

Risoluzione**Tribunale di Nola 17 marzo 2016 - Pres. ed Est. Savarese - Ferpan S.r.l.**

Concordato preventivo - Omologazione - Inadempimento - Risoluzione - Dichiarazione di fallimento - Iniziativa alternativa dei creditori - Azione giudiziale cognitoria ed esecutiva - Recupero della pretesa obbligatoria extra concordataria - Legittimità

(Legge fallimentare, artt. 15, 168, 180, 184, 186)

Non vi è alcuna preclusione alla dichiarazione di fallimento di una società, allorché il debitore, dopo l'omologazione del concordato preventivo al quale era stato ammesso non provveda al suo adempimento; tuttavia, una volta chiusa la procedura di concordato preventivo e manifestatasi un' insolvenza del debitore rispetto alla posizione debitoria concordataria, è ammissibile che ciascun creditore assuma, al di là della domanda di risoluzione, qualsiasi altra iniziativa cognitoria ed esecutiva per ottenere l'ammontare della pretesa obbligatoria quantificata nel corso della procedura minore.

Il Tribunale (omissis).

Con ricorso di fallimento depositato ai sensi dell'art. 7 l.fall., la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Nola chiedeva dichiararsi il fallimento della società -Ferpan s.r.l.

Omissis.

La società si è ritualmente costituita, eccedendo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso, in quanto pendente la procedura di concordato preventivo, e nel merito chiedendo il rigetto di esso, per insussistenza dello stato di insolvenza.

1. L'eccezione preliminare.

Omissis.

Il piano prevedeva il soddisfacimento integrale delle spese di giustizia, dei creditori in prededuzione e dei creditori privilegiati e il soddisfacimento dei creditori chirografari nelle seguenti misure: a) 20,02% a favore dei crediti ricompresi nella II classe "chirografari"; b) 5% a favore del creditore compreso nella III classe "chirografari".

Omissis.

È opportuno richiamare, sia pur brevemente, i principali passaggi liquidatori previsti dal concordato omologato, che prevede, nell'arco di un quinquennio, il pagamento integrale di spese in prededuzione, e dei privilegiati, il pagamento nella misura del 20% della seconda classe dei chirografari, ed il pagamento nella misura del 5% della terza classe dei chirografari. In sostanza, il concordato si fonda su: 1) l'acquisto di due rami d'azienda, rispettivamente, da parte della Sorap Italia s.r.l. già affittuaria del ramo d'azienda, in virtù di affitto di ramo d'azienda stipulato prima della proposizione del concordato e condizionato sospensivamente all'omologazione del concordato, e da parte della Clap s.r.l. in virtù di contratto di opzione di acquisto di ramo d'azienda; riguardo alla Sorap il piano prevede che, perfezionata la vendita, i canoni di fitto già versati sono da considerarsi versamenti a parziale copertura del prezzo (mentre la restante parte del prezzo viene comunque versata mensilmente, a mezzo pagamenti rateati, sino alla naturale conclusione del piano di concordato nei

tempi previsti); 2) subentro dell'Ima Real Estate nel contratto di leasing immobiliare stipulato dalla Ferpan, a mezzo cessione del contratto, con pagamento, mediante rate semestrali, di Euro 210.000,00; 3) vendita di un cespite immobiliare in Ottaviano; 4) subentro della Sorap Italia nel contratto di leasing mobiliare in corso, con accollo dei canoni scaduti al momento della domanda di concordato, e dei canoni in prededuzione maturati nel corso della procedura concordataria. Orbene, con relazioni del dicembre 2014, il commissario liquidatore, per un verso, dava atto del regolare versamento del canone di fitto di ramo d'azienda da parte della Sorap Italia, per altro verso, rilevava che non vi era stato alcun subentro nei due contratti di leasing, mobiliare ed immobiliare, con accrescimento del passivo concordatario e del passivo prededucibile maturato in corso di procedura, e mancato introito delle rate relative al subentro nel contratto di leasing immobiliare. Il giudice delegato invitava i commissari a rendere parere e all'esito dava disposizione di inoltrare la relazione del commissario liquidatore, con il parere dei commissari giudiziali, a tutti i creditori a che valutassero lo stato di adempimento del concordato omologato e l'eventuale proposizione di un ricorso di risoluzione ex art. 186 l.fall.

Omissis.

Tanto premesso: questo collegio ritiene che non vi sia alcuna preclusione alla dichiarazione di fallimento di una società in concordato preventivo, una volta che questo sia stato definitivamente omologato, non venga eseguito ed emerga una situazione di insolvenza della società. La procedura di concordato non pendente, allo stato, essendosi essa chiusa con l'omologa, come testualmente stabilito dall'art. 184 l.fall., l'effetto dell'omologa, vincolante per tutti i creditori, riguarda la modificazione dell'obbligazione a carico della società secondo le percentuali concordatarie: in queste percentuali la società debitrice è obbligata e, una volta che non vi sia adempimento delle obbligazioni concordatarie, si riassume il diritto di ciascun creditore di agire, giudizialmente ed anche esecutivamente, nei confronti della so-

Giurisprudenza

Concordato preventivo

cietà, non trovando più applicazione il divieto di azioni esecutive e cautelari di cui all'art. 168 l.fall. E tuttavia, il singolo creditore potrà agire "in executivis" soltanto per vedere soddisfatto il credito come riconfigurato in sede di concordato omologato, e ciò a meno che gli effetti del concordato non vengano rimossi dalla risoluzione o dall'annullamento del concordato ex art. 186 l.fall. [...]. Il collegio, pertanto, non ritiene che l'unico modo per soddisfare i crediti vantati nei confronti della società in concordato sia la risoluzione previa del concordato, quasi fosse questo un passaggio pregiudiziale onde poi addivenire all'ammissibilità di eventuali richieste giudiziali, anche esecutive e, anche, in sede di fallimento ex art. 67 l.fall. Al contrario, la società in concordato (alla quale è stata data la possibilità di accedere a tale procedura con preferenza rispetto al fallimento, come statuito dalle note SS. UU. del maggio 2015), una volta chiusa la procedura di concordato, potrà manifestare una insolvenza rispetto alla debitoria concordataria e ciò legittima, secondo i generali principi, ciascun creditore ad agire al di là della previa risoluzione del concordato, ma all'interno dell'obbligazione come riconfigurata in sede concordataria. In altri termini, va distinto il profilo della rimozione degli effetti del concordato, la quale è possibile soltanto previa risoluzione o annullamento dello stesso, da quello della soddisfazione dei creditori o dell'emergere dello stato di insolvenza rispetto alla debitoria concordataria, quindi falcidiata, riconosciuta nella proposta di concordato poi omologata. Ragionare diversamente significherebbe espropriare i creditori del credito concordatario riconosciuto, perché la soddisfazione, pur nei limiti della percentuale concordataria, rimarrebbe frustrata in caso di inadempimento del piano concordatario e di mancata risoluzione del concordato, la quale esige il grave inadempimento del debitore in concordato da valutare complessivamente rispetto all'intera proposta ed all'intero piano. Analogamente, ove emerga una notizia di insolvenza della società che non riesce a far fronte (non alle originarie obbligazioni, ma) agli obblighi rideterminati in sede concordataria, sarebbe una interpretazione ultronea negare la legittimazione del PM ex art. 7 l.fall. a richiedere il fallimento della società, compromettendosi definitivamente ed irrimediabilmente la funzione istituzionale di tutela pubblicistica rivestita dalla Procura rispetto all'emergere di situazioni di insolvenza (a fronte del disinteresse, come nella specie accaduto, del ceto creditorio a richiedere la risoluzione del concordato).

Il ricorso, pertanto è ammissibile.

2. Sullo stato di insolvenza. Il collegio ritiene evidente lo stato di insolvenza della società Ferpan. È vero che il commissario liquidatore ha riscosso canoni di fitto di ramo d'azienda dalla Sorap con regolarità. Non ha però proceduto né a vendere l'altro ramo d'azienda alla Clap, giusta contratto d'opzione, né a vendere l'immobile della Ferpan in Ottaviano. L'assenza di atti liquidatori è stata disposta dal giudice delegato, e pertanto non è questa inattività autorizzata del commissario liquidatore a costituire l'incapacità della Ferpan di far fronte rego-

larmente alle proprie obbligazioni: trattasi di concordato liquidatorio per il quale occorre stabilire se la società in concordato possa con i propri asset far fronte agli obblighi concordatari ed alla prededuzione maturata e maturanda. L'insolvenza della Ferpan, piuttosto, consiste nel fatto che, decorsi più di diciotto mesi dall'omologa del concordato, essa non è riuscita a realizzare una delle fondamentali assunzioni del piano, e cioè il subentro nel leasing. O meglio, soltanto all'udienza del 3 dicembre 2015, ha prodotto gli atti di subentro nel contratto di leasing mobiliare, mentre alcuna notizia veniva fornita al collegio circa il subentro nel leasing immobiliare, in disparte un generico riferimento alla possibilità di una transazione con la società di leasing comportante l'acquisto dell'immobile, senza che si siano fatti comprendere ed apprezzare i termini della transazione, i tempi necessari alla stessa e, soprattutto perché per più di diciotto mesi su questa questione, pure più volte segnalata dal commissario liquidatore, alcun elemento ulteriore di valutazione fosse stato offerto agli organi della procedura ed al ceto creditorio. Il mancato subentro nel contratto di leasing immobiliare non solo ha fatto venire meno euro 210,000.00 all'attivo concordatario, con ciò solo già stravolgendo le previsioni di soddisfazione della classe dei chirografari da soddisfare al 20%, ma soprattutto producendo a carico della società un ingente, ed allo stato non determinabile, debito in prededuzione per tutti i canoni di leasing immobiliari maturati dalla pendenza della procedura concordataria ad oggi, con la conseguenza che le risorse rinvenibili dalla vendita del ramo d'azienda (la quale comunque si perfezionerà all'esito dei cinque anni del concordato, sarebbero già integralmente assorbite dal pagamento della prededuzione e dei privilegiati, ma presumibilmente soltanto in parte). Né la procedura avrebbe potuto serenamente procedere, vendendo il ramo d'azienda oggi, come richiede la Ferpan, ma con pagamento del prezzo residuo dilazionato come da piano, ovvero vendendo l'altro ramo d'azienda alla Clap e l'immobile in Ottaviano, mentre nulla si conosce della sorte del leasing immobiliare, con il rischio di liquidare gli asset aziendali per far fronte al crescente debito in prededuzione di una società di leasing: in altri termini, la situazione della Ferpan a diciotto mesi di distanza dall'omologa del concordato costituisce evidenza della incerta destinazione del ricavato degli atti liquidatori, ad oggi orientata alla soddisfazione dei canoni di un leasing immobiliare nel quale non si è subentrati, come previsto nel piano, e nel quale la società non sa oggi ancora dire se e in che termini il subentro avverrà. Con ciò stesso manifestando la strutturale ed irreversibile incapacità di far fronte con i propri asset sociali e con i contratti previsti nel piano stesso ai debiti sociali come riconfigurati dal concordato. Superfluo rilevare il superamento della soglia di cui all'art. 15 ultimo comma l.fall.

P.Q.M.

dichiara il fallimento della Ferpan s.r.l., *omissis*. (*omissis*).

“Per la contraddizione che nol consente” : una critica ad una lettura anti-sistemica degli artt. 168 e 186 l.fall.

di Federico Casa ()*

L'Autore si sofferma su una pronuncia del Tribunale di Nola, secondo la quale, una volta omologato il concordato preventivo, sarebbe possibile dichiarare il fallimento del debitore concordatario, anche su istanza del P.M., prima che siano decorsi i termini fissati nel ricorso per l'adempimento della proposta medesima e soprattutto senza un preventivo provvedimento di risoluzione del concordato preventivo stesso. Pur comprendendo le ragioni poste a fondamento di una siffatta lettura della legge fallimentare, che consentirebbe, con l'intervento della Procura della Repubblica, di superare lo "stallo" e gli inconvenienti in cui versano numerosissimi concordati, sostanzialmente inadempiti ma non ancora risolti a causa dell'inerzia dei creditori concorsuali, egli ritiene che tale operazione ermeneutica contrasti con una interpretazione sistematica degli artt. 168, 184 e 186 l.fall.

1. La decisione del Tribunale di Nola e alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali

La sentenza oggetto del presente contributo s'inserisce nell'alveo di un orientamento giurisprudenziale ormai maggioritario, che pare vada sempre più consolidandosi, nel senso di distinguere il profilo della rimozione degli effetti del concordato, la quale potrebbe essere ottenuta solo a seguito del positivo esperimento di un'azione di risoluzione *ex art. 186 l.fall.*, dal (ri)emergere dello stato d'insolvenza, nonostante la falce operata dall'omologazione del concordato preventivo, oppure sopravvenuto nel corso dell'esecuzione stessa del concordato preventivo. In altri termini, il ragionamento che intendono suggerire tali corti di merito ci pare possa essere così riassunto: un determinato significato hanno le discussioni sui presupposti stessi della risoluzione del concordato preventivo, i quali presuppongono una valutazione articolata dell'inadempimento del debitore concordatario rispetto al contenuto complessivo del piano concordatario, un'altra ha la disamina sullo stato d'insolvenza dell'impresa in concordato rispetto agli obblighi indicati nella proposta, e globalmente rideterminati, quanto al loro contenuto e alle loro modalità di adempimento ed estinzione, nel decreto di omologazione del concordato preventivo. Ciò appare tanto più vero, se solo si pensi che il Tribunale di Nola, nel marzo del 2016, su istanza della Procura della Repubblica, "verificato" lo stato d'insolvenza dell'impresa, avrebbe dichiarato il fallimento del debi-

tore concordatario, successivamente all'omologazione della proposta concordataria, ancora prima che fossero decorsi i termini fissati nel ricorso per l'adempimento della proposta medesima e l'esecuzione del piano, ma soprattutto senza avvertire la necessità della preventiva declaratoria di risoluzione del concordato preventivo. Infatti, avrebbe osservato il Tribunale, nei diciotto mesi successivi all'omologazione, il concordato avrebbe generato una tale quantità di debiti in *prededuzione*, maturati dalla *pendenza della procedura concordataria ad oggi*, del tutto inattesi, il cui ammontare avrebbe finito *per assorbire l'intero attivo concordatario*, al punto tale che, seppure in via del tutto previsionale, nemmeno i creditori privilegiati avrebbero potuto conseguire la soddisfazione indicata nella proposta di concordato. Il riferimento ai debiti in *prededuzione* sorti nel corso del concordato, cui si sarebbe riferito il Tribunale campano, non deve però trarci in inganno, non solo perché ciò non avrebbe significato alcuna presa di posizione da parte del Tribunale di Nola sulla qualificazione dei debiti sorti durante la fase esecutiva del concordato, ma anche poiché il collegio non avrebbe inteso in alcun modo introdurre una qualche distinzione sulla genesi e sulla natura di tali debiti, limitandosi ad elencare la violazione degli obblighi concordatari e le conseguenze che ne sarebbero derivate sul passivo concordatario, in termini di minori utilità per i creditori concorsuali, tra le quali anche l'aumento dei debiti da pagarsi in *prededuzione* nell'ambito del concordato medesimo (la cosiddetta "prededuzione concordataria"). Infatti, il Giudice di Nola sarebbe stato particolar-

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

Giurisprudenza

Concordato preventivo

mente puntuale nell'individuare gli inadempimenti del debitore, senza peraltro distinguere, anche perché ciò non sarebbe stato in alcun modo possibile, quelli che avrebbero comportato e riproposto in tutta la loro gravità *la strutturale ed irreversibile incapacità di fare fronte con i propri asset ai debiti sociali come riconfigurati nel concordato*, l'inidoneità, in altri termini, del patrimonio segregato ad estinguere in modo soddisfacente le obbligazioni assunte nei confronti dei creditori, come riformulate nel decreto di omologa. Pertanto il sopravvenire di imprevisti debiti non concorsuali, sempre seguendo le indicazioni del Tribunale, avrebbe finito per costituire, indifferentemente, sia la conferma dello stato d'insolvenza dell'impresa, sia il criterio di determinazione della gravità degli inadempimenti del debitore concordatario. Ci sia consentito rilevare, ancora prima di analizzare gli argomenti giuridici posti a fondamento della distinzione tra l'insolvenza del debitore e la risoluzione dell'accordo concordatario, che il venir meno del vincolo pattizio per violazione da parte del debitore degli obblighi, come rideterminati nel decreto di omologa, era previsione legislativa già contenuta nel testo della legge fallimentare del 1942, nel medesimo art. 186 l.fall., oggi del tutto riscritto alla luce della natura assunta dal concordato preventivo dopo le Novelle 2005-

2015 (1). Anche l'idea stessa della possibile lettura della realtà economica dell'impresa in termini di insolvenza, persino durante la fase esecutiva del concordato, non costituisce certo una recente suggestione di creazione giurisprudenziale, poiché ancor prima delle riforme fallimentari era già accaduto che l'autorità giudiziaria fosse proceduta alla dichiarazione di fallimento dell'impresa senza una preventiva declaratoria di risoluzione del concordato preventivo (2). Eppure ciò lo si sarebbe addebitato, quantomeno fino al 2005, alla valenza maggiormente pubblicistica delle procedure concorsuali, anche di quelle minori, declinata nella forma dell'istituto del "fallimento d'ufficio", che sarebbe parso il presupposto stesso dell'analisi dell'emersione dello stato d'insolvenza anche durante la fase esecutiva del concordato preventivo. Oggi, nonostante la tacita abrogazione di tale normativa, la giurisprudenza di legittimità e la dottrina maggioritaria avrebbero continuato, pur a determinati effetti, ad affermare il principio della consecuzione delle procedure concorsuali (3); in ogni caso il punto che oggi interessa non è questo. In altri termini, una volta omologato il concordato preventivo, il creditore insoddisfatto, anche solo in termini previsionali (4), rispetto all'esecuzione del programma negoziale concordato dal debitore con i creditori e

(1) Per la consueta puntualità, si veda S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, in F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli (diretta da), *Le altre procedure concorsuali, Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino 2014, 422, il quale esamina le rilevanti modifiche apportate all'art. 186 l.fall.

(2) Cfr. la giurisprudenza di merito ante 2005, cui fa riferimento F.S. Filocamo, *Sub art. 184 l.fall.*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Milano 2014³, 2659.

(3) In senso negativo rispetto all'operare del principio della consecuzione delle procedure dopo la riforma del diritto fallimentare avviata nel 2005, senza dubbio, seppure in posizione minoritaria, U. Apice, *L'abolizione del fallimento d'ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, in questa *Rivista*, 2008, 129 ss.; di diverso avviso e in linea con la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, che ne avrebbero affermato la vigenza, si veda L. Guglielmucci, *Le azioni di ricostruzione del patrimonio*, in questa *Rivista*, 2007, 1045 ss., secondo il quale rispetto ai crediti sorti in occasione o in funzione di procedure concorsuali di cui all'art. 111, comma 2, l.fall., il legislatore avrebbe continuato a dare rilevanza al fenomeno della continuità delle procedure che si sarebbero susseguite nel tempo, con la conseguenza che al principio della "consecuzione delle procedure" si sarebbe sostituito il "principio di continuità", il quale avrebbe consentito di giustificare la retrodatazione degli effetti all'apertura della prima procedura, e ciò sulla base del ragionamento che, venuta meno la prima procedura, *a posteriori* si sarebbe potuto affermare lo stato d'insolvenza. Si veda inoltre I. Pagni, *Commento agli artt. 179-180-181 l.fall.*, in *Commentario Jorio-Fabiani*, II, Bologna 2007, 1507 ss.; P. Catalozzi, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e la loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*, in questa *Rivista*, 2008, 436-444; P. Genoviva,

Rigetto della proposta di concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: questioni di diritto processuale transitorio, *ivi*, 2009, 55-64; P. Bosticco, *La Cassazione conferma il principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento*, *ivi*, 2011, 33-40; G.B. Nardecchia, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, *ivi*, 2011, 1451-1460. Nella giurisprudenza di legittimità, occorre vedere Cass. 12 agosto 2009, n. 18236, con nota adesiva di M. Spiottadi M. Spiotta, *Fallimento d'ufficio nel regime intermedio*, *ivi*, 2010, 157-165; in quella di merito, Trib. Forlì 3 novembre 2015, *ivi*, 2016, 774-776, con nota di P. Pototsching, *Consecuzione tra procedure concorsuali e nuovi scenari applicativi nella stagione riformatrice*, 776-788; Trib. Rovigo 4 maggio 2016, *ivi*, 2016, con nota molto critica di E. Staunovo Polacco, *Sulla insostenibilità della consecutio tra il concordato preventivo non ammesso ed il fallimento dichiarato senza soluzione di continuità*, 1347-1354. Ancora di recente in autorevoli opere monografiche dedicate all'istituto del concordato preventivo, sicuramente per la permanenza di tale principio nell'ordinamento fallimentare, S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, cit., 420-421; con maggiori distinguo, M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna 2014, 157-161.

(4) In questo senso sono la giurisprudenza di merito nettamente prevalente e la dottrina; cfr. Trib. Milano 21 gennaio 2010, in *www.ilcaso.it*; App. L'Aquila 31 maggio 2012, in questa *Rivista*, 2013, 59; Trib. Modena 11 giugno 2014, *ivi*, 2014, 1237; Trib. Monza 13 febbraio 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rovigo 30 novembre 2016, in questa *Rivista*, 2017, 235; si veda E. Macri, *Esecuzione, risoluzione ed annullamento del concordato fallimentare e preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 512 ss.; M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 760-764.

fissato nel provvedimento di omologa, oggi potrebbe scegliere tra due itinerari giuridici: o agire per la risoluzione del concordato preventivo nei limiti e secondo i termini di cui all'art. 186 l.fall. e solo eventualmente insistere, pur contestualmente, per la declaratoria di fallimento oppure chiedere all'autorità giudiziaria di accertare lo stato d'insolvenza dell'impresa, con particolare riferimento al patrimonio definitivamente segregato della medesima, in relazione alla capacità di fare fronte alle obbligazioni cristallizzate nel decreto di omologa ed ai debiti sorti nel corso della procedura concordataria (5). L'argomento cardine sul quale si fonda il ragionamento del tribunale campano trova un appiglio, anche se forse non così solido, nella lettera del primo comma dell'art. 168 l.fall., a mente del quale, divenuto definitivo il decreto di omologa, secondo la diffusa interpretazione (letterale) *a contrario*, i creditori concorsuali potrebbero iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio segregato del debitore concordatario. La tesi, come vedremo, è forse più fragile di quanto appaia ad una lettura *prima facie*, ma di questo discuteremo in seguito; per ora ci basti rilevare che altre corti di merito non si sarebbero troppo discostate da una esegesi quasi del tutto assimilabile a quella del collegio

campano. Di lì a qualche mese, infatti, nello stesso senso si sarebbe pronunciata un'altra corte di merito, la quale, sempre a seguito di una istanza di fallimento della Procura della Repubblica, avrebbe dichiarato il fallimento di una impresa, il cui concordato era stato omologato e non era ancora decorso il termine fissato dalla proposta per l'adempimento, cosicché la gravità dell'inadempimento avrebbe potuto avere natura solo prospettica, sebbene declinata nella forma della probabilità piuttosto che della possibilità (6). La discussione proposta dal Tribunale sabauda, evidentemente, non avrebbe tanto riguardato la responsabilità soggettiva, intesa quale imputabilità al debitore della causazione del fatto dell'inadempimento, poiché da tempo la questione risultava superata sia nella giurisprudenza di legittimità sia nella dottrina maggioritaria (7), così come il dibattito sul mancato conseguimento delle percentuali di soddisfacimento dei creditori indicate dal debitore nella proposta (8), quanto, ancora una volta, l'ammissibilità della declaratoria del fallimento dell'impresa, in assenza di una preventiva dichiarazione di risoluzione del concordato preventivo per inadempimento. Il Tribunale sarebbe stato senza dubbio molto attento nel distinguere l'accertamento dello stato d'insolvenza dell'impresa ri-

(5) Per la discussione sulla natura prededucibile o meno (nell'eventuale successivo fallimento) dei debiti sorti durante la fase esecutiva del concordato preventivo, tenuto soprattutto conto che *ex art.* 111 l.fall. non possono essere considerati crediti sorti "in occasione", per una soluzione particolarmente prudente, considerato che la procedura di concordato si sarebbe estinta per effetto dell'omologa, si veda F.S. Filocomo, *Sub art. 184 l.fall.*, cit., 2661; per una lettura invece che propende per la soluzione affermativa, qualora tali crediti possano definirsi legittimamente sorti in esecuzione del piano, si veda A. Audino, *Sub art. 186 l.fall.*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 1323; A. Silvestrini, *La risoluzione del concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2016, 517-518.

(6) Trib. Torino 26 luglio 2016, in *www.ilcaso.it*.

(7) Nel senso dell'irrelevanza della colpa del debitore nell'inadempimento alle obbligazioni contratte con i creditori, nella giurisprudenza di merito, si veda Trib. Ravenna 7 giugno 2012, in *Juris Data*; Trib. Modena 11 giugno 2014, *ivi*; in quella di legittimità, Cass. 4 marzo 2015, n. 4398, *ivi*. Nello stesso senso dottrina autorevole: cfr. G. Bozza, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in questa *Rivista*, 2012, 767 ss.; pur con qualche maggiore perplessità, attesa l'accentuazione del carattere negoziale del concordato preventivo dopo le Novelle 2005-2015, S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, cit., 424-426; M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 761; M. Vitiello, *Sub art. 186 l.fall.*, in G. Lo Cascio (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Padova, 2015³, 2312.

(8) Cfr. M. Ferro, *Il concordato preventivo: l'omologazione e le fasi successive*, in *Commentario Jorio-Fabiani*, II, cit., 1029-1135, secondo il quale non può essere risolto il concordato preventivo, nel caso in cui il debitore abbia messo a disposizione dei creditori l'intero suo patrimonio, nonostante la percentuale indicata non corrisponda a quella ottenuta dai creditori in sede di liquidazione; diverso il caso, naturalmente, in cui il de-

bitore concordatario avrebbe assicurato ai creditori una percentuale fissa; di recente, nella giurisprudenza di merito, Trib. Bari 13 dicembre 2016, in questa *Rivista*, 2017, 602, secondo il quale non sarebbe risolubile il concordato nell'ipotesi in cui il debitore non avesse garantito una percentuale predefinita; nel caso in cui invece lo scostamento fosse rilevante, sarebbe possibile ricorrere alla risoluzione per mancanza delle qualità promesse *ex art.* 1497 c.c. Che è tematica del tutto diversa rispetto a quella dell'offerta "irrisoria", sulla quale si veda, con la consueta puntualità, A. Penta, *La revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo e la risoluzione del concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghiai - C. Piccinini - F. Severini, IV, Torino, 2011, 603; G. Vettori, *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. e impr.*, 2013, 1203-1214, il quale avrebbe ricondotto al tema della "fattibilità giuridica" la questione della proposta di una percentuale "irrisoria"; G. Milano, *La proposta di concordato preventivo con percentuale irrisoria*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 839-850; A. Rossi, *Le proposte "indecenti" nel concordato preventivo*, *ivi*, I, 2015, in particolare 331-338; R. Valente, *Il carattere non vincolante della percentuale di soddisfacimento dei crediti nel concordato preventivo con cessione dei beni. L'obbligazione tipica dell'imprenditore e la necessaria distribuzione dell'intero ricavato della liquidazione*, in *Dir. fall.*, 2015, 190-202. Ancora diverso è il caso in cui i creditori, a causa di una diversa valutazione dei beni concordatari, abbiano ricevuto all'esito della liquidazione una percentuale molto inferiore rispetto a quella indicata dal debitore nella proposta; sul tema si veda Trib. Vicenza 7 maggio 2012, in *www.ilcaso.it*, secondo il quale il concordato non potrebbe essere risolto, se di tali possibili diverse valutazioni i creditori al momento del voto fossero stati informati; nello stesso senso Trib. Rovigo 3 febbraio 2016, in *Juris Data* a condizione però che, seppure in misura minima, i creditori chirografari possano trovare comunque soddisfazione.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

spetto agli inadempimenti posti in essere dal debitore concordatario, anche se temiamo che, concretamente, tale distinzione non sarebbe stata così facile da delineare: *tale sopravvenuta e definitiva impossibilità di adempiere, di là dall'integrare alternativa ed autonoma causa di risoluzione del concordato rispetto all'inadempimento imputabile del debitore, integra l'incapacità definitiva e non reversibile del medesimo di adempiere le obbligazioni che egli ha assunto* (9). Soprattutto dopo che la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie avrebbero da tempo precisato che l'inadempimento del debitore concordatario, rilevante ai fini della risoluzione del concordato ex art. 186 l.fall., si sarebbe dovuto valutare in relazione alla globalità della proposta concordataria e non con riferimento al diritto di credito del singolo creditore o di una determinata classe di creditori concorsuali (10), considerazione questa che dovrebbe rendere ancora più complicata, anche solo dal punto di vista teorico, la distinzione tra insolvenza e inadempimento successivi all'omologa. Per rendersi invece conto delle difficoltà di ordine pratico, basterà leggere le richiamate sentenza di merito, nella parte in cui, con grande fatica, i Giudicanti avrebbero cercato di inferire l'insolvenza a partire da alcuni gravi inadempimenti del debitore concordatario. Decisiva, secondo il medesimo Tribunale, *sarebbe stata una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 186 l.fall.*, suggerita da una nota

sentenza della Corte Costituzionale del 2004, secondo la quale, proprio perché il criterio teleologico doveva prevalere su quello sistematico, un creditore concorsuale, ignaro del concordato del proprio debitore, e non più in grado di rispettare i tempi dettati dall'art. 186 l.fall., *avrebbe potuto insistere sin da subito per il fallimento, così imponendo al Tribunale fallimentare di verificare in concreto se l'inadempimento dei crediti anteriori alla proposta concordataria era tale da potersi definire come insolvenza ai sensi dell'art. 5 l.fall.* La Corte Costituzionale avrebbe esteso l'applicazione di tale principio a qualunque creditore, anche concorsuale, sia per il caso in cui il concordato preventivo non avesse posto fine allo stato d'insolvenza, sia qualora l'incapacità di fare fronte alle obbligazioni assunte fosse sopraggiunta nella fase di esecuzione del concordato (11). D'altro canto, dello stesso avviso era già stato anche il Tribunale di Venezia, il quale aveva anch'esso fatto riferimento sia alla sentenza della Corte Costituzionale del 2004, sia a quelle sentenze della Corte di Cassazione (12), le quali, pur sancendo la priorità logica del concordato preventivo sul fallimento (13), avrebbero stabilito la necessaria riunione dei procedimenti ex art. 273 c.p.c., così, utilizzando tali arresti della giurisprudenza di legittimità e trattandosi di soluzioni della crisi d'impresa alternative l'una all'altra, sarebbe risultata naturale che, divenuta non praticabile la via ne-

(9) Trib. Torino 26 luglio 2016, cit.

(10) Sul tema la letteratura è vasta; la tesi prevalente è nel senso che l'inadempimento, in quanto "non di scarsa importanza", deve avere ad oggetto l'intera proposta concordataria e non l'inadempimento nei confronti di un determinato creditore; sia consentito, a tal proposito, riferirci a S. Ambrosini - P.G. De Marchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano 2005; G.U. Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova 2006; M. Fabiani, *Commento sub art. 6-7 l.fall.*, in *Comm. Jorio - Fabiani*, I, cit., 104-168; P. Marano, *Commento sub art. 182, 186 l.fall.*, ivi, II, 2524-2532 e 2609-2614; G. Fauceglia, *Esecuzione, risoluzione ed annullamento*, in G. Fauceglia - L. Panzani (diretto da), *Trattato del Fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 1769; P. Sisinni, *Commento sub art. 186 l.fall.*, in A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, Torino, 2010, 2363-2371; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 332; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2015; M. Vitiello, *Commento sub art. 186 l.fall.*, cit., 1663-1672; M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 759-762. Per la teoria (oggi minoritaria) che l'inadempimento avrebbe potuto riguardare anche l'obbligazione assunta nei confronti di un singolo creditore, cfr. G. Rago, *La risoluzione del concordato preventivo fra passato, presente e... futuro*, in questa *Rivista*, 2007, 1214.

(11) Cfr. Corte Cost. 2 aprile 2004 n. 106, in *De Jure*, in cui si legge che "il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato" (art. 184 del R.D. n. 267 del 1942) e, dall'altro lato, che tale obbligatorietà può venire meno solo a seguito della risoluzione o dell'annullamento, in quanto "con la sentenza che ri-

solve o annulla il concordato il Tribunale dichiara il fallimento" (art. 186 del R.D. n. 267 del 1942); dichiarazione che retroagisce al momento del decreto di apertura della procedura di concordato, e che determina, ovviamente, l'ammissione al passivo dei crediti anteriori per l'intero loro ammontare e non già nella misura "falcidiata" dal concordato. La tesi, pertanto, secondo la quale l'assenza della risoluzione del concordato impedirebbe non soltanto tale dichiarazione di fallimento "in consecuzione", ma anche una autonoma dichiarazione di fallimento - la quale, ferma l'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura, prende data ad ogni effetto dalla dichiarazione stessa - non è affatto imposta dalla legge (e, tanto meno, dal "diritto vivente"), bensì è 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 del R.D. n. 267 del 1942, ai debiti esistenti al momento dell'apertura della procedura.

(12) Cfr. Trib. Venezia 29 ottobre - 6 novembre 2015, in *www.ilcaso.it*.

(13) Vedi Cass., SS.UU., 15 maggio 2015, nn. 9934-9935-9936, in questa *Rivista*, 2015, 898-908, con note adesive di F. De Santis, *Principio di prevenzione e abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle Sezioni Unite della Cassazione*, ivi, 909-922; I. Pagni, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare dopo le Sezioni Unite del maggio 2015*, ivi, 923-933; D. Turroni, *Sui rapporti tra concordato preventivo e procedura per dichiarazione di fallimento*, in *Dir. fall.*, II, 2016, 199-228.

goziata, e inammissibile un provvedimento di risoluzione del concordato, non avendo il debitore la legittimazione a richiederlo, a quest'ultimo non sarebbe rimasto che optare per l'istanza di auto-fallimento. In effetti, la previsione di un giudizio simultaneo, quello relativo al concordato e al fallimento, avrebbe avuto un ruolo decisivo nell'affermarsi di quella giurisprudenza di merito, che avrebbe autorizzato la dichiarazione di fallimento anche in assenza di una declaratoria di risoluzione del concordato preventivo. Peraltro, gli argomenti posti a sostegno delle indicazioni della Corte di Cassazione, in tema di simultaneità dei procedimenti, sembrano oggi non così facilmente confutabili; certamente non quello analogico, secondo il quale l'art. 274 c.p.c. (14) notoriamente mira a garantire nel contempo un coordinamento logico tra le decisioni, evitando contrasti logici e pratici di giudicati (15) e il rispetto di esigenze di economia processuale (16). Esso avrebbe consentito di superare anche il problema della necessità che la connessione delle cause riguardasse o il titolo o l'oggetto delle stesse, poiché i diversi presupposti della procedura concordataria rispetto a quella pre-fallimentare avrebbero effettivamente potuto revocare in dubbio l'esistenza del coordinamento logico tra le controversie (17). Né quello sistematico, in forza del quale, siccome gli artt. 162, 173, 180 l.fall. prevedono che il tribunale con un unico provvedimento possa ratificare l'insuccesso della proposta concordataria e accertare i presupposti di fallibilità del debitore, risulta testualmente affermata la tesi del simultaneo processo. In altri termini, sarebbe possibile dedurre la tesi della simultaneità del processo

a partire dall'unicità del provvedimento che avrebbe definito la procedura concordataria e quella pre-fallimentare, come oramai avrebbe ammesso priva di tentennamenti la giurisprudenza di legittimità (18). Essa infatti pare ormai accogliere senza condizioni quell'orientamento, secondo il quale il legislatore, nell'unificare il procedimento che regola il concordato preventivo e quello pre-fallimentare, avrebbe costruito una fattispecie necessariamente complessa ma dipendente da due decisioni assunte nello stesso contesto (19). Orientamento non dissimile rispetto a quello prospettato ancora più recentemente da altro Tribunale campano, il quale riteneva ammissibile la discussione dell'istanza di auto-fallimento del debitore concordatario, anche se non fosse stata ancora dichiarata la risoluzione del vincolo concordatario, dal momento che, venuto meno il concordato preventivo per effetto del provvedimento di omologa, nulla avrebbe vietato all'autorità giudiziaria di verificare *ex post* non solo la fattibilità economica del piano e la sua incidenza sulla situazione di crisi dell'impresa, ma anche se l'insolvenza non fosse sopraggiunta nella fase di esecuzione del concordato (20). Il ragionamento posto a fondamento degli indicati arresti giurisprudenziali sembrerebbe muovere da una interpretazione letterale dell'art. 184 l.fall., secondo il quale, se è pur vero che i creditori interessati dal concordato subiscono un effetto modificativo del rapporto giuridico e non liberatorio, la cui definitività è sottoposta alla condizione dell'adempimento delle obbligazioni concordatarie, è altrettanto vero che le disposizioni di cui agli artt. 184 e 186 l.fall. sembrano vietare ai creditori concorsuali di iniziare

(14) Cfr. L. Pica, *Il concordato preventivo*, in P. Celentano - E. Forgillo (a cura di), *Fallimenti e concordati*, Torino 2008, 1065-1194.

(15) Si veda G. Franchi, *Riunione di procedimenti*, in *Digesto App. VI, Dir. proc. civ.*, Torino 1980, I, 901 ss.

(16) La giurisprudenza di legittimità assolutamente prevalente ricorre a questo istituto anche in ipotesi di connessione cosiddetta "impropria", e cioè per mera comunanza di questioni, qualora per motivi di economia processuale sussista anche una semplice opportunità di trattare e decidere contemporaneamente più controversie; cfr. Cass. 12 gennaio 1999, n. 249, in *Juris Data*.

(17) Cfr. A. Lorenzetto Peserico, *La continenza di cause*, Padova, 1992, 103 ss., secondo la quale il coordinamento logico tra le controversie può anche imporre il cumulo oggettivo delle domande.

(18) Cfr. Cass. 2 aprile 2010, n. 8186, in questa *Rivista*, 2011, 321-322, con commento favorevole di F. Marelli, *L'impugnazione del decreto di inammissibilità e la reiterazione della proposta di concordato preventivo*, *ivi*, 322-326; Cass. 24 maggio 2012, n. 8227, *ivi*, 2012, 1185-1186, con nota adesiva di F. De Santis, *Per un tentativo di chiarezza di idee intorno al preteso effetto devolutivo "pieno" del reclamo contro la senten-*

za dichiarativa di fallimento, *ivi*, 1186-1198.

(19) La tesi veniva proposta con particolare efficacia da G.B. Nardecchia, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, cit., 1451-1460; sul tema occorre vedere Cass. 6 agosto 2010, n. 18437, *ivi*, 2011, 30-32, con nota senz'altro adesiva di P. Bosticco, *La Cassazione conferma il principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento*, cit., 33-40, in cui il ragionamento della Suprema Corte sarebbe stato approvato a partire dall'idea che il fallimento, che conseguiva al concordato preventivo, sarebbe una evoluzione della medesima situazione d'insolvenza; il tema veniva anche affrontato da G.P. Ciervo, *Quale destino per il principio di consecuzione di procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, IV, 2011, 879-887, ancora quale commento a Cass. 6 agosto 2010, n. 18437, *ivi*, 873-876. Infine, ci pare di un certo rilievo anche l'argomento, in virtù del quale la concezione del simultaneo processo sarebbe indirettamente dimostrata dalla reviviscenza nel nostro ordinamento del principio della consecuzione delle procedure, il quale avrebbe trovato una puntuale conferma nel secondo comma dell'art. 69-bis l.fall. introdotto dalla L. n. 134 del 7 agosto 2012.

(20) Trib. Napoli Nord 29 aprile 2016, in questa *Rivista*, 2016, 878.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

e proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore solo dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo sia divenuto definitivo (21). Sul tema si sarebbe formata anche una giurisprudenza minoritaria; essa avrebbe fatto leva non solo sul carattere negoziale del concordato preventivo a seguito della disciplina novellata, ma anche a partire da un arresto della giurisprudenza di legittimità (Cass. 28 aprile 2015, n. 4875), in forza del quale il debitore non potrebbe porre nel nulla *gli effetti vincolanti del concordato, poiché tale rinuncia finirebbe per tradursi sostanzialmente nell'abbandono della relativa proposta, atteggiandosi quindi come revoca della stessa, non più ammissibile una volta che i predetti avessero trovato formale consacrazione nel provvedimento di omologazione* (22). Nell'ambito del medesimo filone giurisprudenziale si sarebbe evidenziato, con particolare puntualità, come la sentenza della Corte Costituzionale del 2004, cui la giurisprudenza di merito di segno opposto avrebbe fatto grande affidamento, a ben vedere, riguardava un creditore del concorso non convocato che, proprio per questo, non era stato più in grado di rispettare i limiti temporali di cui all'art. 186 l.fall. fissati per la risoluzione del concordato, cosicché, secondo il Tribunale veneto, la lettura costituzionalmente orientata della Corte Costituzionale, per una sorta di eterogenesi dei fini, e per converso, non potrebbe in alcun modo consentire al debitore di "liberarsi" di un concordato omologato, pur anche rimasto inadempito. Infatti, secondo il principio del bilanciamento degli interessi, e ritenuto sicuramente prevalente il diritto di difesa del creditore non convocato rispetto alla cogenza del vincolo concordatario, il quale non potrebbe certo avere rilevanza costituzionale, sarebbe risultato del tutto naturale che quest'ultimo avesse potuto chiedere il fallimento del debitore concordatario, ma non ci sarebbero ragioni per riconoscere tale facoltà agli altri creditori concorsuali oppure al debitore medesi-

mo, vincolati dalla proposta, stabilizzata nel provvedimento di omologazione (23).

2. La liberazione del debitore e i creditori concorsuali; i non convocati e quelli il cui credito si genera durante la fase esecutiva del concordato

Nell'intento di assumere una posizione con riferimento ai due filoni giurisprudenziali sopra delineati, sia consentito indicare alcuni "punti fermi", rispetto ai quali possa affermarsi che nella giurisprudenza di legittimità, di merito e nella dottrina maggioritaria vi sia una qualche consonanza di vedute. In primo luogo, pare potersi affermare che all'avvenuta omologa del concordato preventivo non possa affermarsi che consegua la liberazione del debitore, la quale costituirà inevitabilmente effetto dell'esecuzione del concordato preventivo; in secondo luogo, gli effetti del concordato si producono per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso contenente la domanda di concordato preventivo, tralasciando in questa sede tutte le discussioni che possono derivare con riferimento al momento della venuta ad esistenza del credito. Messa tra parentesi, perché pacifica, anche ogni altra discussione inerente all'ammissibilità delle azioni di accertamento del proprio credito da parte dei creditori concorsuali, spesso rese necessarie dall'assenza nel procedimento di concordato preventivo della formazione di uno stato passivo anche solo avente valenza endo-processuale, ci sia consentito affermare, in terzo luogo e con una certa approssimazione, poiché occorrerebbe proporre alcune distinzioni in relazione ai concordati per garanzia e a quelli con cessione dei beni, che risulta ormai consolidato quel formante giurisprudenziale, in virtù del quale sono senza dubbio proponibili dai creditori concorsuali, anche durante la fase esecutiva del concordato, azioni di condanna, i cui effetti però non potranno essere né quelli di alterare la *par condicio creditorum*, né di neutralizzare la falceia concordataria, anche in as-

(21) F.S. Filocamo, *Sub art. 184 l.fall.*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, cit., 2654-2661; A. Audino, *Sub art. 184 l.fall.*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 1301-1304; M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 697-710.

(22) Cfr. Trib. Pordenone 26 aprile 2016, in *www.FallimentieSocietà.it*; nello stesso senso cfr. Trib. Reggio Emilia 24 giugno 2015, in questa *Rivista*, 2015, 1329, con nota sostanzialmente adesiva di A. Penta, *Il creditore "contestato": una deroga al divieto di azioni esecutive*, ivi, 1336 ss.; secondo tale giurisprudenza di merito non potrebbe essere dichiarato il fallimento del debitore, il cui concordato fosse stato omologato, anche

se fossero decorsi i termini per la proposizione dell'azione di risoluzione; nello stesso senso cfr. Trib. di Pordenone 13 ottobre 2015, *www.FallimentieSocietà.it*; in dottrina, parrebbe propendere per questa interpretazione F.S. Filocamo, *Sub art. 184 l.fall.*, cit., 2656.

(23) Cfr. Trib. Padova 30 marzo 2017, in *Juris Data*; è particolarmente elegante il passaggio del collegio padovano, nel quale esso avrebbe affermato che la sentenza della Corte Costituzionale del 2004, in quanto interpretativa di rigetto, non potrebbe in alcun modo vincolare un Giudice diverso da quello *a quo*.

senza dell'eccezione di concordato da parte del debitore convenuto in giudizio (24). Il divieto di azioni esecutive, visto il tenore letterale dell'art. 168 l.fall., dovrebbe venire meno con l'omologazione del concordato ma, essendo quest'ultimo obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura concorsuale, i creditori per titolo anteriore dovrebbero poter procedere esecutivamente contro il debitore solo sul patrimonio segregato a seguito del decreto di omologa e nei limiti di quanto promesso con il concordato stesso (25). Eppure la giurisprudenza di merito, anche quella precedente alle Novelle del 2005-2015, allorché ancora non si ponevano tutte le problematiche relative alla natura potenzialmente atipica della proposta concordataria, pareva già propensa a ritenere che il divieto di azioni esecutive individuali si dovesse protrarre fino all'esito della liquidazione concordataria, eventualmente saldandosi poi l'art. 168 l.fall. con l'omologo art. 51 l.fall. (26). A tal proposito, recentemente sarebbe stato autorevolmente sostenuto che, siccome con il decreto di omologazione viene impresso un vincolo di destinazione al patrimonio del debitore destinato ai creditori concorsuali, che non potrebbe essere in alcun modo violato da iniziative dei singoli, e in considerazione del fatto che le obbligazioni del debitore concordatario, se non si possa affermare che vengano tecnicamente novate, comunque si modificano, e ciò risulta tanto più evidente ogniqualvolta l'obbligazione subisce delle modifiche qualitativamente rilevanti (si pensi anche solo ad una dazione in pagamento), i creditori concorsuali, muniti di un titolo formatosi in epoca antecedente all'inadempimento delle obbligazioni concordatarie, per agire in esecuzione successivamente al provvedimento di omologa, dovrebbero munirsi di un ul-

teriore titolo, dimostrativo dell'inadempimento all'obbligo concordatario da parte del debitore (27). Lo stesso trattamento giuridico dovrebbe essere attribuito a quei creditori, il cui credito fosse legittimamente sorto nel corso del concordato e opponibile ai creditori concorsuali, ma prima del provvedimento di omologa; peraltro, essi dovrebbero essere soddisfatti in prededuzione, anche nel successivo fallimento (28).

In quarto luogo, non vi è dubbio alcuno che invece il concordato sia obbligatorio per tutti i creditori, il cui titolo del loro credito fosse anteriore, anche se essi non avessero partecipato al voto oppure non avessero avuto conoscenza del procedimento. Essi potranno, in ogni momento, fare accertare il proprio credito, il quale subirà gli effetti della falcidia concordataria nei limiti in cui la proposta avesse trattato crediti assimilabili; e ciò considerato che il provvedimento di omologa non potrebbe mai acquisire efficacia di giudicato in ordine all'esistenza stessa del credito, ferma naturalmente ogni azione risarcitoria del creditore non convocato nei confronti del debitore, il quale lo avesse pretermesso volontariamente, potendo egli fare valere in tale giudizio la differenza tra quanto avrebbe potuto ricevere in caso di coinvolgimento nel concordato e quanto concretamente ricevuto (29). Si tenga, infine, altrettanto presente che al creditore non convocato, allorché la proposta ai creditori a lui assimilabili dovesse prevedere l'adempimento di obbligazioni qualitativamente dissimili rispetto a quelle originarie, va riconosciuta la facoltà non solo di richiedere i provvedimenti coattivi atti ad assicurare il rispetto di tali obblighi, ma anche, in caso di falcidia solo quantitativa, di agire nei confronti degli altri creditori concorsuali, per ottenere quanto egli avrebbe ottenuto, se fosse stato convocato tempe-

(24) Per l'indicazione delle questioni in cui, in tema di risoluzione del concordato preventivo, si possa affermare che vi sia sufficiente consenso in giurisprudenza e in dottrina, nonché per l'elenco delle problematiche giuridiche non ancora del tutto risolte, si veda, con la consueta puntualità, P. Genoviva, *Note minime in tema di risoluzione del concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2014, 812-814. Si veda poi Trib. Reggio Emilia 6 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*, secondo il quale il divieto di cui all'art. 168 l.fall. continuerebbe a produrre effetti giuridici sino al termine della liquidazione; nello stesso senso in dottrina G. Rago, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, Padova 1998, 233; da ultimo cfr. Trib. Modena 21 marzo 2016, in questa *Rivista*, 2016, 746, secondo il quale, nell'ipotesi in cui il debitore concordatario fosse convenuto in un giudizio di cognizione da un creditore concorsuale che chiedesse all'autorità giudiziaria una pronuncia di condanna, il debitore in tale giudizio non sarebbe obbligato a proporre l'eccezione di concordato, conseguente alla falcidia concordataria, potendo farla valere anche nel corso del successivo giudizio di esecuzione.

(25) Cfr. S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, cit., 307.

(26) Cfr. Trib. Crema 18 marzo 1989, in questa *Rivista*, 1989, 1149.

(27) Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 438; *contra* G. Lo Cascio, *Procedure esecutive e concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2015, 1218-1221; per una posizione intermedia, si veda, puntuale, M. Montanari, *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, II, 2017, 457, secondo il quale costituisce però dato sostanzialmente acquisito la persistenza dei vincoli dell'art. 168 l.fall. anche oltre il limite formalmente tracciato dalla legge.

(28) Cfr. S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, cit., 415-421, secondo il quale, in presenza della medesima situazione di crisi, occorre riconoscere la prededuzione sia nel successivo concordato sia nel consecutivo fallimento ai crediti sorti nel corso di un precedente concordato non omologato, cui sarebbe seguito un ulteriore concordato, il quale, dopo il decreto di ammissione, sarebbe sfociato in un fallimento.

(29) Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 705.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

stivamente, fino a poter proporre, se del caso, l'azione revocatoria ex art. 2901 c.c. dei pagamenti nel frattempo eseguiti.

In quinto luogo, e da ultimo, i creditori divenuti tali successivamente all'omologazione del concordato (durante la fase esecutiva), non essendo in alcun modo vincolati al decreto di omologazione, dovrebbero potersi soddisfare unicamente sul patrimonio sopravvenuto del debitore, se sussistente (si pensi ad un concordato in continuità diretta). Essi dovrebbero pertanto poter intraprendere ogni azione sul patrimonio non segregato del debitore concordatario, cosicché, se il patrimonio sopravvenuto non fosse sufficiente a soddisfare il loro credito, e ciò fosse comprovato da una esecuzione infruttuosa (30), non resterebbe loro che insistere per il fallimento del debitore, nonostante il concordato fosse stato omologato e non fosse stata giudizialmente dichiarata la risoluzione del medesimo (31).

3. Appunti per un possibile chiarimento del problema

Se condividiamo le premesse giuridiche di cui al paragrafo precedente, e pur prendendo atto che il sistema del diritto fallimentare, come è venuto evolvendosi a seguito della stagione delle riforme, soprattutto con riferimento al tema dell'esecuzione del concordato preventivo, possa generare alcune durature situazioni "di stallo", in grado di comportare significativi costi per la collettività, soprattutto preso atto degli impressionanti dati che emergono dalle statistiche, con riferimento soprattutto al rapporto aritmetico tra i concordati omologati e quelli non eseguiti, bene comprendiamo le ragioni della giurisprudenza maggioritaria, la quale propende per la declaratoria di fallimento dell'impresa senza la preventiva dichiarazione di risoluzione del concordato, perlopiù a seguito di istanze di debitori concordatari, i quali temono che la prosecuzione del concordato possa solo aggravare il passivo oppure da Procure della Repubblica a loro volta sollecitate da C.G. insoddisfatti dell'inerzia dei creditori.

Ciò nonostante, ci sia consentito rilevare che la soluzione offerta dalla giurisprudenza di merito

maggioritaria non ci pare condivisibile, poiché ognuno degli argomenti portati a sostegno di tali impostazioni non risulta in alcun modo decisivo, forse anche ambiguo, nel senso che esso potrebbe consentire di sostenere anche la tesi contraria. A tal fine, occorre trascurare non solo ogni riferimento al pur troppo ormai generico principio della natura essenzialmente contrattuale del concordato preventivo, quale è venuto formandosi a seguito delle riforme dell'ultimo decennio, ma anche l'argomento fondato sulla stabilizzazione degli effetti giuridici del decreto di omologa. Infatti, l'irretroattività degli effetti della risoluzione sugli atti legalmente compiuti durante la procedura di concordato, anche successivamente all'omologa, e la pacifica applicazione analogica del terzo comma dell'art. 140 l.fall. al concordato preventivo, consentono di affermare, quanto agli effetti giuridici che ne possono derivare, che non sussistano differenze sostanziali tra un fallimento dichiarato immediatamente oppure accertato a seguito della preventiva risoluzione del concordato preventivo (32). D'altro canto, anche il tema della prededucibilità dei crediti sorti durante il concordato nella successiva fase fallimentare non ci pare decisivo. Infatti, se è pur vero che, quanto ai crediti sorti nella fase esecutiva del concordato, l'orientamento nettamente prevalente esclude che si tratti di crediti sorti "in occasione" del concordato preventivo, è altrettanto vero che, se tali crediti possano, pur anche *a posteriori*, essere considerati strumentali all'attuazione del piano concordatario, positivamente valutato nel decreto di omologa, sarà difficile loro negare la natura prededucibile nel successivo fallimento (33).

Occorre pertanto prendere le mosse del ragionamento a partire dall'interpretazione dell'art. 168 l.fall. attraverso i successivi artt. 184 e 186 l.fall. Infatti, è pur vero che la lettera del primo comma sembrerebbe autorizzare una lettura che propende per la prosecuzione delle azioni esecutive individuali, la cui ammissibilità sarebbe senz'altro prodromica e strumentale alla declaratoria di fallimento, anche senza una preventiva risoluzione del concordato preventivo, ma è altrettanto vero che, per effetto del provvedimento di omologa, viene a stabilizzarsi un patrimonio separato destinato ai diritti

(30) Naturalmente se tale esecuzione avesse ad oggetto beni appartenenti al patrimonio definitivamente segregato a seguito del provvedimento di omologa, il debitore potrebbe sempre proporre l'eccezione di concordato.

(31) *Op. ult. cit.*, 706.

(32) Cass. 23 luglio 2014, n. 16738, in questa *Rivista*, 2015, 856, la quale, qualificando inefficaci gli atti posti in essere e i

crediti sorti in violazione del piano, anche durante la fase esecutiva del concordato, non consente di delineare alcuna differenza tra un concordato sfociato in un fallimento a seguito della risoluzione del medesimo, oppure per effetto della immediata declaratoria dello stato d'insolvenza.

(33) Cfr. la dottrina indicata nella n. (5).

di credito dei creditori concorsuali, come ridefiniti nel medesimo decreto di omologa. Autorizzare l'aggressione di tale patrimonio segregato significherebbe consentire l'alterazione della *par condicio creditorum* e svuotare di significato la funzione degli organi fallimentari; senza considerare che comunque i creditori concorsuali, il cui diritto di credito sarebbe stato eventualmente qualitativamente modificato nel decreto di omologa, dovrebbero munirsi di un ulteriore titolo esecutivo, al fine di comprovare l'incapacità del patrimonio separato di fare fronte alle obbligazioni assunte nella proposta concordataria. In altri termini, la lettura dell'art. 168 l.fall., attraverso gli artt. 184 e 186 l.fall., non autorizza interpretazioni diverse da questa: i creditori concorsuali anche non convocati e i creditori, il cui credito (perlopiù in prededuzione) sia sorto legittimamente e in modo opponibile al patrimonio separato del debitore, prima della definitività del provvedimento di omologa (argomento tratto dal primo comma dell'art. 168 l.fall.), sono legati al vincolo imposto dall'art. 184 l.fall., dal quale potranno sciogliersi solo utilizzando il procedimento previsto dall'art. 186 l.fall. e non potranno in alcun modo aggredire il patrimonio separato del debitore concordatario. Tale divieto riguarda anche i creditori che sono divenuti tali nell'arco temporale fissato dal comma 1 dell'art. 168 l.fall., ma non tanto perché il loro credito sia prededucibile (che è solo un effetto), quanto perché la genesi di tali crediti dovrebbe essere prevista nel piano e funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori con-

corsuali (34). Tale argomento è comprovato dalla circostanza che basterà esaminare le analisi svolte dalle corti di merito sullo stato d'insolvenza del debitore concordatario, per rendersi conto come, messe da parentesi le formule di stile, esse avrebbero accertato e verificato l'inadempimento alle obbligazioni concordatarie piuttosto che lo stato d'insolvenza dell'impresa, per poi inferire l'uno dall'altro.

Sulla fragilità e ambivalenza dell'argomento fondato sulla sentenza della Corte Costituzionale del 2004, già ci pare abbia detto a sufficienza un tribunale veneto (35), cosicché anche il creditore rimasto estraneo, a meno che non siano già decorsi i termini di cui al terzo comma dell'art. 186 l.fall., non potrà in alcun modo insistere per il fallimento, soprattutto considerato che il suo credito è assimilato ex art. 184 l.fall. a quello dei creditori concorsuali.

Inoltre, occorre osservare che la proposta di dichiarare il fallimento del debitore concordatario senza una preventiva risoluzione del concordato, sulla base dell'idea che il tribunale potrebbe sempre valutare *ex post* l'insolvenza, nonostante *ex ante* sarebbe parsa superabile, contrasta con le indicazioni delle Sezioni Unite del 2013 (36), perché, così facendo, non si farebbe altro che riproporre quel controllo di fattibilità economica che la giurisprudenza di legittimità, nonostante i recenti e sempre più rilevanti erosioni alla distinzione della fattibilità giuridica rispetto a quella economica (37), aveva

(34) Di diverso avviso, ci pare, dottrina del tutto autorevole, secondo la quale i creditori legittimamente divenuti tali nel corso del concordato non solo hanno diritto all'integrale soddisfazione delle loro ragioni creditorie, ma potrebbero agire anche esecutivamente sul patrimonio segregato del debitore, una volta divenuto definitivo il provvedimento di omologa; cfr. G.B. Nardecchia, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano 2011, 167, 245.

(35) Cfr. Trib. Padova 30 marzo 2017, cit.

(36) Si tratta della notissima sentenza delle Sezioni Unite della Cass. 23 gennaio 2013, n. 1521, in questa *Rivista*, 2013, 149-155, con nota di F. De Santis, *Causa "in concreto" della proposta di concordato preventivo e giudizio "permanente di fattibilità"*, *ivi*, 2013, 279-286; con maggiore entusiasmo I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva "funzionale" aperta dal richiamo alla "causa concreta"*, *ivi*, 286-290; e L. Panzani, *I nuovi poteri autorizzativi del tribunale e il sindacato di fattibilità del concordato*, in *Società*, 2013, 574 ss.; molto critico invece A. Di Majo, *Il percorso "lungo" della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in questa *Rivista*, 291-293, il quale avrebbe identificato la "fattibilità giuridica" con la "causa concreta del negozio"; di diverso avviso L. Abete, *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n. 1521/2013 delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, I, 2013, 1871 ss.; G. Lo Cascio, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in questa *Rivista*, 2013, 530-534, il quale

evidenziava come "l'assenza della causa è cosa ben diversa dalla fattibilità del piano, perché l'assenza della prima riguarda un difetto genetico della proposta del debitore mentre il piano costituisce l'insieme delle attività che devono essere assunte durante la realizzazione del programma concordatario"; come sempre di particolare interesse P. Vella, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le Sezioni Unite sulla "causa concreta" del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica*, *ivi*, 2015, 438-447, la quale analizzava il rapporto tra l'orientamento delle Sezioni Unite e le sentenze della Corte di cassazione che erano successivamente intervenute; del tutto in linea con l'orientamento espresso dalla Corte, V. Zanichelli, *Il sindacato del tribunale sui tempi di esecuzione del concordato preventivo*, *ivi*, 2015, 825-834.

(37) Anche la giurisprudenza di merito e di legittimità, seppure per vie diverse, avrebbero un po' alla volta eroso i principi fissati dalla nota sentenza a Sezioni Unite del gennaio del 2013. Quanto alla prima, pare nettamente prevalente la tesi, secondo la quale il tribunale potrebbe vagliare la "fattibilità economica", nel caso in cui si potesse escludere o si dubitasse della realizzazione fattuale della "causa concreta" del concordato, e cioè nel caso in cui, valutata la relazione dell'attestatore, il tribunale si dovesse convincere che i creditori non potranno conseguire quanto è stato loro promesso. A tal proposito, si veda Trib. Bergamo 4 dicembre 2014, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Prato 30 aprile 2014, in www.ilcaso.it; Trib. Arezzo 12 novembre 2013, in *Dir. fall.*, 2015, II, 159-172, con nota di

Giurisprudenza

Concordato preventivo

però rimesso definitivamente ai creditori concorsuali.

Da ultimo, occorre tenere presente che il tema in questione è, almeno in qualche misura, collegato a quello del rapporto tra il principio di responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. e la natura giuridica del patrimonio dell'impresa destinato al pagamento dei creditori concorsuali. Ci pare pertanto di poter affermare che l'omologazione del concordato preventivo dovrebbe dare luogo, almeno idealmente, alla formazione di due patrimoni separati: uno vincolato esclusivamente al soddisfacimento dei creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso, e un secondo patrimonio destinato ai creditori successivi ed ai creditori aventi una pretesa non opponibile al concordato. Risulta probabilmente corretto affermare che in ogni concordato possa attuarsi una deroga dell'art. 2740 c.c., poiché non tutto il patrimonio dell'imprenditore potrebbe essere destinato al soddisfacimento dei creditori anteriori ma solo una parte, potendo una residua parte essere destinata ai creditori successivi (38). Da tale punto di vista, in questa sede non interessa tanto sostenere l'ammissibilità di un concordato in cui il debitore metta disposizione dei propri creditori solo una parte del proprio patrimonio (39), quanto evidenziare come ci possano essere alcuni creditori non obbligati dall'art. 184 l.fall., i quali potrebbero allora fare valere le loro pretese su quella parte del patrimonio del debitore concordatario non destinato ai creditori concorsuali oppure sui beni che all'impresa in concordato fossero sopravvenuti, cosicché, solo una volta comprovata l'incapienza oppure l'inesistenza di tale patrimonio, essi potrebbero instare per la dichiarazione di fallimento.

Ne deriva che dopo l'omologazione della proposta, e provata l'incapienza del patrimonio del debitore non destinato ai creditori concorsuali, potrebbero chiedere il fallimento del debitore concordatario,

senza la preventiva risoluzione del concordato non essendone vincolati, sia i titolari di un credito illegittimamente sorto nel corso della procedura di concordato preventivo (si pensi ad un credito sorto in violazione dell'art. 167 l.fall.; categoria sub a), sia i creditori la cui pretesa sia sorta "in occasione" della procedura concordataria ma senza alcuna utilità per la medesima (si pensi all'occupazione da parte del debitore concordatario di un immobile senza che ciò possa comportare alcun vantaggio per la procedura oppure ancora alla mancata restituzione di un bene in leasing senza alcun utilizzo del medesimo; categoria sub b). Qualche ulteriore discussione potrebbe sorgere con riferimento ai creditori che sarebbero divenuti tali nel corso dell'esecuzione del concordato preventivo; all'argomento in forza del quale, se tali crediti fossero sorti a seguito di una legittima esecuzione del piano, essi non solo sarebbero prededucibili nel successivo fallimento, ma sarebbe loro estensivamente applicabile l'art. 184 l.fall., perché comunque i loro sarebbero crediti funzionali all'esecuzione di un concordato e utili per i creditori concorsuali (come peraltro i crediti legittimamente prededucibili sorti prima dell'omologa del concordato), pare prevalere la tesi, secondo la quale, siccome il concordato si sarebbe estinto con la definitività del provvedimento di omologa, i crediti sorti durante la fase esecutiva del concordato non possono incorrere in alcuna limitazione, in quanto in alcun modo vincolati dall'art. 184 l.fall. (categoria sub c). Inutile dire che il debitore concordatario e la Procura della Repubblica potranno chiedere il fallimento dell'impresa il cui concordato risulti omologato, solo per l'incapienza e/o insolvenza del patrimonio non destinato ai creditori concorsuali (costituito eventualmente anche dai beni successivamente pervenuti) rispetto alle pretese delle tre categorie di creditori (sub a), b) e c) sopra indicati.

L. Vecchione, *La causa concreta nel concordato preventivo*; con riferimento alla durata della procedura, si veda Trib. Palermo 31 ottobre 2014, in questa *Rivista*, 2015, 823-825. La medesima discussione avrebbe connotato la giurisprudenza di legittimità, dal momento che sempre più spesso la Corte di Cassazione, perlopiù utilizzando la distinzione tra "causa in astratto" e "causa in concreto", avrebbe finito per farsi promotrice della necessità di una valutazione diretta del piano da parte del tribunale stesso; si veda Cass. 22 maggio 2014, n. 11423, in *www.cassazione.it*; Cass. 27 maggio 2013, n. 13083, in *www.ilcaso.it*; Cass. 9 maggio 2013, n. 11014, in *Mass. Gius. civ.*, 2013; Cass. 27 febbraio 2017, n. 4915, in questa *Rivista*, 2017, 525. Inoltre, sempre nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, si starebbe affermando, come prevalente, l'idea che la disamina della sussistenza della causa (concreta) auto-

rizzi il tribunale a verificare le probabilità che il piano venga realizzato, quando invece le Sezioni Unite avevano prescritto un semplice controllo "prima facie", uno "scrutinio", che non abbisognasse di alcuna valutazione di merito.

(38) Cfr. G. D'Attorre, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, in questa *Rivista*, 2017, 326, quale commento adesivo a Trib. Firenze 2 novembre 2016, *ivi*, 313-316, secondo il quale è legittimo che in un concordato in continuità diretta solo una parte degli utili dell'attività d'impresa vengano destinati ai creditori concorsuali.

(39) Di segno opposto è tutta la giurisprudenza di merito; tra le tante, per la linearità del ragionamento, si veda Trib. Roma 29 luglio 2010, in questa *Rivista*, 2011, 225.