquidatore, depotenziandone la funzione e la coerenza sistematica.

Ma vi è di più, essa si fonda sull'assunto che i creditori potrebbero agire esecutivamente solo all'esito del decorso del termine previsto per l'adempimento del concordato, nonostante il tenore letterale dell'art. 168 l.fall. (che fissa il termine conservativo finale nella omologazione), ricollegandosi ad un effetto proprio del negozio concordatario, che verrebbe meno proprio in virtù dell'inutile decorso temporale; circostanza che lascia quale dubbio sulla possibilità che questo potere di aggressione in forma individuale non sia attribuibile anche in forma collettiva - ai sensi dell'art. 6 l.fall. - al pubblico ministero e all'imprenditore. In sé quella che potrebbe sembrare una conclusione aberrante trova conforto nella constatazione che il sistema prevede già endemicamente (ed indiscutibilmente) la possibilità che una società in concordato sia dichiarata fallita senza la preventiva risoluzione, allorché vi sia stata continuità aziendale, sia maturata una nuova insolvenza e agisca in giudizio un creditore non concordatario, bensì "nuovo" (nel senso che ha maturato un credito dopo la omologazione del concordato in virtù della prosecuzione dell'attività imprenditoriale).

La constatazione è copernicana: il sistema prevede la possibilità del fallimento senza la risoluzione.

Sarà, dunque, un problema di raccordo tra i due istituti - potendosi ipotizzare un effetto risolutivo implicito oppure la prosecuzione degli effetti del concordato (quello esdebitatorio - *rectius* rimodellante il contenuto patrimoniale delle obbligazioni - e quello segregativo, quantunque rimesso alla gestione e liquidazione del solo curatore, secondo uno schema assimilabile all'art. 111 *ter* l.fall., con revoca comunque necessaria degli organi concordatari), ma non un limite di ammissibilità.

Per tale motivo sembra a questo Tribunale predicabile che, allorché sia decorso l'anno di cui all'art. 186 l.fall. (durante il decorso di tale termine la ammissione del c.d. fallimento *omisso medio* determinerebbe evidentemente una violazione implicita dell'art. 186 l.fall., poiché sulla base di presupposti diversi e più ampi si otterrebbe il medesimo effetto della risoluzione limitata sotto il profilo della legittimazione attiva e sotto quello più stringente dei presupposti), si riespanda un potere di istanza fallimentare sia da parte dell'imprenditore, sia da parte del pubblico ministero, rivelandosi l'insolvenza nella incapacità di far fronte con regolarità - ovvero secondo le modalità e i tempi del piano - alle obbligazioni assunte con la proposta concordataria e maturate durante la procedura.

Coerente con la ricostruzione sistematica operata sembra quanto recentemente affermato dalla Suprema Corte: "il rimedio assicurato al creditore insoddisfatto dall'art. 186 l.fall. non è in assoluto l'unico" (Cass., 25 settembre 2017 n. 22273).

Nel caso di specie, occorre innanzi tutto qualificare la domanda e successivamente, in applicazione dei principi di diritto enucleati, derivarne le conseguenze.

Dal testo dell'atto può, infatti, evincersi la richiesta di dichiarazione di fallimento, previa risoluzione del

concordato: non vi è solo un espresso riferimento all'art. 186 l.fall., ma soprattutto la focalizzazione dell'atto sulla gravità dell'inadempimento - tale da non consentire l'integrale soddisfazione dei crediti dei lavoratori istanti - consente di ritenere la domanda come prodromicamente formulata in funzione della dichiarazione di fallimento, nonostante la formale assenza di una esplicita domanda nelle conclusioni dell'atto.

Ne deriva la necessità di verificare la tempestività della domanda.

La Suprema Corte ha anche recentemente confermato come il *dies a quo* sia da ricondurre alla scadenza del termine previsionale indicato nel piano, qualora questo sussista, dovendosi in difetto far riferimento all'ultimo atto di liquidazione (cfr. Cass., 22273/2017 cit. "fissato in un anno dalla scadenza del termine stabilito per l'ultimo pagamento previsto, o, qualora detto termine non risulti prefissato, in un anno dall'esaurimento delle operazioni di liquidazione, che si considerano compiute non soltanto con la vendita dei beni dell'imprenditore, nonché con la predisposizione e comunicazione del piano di reparto, ma anche con gli effettivi pagamenti, compresi quelli conseguenti ad eventuali sopravvenienze attive").

La proposta di concordato espressamente indica al capitolo 16 (tempi e modalità di esecuzione del concordato a p. 45): "l'impegno di acquisto dell'azienda, sottoscritta da CIA, prevede un termine per il perfezionamento della cessione di azienda. Per quanto riguarda i restanti beni da liquidare, rappresentati in massima parte da beni immobili, si ritiene che la loro vendita possa avvenire entro i 36 mesi successivi all'omologa, tenendo conto delle attuali condizioni del mercato immobiliare".

In assenza di una indicazione precisa del termine per l'adempimento e di una mera previsione - così come più volte ribadito dalla giurisprudenza in relazione alle percentuali di soddisfazione prospettate e non garantite - deve ritenersi che difetti un termine finale scollegato dall'ultimo atto di adempimento; a prescindere, dunque, dalle valutazioni operate dal Tribunale di ammissibilità del piano come formulato e da quelle operate dal ceto creditore, deve darsi atto che, in applicazione dei predetti principi giurisprudenziali, il termine di un anno non può considerarsi decorso. Circostanza che, da un lato, impedirebbe la disamina di una domanda di fallimento avulsa dai presupposti di cui all'art. 186 l.fall., e, dall'altro, giustifica la verifica giudiziale circa la sussistenza di un grave inadempimento.

Non pare necessario richiamare i precedenti giurisdizionali - anche di questa autorità - secondo i quali il mancato pagamento integrale dei creditori privilegiati non degrada integra di default il grave inadempimento di cui all'art. 186 l.fall. e la valutazione possa essere operata dal Tribunale anche in difetto di decorso del termine per l'adempimento quando sia ormai certo l'impossibilità del raggiungimento della soddisfazione "minimale" dei creditori; né pare - alla luce delle relazioni redatte dal liquidatore e delle dichiarazioni rese a verbale anche dal Commissario giudiziale - dubitabile l'integrazione del presupposto normativo.

Non resta che prendere atto della fondatezza della domanda giudiziale, dichiarandosi la risoluzione del concordato e il conseguente fallimento (non esteso ai soci

illimitatamente responsabili in quanto già dichiarati falliti in altra procedura) (*omissis*).

Tribunale di Pistoia, Sez. III, 20 dicembre 2017, decr. - Pres. R. D'Amora - Est. N. Curci

Concordato preventivo - Cessione dei beni - Risoluzione - Inammissibilità - Nuova insolvenza - Ammissibilità

(Legge fallimentare artt. 6, 7, 15, 160, 184, 186)

In tema di concordato preventivo con cessione dei beni, l'imprenditore assume l'obbligo di porre a disposizione dei creditori l'intero patrimonio dell'impresa ma non quello di garantire il pagamento dei crediti in una misura percentuale prefissata, a meno di un'espressa previsione. Pertanto se l'imprenditore abbia regolarmente adempiuto al predetto obbligo non potrà configurarsi alcun tipo di inadempimento non sussistendo più alcun credito: di conseguenza, non sarà possibile agire, né ex art. 186 l.fall. per la risoluzione del concordato, né ex artt. 6 e 7 l.fall. per conseguire il fallimento rispetto all'originaria insolvenza, invocabile invece rispetto ad una nuova.

Concordato preventivo - Risoluzione - Pendenza del procedimento - Fase esecutiva - Ammissibilità

(Legge fallimentare artt. 6, 7, 184, 186)

In conformità con il principio secondo cui la pendenza della domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, impedisce temporaneamente la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 l.fall., anche la pendenza di un concordato preventivo omologato impedisce la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dall'art. 186 l.fall.: dopo l'omologa, infatti, la procedura concorsuale prosegue poiché, se non v'è più pendenza del procedimento concordatario, vi è comunque pendenza del concordato in fase esecutiva.

Concordato preventivo - Risoluzione - Termine - Scadenza - Preclusione - Dichiarazione di fallimento - Originaria insolvenza - Inammissibilità

(Legge fallimentare artt. 6, 7, 184, 186)

L'art. 186 l.fall., con la previsione del termine annuale di decadenza dall'azione risolutoria, è norma scritta anche al fine di dare stabilità all'accordo concordatario e così certezza alle relazioni commerciali ed ai rapporti giuridici correlati alla ristrutturazione; pertanto, una volta maturata tale decadenza, la regolamentazione concordataria si cristallizza, rendendo impossibile la risoluzione del concordato e la dichiarazione di fallimento in relazione all'insolvenza originaria.

Il Tribunale (*omissis*).

La ricorrente (...) quale mandataria di (...) cessionaria dei crediti di (...) tra i quali è compreso il credito chirografario vantato nei confronti della società (...) ha prospettato la sua legittimazione ad agire direttamente per la declaratoria di fallimento in quanto, a fronte di, una palese impossibilità di realizzazione del piano concordatario, sarebbe intervenuta la preclusione di cui all'art. 186 l.fall., co. 3, secondo cui l'azione di risoluzione deve necessariamente essere proposta entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato (...).

Tanto premesso, si rileva che l'impostazione della parte istante in ordine alla propria legittimazione ad agire non appare condivisibile (a prescindere da quanto poi si dirà sulla integrazione della preclusione temporale nei concordati liquidatori, che nella fattispecie non si verificata essendo ancora in corso l'attività liquidatoria e

considerando che i tempi indicati nella proposta avevano evidente natura previsionale: cfr., C-22273/17).

Fondare la legittimazione del creditore ad una azione diretta alla declaratoria di fallimento, *omisso medio* (ovvero superando il passaggio della risoluzione del concordato), sul dato temporale della scadenza del termine annuale per l'azione risolutoria costituisce equivoco interpretativo, essendo irragionevole che l'intervenuta decadenza (Cfr., C-22273/17 sulla natura decadenziale del termine in oggetto), piuttosto che impedire *tout court* l'esercizio del diritto, ne agevoli la sua attuazione per via giurisdizionale svincolandola dai presupposti della risoluzione. Delle due l'una: o il creditore può sempre agire in via autonoma per il fallimento o non può farlo mai, potendo solo chiederlo nell'ambito del modulo risolutorio previsto dall'art. 186 l.fall., e, dunque, nel rispetto del termine annuale di decadenza (la seconda opzione risulta recepita da T Padova 30.3.2017, T Pordenone 26.4.2016, T

Giurisprudenza

Concordato preventivo

Ancona 23.2.2015. in questo senso risultano orientati anche il Tribunale di Milano e il Tribunale di Roma) Tuttavia, ciò non basta a rendere inammissibile la domanda della ricorrente proprio perché essa potrebbe legittimarsi alla luce della prima delle, possibili interpretazioni, ove fosse questa, e non la seconda, a essere ritenuta plausibile. Tale percorso interpretativo, in effetti, risulta seguito da parte della giurisprudenza di merito, in particolare da T Napoli Nord 29.4.2016, precedente al quale la, stessa ricorrente ha fatto espresso riferimento, e più di recente da T Bari 3.3.2017 (in precedenza, T Venezia 6.11.15, T Torino 26.7.2016, T Rovereto 22.12.2016, T Treviso 10.1.2017).

Per altro, una recente pronuncia della SC (C 17703/17, Pres.: Scaldaferrì - Rel.: Ferro) ha dato a tale indirizzo un avallo autorevole, ancorché essenziale nel suo argomentare.

Tale arresto ha poi avuto seguito con l'ancor più recente pronuncia di cui a Cass. ord. 29632 (Pres.: Scaldaferrì - Rel.: Ferro) pubblicata in data 11/12/2017 ovvero il giorno antecedente la comparizione delle parti avanti il Giudice relatore.

Deve, pertanto, il Collegio valutare se le ragioni addotte dalla giurisprudenza di merito e di legittimità siano tali da rendere ragionevole l'interpretazione secondo la quale la pendenza di un concordato preventivo in fase di esecuzione non costituisca preclusione ad una autonoma iniziativa fallimentare.

È utile precisare che la questione si pone solo quando si tratti della medesima insolvenza che ha condotto alla ristrutturazione concordataria, mentre allorché si tratti di nuova insolvenza la possibilità che venga dichiarato il fallimento (anche tramite richiesta di auto fallimento) è fuori discussione: si tratta di una piana applicazione, a contrariis, del principio di cui all'art. 184 l. fall., nel senso che se "il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato", ciò significa con tutta evidenza che esso è indifferente per i creditori posteriori.

La precisazione non è inutile in quanto, nei precedenti di merito, si assiste spesso alla divaricazione fra regola enunciata e fattispecie esaminata. Ad esempio, per restare a quello più recente, la vicenda decisa da T Bari 3.3.17 è quella della richiesta di fallimento da parte di soggetti che "vantano crediti il cui titolo è sorto dopo l'omologazione del concordato", per cui la decisione assunta in favore della dichiarazione di fallimento era da considerarsi scontata e del tutto avulsa dalla eventuale preclusione di cui all'art. 184. Tuttavia, la pronuncia affida ad un *obiter dictum*, per altro meramente assertivo, la identità di soluzione da adottarsi sia in caso in cui "insorga una nuova insolvenza per incapacità di pagare i debiti contratti dopo l'apertura della procedura, e l'omologa dello stesso concordato" sia in quello in cui "nella fase esecutiva del concordato, si manifesti l'incapacità di pagare i debiti anteriori al concordato".

In sostanza, identico è anche il precedente di cui a T Napoli Nord 29.4.2016, relativo alla richiesta di auto

fallimento presentato dalla società concordataria in relazione a rapporti afferenti la prosecuzione dell'attività di impresa nell'ambito di un concordato cd misto. Tuttavia il Tribunale, nel suo iter argomentativo, parifica la nuova insolvenza al permanere di quella precedente, il che legittimerebbe anche nel secondo caso non solo la richiesta diretta di fallimento, ma altresì l'azione esecutiva individuale.

Ma quel che più conta è che tale contaminazione fra disciplina della nuova e della vecchia insolvenza affiora anche nel pensiero di C-29632/2017 (che legittima "la instaurazione di un fallimento *ex novo*, nel quale le obbligazioni idonee a sostenere il giudizio d'insolvenza - e in prospettiva il passivo concorsuale - sono quelle riscritte - cioè falcidiate e destrutturate rispetto al rango privilegiato - a seguito dell'omologazione oltre ad altre sopravvenute", queste ultime considerate nella loro integralità).

Orbene, è proprio tale palificazione che occorre sottoporre a vaglio critico, non essendo per nulla scontata e non essendovi consequenzialità né logica né giuridica fra la prima asserzione (indiscutibile) e la seconda (discutibile). Sul piano motivazionale, appare costante, nella giurisprudenza di merito favorevole ad un fallimento in assenza di risoluzione del concordato, il richiamo alla risalente pronuncia della Corte costituzionale (Corte cost, n. 106 del 2.4.2004) che ebbe a ritenere plausibile (o, meglio, non verificata dal giudice remittente) una interpretazione del sistema secondo cui, accanto al fallimento "in consecuzione" della risoluzione del concordato, potrebbe configurarsi una autonoma dichiarazione di fallimento, che "prende data ad ogni effetto dalla dichiarazione stessa" ferma l'obbligatorietà della falcidia concordataria sui crediti anteriori.

La natura della decisione (di norma qualificata come sentenza interpretativa di rigetto, per altro finalizzata alla tutela di un creditore pretermesso), se non era tale da impedire una difforme interpretazione all'epoca, oggi appare del tutto superata alla luce della successiva evoluzione dell'istituto concordatario.

Il sistema di riferimento della decisione della Corte costituzionale era quello anteriore alle riforme del 2005 e del 2006, il concordato era ancora pervaso da connotazioni pubblicistiche, il fallimento di ufficio era considerata la regola, sancita dall'art. 186, in un contesto culturale e normativo in cui non appariva predicabile un concordato inadempito senza fallimento (conclusione divenuta ora estranea alla evoluzione del sistema, come confermato anche di recente dalla stessa Corte costituzionale: Corte cost. ordinanza n. 222 del 2017, Corte cost. sentenza n. 184 del 2013).

Ma, una volta esaurita la stagione della eteronomia giudiziale ed inaugurata quella di un diverso concordato preventivo - caratterizzato da una natura prevalentemente negoziale e privatistica e dalla autonomia della valutazione dei creditori in merito all'esito della ristrutturazione proposta - il risalente precedente non è più spendibile, semmai denotando il suo richiamo in termini di attualità una intrinseca carenza argomentativa (cfr., sulla evoluzione in senso privatistico del concordato preventivo:

Cass. s.u. 9935/15, Cass. s.u. n. 1521/2013, C-11014/13, C-13083/13).

Non sembra, allora, un caso che C-17703/17 lo ignori, come forse neppure è un caso che C-29632/17 ritenga poi necessario recepirlo nell'ambito di una ampiamente motivata "difesa" del proprio precedente (con ciò esponendosi alle stesse obiezioni appena svolte).

Considerando la rapida successione delle pronunce della Corte e anche il loro diverso significato (con la prima si motiva l'introduzione di un principio interpretativo, con la seconda si motiva la ritenuta inconsistenza delle possibili obiezioni alla correttezza del principio accolto), reputa il Collegio che sia opportuno procedere alla distinta disamina delle due pronunce, seguendo, per così dire, l'iter storico temporale della formazione del convincimento della S.C.

La prima pronuncia (C 17703/17) si limita a due distinte e sintetiche argomentazioni: legittimità dell'autonoma iniziativa ex art. 6 l.fall.: sulla base del credito non nella misura originaria, ma in quella ristrutturata e, dunque, falcidiata, tale facoltà non risultando preclusa dal precetto di cui all'art. 184; conferma di tale principio dalla caduta di ogni automatismo tra risoluzione del concordato e fallimento, sicché la scissione, di prospettive non implicherebbe preclusione ad una dichiarazione di fallimento fondata su presupposti comuni da accertarsi *ex novo*.

Tali essenziali passaggi motivazionali, che richiamano quelli della giurisprudenza di merito di pari tendenza (in particolare, cfr. T Napoli Nord 29.4.2016; ma v. anche: T Torino 26.7.2016 T Venezia 6.11.15), sembrano al Collegio tutt'altro che convincenti, per cui dovrà di essi, e più in generale della interpretazione che ne deriva operarsi una attenta valutazione critica.

La prima argomentazione di C-17703/17

Testualmente si legge nella pronuncia in commento: "l'azione esperita dal creditore, costituisce legittimo esercizio della propria autonoma iniziativa ai sensi della l.fall., art. 6, non condizionata dal precetto di cui alla l.fall., art. 184 e dunque a prescindere dalla risoluzione dal concordato preventivo, il cui procedimento andrebbe attivato - previamente o contemporaneamente - solo se l'istante facesse valere non il credito nella misura ristrutturata (e dunque falcidiata) ma in quella originaria, circostanza nemmeno dedotta o prospettata in ricorso".

In senso critico, osserva il Collegio che l'affermazione secondo cui l'art. 184 l.fall. non contiene alcuna preclusione rispetto ad autonome iniziative fallimentari ex art. 6 avrebbe dovuto essere la conclusione di un iter argomentativo che, invece, è del tutto assente, per cui essa assume natura di mero postulato la cui validità viene, dunque, ammessa a priori allo scopo di costruire una teoria.

Ma se la regola di inferenza costituita dal postulato viene invalidata per assenza di evidenza, ne risulta compromesso l'intero sistema deduttivo su di essa fondato.

Ed in effetti, pare al Tribunale che l'affermazione della Corte (e della giurisprudenza di merito in sintonia) abbia, a tutto concedere, la medesima evidenza del suo esatto contrario: essere cioè la regola di cui all'art. 184 preclusiva dell'autonoma iniziativa.

Anzi, la lettura contraria della norma sembra godere di una evidenza maggiore in quanto pone in modo chiaro, ancorché implicito, un logico *discrimen* fra indebitamento anteriore ristrutturato ed (eventuale) indebitamento posteriore estraneo alla ristrutturazione. Che alla distinzione ontologica debba corrispondere una differenza di disciplina non può ovviamente dirsi scontato (altrimenti si correrebbe il rischio di ricadere in un nuovo postulato privo di evidenza certa), malo è ancor meno inferirne una identità di trattamento, che renderebbe evanescente, in parie qua, la distinzione fra categorie di creditori fondata sul dato temporale della insorgenza del credito, nel senso che per entrambe la obbligatorietà del concordato omologato non significherebbe preclusione della iniziativa fallimentare.

Come che sia, l'interpretazione della Corte, secondo l'opinione del Collegio, incontra le seguenti obiezioni.

1) La sostanziale neutralizzazione del principio di cui all'art. 184 verrebbe a saldarsi con la corrispondente marginalizzazione dell'istituto risolutorio, visto che il rimedio previsto dall'art. 186 (il solo normativamente previsto a fronte della patologia concordataria) avrebbe - e sul punto la Corte è esplicita - l'unica finalità di ripristinare lo statuto dei creditori chirografari (e dei privilegiati eventualmente falcidiati), ferma in ogni caso la loro legittimazione ad agire ex art. 6 l.fall. in base al credito nella misura ristrutturata.

Ma poiché la possibilità che a seguito del fallimento il credito possa essere soddisfatto in misura superiore a quella ristrutturata è pari allo zero (mentre, infatti, non sarebbero prevedibili introiti ulteriori a seguito di eventuali azioni di responsabilità, ragionevolmente ormai prescritte, per converso verrebbero meno gli eventuali apporti finanziari del terzo e il passivo risulterebbe aggravato dalla duplicazione dei compensi professionali), non è chi non veda come l'istituto risolutorio perderebbe la sua ragion d'essere.

Ciò in antitesi con quanto in merito previsto nella legge delega 155/2017, che non solo non abbandona il rimedio risolutorio, ma anzi lo potenzia rendendolo maggiormente fruibile e meno oneroso per i creditori.

L'art. 6, co. 1 lett. m) indica fra i principi e i criteri direttivi quello secondo cui deve prevedersi la "legittimazione del commissario giudiziale a richiedere, su istanza di un creditore, la risoluzione del concordato per inadempimento". Del resto, l'affermazione di C-17703/17 secondo cui il creditore può agire ex art. 6 in forza del credito falcidiato, lascia in ombra il tradizionale problema di quale sia la misura del credito ristrutturato nel concordato liquidatorio ovvero nella tipologia più comune.

Tralasciando l'impatto della riforma dell'art. 160, il cui IV comma, come introdotto con L. n. 132 del 2015, ha previsto la soglia del 20% nei concordati diversi da quelli in continuità aziendale (per i "nuovi" concordati liquidatori la disposizione introdurrà uno scenario risolutorio probabilmente modificato, ma ancora non prevedibile, varie essendo le interpretazioni giurisprudenziali sul significato della disposizione: per una di esse, cfr., T Pistoia 29.10.2015), allo stato appare consolidato l'arresto della S.C. (in particolare C-6022/14, di recente confermata da

Giurisprudenza

Concordato preventivo

Cass. 9 giugno 2017 n. 14444 ord.) secondo cui, nel concordato con cessione dei beni, l'imprenditore assume l'obbligo di porre a disposizione dei creditori l'intero patrimonio dell'impresa e non di garantire il pagamento dei crediti in una misura percentuale prefissata sicché l'indicazione della percentuale di soddisfacimento dei crediti, a meno di un'espressa previsione in tal senso, non costituisce manifestazione di una volontà negoziale sulla quale si forma il consenso o l'accettazione, perché ciò equivarrebbe a ritenere sempre necessaria la soluzione della forma del concordato misto (nello stesso senso Cass. s.u. 1521/13, C-13817/11).

Poiché costituirebbe solo un escamotage ritenere che, in tale tipologia concordataria, il credito ristrutturato e, dunque, direttamente azionabile ex art. 6 sia quello oggetto di mera previsione (non vincolante e, per altro, con possibilità di prospettive previsionali divaricate fra proposta e relazione ex art. 172), ritiene il Collegio che, ragionando nell'ottica di C-17703/17, più convincente sarebbe considerare per nulla inciso lo statuto del creditore chirografario (per una ricostruzione alternativa, v. infra). Questi, una volta condivisa la costante interpretazione della S.C., potrebbe agire in forza del credito nella originaria misura anche in presenza di un concordato non risolto (del resto, è pacifico che, se dalla liquidazione dei beni si realizzano valori maggiori del previsto, essi andranno a soddisfare i creditori chirografari in misura superiore rispetto alle previsioni e ciò fino all'intero credito).

(omissis).

3) Costituisce ormai diritto vivente la preclusione alla declaratoria di fallimento in presenza di una domanda di concordato.

Da ultimo C-1169/2017 (ma nello stesso senso C-17764/2016) ha inteso conferire un significato di improcedibilità meramente temporanea e parziale - a superamento ed evoluzione di altri indirizzi (Cass. 9050/2014) - al principio che Cass. s.u. 9935/2015 ha individuato in ogni atto con cui il tribunale, esplicitando una misura organizzativa relativa alle domande di fallimento pendenti al momento della presentazione di una domanda di concordato preventivo ne affermi, a prescindere dalla denominazione impiegata, la inidoneità momentanea ad essere decise nel solo senso positivo della conclusione voluta dagli istanti o richiedenti. Ne consegue che "finché la procedura di concordato preventivo non ha avuto un esito negativo, il creditore che ha chiesto di regolare la crisi attraverso il fallimento non può ottenere la relativa dichiarazione". Secondo la Corte tale interpretazione appare armonica rispetto ad una latitudine dei poteri del debitore che vanno esplicitati dentro il solo perimetro della domanda, della proposta e del piano di concordato, per cui deve ribadirsi il principio secondo cui "la pendenza di una domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, ai sensi della l.fall., articolo 161, comma 6, impedisce temporaneamente la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dalla l.fall., articoli 162, 173, 179 e 180".

Se così è, ritiene il Collegio irragionevole che effetti preclusivi analoghi a quelli imposti dalla pendenza di una mera domanda di concordato non abbia a sortire anche la pendenza di un concordato omologato.

Se il principio di diritto è che solo lo scrutinio con esito negativo della domanda di concordato rimuove la preclusione al fallimento, parrebbe ragionevole dedurre che, in caso di esito favorevole per intervenuta omologa, l'effetto preclusivo, piuttosto che venir meno, debba cristallizzarsi fino al momento della eventuale risoluzione. La mera possibilità che la crisi venga trattata con le regole concordatarie piuttosto che con quelle fallimentari non può sortire effetti più incisivi rispetto ad un intervenuto accordo fra debitore e creditori in merito al trattamento con le prime piuttosto che con le seconde.

A diversa conclusione si è ritenuto di poter giungere (T Napoli Nord 13.4.16) per il rilievo che, con l'omologa, la procedura concordataria si chiude con la conseguenza che il divieto di azioni individuali e collettive da parte dei creditori posto dall'art. 168 viene meno, essendo esso previsto "fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo".

È opinione del Collegio che la conclusione non possa essere condivisa per le seguenti ragioni.

È ben vero che, a norma dell'art. 181, con il decreto di omologazione si chiude la procedura di concordato preventivo, ma ciò significa soltanto che si è conclusa (con esito positivo) la fase procedimentale formativa dell'accordo (in qualche modo rapportabile al procedimento di formazione del contratto ex art. 1326 cod. civ.). Dopo di essa (in caso di omologa) resta l'accordo, la cui efficacia conformativa e stabilizzatrice è *in re ipsa* e, comunque, sancita dall'art. 184, che costituisce la proiezione concorsuale del principio civilistico di cui all'art. 1372 cod. civ. Si rende, dunque, pleonastica la disposizione di cui all'art. 168, norma diretta a tutelare lo status quo in pendenza della fase di allestimento della proposta e di formazione del consenso e che esaurisce la sua funzione al termine di tale fase. Dopo l'omologa non vi è più pendenza del procedimento concordatario, ma vi è pendenza del concordato e della sua fase esecutiva disciplinata dall'art. 185; il concordato, inteso come procedura concorsuale, prosegue tant'è che, in caso di successivo fallimento ex art. 186, si verifica, una tipica ipotesi di consecuzione fra procedure (art. 69 bis l.fall.), come da ultimo ribadito da C-29632/17 (sulle tracce di Corte cost. 106/2004).

Poiché nel più ci sta il meno, non pare corretto ipotizzare che l'accordo perfezionato abbia a sortire effetti (preclusivi) più deboli rispetto alla fase meramente formativa di un accordo solo ipotetico.

Se, dunque, "la pendenza di una domanda di concordato preventivo, sia esso ordinario o con riserva, impedisce temporaneamente la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dalla l.fall., articoli 162, 173, 179 e 180", coerenza vuole che tale principio trovi la sua compiutezza nella ulteriore precisazione che la pendenza di un concordato omologato impedisce temporaneamente la dichiarazione di fallimento sino al verificarsi degli eventi previsti dall'art. 186 l.fall. (...).

La seconda argomentazione di C-17703/17.

Il secondo argomento utilizzato dalla S.C., per altro quale conferma del primo (“detto principio si evince dalla caduta, già con la riforma del 2005- 2006, di ogni automatismo tra risoluzione del concordato e fallimento, permettendo dunque la l.fall., art. 186, di provocare tale evento anomalo (o anche l’annullamento) senza però imporre alcuna dichiarazione officiosa di fallimento, ma questa scissione di prospettive non implica ovviamente neanche una preclusione a che la dichiarazione di fallimento si possa fondare su presupposti comuni che andranno accertati *ex novo*”), pare al Collegio inidoneo a invalidare le conclusioni sopra raggiunte e ciò in base alle seguenti osservazioni.

La Corte sembra assegnare alla riforma una valenza innovativa e significativa operando una scissione di prospettive, che avrebbe reso percorribile un doppio binario, l’uno tracciato dalla norma di cui all’art. 186, l’altro da quella dell’art. 6 l.fall.

Al contrario, deve rammentarsi che la giurisprudenza di legittimità ha in precedenza chiarito che l’abrogazione espressa del potere del tribunale di dichiarare d’ufficio il fallimento, nel caso di risoluzione del concordato preventivo, realizzata dall’art. 17, comma 1, del D.Lgs. n. 169 del 2007, che ha modificato il citato art. 186, ha avuto “valore meramente ricognitivo, di una abrogazione implicita che è stata indotta” dalla riformulazione dell’art. 6 del R.D. n. 267 del 1942, “in modo da rendere incompatibile la sopravvivenza dell’istituto nell’ambito della disciplina del concordato preventivo” (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 15 maggio 2015, n. 9934). Tale interpretazione, in quanto accolta anche dalla Corte costituzionale (sentenza n. 222 del 2017 e n. 184 del 2013) non pare revocabile in dubbio (*omissis*).

L’effetto dell’intervento è stato quello, palesemente voluto, di dare stabilità alla soluzione concordataria tendenzialmente e definitivamente consolidata con il trascorrere del termine annuale di cui all’art. 186: il fatto storico dell’inadempimento, se non valorizzato nei modi e nei tempi normativamente previsti mediante una iniziativa, non più officiosa ma rimessa alla autonoma valutazione dei creditori (art. 186), non inficia la certezza delle relazioni commerciali e dei rapporti giuridici correlati alla ristrutturazione ed è questo il valore perseguito dal legislatore (si pensi alla limitata operatività della esenzione di cui all’art. 67, co 2, lett. e), che non copre certamente tutti i rapporti giuridici astrattamente riconducibili alla fase esecutiva del concordato). Si tratta di un valore rispetto al quale, in altra occasione, la stessa S.C. ha mostrato sensibilità (C 22273/17).

Ipotizzare, al contrario, che effetto dell’intervento “meramente ricognitivo” del legislatore sia stato quello opposto ovvero aprire la strada ad iniziative fallimentari dirette (senza il previo passaggio della risoluzione) da parte dei creditori concorsuali, sembra una piena contraddizione con la lettera e la ratio della riforma.

Non è, dunque, casuale che questa argomentazione scompaia poi dal contesto motivazionale di C-29632/17.

Le successive argomentazioni di C-29632/17.

Forse consapevole che la prima decisione aveva incontrato più dissensi che consensi nella comunità scientifica, la Corte, chiamata a decidere su analoga questione, non si è limitata a dare seguito a quanto statuito da C-17703/17, ma ha inteso farsi carico delle possibili censure approfondendo le ragioni a supporto della prima decisione.

Questi i nuovi argomenti e le osservazioni che in merito ad esse il Collegio ritiene di dover operare ad integrazione di quelle che precedono.

A) Sulla obiezione relativa alla specialità del sistema incentrato sull’istituto di cui all’art. 186, la Corte rileva che “si tratta di dar corso ad un principio generale, che permette ai soggetti legittimati *ex artt.* 6 e 7 l.fall. di provocare la dichiarazione di fallimento del debitore commerciale insolvente, escludendosi che la specialità dell’art. 186 l.fall., pur predicabile, abbia portata soppressiva delle prime disposizioni e dunque sia estesa a vicende diverse dal rapporto tra risoluzione del concordato e fallimento in consecuzione”. Una volta riconosciuta la specialità del rimedio risoluzione/eventuale fallimento *ex art.* 186, affermare che essa non sortisce l’effetto derogatorio rispetto all’alternativo e generale sistema delineato dagli artt. 6 e 7 appare contraddittorio.

In presenza di norme diverse, astrattamente idonee a regolare la medesima fattispecie, il criterio di specialità è proprio dettato per risolvere l’antinomia che fra esse si crea, stabilendo la preferenza della legge speciale su quella avente carattere generale, in forza del principio secondo cui *lex specialis derogat legi generali*. Neppure la negazione dell’effetto derogatorio potrebbe derivare da una diversa collocazione sistematica dei due istituti, dovendosi escludere la collocazione endoprocedimentale del rimedio previsto dall’art. 186 in coerenza con l’insegnamento di C-22273/17, secondo la quale, poiché l’omologazione del concordato preventivo determina la chiusura del procedimento, si deve ritenere che l’eventuale inadempimento e la proposta domanda di risoluzione non si possano considerare eventi o atti interni al procedimento stesso.

Dunque, per negare l’effetto derogatorio, la Corte avrebbe dovuto escludere la natura di norma speciale dell’art. 186, ma si sarebbe trattato di una strada assai difficile da percorrere e, comunque, non lo ha fatto.

Va, per altro, sottolineato che l’effetto della deroga non è certo quello di predicare la “portata soppressiva” tout court delle disposizioni di cui all’artt. 6 e 7 l.fall.; ma di collocare l’operatività (assai dubbia, invero, per quanto attiene all’art. 7 come poi si dirà) all’interno del modulo risolutorio e non in sua alternativa. Il creditore potrà certamente chiedere il fallimento del debitore in concordato *ex art.* 6 (nonché *ex artt.* 1 e 5 l.fall.), ma solo a seguito della risoluzione del concordato in quanto, fino a quel momento la sua qualità di creditore è spendibile solo all’interno della vicenda concordataria: in ciò la specialità dell’art. 186. Dunque, non di soppressione si tratta, ma di coordinamento.

B) C-29632/17 assume che “nemmeno è ipotizzabile il paventato automatismo tra inadempimento parziale del concordato preventivo e nuova dichiarazione d’insolvenza, nel limitato senso che al primo corrisponda un

Giurisprudenza

Concordato preventivo

permanente rischio per il debitore concordatario di essere esposto ad una dichiarazione di fallimento elusiva dello scrutinio dei fatti integranti la risoluzione; il fallimento infatti è evitabile opponendo, che il concordato è in ragionevole corso di attuazione e che dunque anche il singolo inadempimento di una o più obbligazioni concordatarie trova causa nella sequenza adempitiva in essere, opponendosene quanto meno il difetto di esigibilità; ma quando tale processo - fenomenicamente inteso - è cessato, con esaurimento delle attività aziendali ovvero dimostrata inidoneità satisfattiva delle stesse rispetto agli obblighi del concordato ovvero, più tardi, del congelamento risolutivo o dell'annullamento, a fortiori torna possibile un giudizio sulla salute finanziaria dell'impresa nell'ordinario contesto di cui agli artt. 6-7 e 15 l.fall., come avvenuto in primo grado, pienamente consentito dalla stessa Cass. s.u. 9935/2015 (i cd. fatti sopravvenuti)". La prima pronuncia della Corte (C-17703/17) non chiariva se l'iniziativa fallimentare ex art. 6 in pendenza di concordato non risolto avesse o meno gli stessi presupposti rispetto a quella risolutoria. La declaratoria di fallimento nel contesto dell'art. 186 non si fonda soltanto sul binomio dei presupposti soggettivo ed oggettivo di cui agli artt. 1 e 5 l.fall., ma ha quale antecedente necessario quello dell'inadempimento di non scarsa importanza del concordato omologato, fattispecie che assume connotazioni diverse e controverse a seconda della tipologia concordataria.

Da ciò deriva la complessità e specificità del giudizio risolutorio che è, a sua volta, proiezione della variegata articolazione della ristrutturazione concordataria consentita dal comma 1, lett. a) dell'art. 160. Essa appare difficilmente riconducibile all'interno della dinamica semplificata degli artt. 1 e 5 l.fall.

Allora delle due l'una: o l'iniziativa fallimentare *omisso medio* ha presupposti ed oggetto non sovrapponibili rispetto a quella che si iscrive all'interno del modulo complesso (risoluzione più fallimento) dell'art. 186 ovvero vi è identità di presupposti ed oggetto, così realizzandosi una duplicazione esatta dei due moduli che sarebbe sistematicamente incomprensibile.

È appena il caso di rilevare che, vera la prima alternativa (che in qualche modo avrebbe già potuto considerarsi implicita nella sostanziale autonomia della iniziativa ex art. 6, come delineata dalla prima pronuncia di C-1169/17), si perverrebbe ad una chiara antinomia: si potrebbe ipotizzare la reiezione della domanda risolutoria/fallimentare per assenza di inadempimento di non scarsa importanza e il parallelo accoglimento di una istanza di fallimento ex art. 6, fondata sui presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l.fall. In conclusione, si potrebbe verificare l'ipotesi del fallimento in pendenza di un concordato non risolubile per inadempimento.

La seconda pronuncia di C-29632/17 sembra risolvere il dubbio, in quanto non si rinviene nel contesto motivazionale la necessità dell'accertamento dell'inadempimento del concordato, non considerato quale fatto costitutivo della domanda, ma relegato al rango di eccezione, per altro dal contenuto assai sfumato ("il fallimento infatti è evitabile opponendo che il concordato è in

ragionevole corso di attuazione"). Ora, anche a prescindere dalla vaghezza del contenuto della eccezione ("ragionevole corso di attuazione), resta che se la società concordataria non si costituisce (potrebbe non averne alcun interesse) l'eccezione non viene sollevata e, dunque, il fallimento può essere dichiarato senza che l'inadempimento di non scarsa importanza (che è cosa diversa dalla posizione del singolo creditore, in ipotesi istante per il fallimento) venga accertato quale fatto costitutivo del diritto azionato.

Ed, infatti, un successivo passaggio motivazionale di C-29632 lo conferma. Si legge, infatti, nella pronuncia in esame: "d'altronde, omologato il concordato e scaduto il termine per la sua risoluzione (o rigettata la relativa domanda). per un verso il debitore continua ad essere obbligato al suo adempimento e, per altro verso, si riapre lo scenario comune delle possibili iniziative dirette a farne accertare l'insolvenza...".

L'affermazione, pur relegata nell'inciso, appare di grande rilievo ai fini della comprensione dei termini della questione, interpretativa: la reiezione della domanda risolutoria, che pure equivale all'accertamento che il debitore non è inadempiente rispetto agli obblighi concordatari assunti, non sarebbe incompatibile con lo scenario comune delle iniziative dirette ad accertare l'insolvenza, evidentemente connotate da autonomia.

Occorre ben comprendere il significato e le ricadute dell'affermazione della Corte e ciò, in via esemplificativa, si ritiene di fare in relazione a due profili che possono configurarsi come ricorrenti.

Il primo attiene al presupposto descritto dal comma II dell'art. 186: "il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza", disposizione che replica, ad ulteriore e non necessaria conferma dell'approdo privatistico del concordato preventivo, il principio di diritto comune di cui all'art. 1455 cod. civ., sicché la "non scarsa importanza dell'inadempimento" assurge al rango di elemento costitutivo della fattispecie (C-18515/09; C-166/05).

Ora, che un siffatto onere probatorio possa essere imposto al creditore che agisce ex art. 6 non è pensabile trattandosi di elemento estraneo ai presupposti soggettivo ed oggettivo di cui agli artt. 1 e 5. Del resto, secondo il più convincente approccio dottrinario, deve ritenersi che la valutazione dell'importanza dell'inadempimento vada rapportata al complesso degli obblighi assunti dal debitore, piuttosto che al rapporto col singolo creditore (in questo senso anche T Milano 25.1.10) e tale dimensione dell'inadempimento appare ancor più estranea al procedimento prefallimentare ex art. 15 l.fall.

Ma la divaricazione fra le due tipologie di procedimenti è destinata ad aumentare in presenza di un concordato con cessione dei beni, come quello in oggetto, in relazione al quale, per quanto già rilevato, l'imprenditore non assume l'obbligo di garantire ai creditori il pagamento di una percentuale prefissata potendosi il suo impegno considerare limitato a porre a disposizione del ceto creditorio l'intero patrimonio dell'impresa (C-14444/17, C-13817/2010; C-1521/2013; 13817/2011). In particolare si

rammenta che C-6022/2014 ha precisato che “nella domanda di concordato con cessione l’indicazione della percentuale di soddisfacimento dei crediti è dunque necessaria al fine di consentire ai creditori di valutare la concretezza e la convenienza della proposta, nonché la sua fattibilità economica, ma, a meno di un’espressa previsione in tal senso, non costituisce manifestazione di una volontà negoziale, sulla quale si forma il consenso o l’accettazione, con la conseguenza che i creditori non possano richiedere la risoluzione nell’ipotesi in cui la somma ricavata dalla vendita dei beni si discosti, anche notevolmente, da quella necessaria a garantire il pagamento dei loro crediti nella percentuale indicata, non potendosi configurare inadempimento rispetto ad un’obbligazione che il debitore non ha assunto. In tal caso, piuttosto, come è stato sottolineato da attenta dottrina, l’inadempimento che giustifica la risoluzione potrà essere invocato qualora il patrimonio conferito sia risultato privo delle qualità promesse, ai sensi dell’art. 1497 c.c. (cfr. altresì Cass. S.U. n. 1521/13; cfr. T. Rovigo 3 Febbraio 2016).

Ne consegue che oggetto dell’obbligazione nel concordato con cessione è unicamente l’impegno a mettere i beni a disposizione dei creditori liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne diminuiscano sensibilmente il valore.

Resta, tuttavia, sullo sfondo l’ipotesi, non infrequente nella prassi e ipotizzabile nel caso *de quo*, in cui dalle operazioni liquidatorie non sia pervenuta (o non si reputa che possa pervenire) alcuna soddisfazione per i creditori chirografari.

Sul punto la giurisprudenza di merito appare divaricata. Da un canto il Tribunale di Velletri (T. Velletri 11.9.2015) afferma che “l’effettiva e concreta cessione dei beni ai creditori dopo l’omologazione del concordato mediante consegna al liquidatore e pieno spossessamento del debitore vale ad adempiere agli obblighi assunti con la proposta e a determinare l’esdebitazione del debitore. Questa affermazione, peraltro, deve trovare coerente applicazione non solo nelle ipotesi finora considerate in cui la percentuale ricavabile dall’attivo si discosti notevolmente da quella promessa ai creditori, ma anche nel caso - come nella specie - in cui la somma ricavata dai beni concordatari ceduti ai creditori non sia tale da soddisfare in alcun modo le loro spettanze, che rimangono integralmente inadempite. Anche in questo caso, invero, se il debitore ha adempiuto esattamente, la sua obbligazione si è estinta e non è possibile neanche ipotizzare una successiva “reviviscenza” sulla quale ipotizzare un inadempimento.”

In senso affatto opposto si è pronunciato T. Modena 11.6.2014, che, collegandosi ad un precedente indirizzo della Corte di legittimità (da ultimo, C-13446/11), ha ritenuto che il concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori deve essere risolto per inadempimento ai sensi dell’articolo 186 l.fall. se, anche prima della liquidazione di tutti i beni, emerge che esso è venuto meno alla sua funzione, il che si verifica quando, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito ed in base ad una ragionevole previsione, le somme ricavabili dalla vendita

dei beni ceduti si rivelano insufficienti a soddisfare anche in minima parte i creditori chirografari ed integralmente i privilegiati.

Ha rilevato che, in siffatta situazione, si evidenzia il venir meno della causa concreta del concordato, così come delineata da Cass. s.u. n. 1521 del 23 gennaio 2013.

Osserva il Collegio che, ove fosse condivisibile tale approccio, non vi sarebbe divaricazione fra istituto risolutorio e autonoma iniziativa fallimentare *ex art. 6 e*, dunque, almeno in questo caso, non vi sarebbero contraddizioni sistematiche nel duplice arresto di cui alle, pronunce di C-17703/17 e C-29632/17.

A tale conclusione, tuttavia, non pare possibile pervenire, solo che si osservi che non vi è effettiva continuità nelle pronunce della S.C. in merito alle ragioni del trattamento da riservare ai concordati con cessione con esiti non soddisfatti per i creditori chirografari (e, ragionevolmente, anche in parte per quelli privilegiati).

Le conclusioni di C-13446/11 si fondano sull’inquadramento di tale tipologia concordataria nell’ambito dell’istituto di cui all’art. 1977 cod. civ., con la conseguente applicazione anche alla fattispecie concordataria dell’art. 1984 cod. civ., ma tale prospettazione è stata completamente ribaltata da C-6022/2014 (richiamata da C-14444/17).

Nella più recente pronuncia, la S.C. chiarisce che se, in linea di principio, può ritenersi che la *cessio bonorum* costituisca modello di riferimento del concordato con cessione, tuttavia aggiunge: “Né argomenti in contrario possono trarsi dall’art. 1984 c.c., norma dettata in tema di disciplina della *cessio bonorum*, la quale prevede che, se non vi è patto contrario, il debitore è liberato verso i creditori solo dal giorno in cui essi ricevono la parte loro spettante sul ricavato nei limiti di quanto hanno ricevuto. Può, infatti, in linea di principio, ritenersi che la *cessio bonorum* costituisca modello di riferimento del concordato con cessione, ma non v’è dubbio che fra i due istituti ricorrano notevoli divergenze - tali da non consentire l’applicazione pedissequa della disciplina codicistica alla procedura concorsuale - la più importante delle quali attiene proprio all’effetto esdebitatorio nei confronti di tutti i creditori che deriva dall’esecuzione del concordato nei termini in cui è stato accettato dalla maggioranza di costoro”.

Come si vede, nel più recente approccio interpretativo della S.C., dell’istituto civilistico il concordato con cessione ha assunto solo il *nomen*, ma non anche la disciplina, che appare, in tutta coerenza, concorsualizzata.

Più suggestivo sembra l’argomento relativo al venir meno della causa concreta del concordato, ovvero del riconoscimento ai creditori di una “sia pur minimale consistenza del credito...”, inteso quale requisito di idoneità della proposta a consentire il superamento dello stato di crisi. Si tratta, come è noto, di un approccio in virtù del quale Cass. s.u. 1521/13 ha portato a compimento l’evoluzione dell’istituto concordatario verso approdi tipicamente negoziali, richiamando appunto uno degli elementi essenziali del contratto *ex art. 1325 cod. civ.*, per altro sotto l’evidente influenza della ridefinizione dell’istituto

Giurisprudenza

Concordato preventivo

operata dalla emblematica pronuncia di Cassazione Civile, sez. III, sentenza 08/05/2006 n. 10490.

Con tale decisione, la Corte, disattesa la tradizionale nozione di causa intesa come funzione economico-sociale del contratto (nozione di alcun rilievo operativo nell'ambito dei contratti tipici) ha affermato che la causa del contratto deve essere verificata in concreto e, se difetta, il contratto può essere dichiarato nullo, nonostante sia inquadrabile in uno dei tipi previsti dalla legge (...).

Esclusa, infatti, la mancanza genetica della causa (sia sotto il profilo della funzione economico-sociale del negozio, stante la tipicità dello stesso, sia sotto il profilo del concreto assetto degli interessi, verificato in sede di ammissione e omologa del concordato), nel caso in esame dovrebbe trattarsi di mancanza funzionale della causa, che attiene al difetto sopravvenuto della causa in concreto, vale a dire del funzionamento del sinallagma contrattuale. Sotto tale profilo, com'è noto, vengono in considerazione eventi quali l'inadempimento di una delle parti di un contratto, ovvero la sopravvenuta impossibilità di dar corso a quanto pattuito (perché ad esempio il bene oggetto della vendita è stato dichiarato per legge *extra commercium*), oppure ancora l'eccessiva onerosità sopravvenuta, la quale alteri il meccanismo della corrispettività delle prestazioni.

Tuttavia, nei caso dell'inadempimento, che è quello che qui interessa (ma l'osservazione vale anche per le altre ipotesi), occorre non invertire i termini della consecuzione logico-giuridica: è l'inadempimento che genera il difetto sopravvenuto della causa e non viceversa, (tale inversione si rinviene nell'approccio del citato T. Monza 11.6.14 ed, implicitamente, in C-29632/17, che in casi siffatti pare ritenga ammissibile azionare il credito ristrutturato ex art. 6 l.fall.), tanto che il rimedio è quello risolutorio ex art. 1453 cod. civ. e non la declaratoria di nullità ex art. 1418 cod. civ.

Ma se, nel concordato con cessione, oggetto dell'obbligazione del debitore è unicamente l'impegno a mettere i beni a disposizione dei creditori liberi da vincoli ignoti che ne impediscano la liquidazione o ne diminuiscano sensibilmente il valore (cfr. altresì C-9541/14) e se l'effetto esdebitatorio nei confronti di tutti i creditori deriva dall'esecuzione del concordato in tali termini (C-6022/2014, richiamata da C-14444/17), ne deriva che, una volta adempiuta tale obbligazione, non vi è inadempimento e, di conseguenza, non ha senso parlare di carenza funzionale della causa concreta.

Tale, per altro, è proprio il caso di specie in cui la ragionevole previsione della insoddisfazione dei creditori chirografari non si collega con la violazione delle obbligazioni facenti capo alla società concordataria e, dunque, non incide sul sinallagma contrattuale.

Come si vede, è proprio l'effetto esdebitatorio di cui all'art. 184 (correttamente inteso) che paralizza l'azione del creditore ex art. 6: non esiste un credito ristrutturato da poter azionare al di fuori dell'ambito risolutorio, per il semplice fatto che non esiste più alcun credito, salvo che il concordato non venga risolto per inadempimento delle obbligazioni assunte dal debitore, con conseguente reviviscenza

dei crediti nella misura originaria, dunque, o nessun credito o l'intero credito (ovviamente l'identica conclusione non è predicabile per altre tipologie concordatarie).

Prima di questo momento, o in sua assenza, nel concordato con cessione dei beni l'esdebitazione ex art. 184 si realizza con la definitività del decreto di omologa.

In conclusione, allora, lo scollegamento del rimedio fallimentare dal modulo risolutorio e la conseguente autonomia del primo determina o può determinare l'antinomia consistente nella frattura fra i due più rilevanti segmenti della concorsualità.

A conferma, per altro, della predetta autonomia si rileva che, nell'ottica di C-29632/17 (e C-17703/17, ma già Corte cost. 106/2004), il fallimento dichiarato ex art. 6 sarebbe un fallimento "ex novo" (pur in presenza della stessa insolvenza), contrariamente a quello posto all'esito del procedimento ex art. 186 ("escludendosi che la specialità dell'art. 186 l.fall., pur predicabile, omissis sia estesa a vicende diverse dal rapporto tra risoluzione del concordato e fallimento in consecuzione").

La diversa tipologia fra fallimento "di diritto comune" e fallimento speciale all'esito del procedimento ex art. 186 è indiscutibile conferma della autonomia dei due istituti, autonomia che determina le criticità sopra evidenziate.

Per altro, il primo sarebbe un fallimento sottratto alla regola di cui al comma II dell'art. 69 bis e, dunque, di utilità difficilmente percepibile.

Così, ad esempio, in un tale fallimento, fuori del meccanismo della consecuzione fra procedure, il trattamento del credito ipotecario non potrebbe essere quello indicato da C-6045/2016.

Sotto altro profilo, l'esclusione del fallimento ex novo dalla categoria della consecuzione delle procedure si rifletterebbe probabilmente sulla qualificazione di crediti, già ritenuti prededucibili (cfr., C-17911/16 per la correlazione prededuzione e consecuzione delle procedure).

Il nuovo rischio sotteso a C-29632/17 (e al suo collegato precedente) potrebbe essere quello di un fatale indebolimento della teoria delle disuguaglianze funzionali alla soluzione della crisi d'impresa, con conseguente venir meno della fiducia dei terzi chiamati a cooperare col debitore in crisi (tipicamente i finanziatori) (...).

Nel procedimento ex art. 186 i creditori diversi da quello ricorrente per la risoluzione del concordato, di norma accompagnata dalla richiesta di fallimento, possono intervenire nel giudizio (com'è prassi, il ricorso viene comunicato a tutti i creditori) con la facoltà di contrastare la domanda per assenza dei presupposti, o per la presenza di un loro interesse alla prosecuzione della fase esecutiva del concordato (ad esempio, il creditore privilegiato che comunque troverebbe ulteriore soddisfazione dalla vendita del bene messo a disposizione dal terzo - un attivo che non si ritroverebbe nell'eventuale fallimento successivo - potrebbe far valere un tale interesse, nonché l'assenza di quello del ricorrente, in ipotesi - come nel caso de quo - creditore chirografario, che neppure dal successivo fallimento ricaverebbe alcuna soddisfazione: ciò secondo il principio di cui all'art. 100 c.p.c., che trova ingresso

all'interno di un rimedio risolutorio modellato su quello previsto dall'art. 1453 cod. civ.).

Tutto ciò resta ovviamente estraneo al procedimento per la declaratoria di fallimento ex artt. 6 e 15 l.fall., che, pur conformato alla stregua di un processo di parti, non ha abbandonato una connotazione pubblicistica come dimostrato dall'art. 7. Le difese possibili nel procedimento risolutorio non avrebbero ingresso in quello prefallimentare, i cui presupposti si rinvergono solo negli artt. 1 e 5, per cui i creditori danneggiati dalla autonoma iniziativa ex art. 6 di un solo creditore, iniziativa di cui neppure sono destinatari, non avrebbero occasione e neppure modo per svolgere un intervento in quel procedimento.

Il concordato preventivo, che nella sua fase genetica è retto dal principio maggioritario, in quella terminale potrebbe essere distrutto dal singolo creditore contro gli interessi e la volontà della maggioranza.

In ciò si potrebbe scorgere una sorta di nemesi, ma anche una qualche contraddizione.

C) Che accanto alla iniziativa del singolo creditore possa legittimarsi la richiesta del P.M. ex artt. 6 e 7 o dello stesso debitore ex artt. 6 e 14 non era espressamente affermato da C-17703/17, ma si tratta di un'estensione del tutto coerente con la predicata applicazione del sistema fallimentare comune e, in effetti, tale estensione viene espressamente sancita da C-29632/17.

L'ammissibilità della richiesta di fallimento da parte del P.M., in presenza di un concordato non risolto e in forza della insolvenza pregressa, si presta, evidentemente, alle stesse obiezioni e rilievi critici mossi alla ammissibilità dell'iniziativa del singolo creditore, per cui si ribadisce quanto finora detto in proposito.

Può semmai muoversi un ulteriore rilievo sistematico.

Mentre per il creditore la soluzione dell'art. 6 è alternativa rispetto a quella dell'art. 186 (almeno fino al trascorrere dell'anno) essendo egli legittimato in relazione a entrambe, diversamente deve dirsi per il P.M., escluso normativamente dalla seconda.

In sostanza, il P.M., mentre non potrebbe instare per l'inadempimento del concordato per poi richiedere, all'esito positivo del giudizio risolutorio, il fallimento del debitore inadempiente, potrebbe però chiedere direttamente il fallimento del debitore in quanto inadempiente. Pare al Collegio che la conclusione desti qualche perplessità, ma altri potrebbero non cogliervi alcuna incoerenza sistematica.

Ben diversa, e densa di ricadute pratiche, è la riconosciuta possibilità per lo stesso debitore di richiedere il proprio fallimento ex art. 14 l.fall., per altro, lo si ripete, implicita nella affermata operatività del sistema comune di cui all'art. 6.

In senso contrario, un'attenta dottrina ha rilevato che la ricostruzione sistematica "porta a escludere non solo la legittimazione di soggetti terzi diversi dai creditori, ma anche la possibilità per il debitore, preso atto del proprio inadempimento, di rinunciare agli effetti esdebitatori ex art. 184. Un'iniziativa di questo genere, alla luce della lettera e della ratio dell'art. 186, 1 c., appare invero

sottratta alla libera determinazione del debitore: il decreto di omologazione ha impresso all'impresa tornata *in bonis* una direzione che soltanto i creditori sono in grado di invertire attraverso, appunto, l'azione di risoluzione loro riservata, senza che vi sia spazio per atteggiamenti abdicativi da parte del debitore, invece sempre possibili fino all'omologazione".

In definitiva, la disponibilità del concordato da parte del debitore cessa con l'omologa, termine ultimo di configurabilità di una rinuncia alla domanda di concordato: essa che "si traduce sostanzialmente in un abbandono della relativa proposta, atteggiandosi come revoca della stessa, non è ammissibile una volta che il concordato sia stato omologato" (C-8575/2015) (...).

Ritenere che il debitore, non legittimato a chiedere la risoluzione del concordato per inadempimento proprio, possa comunque ottenerne la eliminazione mediante diretta richiesta del proprio fallimento appare (...) contraddittorio.

Ma occorre verificare gli effetti di un tale eventuale autofallimento, da considerarsi per altro, secondo l'interpretazione di C-29632/17, non in consecuzione, ma *ex novo*. In particolare, occorre verificarne l'impatto con le nuove disposizioni di cui all'art. 185 l.fall. (ex D.L. 27 giugno 2015, n. 83 come modificato dalla legge di conversione 6 agosto 2015, n. 132), (*omissis*).

Appare evidente che, con la Riforma del 2015, accanto al rimedio risolutorio, è stata introdotta la possibilità di agire per l'esatto adempimento delle obbligazioni assunte, con ciò ampliando lo spettro della tutela dei creditori ed accentuando le analogie con il sistema comune di cui all'art. 1453 cod. civ.

Non è rilevante che l'alternativa sia stata formalmente prevista solo nel caso di omologa del concordato secondo la proposta di uno o più creditori, anche perché è discutibile se la regola non debba ritenersi di più generale interpretazione (per evitare profili di possibile illegittimità costituzionale) e perché essa appare oggetto di estensione alla luce dei principi direttivi di cui alla legge delega 155/2017.

L'art. 6, co. 2 lett. b) prevede; "imporre agli organi della società" il dovere di dare tempestiva attuazione alla proposta omologata, stabilendo che, in caso di comportamenti dilatori od ostruzionistici, l'attuazione possa essere affidata ad un amministratore provvisorio, nominato dal tribunale, dotato dei poteri spettanti all'assemblea ovvero del potere di sostituirsi ai soci nell'esercizio del voto in assemblea, con la garanzia di adeguati strumenti d'informazione e di tutela, in sede concorsuale, dei soci". Come si vede, la regola risulta estesa, al di là dei limiti dell'approvazione della proposta dei creditori, ad ogni tipologia concordataria.

È evidente che l'auto fallimento *ex novo* promosso direttamente dal debitore paralizzerebbe le iniziative di adempimento specifico dei creditori, rendendo decisivo e definitivo il comportamento ostruzionistico del debitore stesso (...).

Già nel vigente sistema concorsuale, il concordato (specialmente quello con cessione dei beni) tende ad

Giurisprudenza

Concordato preventivo

alimentarsi, con finanza esterna, spesso consistente nella messa a disposizione di un bene immobile di terzi.

Se non già liquidato al momento dell'eventuale fallimento, il bene del terzo (di solito un soggetto vicino al debitore, come può esserlo un socio della società concordataria) rientrerebbe nella disponibilità di quest'ultimo non potendo essere appreso dal fallimento *ex novo* (ma neppure da un fallimento in consecuzione). E questo è proprio caso *de quo*, in cui il danno per i creditori (privilegiati) a seguito della mancata liquidazione del bene immobile del terzo appare, evidente.

Ove si consideri il principio direttivo di cui all'art. 6, co. 1, lett. a) della legge delega 155/17, che generalizza la necessità della finanza esterna ("prevedere l'ammissibilità di proposte che abbiano natura liquidatoria esclusivamente quando è previsto l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori"), lo scenario futuro potrebbe, essere quello di un dirimente impatto sistematico della interpretazione accreditata da C-17703/17 e C-29632/17 (*omissis*).

L'art. 186 è norma scritta per dare stabilità alla soluzione concordataria (una manifestazione di *favor concordati*, in definitiva): trascorso l'anno di cui al comma III la

regolamentazione concordataria si cristallizza e l'impossibilità di pervenire alla risoluzione del concordato diviene a sua volta impeditiva della dichiarazione di fallimento (che, ove invece intervenisse a seguito della risoluzione, sarebbe un fallimento in consecuzione né altro potrebbe essere).

Si condividono le considerazioni conclusive dello stesso Autore, che ha osservato: "Dolersi allora del fatto che oggi ci si trovi sempre più frequentemente dinanzi a concordati omologati che non riescono ad essere eseguiti dal debitore o dal liquidatore giudiziale e che tuttavia non possono essere risolti perché manca l'iniziativa dei creditori, è comprensibile, ma ha tuttavia poco pregio giuridico, volta che tale effetto è di fatto corrispondente-proprio a quello perseguito, dal legislatore, e quindi solo con una riforma normativa di segno contrario potrebbe trovare (opposta) soluzione."

Per tutte le esposte ragioni, il pur autorevole arresto di cui alla duplice pronuncia di C-17703/17 e C-29632/17 non può essere seguito.

Ne consegue la declaratoria di inammissibilità della domanda di fallimento della (...). (*omissis*).

L'irrealizzabile esecuzione del concordato preventivo: il fallimento senza risoluzione

di Massimiliano Ratti e Antonio Pezzano (*)

Le decisioni in commento offrono agli Autori lo spunto per tornare alle origini d'un dibattito, invero mai sopito, in relazione al rapporto tra risoluzione del concordato preventivo e dichiarazione di fallimento *omisso medio*, ricostruendo le obiettive criticità sistematiche che la questione disvela e contestualizzando, all'attuale tessitura normativa ed alla sedimentazione giurisprudenziale, i principi sottesi alla prevalenza dell'una o dell'altra tesi.

Sintesi del contenuto dei provvedimenti

La proliferazione di proposte di concordato con cessione di beni che, successivamente alla loro omologazione, si sono rivelate oggettivamente inattuabili, ha provocato il risoluto intervento della S.C. che, con la sentenza in commento ed altra di poco antecedente (1), ha indotto la deiscenza d'una ferita, solo apparentemente suturata, alla ritenuta stabilizzazione degli effetti dell'omologa, in difetto di tempestiva reazione da parte dei creditori all'inadempimento del debitore, sulla scorta del modello processuale tipizzato dall'art. 186 l.fall. (2).

Ad onor del vero, nell'arresto in esame, viene oltremodo amplificato l'effetto prodotto dall'omologa ai sensi dell'art. 184 l.fall., tanto da legittimare, lato creditore (ma anche debitore e P.M.), la possibilità di instare direttamente per la declaratoria di fallimento, all'atto dell'esigibilità della pretesa, per come e nella misura ristrutturata, *bypassando* così lo "speciale" rimedio della risoluzione o dell'annullamento del concordato.

A detta della S.C., infatti, per il creditore insoddisfatto non è l'unico rimedio (3), poiché il rapporto di "specialità" che intercorre con l'art. 6 l.fall., non può avere portata soppressiva, essendo l'ambito

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Cass. 17 luglio 2017, n. 17703, in www.ilcaso.it.

(2) La genesi della questione è da ricondursi all'arresto della Corte cost. 2 aprile 2004, n. 106, in www.dejure.it.

(3) Cass. 25 settembre 2017, n. 22273, in www.ilcodicedeconcordati.it.

applicativo dell'art. 186 l.fall. circoscritto alla consecuzione tra concordato preventivo e fallimento, senza possibilità di propagarsi ulteriormente per affrontare una "nuova insolvenza", fondata su obbligazioni destrutturate e riscritte o sopravvenute, che esclude comunque la reviviscenza dei crediti pregressi.

Sulla scia di così autorevole indirizzo, il Tribunale di Rovigo giunge ad equivalenti conclusioni, non mancando di evidenziare correttamente come il fallimento *omisso medio* sia pienamente compatibile con il sistema concordatario che "prevede già endemicamente (ed indiscutibilmente) la possibilità che una società in concordato sia dichiarata fallita senza la preventiva risoluzione: allorché vi sia stata continuità aziendale, sia maturata una nuova insolvenza e agisca in giudizio un creditore non concordatario, bensì 'nuovo'".

Nella lettura di entrambe le decisioni in commento e, più in generale, in quelle che sostengono l'ammissibilità del fallimento senza la previa risoluzione (4), si avverte una neppur troppo velata apprensione di dover giocoforza ricercare, all'interno del sistema, una soluzione che affranchi l'iniziativa del creditore intempestivo (5), rispetto al termine perentorio eventualmente decorso, e, in ogni caso, eviti lo stallo (6), anche per lo stesso debitore ed il P.M., d'una procedura concorsuale minore fondata sull'adempimento d'una proposta, del tutto disallineata rispetto ai presupposti che avevano condotto alla sua ammissione ed alla conseguente omologa (7).

Negare, peraltro, la possibilità di instare per il fallimento significherebbe, secondo tale indirizzo, favorire l'ingresso di azioni esecutive individuali che

determinano fisiologicamente un'asimmetria satisfattiva per i creditori rimasti esiliati dal concorso e privati di ogni ulteriore tutela giurisdizionale.

Più pragmatica e scevra da tentazioni di eteronimia (8) è la posizione assunta dal Tribunale di Pistoia (9), ultima edita fra le pronunce qui in esame, che, con altrettanta autorevole dialettica, superato, in quanto ritenuto diacronico, l'arresto della Consulta del 2004 (10), confuta in filigrana ogni singolo postulato nomofilattico e di altre pronunce ad esso adesive, per giungere a risultati diametralmente opposti.

Anche questa decisione poggia la base della propria indagine induttiva sul precetto imperativo di cui all'art. 184 l.fall. e sul consolidamento "esdebitativo" dell'omologa, facendone, tuttavia, discendere, a differenza delle altre, un'efficacia intangibile, da attuarsi, in ipotesi di inadempimento, attraverso una coerente estensione del novellato art. 185 l.fall. e, in ogni caso, potenzialmente rimovibile per l'esclusivo tramite dell'azione di risoluzione, qualificata preponderante, in termini di coordinamento, proprio in ragione della sua "specialità" rispetto al sistema delineato dagli artt. 6 e 7 l.fall.

Ad ulteriore conforto della tesi con veemenza propugnata, il Tribunale toscano mobilita le pronunce gemelle delle Sezioni Unite 15 maggio 2015, nn. 9935 e 9936 (11), per sostenere, nell'ambito del pluriassertato principio di "unitarietà", l'assoluta prevalenza in termini "preventivi" (non solo logico-funzionali ma anche procedurali) del concordato omologato rispetto alla dichiarazione di fallimento, per rimuovere il medesimo stato di insolvenza.

Degna di nota, in termini comparativi, è anche la differente ricaduta, a valle dell'una o dell'altra tesi,

(4) In sede di merito, negli stessi seppur non identici termini, tra gli altri, cfr. Trib. Torino 26 luglio 2016, in www.ilfallimentarista.it e Trib. Venezia 6 novembre 2015, in www.fallimenti&società.it.

(5) Perché decaduto dal termine di decadenza previsto dall'art. 186, comma 3, l.fall.

(6) V. S. Ambrosini, *La risoluzione del concordato preventivo e la (successiva?) dichiarazione di fallimento: profili ricostruttivi del sistema*, 6 ottobre 2017, in www.ilcaso.it, secondo il quale l'impressione che si ricava da alcune recenti decisioni di merito è quella, secondo la nota terminologia neokantiana, di un "dover essere" implicito nel nostro sistema concorsuale, in base al quale non dovrebbe esistere un concordato inadempito senza la possibilità di trasformarlo in fallimento; e ciò - questo è il punto nodale - a prescindere dalla volontà e dall'attivazione dei creditori in tal senso.

(7) Cass. 4 marzo 2015, n. 4398, in www.ilcaso.it, statuisce che il concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori deve essere risolto, a norma dell'art. 186 l.fall. qualora emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione, in quanto, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, le somme ricavabili dalla liquidazione dei beni ceduti si rivelino insufficienti, in base ad una

ragionevole previsione, a soddisfare, anche in minima parte, i creditori chirografari e, integralmente, i creditori privilegiati, ovvero quando venga accertata l'obiettiva impossibilità sopravvenuta di attuare le condizioni minime previste dalla legge fallimentare; in proposito, nessun rilievo può assumere l'eventuale colpa del debitore che, con la consegna dei beni, ha esaurito la sua prestazione, ove non sia prevista la sua liberazione immediata ed invece operi il trasferimento in favore degli organi della procedura della legittimazione a disporre dei beni ceduti ex art. 1977 c.c.

(8) Per un'articolata disamina dello specifico tema, si rimanda a M. Fabiani, *Autonomia ed eteronimia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale* in questa *Rivista*, 2008, 1098.

(9) Di identico avviso, Trib. Padova 30 marzo 2017, in www.ilcaso.it e Trib. Ancona 23 febbraio 2015, in questa *Rivista*, 2016, 221, con nota di G. Giuridanella, *Inadempimento del concordato preventivo e mancata richiesta infrannuale di risoluzione*.

(10) Del medesimo avviso S. Ambrosini, *La risoluzione del concordato preventivo*, cit.

(11) Cass., SS.UU., 15 maggio 2015, n. 9935 e n. 9936, in questa *Rivista*, 2015, 900 ss.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

dell'istituto della consecuzione, con particolare riferimento al *dies a quo* per l'esercizio delle azioni revocatorie ed alla distonia temporale che si viene a creare con il fallimento *omisso medio* rispetto a quello "naturalmente" consecutivo (12).

Resta, infine, da registrare che tutte le decisioni in commento convengono sulla indubbia possibilità di dichiarare il fallimento al verificarsi d'una "nuova" insolvenza, ovvero sia sorta per obbligazioni contratte successivamente all'omologa del concordato, in considerazione, tra l'altro, della loro estraneità, sotto il profilo soggettivo (non trattandosi di creditori concorsuali), dal cogente perimetro delineato dall'art. 184 e dall'art. 186 l.fall.

L'inadempimento alle obbligazioni assunte con l'omologa: risoluzione o fallimento?

Con l'intervento normativo di cui all'art. 17 del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 la disciplina della risoluzione del concordato è stata coordinata alla propulsiva spinta negoziale che andava a connotare l'istituto (13), frenato, in termini di assoluta sovrapposizione privatistica, dalla dimensione giurisdizionale che permea l'omologa, poiché destinata a produrre effetti anche nei confronti di soggetti che non hanno aderito alla proposta (14).

Proprio in ragione di detta spiccata vocazione, nell'evidente intento di rendere applicabile i

principi generali in materia di inadempimento contrattuale (15), sono stati rimodulati i presupposti, soggettivo ed oggettivo, necessari per l'ottenimento della risoluzione del concordato preventivo omologato.

L'azione di risoluzione viene così rimessa all'esclusiva iniziativa del singolo creditore, tanto da affermarsi quale esplicitazione dell'esercizio del controllo sull'adempimento della proposta, volta ad emendare i vizi afferenti l'assetto negoziale del concordato (16). I presupposti oggettivi dell'iniziativa si identificano nel pregiudizio arrecato, non potendo il creditore limitarsi a prospettare un possibile depauperamento in capo ad altri creditori (17) e nell'importanza dell'inadempimento, valutato alla luce del complesso degli obblighi concordatari assunti (18) (e, quindi, non limitatamente al singolo creditore che insta per la risoluzione del concordato (19)).

Per il creditore, i tempi di reazione all'inadempimento sono perentoriamente circoscritti all'anno, decorrente dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento (20) (che può anche non coincidere esclusivamente con il pagamento (21)) o, alternativamente, ove non previsto, una volta ultimata la liquidazione (22).

Il concordato con cessione di beni con collaterale obbligazione di pagamento può, tuttavia, essere risolto per inadempimento anche prima della liquidazione di detti beni, quando emerge che esso è

(12) Permanendo, per entrambe le tesi, il vincolo del concordato e non sussistendo la possibilità d'una risoluzione di diritto, espressamente prevista, invece, nella L. n. 3/2012 all'art. 12 comma 3.

(13) Cfr. Relazione Illustrativa al D.Lgs. n. 169/2007, art. 17, che parla chiaramente di "accentuata natura privatistica del concordato preventivo".

(14) Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, in *www.ilcaso.it*. Sul punto, basti considerare la prima parte dell'art. 184, comma 1, l.fall., la cui previsione dell'obbligatorietà del concordato omologato per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura deroga marcatamente alla previsione generale di cui all'art. 1372, comma 2, c.c., in virtù della quale "il contratto non produce effetto rispetto ai terzi".

(15) Così M. Ferro, *sub art. 186 l.fall., La legge fallimentare - Commentario Teorico-Pratico*, M. Ferro (a cura di), 2014, 2678.

(16) M. Fabiani, *Il diritto della crisi e dell'insolvenza - Aggiornato alla L. 19 ottobre 2017*, n. 155, 2017, 537.

(17) Trib. Ravenna 7 giugno 2012, in *www.ilcaso.it*.

(18) G. Fauceglia, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, III, 2009, 1769; S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, 2009, 242. È stato, altresì, sostenuto che la valutazione della non scarsa importanza dell'inadempimento viene operata attraverso la verifica che l'inadempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto, si da dar luogo ad uno squilibrio sensibile del sinallagma contrattuale; così App. Venezia 24 maggio 2017, in *www.dejure.it*; Trib. Ravenna 29 giugno 2016, in *www.ilcaso.it*.

(19) G. Rago, *La risoluzione del concordato preventivo tra passato, presente e... futuro*, in questa *Rivista*, 2007, 1214.

(20) Cass. 20 dicembre 2011, n. 27666, in questa *Rivista*, 2012, 859 (negli stessi termini cit. Cass. 25 settembre 2017, n. 22273, in *www.ilcodicedeconcordati.it*), secondo cui il termine per proporre il ricorso volto alla risoluzione del concordato decorre, ai sensi dell'art. 137 l.fall., dalla data di scadenza fissata per l'ultimo pagamento previsto, mentre soltanto allorché questa data non sia stata fissata, il termine annuale decorre dall'esaurimento delle operazioni di liquidazione che si compiono non soltanto con la vendita dei beni dell'imprenditore, nonché con la predisposizione e comunicazione del piano di riparto, ma anche con gli effettivi pagamenti, compresi quelli conseguenti ad eventuali sopravvenienze attive.

(21) Trib. Reggio Emilia 16 aprile 2014, in *www.ilcaso.it*, ove viene affermato che qualora il concordato preventivo - omologato ma successivamente risolto - preveda la conversione di una parte del credito chirografario in "capitale di rischio" della debitrice, la risoluzione ex art. 186 l.fall. spiega i soli effetti retroattivi che appaiono compatibili con la situazione derivante dalla riorganizzazione concordataria. Pertanto, l'attribuzione (conforme al piano) ai propri creditori, da parte della società in concordato, di partecipazioni societarie costituisce "prestazione in luogo dell'adempimento" (*datio in solutum* ai sensi dell'art. 1197 c.c.) che estingue, con efficacia satisfattiva, l'originaria obbligazione concorsuale così come ristrutturata; conseguentemente, il creditore chirografario non può essere ammesso al passivo del sopravvenuto fallimento per l'intero ammontare del suo credito originario, ma solo per la parte non convertita in capitale di rischio.

(22) Trib. Ravenna 21 marzo 2014, in questa *Rivista*, 2014, 807.

venuto meno alla sua funzione, allorché, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito ed in base ad una ragionevole previsione, le somme ricavabili dalla vendita dei beni ceduti si rivelano insufficienti a soddisfare anche in minima parte i creditori chirografari ed integralmente i privilegiati (23).

Ovviamente, l'inadempimento dovrà attenere ed essere proiettato alle obbligazioni per come cristallizzate dal decreto di omologa (24), i cui effetti rivestono senz'altro natura costitutiva, modificativa ed esdebitativa.

Molto più opinabile è, invece, la produzione degli effetti novativi (25), che, di contro, pare essere posta alla base dell'arresto della S.C. in commento, atteso che la "nuova insolvenza" germinerebbe proprio in conseguenza della mancata osservanza al nuovo impegno economico assunto con l'omologa.

Non a caso, ivi, viene legittimato l'avvio dell'istruttoria ex art. 15 l.fall., fondato sull'inadempimento alle obbligazioni "riscritte (cioè falcidiate e destrutturate rispetto al rango privilegiato) a seguito dell'omologazione oltre ad altre sopravvenute (e solo queste nella loro integralità)", tanto da reggere anche l'impatto con il successivo, ma non consecutivo, fallimento dichiarato (elemento, di contro, valorizzato nel percorso esegetico del Tribunale di Pistoia, per sostenere, lato debitore, l'effetto esdebitatorio e paralizzante del fallimento): ed in quella sede concorrerebbero (26) così i creditori nella suddetta specifica entità, senza alcuna possibilità incrementativa di originaria reviviscenza, essendo questa discendente dalla sola previa risoluzione (27), ritenuta imprescindibile nella tesi avversa.

I due corni del dilemma e la loro possibile riduzione ad unità transitano necessariamente dall'indagine della natura del decreto di omologa e dalla sua idoneità a produrre la rimozione dell'insolvenza e la contestuale formazione d'un nuovo diritto di credito, estintivo e sostitutivo di quello originariamente concorsuale (28).

All'omologa non viene riconosciuto l'effetto tipico della novazione delle originarie obbligazioni (29) e l'assunto trarrebbe supporto i) nella mancanza di qualunque disposizione in tal senso (30) (e la novazione non si presume (31)), ii) nell'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori ex art. 184 l.fall., ancorché estraniatisi dalla procedura di approvazione, o dissenzienti ed oppositori, iii) e, ancora, nel principio (posto dalla stessa suddetta norma, contro ciò che dispone, in tema di novazione, la prima parte dell'art. 1300 c.c.) che il concordato omologato, a differenza di quanto accade ai sensi dell'art. 1232 c.c., non fa cessare i diritti dei creditori verso gli originari coobbligati (32).

L'omologa varrebbe, quindi, in via esclusiva ad impegnare i creditori chirografari a non richiedere al debitore la parte eccedente la percentuale proposta, senza però produrre la sostituzione dell'obbligazione (33).

Del resto, una conferma di ciò si rinviene nella decorrenza, senza soluzione di continuità, della prescrizione dei crediti nella procedura di concordato, non potendo in quella sede invocarsi la causa di sospensione di cui all'art. 2941, n. 6, c.c. (34), essendo il disposto di cui all'art. 168, comma 2, l.fall. evidentemente limitato a sospendere il decorso

(23) Così Trib. Modena 11 giugno 2014, in *www.ilcaso.it*.

(24) Cass. 4 novembre 2011, n. 22931 in *Giur. it.*, 2012, 1187.

(25) I. Picciano, *Transazione semplice e novativa: brevi note in tema di nullità della prior obligatio*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, II, 437, secondo il quale l'omologazione del concordato sarebbe equiparabile ad una transazione semplice, non già novativa, atteso che le parti (debitore e creditori), mediante lo strumento concordatario, hanno inteso modificare alcuni aspetti del rapporto preesistente (*quantum debeatur*), il quale permane immutato; negli stessi termini, Cass. 14 giugno 2006, n. 13717, in *Guida al lavoro*, 2006, n. 40, 48, con nota di A. Toffoletto, *Carattere novativo o conservativo della transazione*, in *Obbl. e contr.*, 2007, 13; Cass. 13 dicembre 2005, n. 27448 in *Obbl. e contr.*, 2006, 614.

(26) Sul concorso tra debitori anteriori e debitori posteriori cfr. G. D'Atorre, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, in questa *Rivista*, 2017, 1015.

(27) L'art. 186 l.fall. si porrebbe, pertanto, in funzione derogativa dell'art. 1976, secondo capoverso, c.c.

(28) Per un'esauritiva disamina degli effetti che produce l'omologazione (pro debitore e nei confronti del creditore) e la loro influenza alla fase esecutiva del concordato, si rimanda a G. Rago, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2006, 1096.

(29) Cass. 14 marzo 2001, n. 3670, in *Dir. fall.*, 2002, II, 50.

(30) A differenza di quanto avvenuto per l'omologa dell'accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento, ove, l'art. 11 comma 4, L. n. 3/2012 esclude la novazione, "salvo che sia diversamente stabilito".

(31) Cass. 13 giugno 2014, n. 13549, in *www.dejure.it*, ha statuito che la novazione oggettiva del rapporto obbligatorio postula il mutamento dell'oggetto o del titolo della prestazione, ai sensi dell'art. 1230 c.c., mentre non è ricollegabile alle mere modificazioni accessorie di cui all'art. 1231 c.c. e deve essere connotata non solo dall'*aliquid novi*, ma anche dall'*animus novandi*, inteso come manifestazione inequivoca dell'intento novativo e dalla *causa novandi*, intesa come interesse comune delle parti all'effetto novativo.

(32) Così, Cass. 3 aprile 1978, n. 1500, in *Giur. Comm.*, 1978, II, 317. In termini conformi, per l'omologa del concordato fallimentare, cfr. Cass. 5 febbraio 1985, n. 770, in questa *Rivista*, 1985, 1241 e in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 681.

(33) P. Pajardi, *sub art. 186, Codice del Fallimento*, M. Bocchiola, P. Pajardi - A. Paluchowski (a cura di), 2013, 2114, che richiama A. Patti, *Escussione delle garanzie nel concordato preventivo risolto e legittimazione dei singoli creditori*, in questa *Rivista*, 2009, 1392.

(34) Cass. 10 febbraio 2009, n. 3270, in *Giur. comm.*, 2010, II, 809; Cass. 3 agosto 2007, n. 17060, in *www.ilcaso.it*.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

nel breve periodo della procedura concordataria (35).

Pur in apparente difetto di tale carattere novativo, tuttavia, alla presenza d'una irreversibile patologia nell'adempimento, il creditore insoddisfatto, ma anche il Pubblico Ministero e lo stesso debitore, in forza delle coniate obbligazioni contenute nell'omologa non risolta, possono, secondo la S.C., richiedere il fallimento ai sensi dell'art. 6 l.fall. (36).

In riferimento all'iniziativa del singolo creditore, la natura pubblicistica del fallimento è antitetica a quella negoziale partecipativa del concordato preventivo, tanto che, se in quest'ultima gli altri creditori possono partecipare, nella prima, ciò potrebbe non avvenire, con ovvie conseguenze in termini di lesione del contraddittorio e di pretermissione dei loro diritti, o meglio della loro aspettativa di poter essere beneficiari d'un pagamento superiore (37) rispetto al riparto fallimentare (38). In effetti, i creditori hanno acquistato un diritto a vedere eseguito il piano con il patrimonio loro offerto e una tutela risolutiva, quando il piano non sia compiutamente eseguito (39): quindi, la risoluzione rappresenta l'unico strumento con il quale i creditori possono liberarsi di tutti quegli effetti che il concordato produce, remissori, dilatori ed in ogni caso modificativi (40).

L'antinomia del sistema si accentua volgendo lo sguardo alla legittimazione del Pubblico Ministero (41), consentita in un caso e preclusa nell'altro (42), e del debitore (43) stesso che potrebbe surrettiziamente optare per l'autodichiarazione di fallimento, profittando delle indissolubili falci concordatarie per poi rimuovere l'insolvenza con un concordato fallimentare.

Sotto il profilo oggettivo, il fallimento *omisso medio* richiede, a differenza di quello in *consecutio* alla risoluzione, l'integrarsi, oltreché dell'inadempimento alle obbligazioni concordatarie per come "riscritte", l'accertamento d'una "nuova insolvenza", ivi inclusa la persistenza dei presupposti di cui all'art. 1, comma 2, l.fall., oltreché quello ostativo di cui all'art. 10 l.fall. (44).

L'insolvenza riveste, pertanto, il carattere della novità solo se riferibile ad obbligazioni sopravvenute alla chiusura del procedimento concordatario, non potendo, quelle geneticamente riconducibili alla primigenia insolvenza, risorgere, se non attraverso la destituzione di quel provvedimento che, a sua volta, l'aveva rimossa (45).

Ma se si ammette che il debito ristrutturato con l'omologazione rimane ancorato a quello originario, in considerazione dell'identità soggettiva ed oggettiva, l'insolvenza non può che essere la medesima (46), inerendo così un'unica procedura (47):

(35) V. Cass. 17 aprile 2003, n. 6166 in questa *Rivista*, 2004, 178, con nota di D. Plenteda, *Il blocco delle esecuzioni, delle prescrizioni e decadenze e dell'acquisto dei diritti di prelazione nel concordato preventivo*. D'altra parte è ovvio che in presenza, invece, d'una novazione, il termine iniziale prescizionale decorrebbe dalla definitività dell'omologa, perché estintiva del precedente rapporto con nascita di uno nuovo.

(36) Di contro, segnala, a tal proposito, il Tribunale di Pistoia che "è proprio l'effetto esdebitatorio di cui all'art. 184 (correttamente inteso) che paralizza l'azione del creditore ex art. 6 l.fall.: non esiste alcun credito ristrutturato da azionare al di fuori dell'ambito risolutivo, per il semplice fatto che non esiste più alcun credito, salvo che il concordato non venga risolto per inadempimento delle obbligazioni assunte dal debitore (come sopra descritte), con conseguente reviviscenza dei crediti nella misura originaria: dunque o nessun credito o l'intero credito (ovviamente identica conclusione non è predicabile per altre tipologie concordatarie)".

(37) Si pensi alla comune prassi dell'apporto di effettive risorse terze, subordinato all'omologa del concordato che, con la dichiarazione di fallimento *omisso medio*, a differenza di quanto accadrebbe con la risoluzione, verrebbero azzerate.

(38) Giungendo così a quella che il Tribunale di Pistoia definisce come nemesi del concordato preventivo, retto nella fase genetica dal principio maggioritario e in quella terminale dall'iniziativa del singolo.

(39) P. Bortoluzzi, *L'azione di risoluzione del contraente in bonis nel concordato preventivo*, in *www.osservatorio-oci.org*.

(40) P. Pajardi, *sub art. 186, op. cit.*, 2108.

(41) Ed è il caso scrutinato in Trib. Venezia 6 novembre 2015, cit.; Trib. Torino 26 luglio 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rovereto 30 marzo 2017, *inedita*.

(42) La S.C., per tutte, Cass. 23 novembre 2016, n. 23882, in *www.ilcodicedeconcordati.it*, ha più volte puntualizzato che la valutazione della probabilità di inadempimento ai fini dell'omologazione della proposta concordataria è riservata ai creditori, ai quali soltanto, inoltre, e con esclusione dello stesso Pubblico Ministero, è riservata dopo l'omologazione la legittimazione a chiedere la risoluzione.

(43) Riguarda i casi di Trib. Modena 1° agosto 2016, in *www.ilcaso.it*; Trib. Treviso 10 gennaio 2017, in *www.fallimenti&società.it*; Trib. Napoli Nord 13 aprile 2016, in *Dir. fall.*, 2016, II, 1338, con nota di G. D'Attorre, *Concordato omologato e fallimento successivo*.

(44) Ed il che, soprattutto nei concordati liquidatori, non è così scontato: vero è che il *dies a quo* di decorrenza è riconducibile alla formale cancellazione dal registro dell'impresa, ma siccome l'attività, di regola, cessa, e detta circostanza viene portata alla conoscenza di tutti i creditori mediante la pubblicazione del decreto di omologa, ovvero sia con mezzi idonei a dare l'abbrivo di detta decorrenza; cfr. sul tema, Cass. 21 gennaio 2013, n. 1350, in *D&G*, 2013, 23 gennaio.

(45) F. Lamanna, *Fallimento dell'impresa in concordato senza previa risoluzione: un problema ancora aperto*, in *www.ilfallimentarista.it*, 5 maggio 2017.

(46) Con riguardo al medesimo imprenditore ed alla medesima insolvenza, il concordato non può che essere unico, e dunque unica la relativa procedura ed il suo esito, in tali termini, si esprime Cass. 7 febbraio 2006, n. 2594, in *CED*, n. 588026.

(47) Cfr. Cass. 14 gennaio 2015, n. 495 - Rv 633987; anche in presenza d'uno iato temporale, v. Cass. 29 marzo 2016, n. 6045, in *www.ilcodicedeconcordati.it*.

l'inopinato arresto del concordato, nella sua fase esecutiva, a mezzo della dichiarazione di fallimento e senza la previa risoluzione, creerebbe, quindi, una irreversibile cesura, che conduce ad una scissione temporale dell'insolvenza, compromettendo il naturale snodarsi della consecuzione e degli effetti che da essa discendono ai sensi dell'art. 69 bis, comma 2, l. fall. (48).

Del resto, il rapporto ipotattico che intercorre tra le due procedure (49), in virtù del quale il fallimento non potrà essere dichiarato (50) sino all'esito negativo di quella specifica domanda di concordato (51), è, infatti, il frutto d'una esigenza ordinamentale che ha attribuito al concordato preventivo la funzione di prevenire - appunto - il fallimento attraverso una soluzione alternativa basata sull'accordo con la maggioranza dei creditori (52).

La tesi non sembra neppure confutabile dall'argomentazione di quel filone giurisprudenziale (53), formatosi sulla scorta della pronuncia della Consulta (54), che aveva dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale del combinato disposto degli artt. 137, 184 e 186 l.fall., sollevata, in riferimento agli artt. 3, 24 e 41 Cost. (55).

Al di là, infatti, della valenza di detta statuizione (56), il caso affrontato riguardava un creditore pretermesso, di guisa che, non avendo potuto esperire il rimedio della risoluzione del concordato preventivo, a tutela del proprio diritto, aveva richiesto il fallimento della società debitrice: negare una siffatta possibilità avrebbe determinato un pregiudizio alle facoltà di difesa di quello specifico creditore (57).

Tali considerazioni, dunque, non paiono estensibili a favore di quei creditori che, al verificarsi dell'inadempimento, anche potenziale, alle obbligazioni concordatarie, siano essi ancora nel termine annuale, anziché richiedere la risoluzione del concordato optino per l'immediata istanza di fallimento che, allo stesso modo, dovrebbe precludersi in caso di decorrenza del suddetto termine (58).

Segue ... L'inadempimento e la e la posizione dei creditori in ciascun procedimento di concordato

L'inadempimento può atteggiarsi in modo differente, a seconda del tipo di concordato (59) che l'imprenditore abbia confezionato per la risoluzione della propria crisi, cosicché differenti saranno le

(48) Oltre ad imporre un nuovo accertamento della sussistenza dei presupposti ex artt. 1, 6 e 15 l.fall. Per una visione allargata del concetto di consecuzione nonché di prededuzione "sostanziale" relativa ad obbligazioni post omologa, si segnala Cass. 9 settembre 2016, n. 17911, in www.ilcodicedeconcordati.it.

(49) Cass., SS.UU., 27 dicembre 2016, n. 26989, in www.ilcodicedeconcordati.it.

(50) Cfr. Cass. 30 aprile 2014, n. 9476, ord., in *Foro it.*, 2014, parte I, col. 1746 con commento di G. Carmellino e in *Dir. fall.*, 2015, 1 ss. con nota di A. Penta, *I rapporti tra il concordato ammesso e l'istruttoria prefallimentare: molto rumore per nulla*.

(51) Cass. 18 gennaio 2017, n. 1169, in www.giustiziacivile.com, 24 gennaio 2018 con nota di A. De Filippis, *Ancora sul rapporto tra procedimento per la dichiarazione di fallimento e quello per l'ammissione al concordato preventivo*.

(52) Cass., SS.UU., 15 maggio 2015, n. 9935, in *Giur. comm.*, 2017, 21.

(53) Trib. Napoli Nord, 13 aprile 2016, in *Dir. fall.*, 2016, II, 1338, cit.

(54) Corte cost. 2 aprile 2004, n. 106, in www.dejure.it, cit. aveva sostenuto che l'assenza della risoluzione del concordato non impedirebbe la dichiarazione di fallimento "in consecuzione", in quanto l'opposta lettura sarebbe "frutto di una interpretazione che privilegia un - rispettabile ma opinabile - profilo sistematico, secondo il quale il concordato (se non risolto o annullato) cancellerebbe definitivamente "quella" insolvenza in ragione della quale fu ammesso e omologato e, pertanto, impedirebbe di attribuire successivamente rilevanza, ai fini di cui all'art. 5 l.fall., ai debiti esistenti al momento dell'apertura della procedura".

(55) Secondo cit. Trib. Treviso 10 gennaio 2017, in www.fallimenti&società.it, l'interpretazione della Corte Costituzionale è ancor più condivisibile ora, in considerazione dell'avvenuta eliminazione dell'ultimo comma dell'art. 186 l.fall., che sembrava subordinare la dichiarazione di fallimento alla previa risoluzione (o annullamento) del concordato.

(56) L'arresto, oltre a non essere assertivo (anzi, quasi dubitativo, stante il continuo ricorso al condizionale), non reca in dispositivo un esplicito richiamo alle relative argomentazioni, non essendovi alcun rinvio "nei sensi di cui in motivazione" o formule equipollenti; v. sullo specifico tema, Cass., SS.UU., 16 dicembre 2013, n. 27986, in www.neldiritto.it; in dottrina, cfr. M. Bellocci-T. Giovannetti, *Il quadro delle tipologie decisorie nelle pronunce della Corte Costituzionale*, 11 giugno 2010, in www.cortecostituzionale.it. Secondo S. Ambrosini, *La risoluzione del concordato*, in www.ilcaso.it cit. il riferimento non risulta decisivo per almeno due concorrenti ordini di ragioni: a) la sentenza (oltre tutto interpretativa di rigetto) è riferita alla legge fallimentare anteriore alle riforme del 2005 e del 2006, la quale contemplava, a tacer d'altro, sia il fallimento che la risoluzione d'ufficio e si iscriveva quindi in un quadro sistematico completamente diverso; b) la *ratio decidendi* è marcatamente collegata alla peculiarità del caso concretamente esaminato nel giudizio *a quo*, dal momento che si trattava nella specie di tutelare un creditore ingiustamente pretermesso da piano e proposta concordatari e che proprio per questo non aveva potuto agire tempestivamente per la risoluzione.

(57) Trib. Padova 30 marzo 2017, in www.fallimenti&società.it, che, sulla scorta d'una coerente ricostruzione esegetica, fondata sugli insegnamenti di Cass., SS.UU., 16 dicembre 2013, n. 27986, in *Foro it.*, 2014, I, 1872, demolisce la portata della sentenza interpretativa di rigetto della Consulta.

(58) Si tratta di un termine decadenziale, che decorre dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento del concordato e che, stante l'ampiezza della formula legislativa utilizzata (adempimento), vale a ricomprendere la varietà di contenuti che attualmente il concordato può assumere; così App. Genova 20 febbraio 2013, in www.unijuris.it.

(59) Sul tema, G. Fauceglia, *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2006, 1104.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

conseguenze che detta risoluzione comporterà sulle obbligazioni concordatarie.

Nel presente paragrafo, quindi, verrà esaminata l'interferenza della risoluzione e del fallimento *omisso medio* nelle varie ipotesi di concordato, visto che i provvedimenti in commento si sono occupati, principalmente, del concordato liquidatorio "puro", con cessione di beni, anteriore alla riforma del 2015.

In quest'ultimo specifico caso, declinato oramai al ruolo di ipotesi meramente accademica, l'imprenditore ha assunto l'obbligo di porre a disposizione dei creditori l'intero patrimonio dell'impresa, libero da vincoli ignoti ostativi alla liquidazione e non quello di garantire il pagamento dei crediti in una misura percentuale prefissata, indicata in via previsionale al mero fine di consentire ai creditori di valutare la convenienza e la fattibilità economica della proposta (60).

Con l'emissione del decreto di omologa si perfeziona l'adempimento del concordato, con l'investitura del liquidatore giudiziale, quale organo nominato dal tribunale ai sensi dell'art. 182 l.fall., della gestione del patrimonio segregato nell'interesse dei creditori, in forza del vincolo di destinazione apposto, (61) nel rispetto delle direttive impartite (62).

In tali casi, come poc'anzi accennato, non potrebbe configurarsi alcun tipo di inadempimento, neppure nell'ipotesi in cui la somma ricavata dalla vendita dei beni si discostasse, anche notevolmente, da quella necessaria a garantire il pagamento dei crediti nella percentuale indicata e, di conseguenza, non è possibile agire, né *ex art. 186 l.fall.* per la risoluzione del concordato, né tanto meno *ex art. 6 l.fall.* per

conseguire il fallimento rispetto all'originaria insolvenza: l'inadempimento che giustifica la risoluzione potrebbe, piuttosto, essere invocato qualora il patrimonio conferito fosse poi risultato privo delle qualità promesse, ai sensi dell'art. 1497 c.c. (63) (legittimando, forse in tale ed altre ipotesi, anche l'azione di annullamento (64)).

Il creditore "insoddisfatto" nella sua aspettativa, in caso di inerzia del liquidatore, può, comunque, richiedere l'intervento giudiziale, ricorrendo anche a strumenti più coattivi, quali quelli delineati dall'art. 185 l.fall. (65), peraltro, come correttamente ricordato dal Tribunale di Pistoia, ulteriormente rinvigoriti nell'art. 6, comma 2, lett. b della legge delega n. 155/2017: detta condivisibile estensione dello spettro della tutela dei creditori varrebbe a contraddire anche l'assunto, posto a valle delle contrapposte decisioni in commento, secondo cui il rimedio dell'immediato fallimento, quale esecuzione forzata per eccellenza, eviterebbe l'avvio di azioni espropriative individuali (peraltro precluse ai sensi dell'art. 2915 c.c. (66)) che potrebbero creare alterazioni del concorso (67).

D'altra parte, non è un caso che la S.C., nel suo più autorevole consesso, ha chiarito, ancor prima dei novellati artt. 182 e 185 l.fall., che la vendita dei beni formanti oggetto della cessione, ove pure vi provveda direttamente l'imprenditore non spossessato (ed, a maggior ragione, quando essa è affidata ad un liquidatore di nomina giudiziale), si realizza in un contesto proceduralizzato dai dettami del concordato omologato, attraverso atti che il medesimo debitore non sarebbe più ormai libero di non compiere, per

(60) Così, per Cass. 23 giugno 2011, n. 13818, in *Giur. it.*, 2012, 81, l'indicazione, nella domanda di concordato preventivo, della percentuale di soddisfacimento che, all'esito del realizzo dei beni, i creditori sono verosimilmente destinati a ottenere e la menzione dei presumibili tempi della liquidazione sono necessarie ai fini della determinatezza e della piena intelligibilità, da parte dei creditori, dei termini effettivi della proposta, ma non sono vincolanti ai fini del buon esito del concordato.

(61) F. Filocamo, *sub art. 182, La legge fallimentare, Commentario Teorico-Pratico*, (a cura di) M. Ferro, 2014, 2089.

(62) Cass. 13 aprile 2005, n. 7661, in *www.judicare.it*, ha precisato che la procedura di concordato preventivo mediante la cessione dei beni ai creditori comporta il trasferimento agli organi della procedura non della proprietà dei beni e della titolarità dei crediti, ma solo dei poteri di gestione finalizzati alla liquidazione.

(63) *Ibidem*.

(64) Cass. 14 settembre 2016, n. 18090, in *www.ilcaso.it*, estende l'ambito di applicazione dell'annullamento alle ipotesi di revoca *ex art. 173 l.fall.*

(65) Cass. 20 giugno 2017, n. 15185, in *www.ilcodicedeconcordati.it*.

(66) G. Rago, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in *questa Rivista*, 2006, 1098, cit.

(67) Peraltro fisiologiche nel sistema; cfr. Cass. 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Dir. fall.*, 2011, 423, la quale afferma che il

fallimento non è, infatti, un soggetto giuridico autonomo del quale i creditori siano in qualche modo partecipi e il complesso dei creditori concorrenti viene costituito in corpo deliberante in modo del tutto casuale e involontario, così che non è avvinco da alcun patto che comporti la necessità di valutare un interesse comune trascendente quello dei singoli. Nell'ambito della tutela del proprio credito, e prescindendo dall'eventuale ruolo svolto in organismi ristretti specificamente rappresentativi dell'intero ceto quale il comitato dei creditori, ogni creditore è legittimamente (nell'ambito delle regole procedurali) *homo homini lupus*, nel senso che può valutare esclusivamente il proprio interesse rappresentando unicamente se stesso. Non va inoltre trascurato il fatto che un conflitto tra i creditori è immanente nel sistema, posto che è normale che la massa attiva sia insufficiente per il soddisfacimento integrale dei creditori e che quindi sia interesse di ciascuno di loro, al fine di garantire il proprio maggior soddisfacimento, opporsi al riconoscimento del credito altrui e quindi alla sua partecipazione al riparto. Peraltro, l'alterazione ben potrebbe verificarsi anche nel fallimento *omisso medio*, se ad esempio temporalmente preceduto da un'iscrizione ipotecaria, che si consolida, da parte d'un creditore estremamente reattivo, avuto riguardo al tenore dell'art. 168 comma 3, l.fall., cogente sino all'omologa del concordato.

finalità soddisfattorie dei creditori del tutto analoghe a quelle della procedura esecutiva fallimentare ed in un ambito di controlli pubblici del pari destinati a garantire il raggiungimento di tale finalità. Se ne deve allora dedurre che anche la fase esecutiva del concordato per cessione dei beni è riconducibile ad una più vasta categoria di procedimenti di esecuzione forzata (in senso lato) al pari della procedura fallimentare (68).

Indubbiamente la fenomenologia della risoluzione assume connotati differenti per i concordati liquidatori "misti" (69) anteriori alla novella del 2015 (70) nonché per quelli ad essi simmetrici ed introdotti successivamente, considerato che, in ambedue i casi, la cessione dei beni deve sempre essere accompagnata dall'obbligo di assicurare (71) il pagamento (72) d'una somma in percentuale pari almeno (per quelli *post novella*) al 20% dell'ammontare dei crediti chirografari (73), ivi inclusi gli eventuali prelatizi degravati (74) (nel qual caso, con necessaria finanza esterna (75)), oltre l'utilità, specificamente individuata ed economicamente valutabile di cui all'art. 161, comma 2, lett. e), l.fall. (76).

Il concordato con cessione di beni, ove l'imprenditore si limitava ad assumere l'obbligo di porre a disposizione dei creditori l'intero patrimonio della propria impresa, è obliterato, in quanto oggi spogliato, pressoché integralmente, della sua

componente aleatoria e promiscuamente intriso d'una prognosi di ragionevole certezza di pagamento dei crediti (77) in una misura percentuale prefissata. L'offerta ai creditori può così essere suddivisa in una entità soddisfattiva che il proponente assicura (quale specifico impegno valido ai fini della valutazione dell'inadempimento che provoca la risoluzione del concordato nei termini di cui all'art. 186 l.fall. (78)), rispetto ad un'altra aggiuntiva (c.d. *earn out*) che viene rimessa all'alea delle vendite competitive, proprio nell'ottica della massimizzazione della *recovery*. In caso di inadempimento ai soli impegni vincolanti (79), il concordato potrà essere ovviamente risolto: tuttavia, a parere di chi scrive, anche in siffatta ipotesi il fallimento senza previa risoluzione non potrà essere dichiarato per l'omesso pagamento della percentuale assicurata, perché trattasi, comunque, d'una rimodulazione d'una posta geneticamente ricollegabile all'originaria insolvenza.

Anche in tale caso, quindi, il creditore, pur se intempestivo, dovrà attivarsi per stimolare il liquidatore ad attenersi alle direttive dell'omologa, che, ove ineseguibili, potranno essere oggetto di interventi supplementari od integrativi (80), provocando così una sorta di "metamorfosi" del concordato: nonostante, infatti, l'art. 185 l.fall. si limiti a richiamare il solo comma 2 dell'art. 136 l.fall., al concordato preventivo si applica anche il successivo comma 3 che autorizza

(68) V. Cass., SS.UU., 16 luglio 2008, n. 19506, in *Foro it.*, 2008, I, 3149.

(69) Per una disamina del concordato con garanzia rappresentata dallo stesso patrimonio del debitore, allorché la cessione attenga il piano e non la proposta, garantita quest'ultima, anche ai fini dell'adempimento, dalla promessa di un pagamento, cfr. M. Fabiani, *Commentario del codice civile e codici collegati*, 724.

(70) Cass. 14 marzo 2014, n. 6022, in www.ilcaso.it; Cass. 9 giugno 2017, n. 14444, in www.ilcodicedeconcordati.it.

(71) L'impegno economico che si assume il debitore concordatario si colloca nel solco dell'ultimo e più rigoroso filone giurisprudenziale, formatosi nella vigenza del testo dell'art. 160 anteriore al D.Lgs. n. 5/2006, secondo cui il giudizio sulla sufficienza dei beni offerti dal debitore ad assicurare il soddisfacimento dei crediti nella misura prevista dalla legge non può quindi muovere da mere congetture o da ipotesi arbitrarie e più o meno ottimistiche, ma deve poggiare su elementi seri e concreti, idonei a giustificare il convincimento circa la ricorrenza di tali requisiti capaci di far sorgere la fondata opinione, intesa come quasi certezza, che la liquidazione dei beni stessi fornirà i mezzi necessari al predetto soddisfacimento; così Cass. 23 luglio 2007, n. 16215, in www.ilcaso.it.

(72) Cfr. Trib. Milano 7 aprile 2016, in www.ilcaso.it, secondo cui il debitore si deve obbligare al pagamento monetario dell'importo del 20% del complessivo ammontare dei crediti chirografari, non essendo consentita la loro soddisfazione in altro modo se non per quanto riguarda la eventuale eccedenza rispetto a detta percentuale che il debitore libero di offrire.

(73) L. D'Orazio, *Attestazioni e controllo giudiziario nelle procedure concorsuali*, (a cura di) D'Orazio - Filocamo-Paletta, 2015, 181.

(74) L. Bottai, *subart. 160*, in AA.VV., *La nuova riforma del diritto concorsuale - commentario operativo al d.l. n. 83/2015 conv. in l. n. 132/2015*.

(75) Sul tema si rinvia a G. D'Attorre, *Ricchezza del risanamento imprenditoriale e sua destinazione*, cit.

(76) M. Fabiani, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una lettura difensiva*, in questa *Rivista*, 2016, 569.

(77) Trib. Pistoia 29 ottobre 2015, in www.ilcaso.it, secondo cui il criterio di qualificazione della proposta adottato si pone a metà strada fra quello della garanzia e quello della ragionevole previsione: meno del primo, più del secondo; per Trib. Mantova 28 aprile 2016, in www.ilcaso.it, trattasi di impegno vincolante e preciso dell'imprenditore supportato da un piano prudenziale e coerente"; in termini simili, Trib. Ravenna 27 novembre 2015, in www.ilcaso.it e Trib. Treviso 29 luglio 2016, in www.fallimenti&società.it. In più accentuati termini di "garanzia" si esprimono Trib. Rovigo 1° agosto 2016, in www.fallimenti&società.it e Trib. Firenze 8 gennaio 2016, in www.ilcaso.it.

(78) Sulla base del parametro di legge e tenuto conto dei fisiologici scostamenti dal piano nonché del criterio di proporzionalità dell'inadempimento specifico rispetto a quello integrale. Cfr. Cass. 7 giugno 1993, n. 6367, in *Juris data on line*.

(79) S. Ambrosini, *Il diritto della crisi d'impresa alla luce della "miniriforma" del 2015*, in www.ilcaso.it, 20 agosto 2015.

(80) V. Cass., SS.UU., 16 luglio 2008, n. 19506, in *Foro it.*, 2008, 3149 cit.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

in fase attuativa l'intervento giudiziale officioso e cioè permette che "il giudice delegato (...) adott(i) ogni misura idonea per il conseguimento delle finalità del concordato". Tale previsione si applica sino ad autorizzare l'uso di poteri officiosi, oltre che da parte del giudice delegato, ad opera dello stesso tribunale fallimentare (81).

L'impossibilità di conseguire la rimozione dell'omologa e la persistente segregazione del patrimonio del debitore concordatario condurranno così alla distribuzione del ricavato sulla base dei principi governati dagli artt. 2740 e 111 *quater* l.fall., essendo divenuto inattuabile lo sviluppo del piano concordatario per come scandito nell'omologa (82). D'altronde, si tratterebbe nella sostanza di anticipare solamente l'esecuzione del riparto, nell'ambito d'un concordato ineseguito (83) anziché del fallimento, senza alterare la graduazione e pur sempre in un ambito proceduralizzato e concorsuale, soggetto alla vigilanza degli organi della procedura (84).

Nei concordati con assuntore, che pure hanno una congenita natura traslativa conseguente all'omologa (85), un terzo (od un creditore) adempie la proposta (86) accollandosi (87), con effetto cumulativo o liberatorio, i debiti dell'impresa per come risultanti all'esito del processo di ristrutturazione, a fronte del trasferimento di tutte le attività

concordatarie (ivi inclusi, anche i rapporti e le situazioni giuridiche attive) (88).

Con l'omologa l'assuntore subentra nelle obbligazioni del debitore concordatario, assumendo la veste di cessionario nonché di sovventore e garante del pagamento d'una predeterminata percentuale di soddisfazione.

Qualora la proposta preveda la liberazione immediata del debitore concordatario, l'art. 186, comma 4, l.fall., quale estrinsecazione del principio contemplato all'art. 1274, comma 3, c.c., esclude l'avvio della risoluzione per inadempimento (ed *a fortiori*, l'istanza di fallimento), neppure per la persistente insolvenza dell'assuntore (89), potendo evidentemente il creditore insoddisfatto agire nei confronti di quest'ultimo (90) e richiedere, in caso di insolvenza, la sua dichiarazione di fallimento.

La peculiarità della fattispecie risiede nella clausola di liberazione immediata del debitore che vale, a differenza di quanto avviene nelle altre ipotesi disciplinate, a concretamente "novare" il rapporto obbligatorio (91), escludendo in radice la reviviscenza dell'originaria insolvenza.

Speculari ma non sovrapponibili considerazioni possono essere spese nell'accollo cumulativo e nel concordato con garanzia effettiva (che non inerisce, quindi, in via esclusiva i beni del debitore) del terzo, limitatamente all'ipotesi in cui il debitore

(81) Cass. 20 giugno 2017, n. 15185, in www.ilcodicedeconcordati.it.

(82) E non c'è nulla di osceno nell'ammettere la resistenza d'un concordato non più risolvibile né convertibile in fallimento, visto che il concordato in esame ha "finalità liquidatorie e soddisfattive" speculari a quelle del fallimento, così Corte cost. 30 dicembre 1994, n. 471 in *Giur. cost.*, 1994, f. 6. Senza contare, poi, in caso di contrapposizione fra creditori, i risvolti sull'interesse ad agire in relazione al loro "miglior soddisfacimento", stante l'aggravamento delle ulteriori prededuzioni che la procedura fallimentare giocoforza subisce, di certo non "compensate" dall'esercizio delle azioni della massa, in mancanza di perfetta consecuzione.

(83) In tali termini succitato Trib. Ancona 23 febbraio 2015, in questa *Rivista*, 2016, 221, con nota di G. Giurandella, *Inadempimento del concordato preventivo e mancata richiesta infrannuale di risoluzione*.

(84) Cass. 9 settembre 2016, n. 17911, in www.ilcodicedeconcordati.it, ove viene espressamente ammesso che "le procedure di concordato liquidatorio consistono in un sostanziale fallimento dell'impresa, con i vantaggi della realizzazione di una liquidazione concordata".

(85) Poiché a tale pronuncia viene riconosciuta la natura di titolo diretto ed immediato per il trasferimento dei beni all'assuntore, di cui segna il *dies a quo*; Cass. 13 aprile 2007, n. 8832, in www.ilcaso.it. Nel concordato con assunzione, l'omologa ha, infatti, effetti costitutivi del trasferimento della proprietà, allo stesso modo di un contratto di compravendita o della sentenza di esecuzione in forma specifica pronunciata ex art. 2932 c.c.; cfr. Cass. 1° marzo 2010, n. 4863, in www.ilcaso.it, secondo cui è ammissibile anche l'apposizione d'una condizione di carattere temporale che ne differisce, pertanto, la produzione degli effetti definitivi.

(86) L'art. 160, comma 1, lett. b), l.fall., laddove prevede "l'attribuzione delle attività" all'assuntore, presuppone che ciò avvenga sulla base d'un piano e che esse, comunque, ineriscano la "proposta"; l'art. 186, comma 4, l.fall., nell'escludere l'ipotesi di risoluzione del concordato allorché l'assunzione abbia previsto la liberazione immediata del debitore, si riferisce, comunque, all'inadempimento "degli obblighi derivanti dal concordato", quindi della "proposta".

(87) Con l'introdotta possibilità di presentare "proposte concorrenti" ex art. 163 l.fall., accordata ai creditori, qualora l'assuntore non rivesta la qualifica di co-proponente, ovvero sia in difetto d'un precedente accordo con il debitore, l'istituto applicabile diviene l'espromissione; istituto, che, rispetto all'accollo, potrebbe astrattamente generare una complessa compatibilità con gli effetti esdebitativi nei confronti dei creditori dissenzianti, laddove richiede una "espressa" dichiarazione liberatoria da parte del creditore, che andrebbe di contro desunta dall'imposizione maggioritaria: pare, tuttavia, dirimente l'obbligatorietà per i creditori concorsuali degli effetti dell'omologa, ai sensi dell'art. 184, che, in considerazione del suo precetto imperativo (così cit. Cass. 4 novembre 2011, n. 22931), supera il suddetto rilievo.

(88) V. Trib. Milano 15 giugno 2017, in www.osservatorioci.org, secondo cui l'assuntore non si limita ad acquistare il patrimonio ad un determinato corrispettivo, ma diviene il successore e sostituto del debitore liberato, assumendone, quindi, non solo la posizione attiva ma anche quella passiva.

(89) Cass. 17 gennaio 1978, n. 191, in *Foro it.* 1979, 1253, I.

(90) Per lo specifico caso di concordato con assunzione, cfr. App. Genova 20 febbraio 2013, in www.unijuris.it.

(91) Ovviamente nei chiari limiti sanciti dall'art. 1235 c.c. e, quindi, con esclusione del precetto di cui all'art. 1232 c.c.

originario, seppur non liberato, non possa più essere aggredito per l'intervenuta decorrenza del termine annuale di cui all'art. 186 l.fall.: in siffatte ipotesi, comunque, i creditori concorsuali (e non il curatore) potranno agire direttamente nei confronti del terzo garante (92) (già peraltro, convenuto nel procedimento ai sensi dell'art. 137, comma 3, l.fall.); mentre, nell'innaturale dichiarazione di fallimento, senza il pregiudiziale transito della risoluzione e, comunque, dell'escussione (93), il garante e l'assuntore, nei cui loro confronti non si sia ancora perfezionato il trasferimento dei beni, perché magari differito rispetto all'omologa, potrebbero legittimamente eccepire l'impossibilità di agire in via di surrogazione o di regresso.

Anche il concordato con continuità aziendale in via diretta è catalogabile come concordato con garanzia, di guisa che l'inadempimento si verifica allorché il debitore che abbia assicurato ai creditori una percentuale certa di soddisfazione dei loro crediti venga meno all'obbligazione assunta (94).

Qualora sia decorso il termine di cui all'art. 186, comma 3, l.fall., i creditori, in caso di inadempimento, pur non potendo più agire in risoluzione (preclusione a tutti loro imputabile), potranno, sia contare sull'evolutive lettura dell'art. 185 l.fall. che agire esecutivamente nei confronti del patrimonio ristrutturato dall'omologa (95).

Anche in questa ipotesi, per le medesime considerazioni sopra svolte, se non è intervenuta la novazione del rapporto obbligatorio, pare da escludersi la possibilità di richiedere il fallimento *omisso medio* (con ovvio riferimento alle sole obbligazioni anteriori, potendo i creditori posteriori procedervi): a differenza però del concordato liquidatorio, con la chiusura della procedura, il patrimonio del debitore fuoriesce dalla "concorsualizzazione", venendo meno il vincolo impresso dall'art. 45 l.fall. (96),

aprendosi, quindi, il concorso pieno tra creditori anteriori, nei limiti del regime concordatario accettato, e posteriori sui beni presenti e futuri del debitore.

Nella continuità indiretta (97), ovverosia perpetrata attraverso "la cessione od il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione", per l'avvio dell'azione di risoluzione o dell'istruttoria prefallimentare ex art. 6 l.fall. valgono le considerazioni svolte per il concordato con cessione di beni, tanto che, ferma restando la stabilità dell'atto traslativo eventualmente perfezionato prima (ai sensi degli artt. 161, comma 7, e 167 l.fall.) o dopo l'omologa (ai sensi del combinato disposto dell'art. 182, comma 5, e 105 comma 4, l.fall.) (98), è certo che il cessionario/conferitario non subentra nei debiti del debitore concordatario ai sensi dell'art. 2560 c.c., salvo che non sia diversamente disposto (99).

Resta da esaminare la tematica dell'inadempimento nella proposta concorrente, tenuto anche conto delle specifiche tutele di cui fruisce nel novellato art. 185 l.fall.: in caso di proposta autonoma rispetto a quella del debitore, valgano le argomentazioni sviluppate in merito al concordato con assuntore e con garanzia; allorché, invece, si tratti di proposta concorrente parassitaria (100), cioè di proposta che poggia essenzialmente sulle obbligazioni già assunte dal debitore verso il ceto creditorio, è, comunque, coerente che, qualora si concretizzi un inadempimento di non scarsa importanza, il debitore continui a subire gli effetti risolutivi (101).

Conclusioni

Il discrimine sostanziale che ammantava le contrapposte argomentazioni risiede nel grado di intensità di

(92) Tra tutti, cfr. Cass., SS.UU., 18 maggio 2009, n. 11396, con nota di M. Spiotta, *Legittimazione ad escutere le garanzie prestate da terzi per un concordato preventivo risolto e sfociato in fallimento*, in *Giur. comm.*, 3, 2010, 468.

(93) Cass. 4 novembre 2011, n. 22913, in *www.ilcaso.it*.

(94) Trib. Monza 13 febbraio 2015, in *www.ilcaso.it*.

(95) V. nt. 67.

(96) In argomento, si rimanda alle riflessioni di M. Fabiani, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la deconcorsualizzazione del concordato preventivo*, in *www.ilcaso.it*, 9 dicembre 2016.

(97) Per tutti, S. Ambrosini, *La disciplina della domanda di concordato preventivo nella "miniriforma" del 2015*, in *www.ilcaso.it*, 20 agosto 2015, 15; Trib. Bolzano 10 marzo 2015, in *www.osservatorioooci.org*.

(98) Quale principio ricavabile dal combinato disposto degli artt. 15, comma 18, l.fall. e 2929 c.c., sancito oggi anche nella bozza del decreto delegato del prossimo Codice della crisi e dell'insolvenza

di cui alla L. n. 155/2017 e segnatamente all'art. 9 comma 2, per la prededuzione, all'art. 102 comma 8 per i contratti pendenti oggetto di scioglimento ex (già) art. 169 bis l.fall., all'art. 121 per l'irreversibilità delle operazioni straordinarie.

(99) Ribadito anche all'art. 123, comma 8 contenuto nella bozza del decreto delegato del prossimo Codice della crisi e dell'insolvenza di cui alla L. n. 155/2017.

(100) A. Rossi, *Il contenuto delle proposte concorrenti nel concordato preventivo (prime riflessioni)*, in *www.ilcaso.it*, 2015.

(101) Per un'esauriva disamina dell'istituto, si rinvia a G. D'Attorre, *Le proposte di concordato preventivo concorrenti*, in questa *Rivista*, 2015, 1164. In rapporto con la fase esecutiva, sia consentito un rinvio a A. Pezzano - M. Ratti, *Il processo delle proposte concorrenti: ammissione, perfezionamento ed attuazione*, in AA.VV., *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria dopo le riforme del 2015 e 2016*, (a cura di) S. Ambrosini, 2017, 306.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

permanenza del ruolo giudiziale nella composizione dei conflitti nella disciplina della crisi d'impresa (102), una volta che il concordato è stato definitivamente omologato: il punto di equilibrio viene individuato, elevando o meno il baricentro dell'intervento giurisdizionale, con l'intento, da un lato, di mantenere inalterate le tutele del soggetto, già leso dall'inadempimento e, dall'altro, di conferire "la certezza delle relazioni commerciali e dei rapporti giuridici correlati alla ristrutturazione" (103).

Già con la Riforma del 2005, la letteratura più attenta aveva correttamente osservato come le premesse, sulle quali si era fondato il rinnovamento normativo, avessero segnato un arretramento del potere giurisdizionale nel concorso collettivo ed un'espansione della posizione del debitore e dei creditori protesi verso la ricerca di una soluzione comune dell'insolvenza (104).

Ecco allora che, nella complessità della tematica, riaffiora il valore, di assoluta attualità, della stabilità dei rapporti giuridici e commerciali, al quale indubbiamente tende la disposizione dell'art. 186 l.fall., nel suo limitare la possibilità di risoluzione al solo inadempimento di non scarsa importanza circoscritto ad un termine perentorio.

Scadenza che, non a caso, riecheggia il limite temporale sancito dall'art. 10 l.fall. (105) e che è consustanziale anche ai termini perentori previsti dall'art. 69 bis l.fall.

Di fronte, quindi, ad una scelta deputata alla responsabilizzazione dei creditori nelle procedure concorsuali, non si può sopperire all'inerzia collettiva con un palliativo mezzo giuridico che porta ad un risultato, ovvero sia il fallimento, privo degli unici effetti positivi che la consecuzione potrebbe determinare.

D'altro canto, anche volgendo lo sguardo al concordato fallimentare, solo risolvendo per tempo il

concordato fallimentare (106) si potrà riaprire il fallimento (107), che altrimenti non potrà riprendere il suo corso, pur in presenza di obbligazioni inadempite.

Ed in fondo, opinare diversamente pare porsi in contrasto con gli insegnamenti delle Sezioni Unite nelle citate pronunce del 2015, che, nell'ambito della procedura unitaria, seppur bifasica ma caratterizzata dal medesimo stato d'insolvenza (e dove la "pregiudiziale" previene ed evita la dichiarazione dell'altra), ci hanno ricordato che per identificare lo strumento eventualmente posto a disposizione del codice di rito, la soluzione deve essere ricercata attraverso l'esame del rapporto tra i due procedimenti: "sotto il primo profilo assumono rilievo: 1) la parziale coincidenza dei soggetti, quando l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento è assunta dal creditore, che in quanto tale rientra anche tra i soggetti che sono parti sostanziali della procedura di concordato; 2) la coincidenza della *causa petendi*, rappresentata dallo stato di insolvenza; 3) la parziale coincidenza del *petitum*, rappresentato in entrambi i casi dalla regolazione della crisi (*sub specie* dello stato di insolvenza), ma secondo le diverse regole delle due procedure, con conseguente incompatibilità tra le istanze. La dichiarazione di fallimento presuppone per quanto sopra detto l'esito negativo della procedura di concordato e non consente la presentazione di ulteriori domande di concordato preventivo mentre l'omologazione del concordato rende improcedibili le istanze di fallimento già presentate e rimuove lo stato di insolvenza, rendendo possibile la presentazione di nuove istanze solo per fatti sopravvenuti o per la risoluzione o l'annullamento del concordato" (108).

L'evento dell'omologa viene tenuto distinto dal fatto ad essa sopravvenuto (109) che, ove integratosi, legittimerebbe "la presentazione di nuove istanze":

(102) Sulla "disintermediazione giudiziaria" delle crisi aziendali, v. V. Roppo, *Profili strutturali e funzionali dei contratti di salvataggio (o di ristrutturazione dei debiti d'impresa)*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 369.

(103) Così testualmente il provvedimento del Tribunale di Pistoia in commento.

(104) G. Minutoli, *L'autonomia privata nella crisi d'impresa tra giustizia contrattuale e controllo di merito (o di meritevolezza)*, in questa *Rivista*, 2008, 1047. Per una compiuta trattazione dell'argomento, si rinvia a G. Lo Cascio, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in questa *Rivista*, 2013, 583.

(105) Cass. 25 settembre 2017, n. 22273, in *www.ilcodiceconcordati.it*, cit., seppur sdogana la possibilità di dichiarare il fallimento senza la previa risoluzione, afferma che l'istituto dell'art. 186 l.fall. condivide, con altri dispositivi del sistema concorsuale (come l'eccezionale fallibilità entro l'anno della cessazione dell'impresa secondo l'art. 10 l.fall.), la medesima esigenza di conferire stabilità alle relazioni commerciali

che, avendo riguardo alla funzione della risoluzione, presuppongono quale ormai definitivo, con la omologazione inoppugnabile, l'accordo tra i creditori e debitori e dunque solo per ipotesi rigorosamente intesa permettono il potere di provocarne la perdita di efficacia.

(106) L'identità di *ratio* tra concordato preventivo e fallimentare viene riconosciuta anche nel citato arresto di Cass. 25 settembre 2017, n. 22273, che richiama, a sua volta, cit. Cass. n. 27666/2011, in questa *Rivista*, 2012, 859.

(107) Ove l'art. 140, comma 4, l.fall. prevede il concorso del "primitivo" credito, detratta la parte riscossa dal concordato; cfr. sul punto Cass. 20 settembre 2017, n. 21846, in *www.ilcaso.it*.

(108) Cass., SS.UU., 15 maggio 2015, n. 9935 e 9936, in questa *Rivista*, 2015, 900 ss., cit.

(109) Ovverosia, nell'arresto in commento, "ogni circostanza successiva all'omologazione, cioè al limite organizzativo in cui ancora opera il raccordo di pregiudizialità-coordinamento necessario tra concordato e istanze di fallimento (già per Cass. s.u. 1521/2013)".

l'inadempimento all'obbligazione originaria, seppur, poi, "riscritta", non può tuttavia rappresentare un "fatto sopravvenuto", essendo, comunque, geneticamente collegato all'originaria insolvenza, e, pertanto, come ammoniscono le Sezioni Unite, non potrebbe affrancare, al di fuori del regime processuale di cui all'art. 186 l.fall., la diretta iniziativa fallimentare del creditore anteriore insoddisfatto, a meno di non voler riconoscere all'omologa una portata novativa ed estintiva della precedente obbligazione.

Diversa è l'ipotesi dell'inadempimento ad obbligazioni contratte successivamente all'omologa, in quanto "fatti" ambedue effettivamente "sopravvenuti", che permettono, una volta accertato il nuovo stato di insolvenza, l'immediata dichiarazione di fallimento (110), che, in ogni caso, non è suscettibile di provocare la reviviscenza degli integrali crediti anteriori.

(110) G. Rago, *L'esecuzione del concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2006, 1098, cit.; negli stessi termini le tre decisioni in commento.