



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

Scuola di
Economia e Management

Corso di Laurea Magistrale in
Accounting e Libera Professione

La Consecuazione delle Procedure Concorsuali

Relatore
Leonardo Quagliotti

Candidato
Raffaele Picarelli

Anno Accademico 2013/2014

Introduzione	3
Primo Capitolo : Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari sul principio della <i>consecutio</i>	11
1. Orientamento previgente alla Riforma del Diritto Fallimentare .	11
1.1 <i>Il consolidamento del Principio della Consecuzione delle Procedure Concorsuali</i>	11
1.2 <i>Ostacoli al Principio della “consecutio” e il dubbio di costituzionalità</i>	16
2. Orientamento post Riforma del Diritto Fallimentare	27
2.1 <i>La Riforma del Diritto fallimentare e il Principio di consecuzione</i>	27
2.2 <i>Il <<Decreto sviluppo>> e la formalizzazione del principio della consecuzione</i>	38
Secondo capitolo: La consecuzione del fallimento al concordato preventivo: le ipotesi di conversione	40
1. L’inammissibilità del concordato preventivo: l’art. 162 della legge fallimentare	40
2. Cenno sulla domanda “prenotativa” di concordato preventivo e dichiarazione di inammissibilità.....	49
3. Il mancato deposito delle spese di procedura (art. 163, secondo comma, n. 4)).....	54
4. La revoca dell’ammissione del concordato preventivo, l’art. 173 della legge fallimentare	59
5. La mancata approvazione del concordato	76
6. Il giudizio di omologazione ex art. 180 l.fall.	81
7. La risoluzione e l’annullamento del concordato preventivo: l’art. 186 della legge fallimentare	91
8. Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis: la possibile applicazione della <i>consecutio</i>	100
9. La consecuzione tra due strumenti di composizione concordata della crisi	110

Terzo capitolo: Gli effetti della consecuzione delle procedure concorsuali	115
1. Consecuzione delle procedure concorsuali e decorrenza del periodo sospetto.....	115
2. Gli atti compiuti dal debitore nel corso del procedimento di concordato preventivo e dopo l'omologazione	131
3. Consecutio e prededuzione: dai primi orientamenti all'interpretazione autentica dell'art. 111, secondo comma, l.fall. .	141
3.1 <i>Consecutio e prededuzione dei crediti sorti durante il concordato preventivo e l'amministrazione controllata</i>	141
3.2 <i>L'articolo 111, secondo comma, legge fallimentare e le nuove fattispecie di prededuzione</i>	152
3.3 <i>L'interpretazione autentica dell'art. 111, secondo comma, l.fall.: una nuova nozione di consecutio?</i>	167
4. Consecutio e rapporti giuridici preesistenti	182
5. La consecutio e la sospensione degli interessi	192
6. L'applicazione del principio della consecutio alla compensazione	201
7. Consecuzione di procedure concorsuali e formalità necessarie a rendere opponibili gli atti ai terzi	206
Quarto capitolo: Altri aspetti legati alla consecutio	212
1. Soci illimitatamente responsabili.....	212
2. L'applicazione della consecutio nell'ambito penale	221
Conclusioni	235
Bibliografia	252

Introduzione

Il legislatore del '42 ha dato la possibilità al debitore di esperire le cd. “procedure minori” prima di ricorrere al definitivo fallimento. Il creditore, con l’adire una procedura della specie, può tentare di dare una soluzione non fallimentare alla crisi della sua impresa. Tale opzione permetterebbe al debitore, nello spirito della legge, la possibilità di continuare la sua attività d’impresa al fine di preservare i suoi attivi e di soddisfare le ragioni dei suoi creditori. Tali finalità sono alla base della previsione e regolamentazione delle procedure minori volendosi quindi evitare, finché ciò è possibile, il ricorso ad una procedura concorsuale meramente liquidatoria¹.

Il concordato preventivo, come è noto, permette il mantenimento dell’impresa e dei suoi organismi produttivi (“*viables*”) e, attraverso il risanamento aziendale o la cessione dell’azienda a terzi, può preservare *know how* e livelli occupazionali dell’impresa, senza dimenticare comunque che la funzione primaria della procedura concordataria rimane quella satisfattiva. L’obiettivo del concordato è infatti il soddisfacimento paritetico dei creditori, (art. 160 co.1, lett. a))².

Rientriamo nell’ambito della *consecutio* delle procedure allorquando ricadiamo, per qualsiasi ragione, in una delle ipotesi previste dal legislatore aventi per effetto la decadenza dei benefici

¹ Nel prosieguo faremo cenno alla procedura di moratoria legale (Amministrazione controllata), prevista nella legge del '42, e soppressa dalle recenti riforme legislative.

² A.NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2012, p. 348.

della soluzione concordataria. Mentre nella disciplina previgente il fallimento era la conseguenza certa dell'inutile esperimento di una o più procedure minori, oggi, venuto meno il fallimento d'ufficio la dichiarazione è subordinato all'iniziativa dei creditori o del pubblico ministero (art. 173 comma 2, con riferimento agli artt. 1 e 5 l.fall.). Proprio sulla base di questo possibile susseguirsi di procedure, è stato elaborato il principio della “*consecuzione delle procedure concorsuali*”, che si fonda sulla valutazione dei procedimenti succedutisi nel tempo a carico dello stesso debitore, come fasi di un unico processo.

Tale costruzione, elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza, era resa possibile dall'identità del presupposto oggettivo e dall'automaticità della dichiarazione di fallimento in tutti i casi di “insuccesso” della procedura minore. Con la riforma del 2006/2007 questa architettura non è stata considerata più applicabile, venute meno le fondamenta alla base della teoria: la riforma ha infatti modificato il presupposto oggettivo del concordato preventivo e ha abolito il fallimento d'ufficio.

Nel primo capitolo verranno affrontati inizialmente gran parte degli orientamenti dottrinari e giurisprudenziali che si sono succeduti nei decenni precedenti la riforma, pervenendo a conclusioni sostanzialmente consolidate.

Viene quindi affrontato il tema della compatibilità dell'impianto normativo post-riforma con la teoria della consecuzione delle procedure concorsuali, esame compiuto anche alla luce delle varie pronunce della Suprema Corte che hanno riaffermato – pur nella perplessità di gran parte della dottrina – la sopravvivenza del

principio della consecuzione medesima.

Due anni più tardi, il legislatore, ha formalmente recepito nel nostro ordinamento il principio della consecuzione intervenendo sull'art.69-bis in tema di revocatoria, aggiungendo un secondo comma che recita: *“Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli artt. 64,65,67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese”*.

Nel secondo capitolo verranno esaminati da un punto di vista sostanziale e processuale le ipotesi di conversione del concordato preventivo in fallimento.

Le fattispecie di conversione sono disciplinate dal seguente complesso normativo:

- la norma di cui all'art. 162 l.fall., che regola le conseguenze derivanti dall'inammissibilità al concordato, norma sulla quale faremo alcune precisazioni in appresso;
- la norma di cui all'art. 163, secondo comma, punto 4), l.fall., che disciplina lo sbocco fallimentare del concordato preventivo nell'ipotesi di omesso deposito delle spese procedurali entro il termine fissato dal Tribunale;
- la norma di cui all'art. 173 l.fall., che disciplina il procedimento di revoca del concordato preventivo allorché venga accertato un comportamento fraudolento da parte del debitore;
- la norma di cui all'art. 179 l.fall., che disciplina le conseguenze della mancata approvazione del concordato in

- sede di adunanza dei creditori;
- la norma di cui all'art. 180 l.fall., che prevede l'ipotesi di mancata omologazione del concordato preventivo.

Si rende a questo punto necessario esplicitare immediatamente alcune osservazioni.

Il d.lgs. n. 5/2006, modificando l'art. 6 l.fall., ha eliminato la potestà giurisdizionale della dichiarazione d'ufficio del fallimento. Infatti, in base alla nuova normativa, il Tribunale è tenuto a valutare la sussistenza dello stato di decozione dell'impresa prima di dichiararne il fallimento, e ciò nel contraddittorio delle parti introdotto dall'impulso delle parti medesime.

Tuttavia gli articoli sopra menzionati non sono stati affatto toccati sul punto dal decreto del 2006 e in tutti era prevista la dichiarazione d'ufficio da parte dell'organo giurisdizionale. Il mancato coordinamento legislativo ha portato, come era prevedibile, ad una indeterminatezza della sfera di applicazione del principio e, quindi, ad una molteplicità di interpretazioni e soluzioni, la più diffusa delle quali era quella di considerare di fatto abrogate le disposizioni contrastanti con il principio della caducazione del fallimento d'ufficio.

Lo stato di confusione è stato alla fine risolto dal d.lgs. 169/2007, che ha modificato sul punto gli artt. 162,163, 173, 179, e 180 l.fall..

Pertanto, ora, la consecuzione delle procedure non si dispiega più automaticamente ma solo eventualmente e su istanza di una delle parti.

Un *deficit* di coordinamento normativo è tuttavia rimasto, ed è quello che concerne l'ipotesi di risoluzione/annullamento *ex art.* 186 l.fall.. La norma *de qua* non prevede per la conversione alcuno accertamento dei presupposti ad istanza dei creditori o del p.m., richiamando, per gli aspetti processuali, gli artt. 137 e 138 l.fall. in materia di concordato fallimentare. È noto infatti che tali disposizioni prevedono, con la sentenza che risolve o annulla il concordato, la dichiarazione automatica del fallimento. Da questo stato di cose è partita una frangia minoritaria della dottrina per sostenere la conservazione del fallimento *ex officio* in detta ipotesi di successione.

Richiamandoci a quanto più sopra espresso e prima di affrontare le problematiche di diritto sostanziale e processuale riguardanti le fattispecie di conversione del concordato preventivo in fallimento, ci preme evidenziare come l'introduzione del secondo comma dell'art. 69-bis abbia esteso l'ambito di applicazione del principio della consecuzione delle procedure concorsuali.

L'art. 162 l.fall., che disciplina il procedimento d'inammissibilità del concordato, non è mai stato considerato un'ipotesi di conversione in quanto, non essendo ancora iniziato alcun procedimento, non si poteva parlare di una *consecutio*³.

Occorre appena ricordare che il previgente art. 162 prevedeva nell'ipotesi di mancata ricorrenza delle condizioni di cui al

³ La *consecutio* ricorre quando: a) una procedura minore sia stata instaurata; b) quando la procedura predetta sia venuta a cessare senza che si sia raggiunto lo scopo prefisso; c) in conseguenza e a causa di ciò venga dichiarato il fallimento del debitore.

Si veda in tal senso, F. FERRARA E A. BORGIOLO, *Il fallimento*, Milano, 1967, p. 693 ss..

primo comma dell'art. 160 e quando la proposta non rispondesse alle condizioni indicate nel secondo comma dello stesso articolo, la dichiarazione tribunizia d'inammissibilità della domanda di concordato.

Di consecuzione di procedure si può d'altronde parlare solo dopo l'apertura della prima di esse. Da ciò derivava l'esclusione di ogni retrodatazione del periodo sospetto, ai fini della revocatoria fallimentare, al momento del deposito della domanda di concordato, se a quest'ultima conseguisse la dichiarazione di fallimento.

L'art. 69-bis introdotto dalla riforma del 2012, stabilisce che, se il fallimento è preceduto da un concordato preventivo, il periodo sospetto di cui agli artt. 64 – 69 l.fall. decorre dalla pubblicazione della domanda di ammissione. La norma opera anche in caso di *non consecuzione*, cioè quando al deposito della domanda faccia seguito la dichiarazione di inammissibilità da parte del giudice, ipotesi che tradizionalmente veniva esclusa. Tale effetto è stato esteso al fine di tutelare la massa dei creditori e ampliare l'ambito delle azioni revocatorie fallimentari, estendendo il periodo sospetto al tempo anteriore alla domanda alla concordato⁴. L'effetto estensivo del principio di consecuzione delle procedure concorsuali sancito, come detto, dall'appena citato art. 69-bis l.fall. si amplia ulteriormente alla luce della *domanda prenotativa* dell'art. 161, comma sesto introdotta, sempre, dal legislatore 2012.

Il *quid novi* consiste nella possibilità di fruizione, da parte del debitore, di tutti i benefici del concordato preventivo con il

⁴ Così M. FABIANI, *La "passerella" reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2012, p. 2.

semplice deposito del ricorso per concordato, senza gli allegati *ex art. 161 co. 1*. La norma concede al Tribunale la possibilità di assegnare al debitore un periodo di tempo fino a sei mesi (coincidente con il periodo sospetto dell'aggredibilità per revocatoria di una serie di atti) per la preparazione dei documenti previsti dall'art. 161, senza che esso debitore sia esposto alle azioni esecutive o cautelari dei creditori individuali e potendo il ceto creditorio concorsuale utilmente utilizzare, a far tempo dalla domanda prenotativa, lo strumento revocatorio. Rimane al momento impregiudicata la possibilità di applicare il principio della consecuzione - e quindi di retrodatare gli effetti della dichiarazione di fallimento - all'epoca dell'accordo di ristrutturazione. Ciò dipenderà dalla qualificazione dell'accordo di ristrutturazione in una sorta di *quid minoris* di concordato preventivo e, quindi, di procedura concorsuale. Su tale argomento ci riserviamo di tornare in seguito.

Una volta individuati i casi di consecuzione l'analisi si focalizzerà su orientamenti dottrinari e giurisprudenziali relativi agli effetti del principio della consecuzione delle procedure, secondo il quale, in presenza di una "sequenza" di uno o più procedimenti, taluni effetti propri del fallimento retroagiscono a partire dall'inizio del primo procedimento.

Nel terzo capitolo considererò quindi le applicazioni del principio da parte della giurisprudenza, sugli aspetti maggiormente dibattuti, nel periodo precedente la riforma del 2006/2007 e nel periodo intercorso fra la predetta riforma e il "decreto sviluppo", che ha formalmente inserito nel nostro ordinamento il principio in esame.

I temi intorno ai quali ruotano le problematiche del passaggio da

una procedura di concordato preventivo alla procedura fallimentare possono essere individuati in:

- decorrenza del termine per l'esercizio dell'azione revocatoria;
- irrevocabilità degli atti compiuti nel corso del concordato preventivo;
- prededuzione dei crediti e finanziamenti *ex art. 182-quater e 182-quinquies*;
- i rapporti giuridici preesistenti;
- la sospensione degli interessi;
- il divieto di compensazione *ex art. 56 l.fall.*;
- le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi.

Mi concentrerò sugli effetti della *consecutio* al fine di dare una soluzione sulla possibile applicazione del principio *de quo* sugli istituti summenzionati, considerando l'interpretazione data dalla dottrina e giurisprudenza in linea con la normativa vigente. Infine, nel quarto capitolo, considererò gli aspetti penalistici e gli effetti del principio sulla esdebitazione dei soci di società personali.

Primo Capitolo : Gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari sul principio della *consecutio*

1.Orientamento previgente alla Riforma del Diritto Fallimentare

1.1 Il consolidamento del Principio della Consecuzione delle Procedure Concorsuali

La costruzione elaborata dalla giurisprudenza e dalla dottrina consiste nel considerare il susseguirsi di procedure concorsuali non come successioni temporali bensì come fasi di un unico procedimento legate da un nesso di continuità: l'evento patologico che ha portato l'impresa a uno stato di dissesto. Nella disciplina previgente ciò si verificava allorché il fallimento conseguiva ad un inutile esperimento dell'amministrazione controllata o del concordato preventivo; oppure nel caso in cui all'amministrazione controllata susseguiva la procedura concordataria e quindi il fallimento. In quest'ultimo caso si viene a creare una duplice consecuzione di procedimenti, ognuno dei quali produttivo di effetti giuridici e l'automatica dichiarazione di fallimento faceva ravvisare nel medesimo la fase ulteriore di un procedimento unitario, volto sin dall'inizio alla tutela dalla *par condicio creditorum*.

Tale orientamento giustificava una serie di deroghe al principio fondamentale secondo cui gli effetti del fallimento si producono dal giorno della relativa declaratoria.

Affermazione del principio della consecuzione e rilevante deroga è quella che fa retrodatare alla procedura iniziale, il termine *a quo* per l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare. Il *periodo sospetto* è quindi spostato a ritroso, permettendo l'ampliamento temporale

dell'esercizio di questo fondamentale strumento di ricostituzione dell'attivo fallimentare e di tutela delle ragioni dei creditori concorsuali. L'affermazione del principio da parte della Suprema Corte ha finito per agevolare il ricorso a procedure concorsuali (minori), normalmente salvaguardanti il patrimonio aziendale e l'occupazione, evitando *a contrariis* il ricorso a procedure liquidatorie che si sarebbe più frequentemente verificato in assenza di quei maggiori spazi di tutela per la creditoria che il principio stesso consente⁵.

Il legislatore nel periodo ante riforma si era preoccupato solo di definire le ipotesi in cui, a una procedura c.d. minore, subentrava la procedura fallimentare. La previsione legislativa degli artt. 173, 186, 188, 192, 193 della legge fallimentare disciplinava, da un punto di vista meramente cronologico, i casi di fallimento consecutivo al concordato preventivo e all'amministrazione controllata. La dottrina e la giurisprudenza, di contro, avevano elaborato l'orientamento che le procedure succedentesi l'un l'altra, sono collegate non solo cronologicamente, ma legate, da un vincolo di interdipendenza ed unitarietà. Fondamento di quest'ultima, era l'identità del presupposto oggettivo⁶- oltre che soggettivo- e la

⁵Pur essendo una costruzione già consolidata negli anni '50, questo principio è stato sempre più sostenuto negli anni a venire, anche come giustificazione di natura sociale nel decennio 1970-1980 per la grave crisi e la dilagante disoccupazione. In tal senso, G. ALESSI, *Sospensione degli interessi nel Concordato Preventivo seguito da Fallimento*, in *Fallimento*, 1992, 114.

⁶ La disciplina previgente la riforma del diritto fallimentare individuava il presupposto del concordato preventivo nello Stato di insolvenza. Così recitava l'art. 160, "*L'imprenditore che si trova in istato di insolvenza, fino a che il suo fallimento non è dichiarato, può proporre ai creditori un concordato preventivo*". Più problematico è stato estendere il principio in esame all'amministrazione controllata, visto che l'art. 187 individuava come presupposto della procedura, la "*temporanea difficoltà ad adempiere le proprie obbligazioni*". Questa diversità formale del presupposto è stata, per una parte della dottrina, il vero ostacolo logico che si frapponeva ad ogni tentativo di unificazione delle varie procedure come momenti di

continuità delle procedure, derivante dalla possibilità di dichiarazione di fallimento *ex officio* una volta accertata l'impossibilità di proseguire la procedura originaria⁷.

La costruzione poteva dirsi parte del diritto vigente, in quanto, anche se non codificata, era stata stabilmente acquisita all'interno dell'interpretazione giurisprudenziale e della dottrina. Quest'ultima si focalizzò, per un certo periodo, sulla distinzione tra *consecuzione* e conversione di procedimenti. La dottrina meno recente si chiese se il fenomeno della successione delle procedure consiste in “*una consecuzione di procedimenti o in una conversione di uno stesso procedimento*”⁸. Essa aveva individuato nel concordato preventivo, come nel fallimento, la natura di procedimento esecutivo concorsuale⁹. L'interpretazione della natura esecutiva del concordato preventivo, si fondava su un'estensione della nozione di esecuzione forzata, più ampia della nozione di esecuzione *stricto sensu*, in quanto la legge costringe l'obbligato ad avere determinati comportamenti al fine di soddisfare le ragioni del creditore¹⁰.

un unico processo di esecuzione concorsuale. Nel prosieguo del capitolo verrà affrontato questo tema e vedremo come la Suprema Corte abbia trovato una soluzione nel considerare la “*temporanea difficoltà ad adempiere*” come una fase prodromica dell'insolvenza.

⁷ In Giurisprudenza, cfr., Cass. 2 giugno 1988, n. 3741, in *Fallimento*, 1988, 972; App. Perugia, 7 maggio 1952, in *Dir. Fall.*, 1952, 420 e ss., con nota di G. COLAFRANCESCHI; *contra*, Trib. Palermo, 16 febbraio 1985, in *Fallimento*, 1985, 552. In dottrina, cfr., F. DE MARCO, *La consecuzione dei procedimenti concorsuali*, in *Dir. fall.*, 1953, 283 e ss.

⁸ Sul punto si veda, C. SAPIENZA, *Conversione e consecuzione dei procedimenti concorsuali*, Milano, 1958, pg. 3.

⁹ Relativamente alla natura del fallimento, pur essendo da sempre controversa, la dottrina maggioritaria considera il fallimento un procedimento esecutivo. Per quanto riguarda il concordato preventivo, il dibattito non si è mai sopito e le modifiche apportate dalla riforma del diritto fallimentare hanno riaperto il contrasto interpretativo, senza raggiungere una soluzione unitaria.

Sul punto, si veda G. LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fallimento*, 2013, 525.

L'amministrazione controllata aveva come obiettivo il controllo dell'impresa del debitore per garantire il soddisfacimento delle ragioni dei creditori. Questa aveva finalità di garanzia, requisito che permette di ricondurre la procedura nella nozione più ampia di misura cautelare¹¹.

Il fallimento e il concordato preventivo fanno parte della più ampia categoria del processo esecutivo, e possono essere considerati come due modi di esplicazione del processo di esecuzione concorsuale. Nel caso in cui non si dovessero soddisfare le ragioni dei creditori dopo l'esperimento della soluzione concordataria, il processo esecutivo non si estinguerà ma conseguirà il procedimento fallimentare. Esso, potendo contare su diversi e peculiari attività, potrà conseguire le finalità propria del processo esecutivo. Il susseguirsi del fallimento al concordato preventivo corrisponde a una consecuzione di procedure all'interno dello stesso processo esecutivo. Diverso è il caso in cui l'insuccesso dell'amministrazione controllata conduca all'apertura del concordato preventivo o del fallimento. I due procedimenti fanno parte di processi aventi natura diversa. Infatti, per una parte della dottrina, il collegamento funzionale tra le diverse procedure *“non può giustificarsi perché i procedimenti stessi fanno parte di processi diversi (cautelare l'uno, esecutivo gli altri) e quindi dato che l'interferenza esiste e dato che non si spiegherebbe sostenendo che si tratti di due diversi*

¹⁰ Una volta dichiarata aperta la procedura di concordato, questo si concreta in *“una serie di limitazioni al potere di disponibilità e di amministrazione”* che portano ad indirizzare l'istituto *“al realizzo dei diritti dei creditori sul patrimonio del debitore, come mezzi di coazione tendenti ad influire sulla volontà dell'obbligato”*. Cfr., C. SAPIENZA, *Conversione e consecuzione dei procedimenti concorsuali*, cit., p. 41 ss.

¹¹ Così, F. DE MARCO, *La consecuzione dei procedimenti concorsuali*, op. cit., p. 286.

*procedimenti che si susseguono, penso si debba ammettere trattarsi di uno stesso procedimento che si converte*¹². Altri autori, reputando di minor interesse l'argomento, non si sono molto dilungati sulla distinzione tra conversione e consecuzione di procedimenti, considerando la conversione come *“il meccanismo attraverso il quale la consecuzione si avvera. La consecuzione pertanto è il fine, la conversione il mezzo”*. La questione divenne una pura disputa terminologica e non fu più affrontata nei termini suesposti¹³.

¹² Così, C. SAPIENZA, *Conversione e consecuzione dei procedimenti concorsuali*, cit., p. 53 ss.

¹³ Cfr., F. DE MARCO, *La consecuzione dei procedimenti concorsuali*, cit., p. 283; e si veda anche A. CECCHERINI, *Effetti nel fallimento consecutivo*, in *Fallimento*, 1992, 313.

1.2 Ostacoli al Principio della “consecutio” e il dubbio di costituzionalità

Sul piano meramente legislativo, il concordato preventivo e il fallimento presentavano una maggiore omogeneità di normativa. Essi venivano considerati come due procedimenti alternativi in caso di insolvenza dell'imprenditore. I due istituti concorsuali avevano inoltre, nella sostanza, la medesima finalità: il soddisfacimento delle ragioni dei creditori. Il concordato tuttavia a differenza del fallimento, dava maggiori possibilità di evitare la dispersione del valore d'impresa con beneficio della pubblica economia (cfr. il concordato di garanzia). Il fallimento invece consegue la sua finalità soddisfacente normalmente attraverso la liquidazione dei beni.

Una parte della dottrina, soprattutto a partire dagli anni '90 trovò l'elaborazione della teoria della *consecutio* fragile e piena di contraddizioni all'interno della stessa giurisprudenza¹⁴. Il principio della consecuzione, come già illustrato precedentemente, si fonda su una serie di elementi che testimoniano il nesso funzionale fra i procedimenti. Questo deriva dal medesimo fenomeno patologico, dall'identità dei presupposti e dall'automaticità della dichiarazione di fallimento nei casi in cui le procedure minori non raggiungano

¹⁴ Questi riconducevano la crisi economica e la dilagante disoccupazione del decennio 1970-1980, come motivazione sociale che aveva portato la giurisprudenza a consolidare il principio della consecuzione dei procedimenti concorsuali. Venute meno le ragioni sociali per poter affermare la costruzione in esame, parte della dottrina non ravvisava più all'interno del principio motivazioni che permettessero l'applicabilità all'interno del nuovo contesto sociale.

Sul punto si veda, G. ALESSI, *Sospensione degli interessi nel concordato preventivo seguito da fallimento*, cit., p. 114; B. MELI, *La consecuzione delle procedure concorsuali: problematiche e soluzioni con particolare riferimento al computo del periodo sospetto ai fini della revocatoria fallimentare; decorrenza degli interessi; alla prededuzione; alla preesistenza dei rapporti giuridici*, in *Dir. Fall.*, 1992, 749 ss.

l'obiettivo proposto. Secondo l'indirizzo tradizionale l'insolvenza viene confessata dallo stesso imprenditore con la domanda di concordato e viene accertata con il decreto che lo ammette alla procedura, di modo che il fallimento è automatico e non richiede un nuovo accertamento dei presupposti. Il versante minoritario criticò questo orientamento in quanto la domanda di concordato non consiste in una confessione dello stato di insolvenza e quest'ultimo non viene accertato con il decreto che ammette la procedura¹⁵. Secondo tale orientamento lo stato di insolvenza continua ad essere oggetto dell'indagine che sfocia nella sentenza dichiarativa di fallimento. Quindi la tesi minoritaria non considerava pertanto automatica la dichiarazione di fallimento nei casi di insuccesso della soluzione concordataria. Il Tribunale doveva in ogni caso accertarne i presupposti, soggettivo ed oggettivo, e la propria competenza. Questa indagine veniva effettuata al momento della dichiarazione di fallimento e non poteva essere assunta dalla situazione esistente al momento dell'ammissione dell'imprenditore al concordato¹⁶.

La giurisprudenza prevalente della Corte di Cassazione si è espressa più volte in modo contrario a queste tesi. La dichiarazione di fallimento si fonda sullo stesso accertamento che è stato alla base dell'ammissione al concordato (sempre che questa non derivi da un'insolvenza autonoma e successiva), e se il fallimento è

¹⁵ La domanda di concordato non può assumere carattere confessorio e questo perché *“manca sia l'animus confitendi, sia il soggetto di diritto sostanziale che trae beneficio dalla presunta confessione, sia l'oggetto che nella confessione stessa è costituito da fatti giuridici, mentre l'insolvenza consiste in una situazione di fatto del patrimonio dell'imprenditore”*. Così, G. ALESSI, op. cit., p.90.

¹⁶ Il Tribunale, ove accerti la propria incompetenza per territorio o la cessazione del dissesto mediante soddisfazione dei creditori, non può dichiarare il fallimento. Cfr., A. CECCHERINI, *Effetti nel fallimento consecutivo*, cit., p. 313 ss.; così, ancora G. ALESSI, cit., 114 ss.

l'evoluzione patologica del concordato, la consecuzione non può essere messa in dubbio. Si verranno ad applicare quindi tutti gli effetti della *consecutio*¹⁷.

La dottrina avversa a considerare la consecuzione di procedimenti come principio che lega, sulla base di un collegamento funzionale, le procedure succedutesi nel tempo, contestava tale costruzione sulla base di diversi elementi. La tendenza generale dell'ordinamento giuridico era orientata alla conservazione degli effetti, sia in campo sostanziale che in campo processuale, e non sulla retroattività, che rappresenta l'eccezione. Inoltre la comune natura esecutiva delle tre procedure concorsuali esisteva solo per il divieto di azioni esecutive, esteso in tutti gli istituti, ma non certo per la natura liquidatoria, presente solo nel fallimento e nel concordato (in caso di cessione di beni). In generale l'inesistenza di una base normativa che sostenesse il principio ha portato, all'inizio degli anni '90, una parte minoritaria della giurisprudenza a rigettarlo e a vederlo come una costruzione dogmatica nata in epoche precedenti per prevalenti ragioni sociali, considerate ormai superate. Le argomentazioni a sostegno dell'anzidetto orientamento sono sia strutturali che teleologiche e si possono compendiare nel modo seguente:

- a) la differente pregnanza dei provvedimenti di apertura (la sentenza nel fallimento e il decreto nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata);
- b) la conservazione in capo al debitore nelle due procedure minori, e dell'amministrazione dei beni e dell'esercizio dell'impresa;
- c) la contraddittorietà data alle soluzioni degli effetti relativi alle

¹⁷ Casì, Cass. 23 maggio 1979, n. 2983, in *Fallimento*, 1980, p. 253.

procedure concorsuali collegate¹⁸.

Le contraddizioni si palesavano sia in giurisprudenza che in dottrina, nella mancata estensione del principio di consecuzione agli effetti dei rapporti giuridici preesistenti, escludendosi la retrodatazione di questi ultimi.

Inoltre, la garanzia della prededucibilità era pacificamente ammessa per i debiti sorti durante l'amministrazione controllata, mentre lo stesso non si poteva dire per i quelli sorti durante il concordato preventivo¹⁹.

Il vero ostacolo che si frapponneva ad ogni tentativo di unificazione delle varie procedure come momenti di un unico processo di esecuzione concorsuale era, come sopra accennato, il diverso presupposto dell'amministrazione controllata rispetto agli altri istituti concorsuali²⁰. L'indirizzo tradizionale considerava la "temporanea difficoltà ad adempiere" (art. 187 l.fall., abrogato dall'art. 147 d.l.s. 9 gennaio 2006, n. 5) qualitativamente identica all'insolvenza, dovendosi trovare le differenze solo sul piano quantitativo. Il versante minoritario era fortemente contrario all'identificazione dei presupposti del fallimento e del concordato con quelli dell'amministrazione controllata e ciò, in larga misura, al

¹⁸ Sul punto si veda, A. CECCHERINI, *Effetti nel fallimento consecutivo*, op. cit., p. 313 ss.; B. MELI, *La consecuzione delle procedure concorsuali: problematiche e soluzioni con particolare riferimento al computo del periodo sospetto ai fini della revocatoria fallimentare; decorrenza degli interessi; alla prededuzione; alla preesistenza dei rapporti giuridici*, op. cit., p. 749 ss.; cfr., G. ALESSI, *Sospensione degli interessi nel concordato preventivo seguito da fallimento*, op. cit., 113 ss.

¹⁹ Questo argomento verrà trattato in modo più dettagliato nel capitolo successivo dell'elaborato. Per adesso mi limito a dire che l'indirizzo tradizionale si basava sulla diversa natura (liquidatoria) del concordato preventivo rispetto a quella conservativa e risanatoria dell'amministrazione controllata.

²⁰ Trib. Palermo 16 febbraio 1985, in *Fallimento*, 1985, p. 552 con nota di L.A. RUSSO.

fine di evitare l'applicazione degli effetti della *consecutio* nei casi di amministrazione controllata seguita dal fallimento (*in primis* la retrodatazione del periodo sospetto *ex art. 67 l.fall.*).

Seppur con forzature, la dottrina marginale accettava l'unicità di procedimento in caso di successione tra concordato e fallimento, ma questa era considerata inammissibile in caso di fallimento conseguente con l'amministrazione controllata.

Il decreto di ammissione al concordato infatti, pur non avendo un carattere formale di sentenza, conteneva tuttavia anch'esso un accertamento giudiziale dell'insolvenza. Da qui veniva argomentata la differenza ontologica dei presupposti e la diversità degli effetti, in ipotesi di *consecutio*, tra l'amministrazione controllata, che presupponeva una *temporanea difficoltà d'adempiere* e il presupposto dell'insolvenza nel fallimento (e nel concordato preventivo)²¹.

L'orientamento tradizionale distingueva l'a.c. dal fallimento per la reversibilità dell'insolvenza nel primo caso, e l'irreversibilità nell'ipotesi fallimentare: da qui l'affermazione che la temporanea difficoltà ad adempiere si discostava dall'insolvenza solo per motivazioni marginali rimanendo tuttavia una *species* di insolvenza²².

²¹ Si veda a riguardo, B. MELI, *La consecuzione delle procedure concorsuali: problematiche e soluzioni con particolare riferimento al computo del periodo sospetto al fine della revocatoria fallimentare; decorrenza degli interessi; alla prededuzione; alla preesistenza dei rapporti giuridici*, op. cit., p. 754 ss; cfr., A. CAMILLETI, *Brevi considerazioni in tema di revocatoria fallimentare nel caso di consecuzione di amministrazione controllata e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 1997, 419.

²² Una parte della dottrina distinse i due presupposti sulla base di nozioni economiche, considerando la temporanea difficoltà ad adempiere come una

Rovesciando tale orientamento, parte della giurisprudenza individuò la seguente obiezione alla teoria della sostanziale identità dei due presupposti; lo stato di “*temporanea difficoltà ad adempiere*” era caratterizzato da un disequilibrio finanziario (crisi di liquidità) e non da un deficit patrimoniale e i creditori con l’approvazione della procedura di a.c. in qualche modo sanzionavano l’esistenza di tale temporanea difficoltà e la fiducia, decorso un certo lasso di tempo, nel ritorno *in bonis* dell’azienda²³.

La dottrina maggioritaria ha sempre sostenuto che la temporanea difficoltà ad adempiere sia insita nel concetto di insolvenza di cui all’art 5 della legge fallimentare. Questa fa riferimento all’impossibilità dell’imprenditore di adempiere *regolarmente* le proprie obbligazioni. Il divario tra i presupposti fu superato dalla giurisprudenza affermando che si tratta di “*due diverse gradazioni di un medesimo fenomeno patologico, il cui contenuto sta nell’impossibilità per l’imprenditore commerciale di far fronte tempestivamente e con mezzi ordinari all’adempimento delle obbligazioni assunte, pur presentando la prima un minore coefficiente di gravità*”.²⁴ L’indirizzo tradizionale considerava l’amministrazione controllata come un procedimento *cautelare*,

incapacità monetaria. La crisi finanziaria poteva essere superata tramite questo procedimento che dava la possibilità di provvedere alla riorganizzazione interna dell’apparato imprenditoriale e alla riorganizzazione dei rapporti esterni.

Si veda in tal senso, M. FABIANI, *Consecuzione di procedimenti e decorrenza dei termini per l’azione revocatoria*, in *Fallimento*, 1994, p. 1156 ss.;

²³ Nella sostanza, secondo questa giurisprudenza, l’amministrazione controllata poteva equipararsi ad un *pactum de non petendo* di tipo particolare, in quanto formatosi all’interno di una procedura concorsuale.

In questo senso si veda, M. FABIANI, *Consecuzione di procedimenti e decorrenza dei termini per l’azione revocatoria*, op. cit., p. 1153 ss.; G. Alessi, *Sospensione degli interessi nel concordato preventivo*, op. cit., p. 115 ss.

²⁴ Cass. 9 maggio 1969, n. 1588, in *Foro it.*, 1969, 1709; in dottrina, si veda F. DE MARCO, *La consecuzione delle procedure concorsuali*, op. cit., *Dir. fall.*, p. 283 ss.

consistente in una concessione di una moratoria al debitore per evitare la procedura maggiore. Abbiamo già sottolineato la reversibilità dell'insolvenza *ex art. 187* come tratto distintivo della procedura *de qua* e della sua finalità conservativa. L'eventuale esito infausto dell'a.c. e, quindi, il mancato risanamento dell'impresa erano da ascrivere *ex post* all'insussistenza *ab origine* di quei presupposti di reversibilità della crisi. Ciò legittimava una sorta di retrodatazione dello stato di insolvenza al giorno del provvedimento della prima procedura.

Dall'insieme delle argomentazioni suesposte, emerge la costruzione di un procedimento unitario nell'ipotesi di a.c. seguita da fallimento e l'affermazione del principio della consecuzione nelle due procedure²⁵: dall'identità sostanziale dei presupposti e da una distinzione meramente quantitativa consegue una piena applicazione della *consecutio*²⁶.

I giudici di merito del Tribunale di Milano sollevando dubbi in ordine alla legittimità costituzionale della *consecutio* investirono

²⁵ Cass. 22 maggio 1994, n. 4240; Cass. 22 giugno 1994, n. 5966; Cass. 27 giugno 1994, n. 6154, in *Fallimento*, p.1147 ss.; Cass. 1 ottobre 1997, n. 9581, in *Fallimento*, 1998, p. 691 ss..

²⁶ Ulteriore problema affrontato dalla giurisprudenza in tema di consecuzione di procedure fu quello di considerare l'immediatezza nella successione delle procedure come elemento necessario per l'applicazione del principio stesso e di tutti gli effetti connessi ad esso. Non era infrequente che il susseguirsi di procedimenti fosse interrotto da intervalli temporali. La questione fu affrontata in questi termini: ove l'immediatezza fosse requisito necessario al principio la soluzione doveva prevedere l'esclusione della *consecutio*. La giurisprudenza maggioritaria ha sempre considerato la consecuzione come quella correlazione logica fondata su una continuità di presupposti, indipendentemente dal lasso temporale verificatosi tra i procedimenti. Elemento fondamentale è quindi che, a prescindere dall'esistenza dell'intervallo di tempo, la seconda procedura sia espressione della medesima crisi economica determinata dalla prima.

In tal senso si veda, Trib. Palermo 16 febbraio 1985, in *Fallimento*, 1985, 552, con nota di L.A. RUSSO; Cass. 2 giugno 1988, n. 3741, in *Fallimento*, 1988, 972; Cass. 26 giugno 1992, n. 8013, *ivi*, 1992, 1027.

della questione la Corte Costituzionale con due ordinanze in data 29 luglio e 23 settembre 1994²⁷. La questione di incostituzionalità concerneva uno degli effetti più importanti della consecuzione: la retrodatazione della revocatoria *ex art. 67* al momento dell'ammissione alla procedura minore. I giudici di merito ne argomentavano l'illegittimità con riferimento agli artt. 3, 24, 41 della Costituzione, riecheggiano le sopra descritte confutazioni alla teoria dell'unitarietà dei procedimenti.

Relativamente all'art. 3 della Costituzione, i giudici di merito consideravano non infondata la questione di incostituzionalità dell'art. 67 legge fallimentare laddove applicava il principio della consecuzione all'ipotesi di conversione in fallimento della procedura di amministrazione controllata. Secondo i medesimi, la retrodatazione del periodo sospetto ai fini della revocatoria, al tempo anteriore all'ammissione alla prima procedura comportava un irragionevole "*trattamento eguale di situazioni diseguali*", in quanto la temporanea difficoltà di adempiere è ontologicamente diversa dall'insolvenza. Ma, come già illustrato più sopra, l'interpretazione estensiva dell'art. 67, sostenuta da una larga giurisprudenza poggiava sulla sostanziale identità di temporanea difficoltà ad adempiere e d'insolvenza; e la suesposta diversità ontologica dei presupposti era concettualmente superata dalla distinzione tra insolvenza reversibile e irreversibile: ciò che variava era la prognosi mentre identica era la patologia dell'impresa. Proprio sulla base dell'esistenza di questo nucleo fondamentale comune la Corte Costituzionale affermò l'insussistenza di violazione del principio di uguaglianza *ex art. 3*; dalla equiparazione

²⁷ Cfr., Trib. Milano 23 settembre 1994 e Trib. Milano 23 settembre 1994, in *Fallimento*, 1995, 206, con nota di L. PANZANI.

delle situazioni discende la non irragionevolezza delle equiparazioni degli effetti²⁸.

Allo stesso risultato giunse la Corte Costituzionale per quanto riguarda la questione di illegittimità sollevata in riferimento all'art. 24 della Costituzione. La censura mossa dal giudice di merito lamentava una limitazione del diritto di difesa in quanto il creditore, convenuto in revocatoria, non avrebbe potuto provare, sul piano della *scientia decoctionis*, la non conoscenza dello stato (iniziale) di insolvenza (retta da una presunzione assoluta). Ciò perché lo stato d'insolvenza era presunto in presenza di elementi che avevano portato il Tribunale a giudicare lo stato di crisi dell'imprenditore come "*temporanea difficoltà d'adempire*" e non insolvenza. Secondo la Corte Costituzionale il giudice di merito non aveva tenuto nella dovuta considerazione il momento della conclusione, da parte del terzo, dell'atto negoziale, che precede il provvedimento di ammissione del debitore alla procedura minore e comunque, in ogni caso afferma la Corte, incombeva in capo al terzo l'onere dell'esplicazione dell'ordinaria diligenza volta al fine di percepire lo stato d'insolvenza dell'impresa. Il terzo non poteva infatti conoscere aprioristicamente la valutazione tribunizia dello stato di crisi come insolvenza reversibile (e quindi sfociante in a.c.) o una diversa valutazione comportante la declaratoria fallimentare, i segni rilevatori, prosegue la Corte, in entrambi i casi devono essere considerati indici di insolvenza e la presunzione assoluta dello stato di insolvenza nel periodo antecedente l'amministrazione controllata non inficiava la possibilità del terzo di provare la *scientia* o *inscientia decoctionis* perché riguardava esclusivamente il

²⁸ Corte Cost. 6 aprile 1995, n. 110 e Corte Cost. 15 giugno 1995, n. 224, in *Fallimento*, 1995, 707., con nota di G. LO CASCIO.

presupposto oggettivo della revocatoria: quest'ultima infatti poteva essere esperita solo nel caso in cui il terzo avesse provato la consapevolezza dello stato di insolvenza dell'imprenditore (o l'inconsapevolezza dei casi di cui al primo comma dell'art.67 della legge fallimentare). Tutto quanto precede ha portato la Corte Costituzionale a dichiarare l'infondatezza dei rilievi operati dal giudice di merito in ordine alla violazione dell'art. 24 della Costituzione²⁹.

I giudici di merito milanesi denunciarono inoltre l'illegittimità della disciplina della revocatoria in quanto in contrasto con l'art 41 della Costituzione. Essi argomentavano che la retrodatazione del periodo sospetto al provvedimento di ammissione alla a.c. comportasse una lesione della libertà di iniziativa economica dell'imprenditore in crisi. La revocatoria avrebbe potuto colpire anche a distanza di anni creando un'incertezza negli atti posti in essere con i terzi prima dell'ammissione alla procedura. Ma questa limitazione della possibilità di contrarre da parte dell'imprenditore venne risolta dalla Corte Costituzionale dicendo che essa *“rientra comunque nel bilanciamento – non irragionevolmente operato dal legislatore nell'esercizio della sua discrezionalità – con l'utilità sociale correlata alla esigenza di un sano e corretto funzionamento del mercato e con la parità di trattamento tra tutti i creditori”*. Il periodo sospetto interessava i rapporti negoziali anteriori all'apertura di qualsiasi procedura. Quando l'imprenditore versava in stato di crisi non poteva essere conosciuto anticipatamente dai creditori se l'esito della crisi stessa sarebbe stato fausto, con il

²⁹ Corte Cost. 6 aprile 1995, n. 110 e Corte Cost. 1 giugno 1995, n. 224, cit., p. 709 ss.; v. anche, U. APICE, *Consecuzione di procedure ed effetti del fallimento*, in *Fallimento*, 1996, 721.

ritorno *in bonis*, o infausto, con uno sbocco fallimentare della vicenda (o con l'ammissione ad una procedura minore): i creditori in ogni caso avrebbero fondato il loro comportamento su un criterio e su regole di prudenza. La compressione della libertà di iniziativa economica, concludeva infine la Corte, non derivava dall'ammissione della società in crisi alle procedure concorsuali minori o dalla retrodatazione del periodo sospetto, ma dalla situazione di crisi in cui versava l'impresa, situazione che creava sfiducia nei terzi³⁰.

La Corte Costituzionale, dichiarando inammissibili le questioni di legittimità poste in relazione alla consecuzione di procedure e alla retrodatazione del computo del periodo sospetto alla data di ammissione all'amministrazione controllata, pose fine alla tormentata vicenda interpretativa. Questa ha confermato la legittimità dell'orientamento tradizionale della Suprema Corte, e pur non avendo completamente sopito i dubbi a riguardo, non è stata oggetto di particolari contestazioni fino alla riforma del diritto fallimentare.

³⁰ Trib. Milano 29 luglio 1994 e Trib. Milano 23 settembre 1994, in *Fallimento*, 1995, 206 ss., con nota di L. PANZANI; v. anche, U. APICE, *Consecuzione di procedure ed effetti del fallimento*, cit., p. 721.

2. Orientamento post Riforma del Diritto Fallimentare

2.1 La Riforma del Diritto fallimentare e il Principio di consecuzione

Le riforme introdotte dal d.l. n. 35/2005 e proseguite dal d.lgs. n. 5/2006 e dal d.lgs. 169/2007 hanno modificato radicalmente l'impianto della legge fallimentare incidendo sia sullo strumento revocatorio sia sulle singole procedure. Queste novità hanno avuto pesanti ripercussioni sul principio della consecuzione, tant'è che alcuni hanno parlato di un possibile tramonto dell'orientamento monolitico venutosi a creare in giurisprudenza, nei decenni precedenti. L'incertezza sulle sorti di tale principio muovevano dal fatto che il legislatore della riforma modificò gli elementi che di tale principio costituivano il fondamento. Come già delineato nel paragrafo precedente, la *consecutio* si basava sull'identità di presupposto delle procedure concorsuali, sulla possibilità di dichiarare fallimento *ex officio* e sull'identità dei fini delle varie procedure.

Relativamente al primo dei pilastri su cui poggiava l'unitarietà dei procedimenti, la sopravvivenza del principio venne messa in discussione allorché l'art. 2, primo comma del d.l. 35/2005 sostituì lo stato di insolvenza con la nozione di *stato di crisi*. Successivamente il d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, aggiunse un secondo comma all'art. 160 precisando che ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza. Inoltre la problematica si incentrò unicamente sul concordato preventivo in quanto il d.lgs. 5/2006 abrogò l'amministrazione

controllata e con essa tutti i problemi interpretativi legati all'identità dello stato di insolvenza con la temporanea difficoltà di adempiere. Il legislatore della riforma non ha definito lo stato di crisi, creando così un acceso dibattito su questa nuova nozione all'interno del diritto fallimentare. Sempre più essa appare come una nozione empirica, che trae spunto dalle discipline aziendalistiche.

Con questa espressione il legislatore ha voluto designare una condizione economico-finanziaria del debitore che non necessariamente coincide con l'insolvenza, potendo essere ammesso al concordato anche l'imprenditore che si trovi in uno stato di *pericolo di insolvenza*. Il legislatore ha introdotto tale diverso presupposto al fine di anticipare l'azione dell'imprenditore nel porre rimedio alla sua situazione di difficoltà. Il concordato "previene" (può prevenire) il manifestarsi dello stato di insolvenza³¹. Questo presupposto non si risolve nell'insolvenza, ma comprende altre situazioni di difficoltà di carattere organizzativo o finanziario, che possono essere superate mediante l'accordo del debitore con i creditori e il divieto per i creditori di promuovere o continuare azioni esecutive. Lo stato di crisi anticipa la possibilità di ammissione alla procedura di debitori ancora in grado di far fronte alle proprie obbligazioni ma in condizioni patrimoniali tali da far fondatamente temere per il futuro a una completa sospensione degli adempimenti³².

La dottrina si è presto interrogata in ordine alla sopravvivenza del principio di consecuzione alle intervenute modifiche legislative.

³¹ A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese, Le procedure concorsuali*, Bologna, 2012, p. 345 ss.

³² L. PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fallimento*, 2006, p. 1013 ss; cfr. anche, G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 547 ss.

L'indagine si è presentata di indubbio interesse con particolare riferimento all'individuazione del momento di decorrenza dell'azione revocatoria, tradizionalmente fissato dalla giurisprudenza alla data di ammissione alla prima procedura concorsuale. Il principio, come noto, aveva la funzione pratica di ricostituzione dell'attivo dell'impresa fallita a tutela delle ragioni creditorie, in particolare attraverso l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare. Abbiamo sopra detto che la *consecutio* derivava da un'interpretazione estensiva dell'art 67 che fa decorrere il periodo sospetto dalla sentenza dichiarativa di fallimento. La pronuncia veniva assunta come mezzo legale di accertamento dell'insolvenza; la medesima efficacia veniva ora data al provvedimento di ammissione del concordato preventivo sulla base dell'omogeneità dei presupposti.

Gli autori che nel periodo precedente la riforma erano stati fautori di quell'orientamento minoritario contrario alla *consecutio*, esclusero ora la sostenibilità di una interpretazione che equiparasse i concetti di stato di insolvenza e stato di crisi, sulla falsariga di quanto ritenuto in precedenza con riferimento alla temporanea difficoltà di adempiere quale presupposto dell'amministrazione controllata³³. Essi sostenevano che: rappresentando lo stato di

³³ Parte della dottrina e della giurisprudenza, basandosi sul dato di fatto che il nuovo concordato preventivo sia una sintesi delle discipline previgenti dell'amministrazione controllata e del concordato preventivo, ha prodotto una teoria secondo la quale a questa nuova procedura possono essere ammesse le imprese versanti in una condizione di temporanea difficoltà di adempiere e le imprese in stato di insolvenza. Anche una parte della giurisprudenza ha affermato che per stato di crisi si deve intendere “*un concetto d'ampiezza maggiore rispetto all'insolvenza, comprendente, a differenza di questa, tanto l'insolvenza irreversibile vera e propria quanto l'insolvenza reversibile*”. Vi è chi ritiene quindi che lo stato di crisi di cui all'art 160 l.fall. ricomprenda soltanto ipotesi di insolvenza reversibile o irreversibile, con la conseguenza che la retrodatazione sarebbe assicurata, come nel

insolvenza una *species* del *genus* stato di crisi, tale *genus* deve comprendere anche situazioni che insolvenza non sono. Gli stessi autori sottolineavano come, nella nuova normativa fosse esplicitamente previsto che il Tribunale dovesse verificare, ai fini della dichiarazione di fallimento conseguita all'inutile esperimento di una procedura minore, l'esistenza proprio dello stato di insolvenza³⁴.

La modifica del presupposto oggettivo delle due procedure mise in dubbio la persistente configurabilità del principio di consecuzione, atteso che l'accesso al concordato preventivo potrebbe prescindere dalla ricorrenza (e dall'accertamento) di uno stato di decozione, che continua, invece, ad essere richiesto per la declaratoria di fallimento. Non poteva più sostenersi che il decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo contenesse un accertamento giudiziale della sussistenza dello stato di insolvenza in capo al debitore. Inoltre, aggiunsero che la riforma avesse già disciplinato una parte degli effetti della successione di procedure, quali l'esenzione dalla revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo

caso della consecuzione amministrazione controllata – fallimento, dalla sostanziale identità dei presupposti.

Dubbio però si pone per le situazioni che possono essere definite “*pericolo di insolvenza*”, cioè situazioni nelle quali l'insolvenza non è attuale, quindi non è neppure certo che si produca. Trattasi di situazioni che presentano sintomi di una futura e non certa situazione di temporanea difficoltà d'adempire prima, e successivamente di vera e propria insolvenza.

Si veda in tal senso, L. PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, cit., p. 1015 ss.; S. BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziata delle crisi d'impresa: opportunità e responsabilità*, in *ilcaso.it*, 2010, p. 16 ss.

³⁴ A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 387; cfr., P. CATALLOZZI, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e la loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione*, in *Fallimento*, 2008, p. 436 ss.

(art.67, co.3, lett. e) e la prededucibilità dei crediti sorti in occasione e in funzione di quest'ultimo (art. 111, co. 2). Sostenevano quindi che il legislatore, regolamentando solo degli specifici effetti della consecuzione, escludesse l'applicazione del principio in via interpretativa su tutti gli altri istituti³⁵.

Ulteriore modifica apportata dalla riforma da cui la dottrina minoritaria desumeva l'incompatibilità tra il nuovo impianto normativo e la teoria della consecuzione è l'abolizione del fallimento d'ufficio. La normativa previgente prevedeva che accanto al ricorso del debitore e del creditore, e all'iniziativa del pubblico ministero, allora qualificata come istanza, il fallimento potesse essere dichiarato d'ufficio. A differenza della precedente disciplina, in cui si prevedeva che *“il fallimento [fosse] dichiarato su richiesta del debitore su ricorso di uno o più creditori, su istanza del pubblico ministero oppure d'ufficio”*, l'attuale art. 6 così recita: *“Il fallimento è dichiarato su ricorso del debitore, di uno o più creditori o su richiesta del pubblico ministero”*.

Dalla stessa lettera della norma si evince palesemente il principio di soppressione del fallimento d'ufficio, logica conseguenza dell'impronta privatistica di tutta la riforma.

Il legislatore optò per un nuovo impianto delle procedure concorsuali, nel quale dovessero risultare più ristrette le aree di fallibilità e assottigliati i poteri dell'autorità giurisdizionale³⁶.

Con l'intervento del 2007, che colmò alcune lacune lasciate dal

³⁵ A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 387.

³⁶ U. APICE, *L'abolizione del fallimento d'ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2008, p. 129.

legislatore della riforma precedente, il principio generale dell'abrogazione del fallimento *ex officio* è stato esteso anche a tutti i casi di passaggio dalla procedura di concordato preventivo alla dichiarazione di fallimento. Le norme che disciplinano la successione cronologica dal concordato preventivo al fallimento prevedono che il Tribunale “*su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, [dichiari] il fallimento del debitore*”,(art. 162 co. 2)³⁷. Dalla norma si ricava che il Tribunale, in caso di insuccesso della procedura concordataria, è tenuto a valutare nel contraddittorio la sussistenza dello stato di insolvenza, e ciò prima di dichiarare il fallimento del debitore: da qui è agevole dedurre il venir meno della continuità delle procedure. Inoltre, sempre nei casi di successione, il giudice non può più automaticamente e d'ufficio dichiarare il fallimento, dovendo provvedere in tal senso unicamente su impulso del p.m. o di un creditore, e dopo aver accertato la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi³⁸.

Infine secondo alcuni autori, con la riforma è venuto meno anche il fine ultimo di tutela della *par condicio creditorum*. Il legislatore della riforma si è orientato più verso un sistema *debtor oriented*, di derivazione statunitense. Questa tendenza concede al debitore ogni strumento utile per conservare l'attività imprenditoriale, unita ad una sempre maggiore privatizzazione delle soluzioni cui il debitore

³⁷ Nel caso di successione *ex art.* 186 il legislatore continua a rimandare agli artt. 137 e 138 in tema di concordato fallimentare. Gli articoli sopra richiamati, riferendosi direttamente al Concordato fallimentare prevedono la riapertura “automatica” del fallimento. Una parte della dottrina si basò su questa svista legislativa per affermare la non completa scomparsa del fallimento d'ufficio nel concordato preventivo. Questo dibattito sarà affrontato nel prosieguo del presente elaborato.

³⁸ Così, I.L. NOCERA, *Il principio della consecuzione di procedure: l'unitarietà dei procedimenti di concordato preventivo e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2012, p. 242 ss.

può ricorrere, di concerto con il ceto creditorio, per massimizzare la soddisfazione di quest'ultimo³⁹.

La prima obiezione, alla conservazione della *consecutio* dopo la riforma del diritto fallimentare, è stata riferita alla diversità di presupposti tra concordato preventivo e fallimento. Si è sostenuta l'inapplicabilità del principio di consecuzione in quanto si era reso possibile ora ammettere al concordato debitori che versavano in situazioni anche ontologicamente diverse dall'insolvenza. Da un altro versante dottrinario si faceva osservare che, ammettendo la possibilità di estensione del raggio di applicazione del concordato anche ai debitori *in bonis*, ma escludendo la sopravvivenza della consecuzione, l'ammissione al concordato avrebbe di molto scemato l'efficacia dell'esercizio della revocatoria in caso di fallimento con la conseguenza di danneggiare il creditore privandolo di tale strumento di tutela, creditore già soggetto alla dimidiazione del periodo sospetto, introdotta dalla riforma.

Senza considerare che il debitore *in bonis* riuscirebbe ad avere un ulteriore vantaggio, in quanto si vedrebbe accettare dalla maggioranza dei creditori la remissione di una parte dei debiti, pur trovandosi in una situazione patrimoniale tale da poterli soddisfare completamente. Una siffatta situazione palesemente striderebbe con il fine dello strumento concordatario, nato per far conseguire ai creditori una percentuale di soddisfo quantomeno analoga a quella che i medesimi avrebbero ricevuto in caso di liquidazione non concorsuale del patrimonio del debitore⁴⁰. Tali considerazioni

³⁹ Si veda in tal senso, N. NISIVOCCIA, *Il compenso del commissario giudiziale nella conversione del concordato preventivo in fallimento*, in *Fallimento*, 2009, p. 1164.

⁴⁰ Si veda in tal senso, G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapienza patrimoniale*, op. cit., p. 573 ss.

dovrebbero essere sufficienti a rendere inaccettabile da dottrina e da giurisprudenza una soluzione sopra prospettata.

Pur escludendo una totale identità dello stato d'insolvenza con lo stato di crisi, la più recente dottrina non ha mancato di sottolineare il passato orientamento giurisprudenziale diretto ad applicare la *consecutio* anche in presenza di procedura non fondate sui medesimi presupposti.

Nelle pagine precedenti ci siamo soffermati sulla tesi dell'unitarietà della procedura anche nell'ipotesi di fallimento conseguente all'amministrazione controllata ed al suo noto presupposto della "*temporanea difficoltà ad adempiere*". A riguardo, la dottrina più recente afferma che il nesso tra stato di crisi ed insolvenza è addirittura più forte di quello che in passato legava, facendole sostanzialmente coincidere, l'insolvenza e la temporanea difficoltà d'adempire. Infatti, lo "*stato di crisi*" comportando comunque un'incapienza patrimoniale e/o un deficit finanziario, non esclude che il debitore abbia cessato i pagamenti (così come chiarito dal secondo comma dell'art. 160)⁴¹.

Secondo alcuni autori, inoltre, la retrodatazione degli effetti della dichiarazione di fallimento poggerrebbe non tanto e non solo sull'identità dei presupposti, quanto sull'identità funzionale delle procedure che si susseguono, le quali apparirebbero legate da un nesso di consequenzialità non solo cronologico ma anche funzionale, in quanto derivanti dalla stessa situazione di crisi.

La stessa dottrina tuttavia sembrerebbe attenuare la portata delle

⁴¹ I.L. NOCERA, *Il principio della consecuzione delle procedure: l'unitarietà dei procedimenti di concordato preventivo e fallimento*, op. cit., p. 242 ss.

conseguenze da tale assunto introducendo una distinzione che limiterebbe la retrodatazione in discorso all'ipotesi di declaratoria fallimentare accertante lo stato di decozione già all'epoca della pregressa ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo. In mancanza di tale accertamento, la dichiarazione di fallimento dovrebbe essere assunta come fatto autonomo, rispetto alla situazione che ha permesso l'ammissione al concordato preventivo⁴². Altri autori sostengono invece che l'identità della patologia d'impresa (pur se di diversa gradazione), integra *ab origine* un vero e proprio stato di insolvenza, che è presunta e comprovata dalla sopravvenienza della dichiarazione di fallimento⁴³.

Secondo il punto di vista di quella componente della dottrina favorevole alla sopravvivenza del principio di consecuzione, l'introduzione della garanzia della prededuzione ai crediti sorti "*in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*" (art. 111, secondo comma, legge fall.), non escludeva l'applicazione in via interpretativa di tutti gli altri effetti della *consecutio* non richiamati dalla riforma, affermando quindi la più ampia vigenza del principio medesimo⁴⁴. Non vi è infatti dubbio

⁴² Così, G. CIERVO, *Quale destino per il principio di consecuzione di procedure concorsuali?*, in *Giur. Comm.*, 2011, p. 879; cfr. anche, V. PAPAGNI, in *Dir. Civ. online*, 2010, p. 438.

⁴³ G.B. NARDECCHIA, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2008, p.1248.

⁴⁴ Ulteriore elemento a favore della retrodatazione del periodo sospetto di revocatoria, e quindi della conservazione della *consecutio* anche all'interno della normativa post riforma, si ricava dall'esenzione specifica prevista dall'art 67, terzo comma, lett. g). Questa esenta da revocatoria i "*pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso a .. concordato preventivo*"; norma priva di significato se non sottintendesse la revocabilità dei pagamenti dei debiti non aventi una tale finalità. Si veda in tal senso, G. B. NARDECCHIA, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, op. cit., p. 1248.

che la prededucibilità dei crediti di tale natura porti a ravvisare una continuità tra le procedure a prescindere dall'esistenza dello stato di insolvenza o del mero stato di crisi. Tale novità legislativa non può che supportare la teoria della conservazione del principio di consecuzione delle procedure concorsuali⁴⁵.

Facciamo ora un passo indietro. La riforma 2007 sciogliendo ogni dubbio sulla portata abrogativa del fallimento d'ufficio introdotta dalla novella del 2006, sembra aver offerto la base normativa a quella dottrina che metteva in discussione la vigenza del principio di consecuzione. Quanto appena detto non ha tuttavia scalfito l'orientamento della dottrina prevalente e favorevole, già prima della riforma, alla consecuzione: a giudizio degli esponenti di tale orientamento l'intervallo temporale fra le due procedure che si susseguono non può considerarsi un ostacolo alla retrodatazione degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento alla precedente procedura.

In primis infatti va sottolineato che non è stata esclusa dal legislatore la contestualità tra revoca dell'ammissione e/o rigetto del concordato e declaratoria fallimentare, ma solo subordinata alla presenza di un'istanza dei creditori o di una richiesta del pubblico ministero⁴⁶.

In secondo luogo la retrodatazione degli effetti del fallimento non ha come presupposto la continuità temporale tra le due procedure, ma quella causale. La consecuzione delle procedure concorsuali non

⁴⁵ In Giurisprudenza, Cass. 6 agosto 2010, n. 18437, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, p. 715, con nota di F. CORBELLO; in dottrina si veda G. CIERVO, *Quale destino per il principio di consecuzione di procedure concorsuali?*, op. cit., p. 879.

⁴⁶ G. B. NARDECCHIA, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, op. cit., p. 1245.

è esclusa “dal mero fraporsi di un intervallo di tempo tra le due procedure prese in considerazione, quando la seconda sia espressione della medesima crisi economica che abbia determinato la prima”⁴⁷. Per l’applicazione del principio di consecuzione, e di tutti gli effetti connessi ad esso, sarà pertanto necessario verificare se il fallimento è stato dichiarato a seguito dell’evoluzione negativa di quella medesima crisi economica (sia pur di diversa gradazione), che aveva comportato *eo tempore* l’apertura della procedura concordataria⁴⁸.

In conclusione si può affermare che il riconoscimento della consecuzione come istituto ancora presente nel nostro ordinamento non trova particolari ostacoli sia ammettendo un presupposto diverso dall’insolvenza alla base del concordato sia constatando un lasso di tempo anche notevole tra la cessazione della prima procedura e l’inizio della seconda.

A questo avviso ha aderito una parte non irrilevante della giurisprudenza, la quale dovendo risolvere problematiche derivanti dalla presunta incompatibilità della *consecutio* con la nuova normativa, ha emanato pronunce con le quali ha riaffermato il principio della consecuzione⁴⁹.

⁴⁷ Si veda, Cass. 26 giugno 1992, n. 8013, in op. cit., 1992, 1027.

⁴⁸ I.L. NOCERA, *Il principio della consecuzione delle procedure concorsuali: l’unitarietà dei procedimenti di concordato preventivo e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2012, p. 242 ss.

⁴⁹ Si veda fra tutte; tra i giudici di merito, Trib. Di Mantova 9 aprile 2009, in *ilcaso.it*, 2009; tra le sentenze della Cassazione, Cass. 6 agosto 2010, n. 18437, op. cit., p. 715, con nota di F. CORBELLO.

2.2 Il <<Decreto sviluppo>> e la formalizzazione del principio della consecuzione

I dubbi sorti dopo la riforma, sul possibile tramonto del principio e con esso sulla retrodatazione del periodo sospetto, sono stati sciolti definitivamente dalla previsione dell'art. 33 del "Decreto sviluppo" che ha introdotto l'art. 69-bis, comma 2, l.fall., in base al quale "*nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese*". In definitiva ed in maniera inequivoca, è stato sancito normativamente quanto già da tempo era sostenuto da una parte significativa della dottrina e della giurisprudenza.

È del tutto evidente che la disposizione introduca *ope legis* il principio della retrodatazione del periodo sospetto per l'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare.

Oltre alla norma sopra richiamata ci sono altre norme che supportano il principio dell'interconnessione dei procedimenti: l'art. 67, comma 3, lett. e), l.fall. stabilisce ora l'esenzione dalla revocatoria fallimentare sia degli atti, dei pagamenti e delle garanzie "*posti in essere in esecuzione del concordato preventivo*", che anche di quelli "*legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161*".

Gli art. 111, comma 2 e 182-quater l.fall., poi, prevedono, rispettivamente la prededucibilità nel fallimento e nel concordato preventivo di crediti sorti in occasione o in funzione di tale ultima procedura, e dei cc.dd. "finanziamenti-ponte" effettuati prima della

domanda di concordato ed in funzione di questa, dall'altra. La prededuzione opera infine anche per i finanziamenti di cui all'art. 182-*quinquies* l.fall. e nel rispetto della disciplina ivi prevista nei confronti del debitore che abbia presentato una domanda di ammissione al concordato preventivo⁵⁰.

Il secondo comma dell'art. 69-*bis* in uno con le norme sopra richiamate tendono tutte a vedere la successione dei procedimenti come un unico procedimento unitario volto alla tutela dei creditori.

In ordine all'art. 69-*bis*, secondo comma, saranno effettuate alcune precisazioni nel prosieguo del presente lavoro.

⁵⁰ Si veda in tal senso, G. TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 1 ss.; cfr., F. PACILEO, *"Consecutio" tra fallimento e concordato preventivo: dal giudice al legislatore*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 386.

Secondo capitolo: La consecuzione del fallimento al concordato preventivo: le ipotesi di conversione

1. L'inammissibilità del concordato preventivo: l'art. 162 della legge fallimentare

La novella di cui alla l. n. 80 del 2005 non aveva modificato l'art. 162 l.fall. che pur si poneva ormai all'interno di un sistema completamente mutato. Infatti, l'art. 162, nel richiamare le condizioni elencate nell'art. 160, faceva riferimento ad un inesistente secondo comma e continuava a prevedere in caso di inammissibilità della proposta, la dichiarazione automatica di fallimento, in contrasto sia con il generale principio di abrogazione del fallimento *ex officio* introdotto con il d.lgs. n. 5/2006, sia con il nuovo presupposto oggettivo del concordato, non più coincidente con quello del fallimento⁵¹.

L'art. 160, richiamato dall'art. 162, è stato completamente riscritto dalla legge n. 80, che ha previsto come condizioni d'ammissione lo stato di crisi e la predisposizione di un piano di vario e libero contenuto. L'art. 163, pure modificato dalla riforma del 2005, nell'ammettere il debitore alla procedura, faceva riferimento ad una verifica da parte del Tribunale della *“completezza e la regolarità della documentazione”* e ad una eventuale *“valutazione sulla correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi”* di creditori.

Dal momento che la norma dell'art. 160 non prevedeva più le condizioni soggettive di ammissibilità sottoposte alla verifica

⁵¹ U. APICE, *L'abolizione del fallimento d'ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, op. cit., p. 130 ss.

del Tribunale si generò una sorte di indeterminatezza a quali fossero le reali condizioni di inammissibilità.

Una parte della dottrina ipotizzò un'abrogazione tacita dell'art. 162 (che come già illustrato risultava confliggere con l'introdotta principio di abrogazione del fallimento d'ufficio). Un altro versante, e dottrinario e giurisprudenziale, sosteneva di contro la compatibilità dell'art. 162 con "*le condizioni per l'ammissione alla procedura*", in quanto il Tribunale continuava a sottoporre a verifica presupposto soggettivo, stato di crisi e proposta basata su un piano⁵².

Inoltre, dovendo il Tribunale, in sede di ammissione, verificare anche "*la completezza e la regolarità della documentazione*" ex art. 163, nella quale si annovera la relazione del professionista attestante la veridicità del piano, era lecito che sorgesse il dubbio di assegnazione al Tribunale di meri compiti di certificazione formale.

Ne conseguì un dibattito dottrinario e giurisprudenziale in ordine ai limiti dei controlli tribunalizi nella fase istruttoria di ammissione alla procedura concordataria: in particolare si dibatté sulla questione della sindacabilità di merito, da parte dell'organismo giurisdizionale, relativa alla fattibilità del piano concordatario.

Nel periodo transitorio tra i due provvedimenti del 2005 e del 2007, la tesi che prevalse in dottrina (anche in coerenza con la lettera della disposizione dell'art. 163) fu quella di relegare il Tribunale ad un mero controllo della regolarità formale della

⁵² Trib. Pescara 21 ottobre 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 921.

relazione del professionista⁵³.

La giurisprudenza obiettava però che il Tribunale non poteva limitarsi ad un controllo notarile, ma doveva entrare nel merito della fattibilità del piano e dell'attestazione di veridicità dei dati aziendali⁵⁴.

Fra le due tesi ve n'era una terza che riscuoteva vasti consensi in dottrina. Essa concedeva al Tribunale di andare oltre la pura e semplice attestazione formale dell'esistenza degli allegati, consentendogli una sorta di sindacato sulla congruità tra i dati esposti dall'imprenditore e la valutazione di fattibilità espressa dal professionista, e quindi sulla coerenza interna della valutazione stessa⁵⁵.

Il decreto correttivo del 2007 andò innanzitutto a modificare l'art. 162, al fine di renderlo compatibile con i cambiamenti che le norme in esso richiamate avevano subito in occasione dell'intervento operato con la legge 14 maggio del 2005, n. 80.

L'art. 162 prevede oggi che il Tribunale dichiari inammissibile la proposta di concordato se non *“ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, comma primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo”*, pare superato in tal modo il problema relativo alle condizioni di ammissibilità.

La novella del decreto correttivo 2007 ha inoltre modificato l'art. 163, in modo da renderlo coerente al nuovo impianto dell'art. 162, eliminando la parte relativa alla verifica della

⁵³ G. FAUCEGLIA, *Il ruolo del tribunale nella fase di ammissione del nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2005, p. 1301 ss.

⁵⁴ Trib. Sulmona 6 giugno 2005, in *Riv. dir. proc.*, 2006, 1129.

⁵⁵ N. NISIVOCCIA, *La consecuzione del fallimento al concordato preventivo: le fattispecie di conversione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, p. 712 ss..

completezza e regolarità della documentazione e disponendo che il debitore venga oggi ammesso al concordato preventivo ove il Tribunale “*non abbia provveduto a norma dell’art. 162, commi primo e secondo*”.

L’eliminazione del riferimento alla verifica giurisdizionale della “*completezza e regolarità della documentazione*”, operata con la modifica dell’art. 163, non è bastata a comporre il dibattito apertosi a partire dalla riforma del 2005. Alcuni hanno visto nelle modificazioni apportate dal decreto del 2007 una conferma dei poteri solo formali del Tribunale, altri hanno continuato a leggersi la conferma dell’attribuzione di poteri di controllo anche nel merito. Nel complesso puzzle generato dai ripetuti interventi legislativi non si può non osservare il richiamo operato dall’art. 162 alle condizioni previste dalla norma dell’art. 161. Quest’ultima parla di allegati al ricorso e pone tra essi la relazione del professionista sulla fattibilità del piano; circostanza questa che non legittimerebbe, a giudizio di una parte della dottrina, un accertamento giurisdizionale meramente estrinseco e limitato all’esistenza degli allegati, ma aprirebbe uno spiraglio ad un’interpretazione di accertamento giurisdizionale di fattibilità della proposta, che verrebbe in tal modo ad aggiungersi a quello del professionista⁵⁶.

L’assunto della dottrina in questione, non privo di una sua ragionevolezza non ha mancato di rimarcare che l’assenza di una verifica di merito avrebbe svuotato di significato il primo comma dell’art. 162 rendendo incomprensibile il riferimento alle “*integrazioni al piano*” e ai “*nuovi documenti*” (art. 162,

⁵⁶ N. NISIVOCIA, *La consecuzione del fallimento al concordato preventivo: la fattispecie di conversione*, op. cit., p. 714.

primo comma) che il Tribunale poteva chiedere al soggetto proponente⁵⁷.

Una giurisprudenza recente seguita da una frangia di dottrina ha obiettato che la concessione di un termine non superiore a quindici giorni per le integrazioni al piano, fosse da intendere come un momento della dialettica tra debitore e Tribunale e non come un effetto di un intervento giurisdizionale sul merito della fattibilità del piano. Quindi, in sede delibazione sull'ammissibilità della proposta, l'organo giurisdizionale non opererebbe *“una valutazione sulla veridicità dei dati, che, in questa prima fase sono attestati dalla relazione del professionista, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), legge fallimentare”*⁵⁸.

Dopo il decreto correttivo del 2007 si è venuto formando un orientamento prevalente sia in giurisprudenza che in dottrina che si situa in una posizione che potremmo definire intermedia. In sintesi questa scuola di pensiero esclude una competenza del Tribunale sul merito della proposta, ma esclude anche un ruolo giurisdizionale limitato al controllo formale di legittimità: compito dell'autorità giudiziaria è di verificare che il piano sia sufficientemente chiaro ed analitico e che la documentazione prodotta consenta di ricostruire la condizione economico-

⁵⁷ La medesima dottrina ha argomentato che una *ratio* del decreto correttivo di limitazione dell'accertamento giurisdizionale a un mero controllo estrinseco della completezza e della regolarità dei documenti, non avrebbe richiesto la modifica del primo comma dell'art. 163 che tale controllo esteriore esplicitamente prevedeva. . A. M. AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fallimento*, 2007, p. 1267 ss.

⁵⁸ In tal modo il richiamo agli artt. 160 e 161 l.fall. sarebbe da intendersi unicamente come una verifica dei presupposti soggettivo e oggettivo, un (eventuale) controllo sui criteri di formazione delle classi dei creditori e sulla presentazione di tutta la documentazione.

Così, Trib. Roma 20 aprile 2010, in *www.ilcaso.it*, 2010.

patrimoniale del debitore, al fine di permettere ai creditori, in sede di approvazione, di esprimere il voto in maniera consapevole. L'orientamento *de quo* trova il supporto della Suprema Corte ove sancisce un limitato potere del Tribunale volto alla finalità di consentire ai creditori l'espressione di un voto consapevole e un controllo sulla coerenza fra dati esposti dell'imprenditore e valutazione di fattibilità espressa dal professionista⁵⁹.

Sul problema che stiamo trattando è intervenuta di recente una pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione⁶⁰, la quale statuisce che, in sede di ammissione il controllo del Tribunale non può comprendere la *fattibilità economica* del piano⁶¹, che rimane oggetto di valutazione esclusiva dei creditori in sede di approvazione, ma deve limitarsi al controllo della sua *fattibilità giuridica*.

Tale ultima fattibilità si estrinseca nel potere/dovere di dichiarare l'inammissibilità della proposta quando “*le modalità attuative risultino incompatibili con norme inderogabili*”, a tutela in primo luogo, dei creditori e della loro libera e consapevole (perché supportata da tutti i dati necessari) espressione di voto⁶².

⁵⁹ In giurisprudenza, Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fallimento*, 2011, p. 167.; in dottrina, si veda, A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi e delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 356 ss.

⁶⁰ Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fallimento*, 2013, 156 ss..

⁶¹ Il concetto di fattibilità viene definito dalla Corte come “*prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati*”. Le Sezioni Unite vedono la fattibilità legata ad un giudizio prognostico e quindi opinabile. Tale giudizio non può essere effettuato dal Tribunale ma dagli unici soggetti che si faranno carico di tale rischio: i creditori.

⁶² Nella premessa del loro ragionamento i giudici di legittimità distinguono la fattibilità giuridica dalla fattibilità economica e precisano che sulla prima il sindacato del Tribunale non può essere messo in discussione. Nella motivazione si fa l'esempio della previsione della cessione di un bene altrui e si precisa che un

La fattibilità giuridica non esaurisce l'ambito di controllo del Tribunale, che include anche la verifica dell'idoneità della proposta ad assicurare il soddisfacimento della “*causa concreta*” della procedura⁶³. La causa concreta, viene individuata nel duplice obiettivo della proposta concordataria: “*il superamento dello stato di crisi dell'imprenditore*” e “*l'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e imparziale, dei creditori*”⁶⁴.

Il profilo processuale delineato dall'art. 162 non prevede eccezioni rispetto alla regola generale⁶⁵. Infatti in base a questa norma, il Tribunale, se non ricorrono i presupposti *ex art.* 160 commi primo e secondo, e 161, dichiara non ammissibile il concordato e, su istanza dei crediti o su richiesta del pubblico ministero ed accertati i presupposti, dichiara il fallimento del proponente. L'organo giurisdizionale non solo non potrà dichiarare il fallimento d'ufficio ma non dovrà segnalare l'insolvenza al pubblico ministero. Quest'ultimo infatti è già stato messo al corrente della presentazione della domanda (cfr. art. 161 l.fall.) e quindi sarà in grado di decidere

concordato con cessione dei beni che avesse un piano fondato sulla vendita di un bene altrui sarebbe giuridicamente non fattibile.

⁶³ Si veda, Cass. Sez. Unite, 23 gennaio 2013, n. 1521, op.cit., con nota DI M. FABIANI, p. 149 ss.

⁶⁴ Secondo una parte della dottrina la pronuncia in esame non ha completamente sciolto ogni dubbio sulla sindacabilità di merito da parte del Tribunale dovendo questo effettuare una valutazione dell'idoneità del concordato a perseguire la sua causa in concreto. Essi sostengono che non sarebbe corretto sostenere che il sindacato giudiziale sia stato limitato al solo controllo di fattibilità giuridica della proposta: di fatti, in base alla lettera della sentenza l'organo giudiziale è chiamato a valutare l'idoneità della stessa ,non soltanto ad assicurare il soddisfacimento, seppur modesto e parziale, dei creditori, ma perfino il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore.

Così, F. DE SANTIS, *Fattibilità del piano concordatario nella lettura delle sezioni unite*, in *Fallimento*, 2013, p. 279 ss.

⁶⁵ Si veda, G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento, sub art.* 162, Milano, 2013, p. 1911 ss.

autonomamente se intervenire⁶⁶.

Inoltre dovrà essere sempre accertata l'insolvenza, potendosi il debitore trovare in una situazione di crisi diversa dal vero e proprio dissesto.

Ulteriore problema procedurale è quella relativo alla contestualità o separazione dei due provvedimenti (decreto di inammissibilità e sentenza di fallimento). Il versante maggioritario della dottrina non esclude entrambe le ipotesi, ritenendo che il Tribunale possa emettere, normalmente in prima battuta, il solo decreto d'inammissibilità al concordato. Solo nell'ipotesi della sussistenza di un'istanza di fallimento sarà la stessa sentenza dichiarativa a inglobare al suo interno il predetto decreto. La stessa Corte Suprema infatti considera necessaria la separazione dei due provvedimenti ove non risulti già presentata un'istanza di fallimento⁶⁷.

Altra problematica procedurale è quella relativa al principio di contraddittorio *ex art. 15 l.fall.*. Anche in questo caso giurisprudenza e dottrina si trovano in disaccordo.

Una parte della dottrina afferma l'esigenza di garantire al debitore il contraddittorio in ogni caso, anche se il medesimo era stato già sentito a seguito della proposta di concordato⁶⁸.

La giurisprudenza invece propende per l'opinione opposta: il Tribunale può dichiarare il fallimento, *inaudita altera parte*, quando la declaratoria si basi su fatti da cui è dipesa l'inammissibilità del concordato e sui quali abbia già

⁶⁶ Si veda in tal senso, N. NISIVOCIA, *La consecuzione del fallimento al concordato preventivo: le fattispecie di conversione*, op. cit., p. 715 ss.

⁶⁷ Cfr., Cass. 5 giugno 2009, n. 12986, in *www.ilcaso.it*, 2009.

⁶⁸ N. NISIVOCIA, *La consecuzione del fallimento al concordato preventivo: le fattispecie di conversione*, op. cit., p. 715 ss.

interloquuto con i debitori⁶⁹.

L'ultimo comma dell'art. 162 recita : “ [Contro] *la sentenza che dichiara il fallimento è proponibile reclamo a norma dell'art. 18* ” e prosegue statuendo che “ *con il reclamo possono farsi valere anche i motivi attinenti all'ammissibilità della proposta di concordato*”.

Traendo spunto da quest'ultima disposizione la giurisprudenza maggioritaria ha teorizzato l'impossibilità per il debitore di fare reclamo avverso il decreto d'inammissibilità della proposta concordataria. Infatti, la Corte ha sottolineato più volte che il provvedimento sopradetto non è autonomo, ma legato alla successiva sentenza di fallimento⁷⁰.

In caso di assenza di istanza di fallimento è solo possibile ripresentare una nuova proposta essendo il provvedimento privo di qualsiasi effetto preclusivo. Il debitore può depositare una nuova domanda fino alla sentenza di fallimento⁷¹.

⁶⁹ Si veda in tal senso, Trib. Napoli 20 febbraio 2008, in *Fallimento*, 2008, 848.

⁷⁰ Non è possibile neppure il reclamo tramite mezzi straordinari come il ricorso ai sensi dell'art. 111 della Costituzione, come una parte della dottrina aveva sostenuto.

⁷¹ Così, N. NISIVOCIA, *La consecuzione del fallimento al concordato preventivo: le fattispecie di conversione*, op. cit., p. 716 ss.

2. Cenno sulla domanda “prenotativa” di concordato preventivo e dichiarazione di inammissibilità

Uno degli interventi più significativi del d.l. 83/2012 sull’impianto normativo del concordato preventivo è stata l’introduzione della c.d. *domanda di concordato anticipata*.

La novità introdotta dal legislatore del 2012 permette all’imprenditore di “*depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi*” potendo differire la presentazione del piano e della documentazione previsti dal secondo e terzo comma dell’art.161 l.fall., dopo un termine fissato dal giudice⁷². Il c.d. “decreto del fare” (art. 82 d.l. 69/2013) ha aggiunto il deposito, da parte del debitore, anche di un “*elenco nominativo dei creditori con l’indicazione dei rispettivi crediti*”. Nello stesso termine fissato dal giudice, il debitore ha la possibilità di depositare in alternativa al piano concordatario, la domanda ai sensi dell’art. 182-*bis* primo comma.

Nel periodo intercorrente fra il deposito della domanda “prenotativa” fino al decreto *ex art.* 163, il debitore può beneficiare del divieto imposto ai creditori di esperire azioni esecutive e cautelative nei suoi confronti, e dell’inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni anteriori al deposito.

La *ratio* dell’introduzione della domanda “prenotativa” è quella di concedere un periodo al creditore entro il quale possa predisporre tutte le attività necessarie all’elaborazione di un piano concordatario, senza essere aggredito dai singoli creditori, e quindi

⁷² Tale termine è compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni.

senza sopportare un aggravamento dello stato di crisi. Tale strumento presenta l'aspetto positivo di indurre imprenditori in crisi a far emergere senza ritardo la sua situazione, ma, nello stesso tempo offrendo al proponente una gamma così significativa di benefici lascia spazio ad un utilizzo abusivo della domanda *de qua*⁷³.

A questo fine, proprio per impedire o quantomeno ridurre il ricorso a pratiche elusive (quali le domande dirette soltanto a rinviare il momento dell'inevitabile fallimento), il *decreto del fare* ha introdotto una serie di correttivi. Al primo, consistente nel deposito "al fine della verifica" dell'elenco dei suoi creditori, abbiamo già fatto cenno.

Il decreto citato ha inoltre attribuito al Tribunale la potestà di nominare, nello stesso decreto con cui fissa il termine, il commissario giudiziale, il cui compito precipuo sarà di controllare se l'impresa in crisi si stia effettivamente attivando per predisporre una compiuta proposta di pagamento ai creditori.

Il settimo comma dell'art. 161 attribuisce al debitore, nella fase compresa fra il deposito del ricorso e l'ammissione alla procedura di concordato, la facoltà di chiedere al Tribunale l'autorizzazione a compiere "*atti urgenti di straordinaria amministrazione*", potendo in ogni caso porre in essere quelli di ordinaria amministrazione⁷⁴.

⁷³ Cfr., M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa, (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, 2012.

⁷⁴ Questa norma consiste in una sorta di anticipazione di "spossessamento attenuato" ex art. 167 che si applica durante la procedura di concordato. Gli effetti dell'art. 167 vengono anticipati nella fase di pre-concordato compresa fra il deposito della domanda ed il divieto di ammissione alla procedura.

Il medesimo comma prevede che i crediti dei terzi “*eventualmente sorti per effetto di atti legalmente compiuti*” siano prededucibili ai sensi dell’art. 111 l.fall.. Per “*atti legalmente compiuti*” devono intendersi tutti gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione, prevedendosi per l’autorizzazione di questi ultimi il parere obbligatorio del commissario giudiziale se nominato⁷⁵. La prededucazione costituisce un indubbio incentivo per i creditori a continuare a intrattenere relazioni commerciali e/o economico-finanziarie con l’imprenditore in crisi.

Quindi dalla lettura del settimo comma si deduce la non opponibilità alla massa dei creditori, dell’eventuale successivo fallimento, di tutti gli atti non legalmente compiuti dal debitore⁷⁶.

Nel sesto comma dell’art. 161 leggiamo che il Tribunale per emettere il provvedimento di apertura della procedura dovrà basarsi sui seguenti elementi: esame della domanda, verifica della sussistenza degli elementi probatori necessari a conferire al proponente la qualità di imprenditore rilevante per l’ammissione al concordato e la propria competenza territoriale⁷⁷.

Anteriormente all’emanazione del decreto e quindi della fissazione del termine, il Tribunale deve, come sopra accennato, in via preliminare valutare la propria competenza, quindi accertare che il

⁷⁵ Disposizione introdotta dal “Decreto del fare”, art. 82 d.l. 69/2013.

⁷⁶ Per l’inefficacia degli atti di straordinaria amministrazione, posti in essere in costanza della procedura di concordato senza la necessaria autorizzazione del giudice delegato, cfr., art. 167 l.fall..

⁷⁷ Con il decreto di apertura del concordato il Tribunale deve disporre, in capo al proponente, gli obblighi informativi periodici (relativi alla gestione finanziaria dell’impresa e all’attività compiuta per la predisposizione della proposta e del piano) che quest’ultimo deve assolvere con periodicità almeno mensile e sotto la vigilanza del commissario giudiziale sino alla scadenza del termine fissato.

debitore non sia recidivo⁷⁸, verificare la sussistenza dello stato di crisi e constatare l'assoggettabilità dell'imprenditore al fallimento o ad altra procedura concorsuale (la constata recidività e la mancanza degli altri elementi comportano l'inammissibilità della domanda).

L'esito fisiologico del procedimento è l'ammissione dell'imprenditore al concordato che avviene con il decreto previsto dall'art. 163 l.fall., nel caso in cui i documenti siano stati presentati nel termine concesso e sussistano i presupposti di legge per l'ammissione.

Gli esiti patologici che comportano l'inammissibilità della domanda possono derivare e da circostanze verificatesi durante il periodo concesso al debitore per porre in essere il piano concordatario e al termine dello stesso periodo. Il sesto comma del più volte citato art. 161, per come modificato dall'art. 89 del d.l. 69/2013 statuisce, nel caso di avvenuta nomina del commissario giudiziale, che nell'ipotesi in cui quest'ultimo accerti una delle condotte previste dall'art. 173 l.fall. debba riferirne immediatamente al Tribunale, il quale *“nelle forme del procedimento di cui all'art. 15 e verificata la sussistenza delle condotte stesse, può, con decreto, dichiarare improcedibile la domanda e, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore con contestuale sentenza reclamabile a norma dell'art. 18”*.

Nell'ipotesi in cui il debitore non adempia agli obblighi informativi

⁷⁸ In base al nono comma dell'art. 161, *“ la domanda di cui sesto comma è inammissibile quando il debitore nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti”*.

sopra richiamati, si applica la norma di cui all'art. 162, commi secondo e terzo da cui consegue, da parte dell'organo giurisdizionale adito, la dichiarazione d'inammissibilità della domanda di concordato anticipata⁷⁹. L'inammissibilità può essere dichiarata oltre che, per violazione delle prescrizioni informative o per aver effettuato atti in frode ai creditori, per le seguenti ulteriori ragioni:

- mancata presentazione di piano, proposta e attestazione nel termine fissato dal giudice;
- assenza di talune dei requisiti previsti dagli artt. 161, 162 l.fall.⁸⁰.

⁷⁹ Il “decreto del fare” ha inoltre aggiunto la possibilità da parte del Tribunale (anche d'ufficio) di abbreviare il termine fissato, sentito il debitore e il commissario giudiziale, se nominato. Questo avviene, sulla base dell'attività informativa mensile fornita, quando *“risulta che l'attività compiuta dal debitore è manifestamente inidonea alla predisposizione della proposta e del piano”*.

⁸⁰ Si veda in tal senso, M. FABIANI, *Vademecum per la domanda “prenotativa” di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2012.

3. Il mancato deposito delle spese di procedura (art. 163, secondo comma, n. 4))

Col decreto di apertura della procedura vengono nominati gli organi della procedura e viene fissato un termine entro il quale il ricorrente deve depositare in cancelleria la somma per le spese della procedura.

La normativa previgente si riferiva alla somma che si presumeva necessaria per l'intera procedura. Era opinione prevalente in dottrina che dette somme dovevano coprire le spese dei singoli atti di cancelleria e del commissario giudiziale nonché il compenso di quest'ultimo. La legge di riforma ha ridotto l'entità del deposito ad una percentuale delle spese necessarie per l'intera procedura, ferma restandone tipologia e destinazione.

La riforma del diritto fallimentare ha innovato anche in tema del soggetto tenuto al deposito. Formulando impersonalmente la disposizione ha sciolto ogni dubbio sul conferimento di tale adempimento anche in capo ad un terzo.

Il debitore proponente può far fronte al suo eventuale *deficit* di liquidità dismettendo parte del suo patrimonio ovvero ricorrendo al credito ciò può avvenire anche dopo l'apertura del procedimento (ma non oltre quindici giorni). All'uopo egli può finanziarsi sul mercato in quanto rimane in suo capo l'amministrazione dell'impresa. Ma è necessaria, per il perfezionamento dell'operazione, l'autorizzazione del giudice delegato ai sensi dell'art. 167 l.fall.⁸¹.

⁸¹ Si veda in tal senso, App. Roma 6 marzo 1986, *Dir. fall.*, 1987, p. 156 ss.

Nel regime anteriore alla riforma del diritto fallimentare, la giurisprudenza si era posta il problema della natura e del rango dei crediti somministrati all'imprenditore per il deposito, nell'eventuale successivo suo fallimento.

La giurisprudenza favorevole alla prededucibilità di tali crediti sosteneva *in primis* che l'art. 168 l.fall. ponesse il divieto di azioni esecutive solo per i creditori anteriori all'apertura della procedura e non per quelli aventi titolo o ragione successivi ad essa, i quali pertanto dovevano essere soddisfatti in via prioritaria ed integrale. In secondo luogo tale giurisprudenza argomentava che il ricorso al credito non creava danno alcuno ai creditori in quanto l'avvenuto deposito avrebbe comunque determinato una diminuzione patrimoniale sia nell'ipotesi di prelevamento della somma occorrente dalla cassa del debitore sia quando quest'ultimo avesse assunto l'obbligazione della restituzione della somma mutuata⁸².

L'orientamento giurisprudenziale avverso che era quello prevalente nel regime pre-riforma osservava *a contrariis* che l'elencazione dei debiti di massa di cui all'art. 111 l.fall. aveva natura tassativa ed escludeva che potessero annettersi a tale categoria i debiti contratti dell'imprenditore successivamente alla sua ammissione al concordato preventivo poi sfociato in fallimento. Inoltre, argomentavano ancora i sostenitori di tale posizione, il debito della specie era contratto dal debitore nel suo esclusivo interesse e non era finalizzato alla continuità dell'impresa⁸³.

La nuova formulazione dell'art. 111 l.fall. pose fine alla *querelle* giurisprudenziale qualificando come prededucibili tutti i crediti sorti

⁸² Così, ancora, App. Roma 6 marzo 1986, op. cit., p. 159.

⁸³ Cfr., App. Roma 17 dicembre 1979, in *Dir. fall.*, 1980, p. 515 ss.

“in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”, purché sorti sulla base di preventiva autorizzazione del giudice delegato (art. 167 l.fall.).

La legge di riforma ha esteso il termine per l’adempimento del deposito da otto a quindici giorni: e ciò al fine di agevolare il debitore nell’opera di smobilizzo del patrimonio occorrente. Il Tribunale - prescrive la nuova norma- con il provvedimento che apre la procedura, fissa il *dies a quo*, al momento della comunicazione del decreto al debitore ricorrente “*non potendo esigersi l’adempimento di un onere, se non dal momento in cui il soggetto, che vi è tenuto, viene a conoscenza del provvedimento che ne determina il contenuto*”⁸⁴.

In ordine al *quantum* del fondo spese la normativa di riforma, tendente a favorire l’accesso alla procedura, ne ha ridotto l’ammontare portandolo al cinquanta per cento delle presumibili spese necessarie per l’intera procedura ovvero ad una minor somma non inferiore al venti per cento⁸⁵.

⁸⁴ La problematica relativa al *dies a quo* del termine per l’adempimento è stato risolta all’unanimità dalla giurisprudenza in questi termini.

Si veda fra tutte, Trib. Roma 10 maggio 1999, in *Dir. fall.*, 2000, p. 183 ss.

La giurisprudenza si è occupata anche della perentorietà o meno del termine sopra esaminato. L’orientamento prevalente affermò il carattere perentorio del termine in quanto l’atto veniva a collocarsi fra gli obblighi imposti al debitore per ottenere l’ammissione al concordato, al fine di assicurare un’adeguata garanzia sostanziale del suo svolgimento: il tardivo deposito era infatti sanzionato con la dichiarazione di fallimento, che nel regime pre-riforma avveniva automaticamente.

Così, Cass. 10 luglio 1993, n. 7598, in *Giust. civ.*, 1993, p. 2935.

Parte della giurisprudenza e dottrina sosteneva, di contro, la natura ordinatoria di tale termine fondando le loro obiezioni sull’assenza di una espressa perentorietà e dell’abrogazione, dopo la riforma, dell’automaticità del fallimento.

In tal senso si veda, App. Napoli 6 agosto 2010, in *Fallimento*, 2011, 45.

⁸⁵ La disposizione non chiarisce se il restante delle spese debbano essere necessariamente depositate dal debitore o se questo ne sia definitivamente esonerato. Tale problematica ha acceso un dibattito in dottrina. Alcuni hanno ravvisato nel

Altro aspetto procedimentale oggetto negli ultimi anni di numerosi interventi legislativi è la dichiarazione di fallimento, successiva alla revoca del concordato preventivo, per omesso versamento della cauzione. Tali interventi hanno investito anche la *consecutio* tra concordato preventivo e fallimento portando, per il loro non perfetto coordinamento a vari dubbi interpretativi.

La disciplina in vigore prima della l. 80 /2005 equiparava l'omesso deposito a una condizione di inammissibilità al concordato preventivo, con conseguente applicazione della disciplina dell'art. 162 l.fall.. Sappiamo che l'effetto di tutto questo era la doppia declaratoria d'inammissibilità e di dichiarazione (automatica) di fallimento.

Con la l. 80/2005 il mancato versamento era equiparato a un comportamento fraudolento posto in essere dalla società in concordato. Ciò provocava la revoca dell'ammissione alla procedura e la dichiarazione di fallimento d'ufficio previa richiesta da parte del giudice delegato al Tribunale e su segnalazione del

silenzio della norma l'obbligo del successivo deposito da parte del debitore altri invece considera tale anticipazione inutile in quanto tali somme sono ricavabili in ogni caso dalla liquidazione.

⁸⁶ Lo stesso decreto correttivo creò dei dubbi interpretativi sull'individuazione dell'organo predisposto alla determinazione del *quantum*. Prima del recente intervento legislativo non vi erano dubbi nel ricondurre il potere di quantificazione delle spese al solo Tribunale. La nuova formulazione individua invece nel *giudice* il soggetto su cui ricade l'incombenza di determinare "*la diversa somma, non inferiore al 20 per cento*". Sembrerebbe quindi che tale intervento normativo abbia delimitato il potere del Tribunale in quanto: pur essendo l'organo giudiziale a determinare il cinquanta per cento del deposito, il giudice delegato potrebbe successivamente ridurlo fino alla soglia minima prevista dalla disposizione. Tuttavia questa teoria è poco credibile in quanto il legislatore individua il provvedimento emesso dal Tribunale come sede esclusiva di determinazione delle spese procedurali (art. 163, comma 2). Deve quindi escludersi un possibile intervento successivo da parte del giudice delegato. Inoltre il legislatore quando ha voluto riferirsi al giudice delegato lo ha fatto espressamente (vedi l'ultima parte dell'art. 163, secondo comma, 4)). Da tutto quanto detto sembra ragionevole ipotizzare il richiamo al giudice come una mera imprecisione terminologica.

commissario giudiziale. Il richiamo al comma quarto dell'art. 173 operato dalla legge veniva dalla giurisprudenza prevalente considerato come una svista del legislatore (che avrebbe voluto invece riferirsi al comma due del medesimo articolo).

Con il d.lgs. 5/2006 veniva meno la dichiarazione di fallimento *ex officio*, inteso come principio generale disciplinato dall'art. 6 l.fall. , che tuttavia sembrava permanere nelle ipotesi di conversione da concordato preventivo a fallimento, creando come si può immaginare notevoli problemi interpretativi.

La questione è stata finalmente risolta dal d.lgs. 169/2007 che ha ricondotto l'ipotesi di mancato deposito alla revoca dell'ammissione alla soluzione concordataria, con un richiamo al primo comma dell'art. 173 oramai posto in linea, in virtù del medesimo intervento legislativo con l'impianto normativo riformato. Infatti, intervenuta la revoca dell'ammissione concordataria, il fallimento potrà essere dichiarato solo su impulso del debitore -con un'istanza- oppure su richiesta del p.m.⁸⁷.

⁸⁷ Si veda, App. Napoli 6 agosto 2010, in *Fallimento*, 2011, p. 45 ss., con nota di D. FINARDI.

4. La revoca dell'ammissione del concordato preventivo, l'art. 173 della legge fallimentare

L'art. 173 l.fall. disciplina un'ulteriore ipotesi di *consecutio* dal concordato preventivo al fallimento. Ci troviamo di fronte ad una disposizione centrale all'interno nel sistema concordatario, che regola la conclusione anticipata dell'esperimento della procedura minore quando in costanza della stessa vengono accertati atti fraudolenti, compiuti dall'imprenditore precedentemente all'ammissione al concordato o durante l'esecuzione dello stesso.

Nel prosieguo del paragrafo verranno illustrati i diversi atti che possono provocare l'instaurazione del processo di revoca, nonché le problematiche di natura sostanziale legate alla loro individuazione. Infine verrà affrontato l'aspetto processuale disciplinato dall'art. 173 l.fall. fino all'eventuale dichiarazione di fallimento.

Nella versione vigente anteriormente al decreto correttivo del 2007, la norma, non modificata dai precedenti decreti, era considerata anacronistica nel rinnovato sistema normativo del concordato. Essa prevedeva il fallimento d'ufficio al termine del processo di revoca ed era inoltre fortemente legata alla sindacabilità del merito da parte del Tribunale, tanto che taluno ne aveva prospettato l'abrogazione implicita.

Il successivo intervento legislativo, pur eliminando la disposizione relativa al fallimento *ex officio*, non aveva toccato i presupposti per la revoca dell'ammissione al concordato. Permane tuttora un *deficit* di coordinamento tra la limitazione dei poteri di accertamento di merito del Tribunale (vedasi l'accertamento del vecchio requisito della convenienza economica del concordato, ora non più richiesto) e

le ipotesi in cui il Tribunale medesimo venga chiamato durante la procedura ad esprimersi in ordine alla mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato

Gli atti di frode

Il Tribunale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato su segnalazione del commissario giudiziale, quando quest'ultimo *“accerta che il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode”*.

Il primo comma dell'art. 173 disciplina l'ipotesi di revoca in caso di compimento di atti di frode antecedenti all'apertura del procedimento di concordato.

L'occultamento di parte dell'attivo non ha bisogno di molte spiegazioni, trattandosi di nascondimento materiale di parte del patrimonio da parte del debitore.

La dissimulazione di parte dell'attivo consiste invece nel nascondimento non materiale, ma giuridico di parte dell'attivo. Tale occultamento può avvenire attraverso atti simulati, può consistere in una falsa rappresentazione del patrimonio aziendale attraverso il deposito di un falso stato analitico ed estimativo delle attività, o semplicemente alterando le scritture contabili. Secondo la giurisprudenza di merito il giudice deve revocare l'ammissione anche in caso di omessa indicazione di un solo bene⁸⁸.

⁸⁸ *“L'omessa indicazione di un bene nella proposta di concordato preventivo con cessione dei beni, in quanto assimilabile all'ipotesi di dissimulazione di parte dell'attivo, comporta la reiezione della domanda”*.

Quanto all'omissione di denuncia di uno o più crediti (*rectius* debiti), questo comportamento viene sanzionato in quanto, oltre alla falsa rappresentazione del passivo dell'impresa, la sopravvenienza di tale passività può determinare una diminuzione della percentuale offerta ai creditori e quindi un inadeguato livello soddisfacente. Inoltre rientra in tale categoria di comportamento fraudolento anche l'omissione di crediti contestati o incerti⁸⁹. Per poter attuare il meccanismo sanzionatorio della revoca, la disposizione richiede che tale omissione sia *dolosa*, cioè intenzionalmente diretta ad ingannare i creditori e che il credito sia conoscibile dal debitore con l'ordinaria diligenza⁹⁰.

L'art. 173, primo comma, l.fall. menziona anche l'ipotesi opposta a quella precedente: gli atti di frode comprendono anche l'esposizione di passività insussistenti. In tale categoria rientra l'esposizione nella proposta di passività sorte per effetto di transazioni con società riferibili al debitore concordatario. La finalità può essere quella di far partecipare al voto soggetti collusi con il debitore o quella di far partecipare al riparto chi non è realmente creditore per recuperare in modo occulto una parte dei proventi⁹¹.

Così, Trib. Forlì 13 maggio 1988, in *Giur. Comm.*, 1989, p. 766 ss.

⁸⁹ “L'omessa denuncia di passività, pur contestate ed omesse nel ricorso di ammissione al concordato preventivo, determina la dichiarazione di fallimento ex art. 173, primo comma, legge fallimentare”.

In tal senso, Trib. Palmi 19 dicembre 2003, in *Fallimento*, 2004, p. 453.

⁹⁰ Così, P.F. CENSONI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo la riforma della legge fallimentare*, in www.ilcaso.it, 2013, p. 14.

⁹¹ “L'inserimento nella proposta di concordato preventivo di passività sorte per effetto di transazioni con società riferibili al debitore concordatario, in virtù delle quali quest'ultimo si sia riconosciuto loro debitore di somme non ancora maturate, determinate unilateralmente dai medesimi creditori ed incerte nella loro esistenza, senza alcuna concessione reciproca, costituisce esposizione di passività insussistenti che riduce il soddisfacimento degli altri creditori, altera il calcolo delle maggioranze e legittima la revoca del concordato”.

Così, Trib. Prato 6 ottobre 2010, in *Fallimento*, 2011, p. 120.

Il primo comma dell'articolo 173 l.fall., prevede una categoria residuale indicata come "altri atti di frode". L'elemento che accomuna tutti gli atti di frode e che è dirimente ai fini dell'individuazione dei comportamenti rientranti nell'anzidetta fattispecie di chiusura, è costituito dall'attitudine a ingannare i creditori sulle reali prospettive di soddisfacimento in caso di liquidazione, in modo da far apparire la proposta più conveniente rispetto alla liquidazione fallimentare⁹². In altri termini, si tratta di comportamenti capaci di alterare la percezione dei creditori circa la reale situazione del debitore.

La giurisprudenza di legittimità, dovendo stabilire se il concetto di frode ricomprenda qualunque comportamento volontario idoneo a pregiudicare le aspettative di soddisfacimento del ceto creditorio, oppure se tale sia solo la condotta volta ad occultare situazioni di fatto idonee ad influire sul giudizio dei creditori stessi e quindi tali che, se conosciute, avrebbero presumibilmente comportato una diversa valutazione della proposta, ha finito per seguire la seconda conclusione.

Da tale risultato si ricava che la funzione della revoca, nel nuovo ordinamento riformato, non ha più un carattere rigidamente sanzionatorio ma sta nel presidio della effettività della tutela dei creditori sul piano informativo. Si ricava quindi che i comportamenti fraudolenti commessi, per poter essere revocati, devono avere una rilevanza tale da offrire ai creditori un'errata rappresentazione della situazione in cui si trova il debitore tale da pregiudicare la formazione del consenso o da interferire nelle loro

⁹² Così, Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, in *Giur. it.*, 2011, p. 2314.

aspettative⁹³. L'occultamento, la dissimulazione di parte dell'attivo e l'omissione di denuncia di uno o più debiti, per essere rilevante ai fini della revoca, devono avere ad oggetto un debito di entità tale da modificare sensibilmente la valutazione di convenienza riservata ai creditori⁹⁴. Anche nell'ipotesi di esposizione di passività insussistenti deve escludersi la revocabilità del concordato se il loro *quantum* risulti scarsamente rilevante nella formazione del convincimento dei creditori⁹⁵⁹⁶.

A conclusione unanime perviene la giurisprudenza relativamente all'elemento soggettivo della malafede, quale ulteriore requisito dell'atto di frode capace di provocare la revoca dell'ammissione al concordato. È sufficiente, a questo effetto la sussistenza della “*consapevolezza di arrecare pregiudizio ai creditori*”⁹⁷.

Atti non autorizzati a norma dell'art. 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori

⁹³ Cfr., Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, op. cit., 2309.

⁹⁴ Sempre che non la si consideri un atto confliggente con la veridicità dei dati aziendali e quindi autonomamente valutabile ai fini della revoca, sotto il profilo della mancanza delle “*condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato*”.

⁹⁵ P.F. CENSONI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, op. cit. p. 15 ss.

⁹⁶ Il giudice di legittimità ha inoltre voluto rimarcare che è atto di frode, capace di attivare il meccanismo di revoca, qualsiasi comportamento fraudolento compiuto con la volontà di abusare dello strumento concordatario. La Suprema Corte è giunta a tale conclusione al fine di evitare che l'imprenditore potesse compiere atti pregiudizievoli confidando sull'irrelevanza di essi ai fini del concordato

“*Nel concordato preventivo essendo venuto meno ogni giudizio di meritevolezza che non sia fatto proprio dai creditori quando rifiutano l'approvazione del concordato, le condotte fraudolente del debitore possono venire in rilievo, quando dirette a consapevolmente alterare le regole di soddisfacimento dei creditori, secondo i principi generali dell'abuso del diritto e in particolare dell'abuso dello strumento concordatario*”.

In tal senso, Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, op. cit., p. 2309.

⁹⁷ Trib. Roma 20 aprile 2010, in www.ilcaso.it, 2010; in tal senso anche, Cass. 5 agosto 2011, n. 17038, in *Fallimento*, 2011, p. 1161.

Gli atti disciplinati dall'art.173, terzo comma, si differenziano rispetto a quelli precedentemente esaminati innanzitutto sotto un profilo temporale: il compimento di tali atti avviene durante la procedura mentre gli atti di frode si riferiscono a comportamenti fraudolenti antecedenti all'ammissione al concordato.

A tale fattispecie vengono ricondotti gli “*atti non autorizzati a norma dell'art. 167 o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori*”, art. 173, terzo comma, l.fall..

La categoria degli atti di straordinaria amministrazione privi dell'autorizzazione scritta del giudice delegato secondo le regole fissate dall'art. 167, secondo e terzo comma, non può essere assimilata a quella di atti “*comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori*”. L'atto di straordinaria amministrazione non diventa fraudolento solo perché non autorizzato dal giudice delegato⁹⁸.

Nell'impianto normativo pre-riforma, la menzione degli atti di amministrazione straordinaria sprovvisti di autorizzazione, aveva senso, in relazione all'art. 173, secondo comma, l.fall., in quanto l'instaurato procedimento portava la dichiarazione di fallimento automatica. Infatti, la funzione sanzionatoria dell'inefficacia dagli atti effettuati dal debitore poteva realizzarsi solo nel fallimento. Rispetto al passato, il legame tra l'art. 167, secondo comma, si è affievolito, venuta meno l'automaticità del fallimento alla fine del procedimento di revoca. Sappiamo, infatti, nell'ipotesi in cui al termine del processo di revoca nessuno facesse istanza dichiarativa di fallimento, il debitore tornerebbe *in bonis* e l'atto di straordinaria amministrazione compiuto senza l'autorizzazione scritta dal giudice

⁹⁸ Si veda in tal senso, P.F.CENSONI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, in op. cit., 2013.

riacquisterebbe la sua efficacia anche nei confronti dei creditori concorsuali⁹⁹.

Quanto alla seconda categoria disciplinata dalla disposizione in esame, vale a dire gli atti “*diretti a frodare le ragioni dei creditori*”, è legittimo chiedersi se il legislatore, pur utilizzando un’analoga espressione, abbia voluto riferirsi alla stessa categoria disciplinata dal primo comma dell’art. 173, sopra esaminata, o se si riferisca ad una fattispecie diversa.

Nella prima ipotesi dovremmo giungere alle stesse conclusioni degli atti di frode illustrate precedentemente. L’instaurazione del procedimento di revoca può avvenire solo nel caso in cui il compimento di un atto diretto a frodare le ragioni dei creditori, abbia una rilevanza tale da modificare la valutazione della proposta da parte dei creditori, se essi fossero venuti a conoscenza di tale condotta del debitore prima dell’approvazione del concordato.

Tuttavia l’equiparazione non sembra possibile in quanto i creditori hanno *ragioni* ulteriori rispetto alla sola correttezza informativa. Il debitore, durante la procedura, mantiene la gestione e la disposizione del suo patrimonio. Pertanto, i creditori concorsuali potrebbero essere lesi anche dalla scorretta gestione che potrebbe pregiudicare le loro aspettative soddisfatorie, legate all’esecuzione del concordato. Per questo motivo rientrano in questa categoria di atti anche quelli compiuti dal debitore (estranei alla realizzazione del piano concordatario), intenzionalmente diretti a danneggiare la

⁹⁹La pronuncia del Tribunale di Modena non concede la possibilità di omologare la proposta di concordato preventivo qualora durante la procedura vi sia stata la cessione di un credito non autorizzata dal giudice delegato *ex art. 167 l.fall.*
Vedi, Trib. Modena 18 ottobre 2005, in *Dir. Fall.*, 2006, p. 661, con nota di G. JACHIA.

massa creditoria¹⁰⁰.

Il d.l. 83/2012, convertito con modificazione dalla l. n. 134/2012, ha apparentemente esteso il perimetro di applicazione della norma in esame, potendo essere esperito il procedimento di revoca anche ad atti antecedenti l'apertura della procedura.

Il nuovo comma 7 dell'art. 161 stabilisce che, nel periodo intercorrente tra il deposito della "domanda prenotativa" e il termine fissato dal giudice per la presentazione del documenti (secondo e terzo comma), "*il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale*". Tale disposizione anticiperebbe, nel periodo antecedente l'ammissione della proposta concordataria, lo spossessamento attenuato: effetto peculiare dell'apertura della procedura concordataria.

Inoltre il nuovo art. 182-*quinquies*, anch'esso introdotto dal d.l. 83/2012 concede la possibilità al debitore che presenta la proposta concordataria, anche ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l.fall., di chiedere al Tribunale "*di essere autorizzato, assunte se del caso sommarie informazioni, a contrarre finanziamenti, prededucibili ai sensi dell'art. 111, se un professionista designato dal debitore in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d), verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione, attesta che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori*".

Pare legittimo ipotizzare che il compimento, da parte del debitore,

¹⁰⁰ Si veda in tal senso, P.F.CENSONI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, in op. cit., 2013.

di atti eccedenti i limiti di legittimità, pur se compiuti in epoca anteriore all'apertura della procedura (ma dopo il deposito della domanda di concordato), potrebbe far luogo, sussistendone i presupposti all'avvio del procedimento di revoca.¹⁰¹.

Infine, un'ulteriore ipotesi di revoca è contemplata durante il procedimento del concordato con continuità aziendale, disciplinato dall'art. 186-*bis*, introdotto dal legislatore del 2012. L'ultimo comma dell'articolo sopra citato dispone che: “*Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'art. 173*”¹⁰².

¹⁰¹ Parte della dottrina è contraria a tale conclusione perché ritiene l'apertura della procedura di concordato presupposto della revoca e *dies a quo* per l'applicazione sia dell'art. 167, sia dell'art. 173, terzo comma. Essi interpretano la sanzione della norma non tanto nella possibilità di un'instaurazione del processo di revoca ma semplicemente disconoscendo la prededucibilità per i crediti di terzi sorti dal compimento dell'atto straordinario. Per quanto mi riguarda riterei che si tratta di sanzioni che possono operare l'una a fianco all'altra avendo finalità diverse: l'una tendente alla caducazione di una garanzia, conseguente al compimento di un atto illegittimo, l'altra alla caducazione di un procedimento che aldilà del suo esito prende comunque avvio, nella nuova novella ed ha varie effetti, dal momento della presentazione della domanda.

Così, P.F. CENSONI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, op. cit. p. 32.

¹⁰² Rientra nel perimetro della norma anche l'ipotesi di conversione ex art. 163, secondo comma, 4), relativo all'omesso deposito delle spese procedurali, illustrato nel paragrafo precedente.

La revoca dell'ammissione per mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato

L'ultima ipotesi di revoca prevista dall'articolo 173 consente al Tribunale, su segnalazione del commissario giudiziale, di instaurare il procedimento, ai sensi del primo e secondo comma, se “*in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato*”.

Tali *condizioni* devono essere ricavate dalle norme che disciplinano l'ammissione al concordato preventivo, contenute negli artt. 160, 161 e 162, secondo comma, che richiama sia i primi due commi della prima norma che la seconda. Sulla base della norma menzionata è possibile affermare che i presupposti di ammissibilità del concordato devono essere presenti, oltre che nel momento di apertura del procedimento, anche nel corso dello stesso¹⁰³.

I requisiti previsti dalle norme sopra richiamate sono molti. Appare pacifico che il Tribunale debba verificare la propria competenza, la sussistenza del presupposto soggettivo del concordato (cioè la natura commerciale dell'impresa ed il rispetto della disposizione di cui al secondo comma dell'art. 1 l.fall.), il suo stato di crisi e d'insolvenza e solo nell'ipotesi in cui sia prevista una suddivisione

¹⁰³ L'orientamento dominante della dottrina e della giurisprudenza preferisce l'estensione della verifica da parte del Tribunale sulla sopravvenuta mancanza dei presupposti all'ammissibilità, non solo sulla base di eventi successivi all'ammissione, ma anche riconsiderando gli elementi precedentemente esaminati. Infatti quest'ultimo potrebbe venire a conoscenza di nuovi elementi dalla relazione del commissario giudiziale *ex art. 172*, tali da modificare il giudizio espresso in sede di ammissione. Tale orientamento deriva da un'interpretazione estensiva della formula adottata dal legislatore (“*se in qualunque momento risulta la mancanza delle condizioni*”). Il Tribunale ha il potere-dovere di verificare la regolarità della procedura anche in fase di omologazione, concetto nel quale non può non rientrare il controllo dei presupposti di ammissibilità.

Si veda, P.F. CENSONI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, op. cit., p. 37.

dei creditori in classi, la correttezza dei criteri di formazione di queste.

La questione più controversa, già affrontata nel paragrafo dedicato all'inammissibilità della proposta concordataria, riguarda il poterdovere di sindacare in ordine alla fattibilità del piano da parte del Tribunale.

È sui limiti del giudizio del Tribunale relativamente alla fattibilità del piano che ferve tuttora il dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Di seguito vengono riproposte le varie tesi, nate dopo l'abolizione del controllo sulla convenienza economica introdotto dalla riforma del diritto fallimentare, già affrontate in tema di inammissibilità della proposta concordataria.

La prima concede al Tribunale di formulare un giudizio sulla concreta realizzabilità del piano in quanto, a seguito delle modifiche degli artt. 162 e 163 apportate dal decreto correttivo, non dovrebbero residuare dubbi sulla sindacabilità nel merito della fattibilità del piano¹⁰⁴.

La seconda limita la verifica del Tribunale alla correttezza, logicità e la coerenza dei criteri valutativi adottati dall'esperto¹⁰⁵.

La terza, infine, riduce la valutazione giudiziale di ammissibilità al mero riscontro formale dell'esistenza della documentazione richiesta dall'art. 161 l. fall¹⁰⁶.

La nuova lettura sui limiti posti al Tribunale, data dalle Sezioni

¹⁰⁴ Si veda in tal senso, Trib. Sulmona 6 agosto 2005, in *Fallimento*, 2005, p. 793, con nota di G. BOZZA.

¹⁰⁵ Così, Cass. 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Fallimento*, 2010, p. 822, con nota di P. CELENTANO.

¹⁰⁶ Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fallimento*, 2011, p. 167.

Unite della Cassazione, e già illustrata nel paragrafo dedicato all'inammissibilità della proposta *ex art. 162 l.fall.*, vale anche in sede di revoca¹⁰⁷.

La sentenza ha disposto una omogeneità del tipo di sindacato esercitabile nelle varie fasi del procedimento e cioè, oltre che nella fase di ammissione, anche in quella di revoca e in quella di omologazione (art. 180 l.fall.). Tale enunciazione è stata utile alla giurisprudenza perché la revoca era divenuto lo strumento più utilizzato per interrompere anticipatamente il concordato, e ciò proprio sulla base della mancanza delle “*condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato*”. Secondo una lettura molto diffusa la sopravvenienza di fattori che impediscono la fattibilità del piano si risolverebbe nel dovere di segnalazione al Tribunale da parte del commissario giudiziale, al fine di instaurare la procedura di revoca *ex art. 173 l.fall.*. Ma se così fosse si verrebbe a creare una contraddizione in quanto il requisito da valutare in sede di ammissione è l'adeguatezza della relazione a fornire una corretta informazione ai creditori (e non la fattibilità del piano). Ciò che non era requisito di ammissibilità non può trasformarsi, in costanza di procedura, in una causa di inammissibilità. Il giudizio negativo della prognosi di fattibilità sarà oggetto della relazione del commissario giudiziale *ex art. 172 l.fall.* e non della segnalazione *ex art. 173 l.fall.*. Al verificarsi di fatti sopravvenuti, il commissario potrà valutare negativamente la fattibilità del piano, e la relazione servirà a dare un'ulteriore fattore informativo ai creditori chiamati a esprimersi. Inoltre, in presenza di valutazioni non consonanti da

¹⁰⁷ Si veda in tal senso, Cass. sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fallimento*, p. 156 ss; cfr., F. DE SANTIS, *Rapporti tra poteri delle parti e poteri del giudice nel concordato preventivo: i poteri del giudice*, op. cit., p. 1070 ss.

parte del commissario, il debitore può presentare una nuova proposta o semplicemente modificare il piano, con la presentazione di una nuova attestazione. Se lo scenario rimane immutato saranno i creditori a doversi esprimere mentre l'intervento del Tribunale rimane legittimo ove sia venuta meno nella relazione del professionista la valutazione di adeguatezza informativa. In questo modo rimane omogenea la valutazione effettuata dal Tribunale sia al momento dell'ammissione che al momento della richiesta di revoca. Per come affermato dalla Suprema Corte¹⁰⁸.

Profili processuali

Anche l'aspetto procedurale disciplinato dall'art. 173 l.fall. presenta

¹⁰⁸ Si veda in tal senso, Cass. Sez. unite 23 gennaio 2013, n. 1521, op. cit., con nota di M. FABIANI; F. De Santis, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle sezioni unite*, op. cit. 2013, p. 279 ss..

diverse problematiche¹⁰⁹.

Un primo problema si pose nel periodo intercorrente tra il d.lgs. n. 5/2006 e il d.lgs. 169/2007. Il primo decreto era intervenuto abolendo il fallimento d'ufficio, attraverso la modificazione dell'art. 6 l.fall.. Tale modifica venne considerata come un principio generale da applicarsi all'intero impianto normativo fallimentare. Abbiamo più volte fatto notare che l'art. 173, come le altre ipotesi di conversione esaminate finora, come non sia stato toccato dal decreto predetto, creando un problema di coordinamento con il principio di abolizione della dichiarazione di fallimento *ex officio*.

La discrasia venne superato dalla Suprema Corte, che anticipò quello che sarebbe poi stato l'intervento apportato dal decreto correttivo del 2007. La Cassazione ha ritenuto che l'abrogazione espressa della dichiarazione d'ufficio del fallimento avesse comportato la cancellazione tacita, per sopraggiunta incompatibilità, delle norme che, in materia di concordato preventivo prevedessero l'iniziativa d'ufficio del Tribunale¹¹⁰. Il decreto correttivo ha previsto, nella nuova formulazione dell'art. 173, che, all'esito del procedimento di revoca svolgentesi nelle forme di cui all'art. 15 l.fall., il Tribunale provveda "*con decreto e, su istanza del debitore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5*" e dichiarare "*il fallimento del debitore con contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'art. 18*".

Passando all'ipotesi dell'iniziativa commissariale, sappiamo che, a

¹⁰⁹ Si veda, G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, sub art. 173, Milano, 2013, p. 1911 ss. 2026 ss..

¹¹⁰ Cass. 12 agosto 2009, n. 18236, in *Fallimento*, 2010, p. 157 ss., con nota di M. SPIOTTA.

seguito e per effetto della denuncia del commissario giudiziale, il Tribunale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero ed ai creditori. La lettera della norma sembrerebbe riferirsi al solo commissario giudiziale, quale soggetto qualificato a segnalare il compimento di tali atti al Tribunale.

Ma l'orientamento prevalente sembra estendere anche ad altri soggetti tale potestà di denuncia.

L'iniziativa sembra poter essere posta in essere anche da parte dei creditori e del pubblico ministero. Si è giunti a tale interpretazione estensiva perché il procedimento è aperto *ex officio* dal Tribunale (*“apre d'ufficio”*) e la norma prevede un obbligo di comunicazione dell'apertura del procedimento al pubblico ministero e ai creditori. Costoro avranno un ruolo di parti all'interno del procedimento, articolato come l'istruttoria prefallimentare. Da ciò deriva il conferimento, in capo ai medesimi del potere d'iniziativa¹¹¹.

Il Tribunale apre d'ufficio il procedimento, del quale viene data comunicazione, da parte del commissario giudiziale, ai creditori e al pubblico ministero¹¹². L'organo giurisdizionale adito potrà autonomamente pronunciarsi sulla revoca dell'ammissione alla procedura, ma giammai potrà dichiarare il fallimento se non previa istanza del creditore o richiesta del p.m..

L'orientamento dominante è per il coordinamento dei due

¹¹¹ Così, P.F. CENSONI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforme della legge fallimentare*, op. cit. , p. 53.

¹¹² L'art. 14 del d.gls. n. 179/2012 ha aggiunto al primo comma dell'art. 173 il seguente periodo: *“La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale a mezzo di posta elettronica certificata ai sensi dell'art. 171, secondo comma”*.

procedimenti. In caso di istanza di fallimento, la giurisprudenza prevalente è dell'avviso che le questioni vengano trattate all'interno di un unico procedimento, e ciò, da un lato, per la complementarietà degli oggetti di giudizio e dall'altro in relazione al secondo comma dell'art. 173 l.fall. che oltre a parlare di "procedimento" al singolare, prevede che l'eventuale dichiarazione di fallimento sia contestuale alla revoca del concordato. Contestualità che non ricorrerebbe nel caso in cui il Tribunale sospendesse la decisione su ricorso per fallimento per decidere con decreto sulla sola revoca del concordato¹¹³.

Il procedimento di revoca si svolge secondo le forme del rito camerale disciplinato dall'art. 15 l.fall.. Il richiamo all'istruttoria prefallimentare rende necessaria l'audizione del debitore in camera di consiglio (e di tale avviso è anche la giurisprudenza prevalente)¹¹⁴.

La procedura si conclude con un "non luogo a procedere" se il Tribunale accerta l'insussistenza o irrilevanza delle segnalazioni portate a sua conoscenza, ovvero, nel caso opposto con l'emanazione del decreto di revoca.

¹¹³ In tal senso si veda, Cass. 8 febbraio 2011, n. 3059, in *Fallimento*, p. 1201, con nota di F. DE SANTIS.

Contra; "Una volta ammessa la proposta di concordato preventivo, il Tribunale – pur non configurandosi al riguardo una vera e propria fattispecie di improcedibilità – deve differire la decisione sul ricorso di fallimento avanzato verso il medesimo imprenditore, dovendosi previamente statuire sulla proposta su richiamata".

Trib. Napoli 16 novembre 2011, in *Corr. merito*, p. 344

¹¹⁴ Ci sono state delle opinioni contrastanti, seppure minoritarie, all'obbligatorietà di tale audizione ex art. 15: "Il debitore che abbia presentato istanza di ammissione al concordato preventivo in pendenza della procedura fallimentare a suo carico, non deve essere sentito in camera di consiglio per l'esercizio del suo diritto di difesa qualora ne sia stata già disposta l'audizione prima della dichiarazione di fallimento, ed abbia già avuto la possibilità di svolgere tutte le difese nel corso della procedura.".

Così, Cass. 7 maggio 2010, n. 11113, in *Fallimento*, 2011, p. 117.

In quest'ultimo caso, e in presenza di un'istanza di fallimento, il Tribunale, accertati i presupposti, dichiara il fallimento del debitore con “*contestuale sentenza, reclamabile a norma dell'art. 18*”. È pacificamente ammesso in giurisprudenza e in dottrina, che, con il reclamo possano farsi valere anche i motivi di doglianza attinenti alla revoca del concordato.

Più problematica appare la reclamabilità del decreto di revoca quando non è seguito dalla dichiarazione di fallimento¹¹⁵.

Parte della dottrina e della giurisprudenza sostiene la tesi dell'inammissibilità, mentre un versante minoritario prospetta la reclamabilità *ex art. 26 l.fall.*¹¹⁶

Ma il fatto che il legislatore si sia preoccupato, nel secondo comma dell'art. 173 l.fall., di richiamare quale mezzo di impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento il reclamo *ex art. 18 l.fall.* e di restare silente sul mezzo di impugnazione del decreto di revoca del concordato ci induce a pensare che tale silenzio legislativo abbia il preciso significato di non soggezione a reclamo.

¹¹⁵ Per esempio nel caso in cui i creditori o il pubblico ministero non presentino istanze di fallimento.

¹¹⁶ In tal senso, App. Salerno, 19 ottobre 2010, in *Fallimento*, 2011, p. 338.

5. La mancata approvazione del concordato

L'unica modifica apportata al primo comma dell'art. 179 l.fall. da parte del decreto correttivo del 2007 è stata quella di eliminare il richiamo all'art. 178. Quest'ultimo, dopo l'intervento legislativo sopra richiamato, non regola più la disciplina delle maggioranze da raggiungere al fine dell'approvazione, oramai contenuta esclusivamente nell'art. 177 l.fall.. L'art. 33 del d.l. 83/2012, convertito con modificazioni nella l. n. 134/2012, ha aggiunto all'art. 179 un secondo comma, che nulla ha previsto in tema di maggioranze, disciplinando altra fattispecie.

Il giudice delegato, qualora in sede di adunanza non venga raggiunta la maggioranza dei crediti, non dovrà adottare alcun provvedimento, ma attendere il decorso dei venti giorni previsti per le eventuali successive adesioni tacite (ovvero per le manifestazioni di dissenso)¹¹⁷.

Scaduto il termine di venti giorni senza il raggiungimento della maggioranza ex art. 177 l.fall., il giudice delegato ne riferisce immediatamente al Tribunale che deve provvedere a norma dell'art. 162 l.fall.. Anche relativamente all'ipotesi di conversione in esame, la dottrina e la giurisprudenza si posero il problema di

¹¹⁷ La legge di conversione 134/2012 ha provveduto a modificare il comma 4 dell'art. 178 il quale oggi prevede: *“I creditori che non hanno esercitato il voto possono far pervenire il proprio dissenso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale. In mancanza si ritengono consenzienti e come tali sono considerati ai fini del computo delle maggioranze dei crediti. Le manifestazioni di dissenso e gli assensi, anche presunti a norma del presente comma, sono annotati dal cancelliere in calce al verbale”*. Viene così introdotto il principio del silenzio – assenso, già presente nel concordato fallimentare. In base a tale disposizione il creditore che vuole esprimere il proprio dissenso lo può fare, o votando negativamente nell'adunanza a ciò deputata, oppure facendolo pervenire nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale relativo all'operazione di voto.

coordinamento dell'art. 162, non modificato dalla novella del 2005, con il contesto normativo profondamente cambiato dalla riforma del diritto fallimentare. In tale fattispecie di *consecutio* la giurisprudenza giunse alle medesime conclusioni viste in tema d'inammissibilità, sostenendo l'abrogazione tacita per incompatibilità con l'eliminazione del fallimento *ex officio*.

La riformulazione dell'art. 162 l.fall. da parte del decreto correttivo del 2007 ha reso coerente il procedimento previsto dall'art. 162 l.fall., richiamato dall'art. 179 l.fall., con il nuovo impianto normativo post-riforma.

Il giudice delegato riferisce immediatamente al Tribunale, il quale sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo, dovrà dichiarare non approvato il concordato, pur dopo aver superato il vaglio di ammissibilità *ex art. 163 l.fall.*

Dubbi sono sorti in dottrina, sia relativamente al provvedimento attraverso il quale il giudice delegato accerta il mancato raggiungimento delle votazioni sia per quanto riguarda le modalità di comunicazione di tale accertamento al Tribunale¹¹⁸.

Dal richiamo all'art. 162 l.fall. consegue che unico soggetto legittimato a partecipare al subprocedimento per l'improcedibilità del concordato sia il debitore, esplicitamente richiamato dalla norma. Si ritiene però siano legittimati a intervenire anche i creditori e il pubblico ministero i quali sono gli unici a poter presentare istanza di fallimento. Non potendo considerare il procedimento per la declaratoria di improcedibilità autonomo

¹¹⁸ La dottrina maggioritaria ritiene che il provvedimento dovrebbe avere la forma di decreto, con il quale il giudice delegato dichiara l'esito della verifica effettuata e chiede la convocazione del Tribunale.

rispetto a quello che porta alla dichiarazione di fallimento, ne consegue che tali soggetti potranno partecipare sin dalla fase iniziale della segnalazione da parte del giudice delegato.

Il reclamo contro il provvedimento del giudice delegato, che accerta il mancato raggiungimento delle maggioranze è da sempre considerato esercitabile ai sensi dell'art. 26 l.fall.¹¹⁹.

L'opinione prevalente invece non ritiene reclamabile il decreto del Tribunale che dichiara la non approvazione (*rectius* inammissibilità sopravvenuta o in subordine improcedibilità) della proposta concordataria. A tale conclusione si giunge con le stesse motivazione illustrate per l'art. 162 l.fall..

Il d. l. 83/2012, convertito in legge dalla l. 7 agosto 2012, n. 142, ha comportato un cambiamento non trascurabile nella disciplina del voto. Come menzionato sopra, tale intervento legislativo ha aggiunto un secondo comma che recita: *“Quando il commissario giudiziale rileva, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori, i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione fino all'udienza di cui all'articolo 180 per modificare il voto”*.

Ciò significa che, se dopo il raggiungimento delle maggioranze la situazione si modifica ed il piano non è più fattibile nei termini proposti e già approvati, è sempre possibile per i creditori intervenire sino all'udienza di omologazione per modificare ciò che era stato deciso in sede di approvazione.

¹¹⁹ Ultimamente una parte della giurisprudenza di merito pare stia cambiando opinione. Questi sostengono la non reclamabilità di tale procedimento in quanto tale provvedimento ha natura preparatoria rispetto alla successiva attività del Tribunale. In tal senso, Trib. Bergamo 21 gennaio 2010, in *Fallimento*, 2010, p. 1325 ss.

L'assetto della norma è inoltre coerente con le conclusioni a cui sono giunte le Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui la “*puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni*” costituisce necessario presupposto per un “*giusto esito*” della procedura concordataria, in tal modo elevando il requisito dell'informazione a requisito di legittimità del procedimento¹²⁰.

Sarà il commissario giudiziale a valutare quando un evento sia di portata tale da far mutare le condizioni di fattibilità del piano già approvato. L'orientamento prevalente è quello di utilizzare lo stesso metro di giudizio applicato in caso di risoluzione *ex art. 186 l fall.* La fattispecie riguarda le condizioni di fattibilità del piano, che altro non sono che le condizioni necessarie per adempiere la proposta formulata ai creditori. Dal momento che l'art. 186 prevede la possibilità di risoluzione del concordato se “*l'inadempimento [non] ha scarsa importanza*”, possiamo concludere che, a seguito dell'obbligatoria comunicazione da parte del commissario ai creditori circa il mutamento delle condizioni di fattibilità del piano, questi ultimi possono modificare il loro voto solo in presenza di un rischio di inadempimento della proposta *di non scarsa importanza*¹²¹.

Tale norma è passata al vaglio delle Sezioni Unite che, con il richiamo all'art. 179, hanno visto nei creditori (e non nel Tribunale) gli esclusivi destinatari della comunicazione. Da ciò si può agevolmente dedurre l'estraneità del Tribunale alla valutazione di

¹²⁰ Si esprime in questi termini, M. FABIANI, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle sezioni unite*, in *Fallimento*, 2013, p. 149ss.

¹²¹ Così, B. PIAZZOLA, *Le nuove regole sul voto nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 549ss..

fattibilità –e qui parliamo di fattibilità economica- rimanendo riservata tale valutazione esclusivamente ai creditori.

Se tale conclusione viene posta in relazione ai principi affermati dalla Corte (anche in riferimento all'art. 173) circa l'ambito di controllo del Tribunale, possiamo dedurre quanto appresso: allorché il commissario giudiziale rilevi il mutamento delle condizioni di fattibilità giuridica o la sopravvenuta irrealizzabilità della causa concreta del concordato, dovrà attivare il procedimento previsto dall'art. 173 della l.fall.. Ove al contrario le mutate condizioni incidano sulla fattibilità economica della procedura, il commissario giudiziale dovrà effettuare la comunicazione ai soli creditori ai sensi dell'art. 179 l.fall..

La pronuncia in esame ha cercato un corretto bilanciamento tra i diversi interessi in gioco nella disciplina del concordato, indubbiamente “*caratterizzata, da connotati di indiscussa natura negoziale*” -nella quale si scorgono però evidenti riflessi pubblicistici- e non ha potuto non tener conto di soggetti ipoteticamente non aderenti alla proposta, ma comunque esposti agli effetti della sua approvazione¹²².

¹²² Cfr., G.B. NARDECCHIA, *La fattibilità al vaglio delle sezioni unite*, in www.ilcaso.it, 2013, p. 15 ss..

6. Il giudizio di omologazione ex art. 180 l.fall.

Raggiunto l'accordo sulla proposta presentata dal debitore, si chiude la fase "negoziale" e si apre quella c.d. "istituzionale", nella quale il Tribunale è chiamato ad omologare (o respingere) il concordato preventivo.

La normativa scaturita dal d.lgs. n.169 del 2007 completa le modifiche iniziate con il d.l. 35/2005 convertito poi in legge dalla l. 80/2005. Novità più importanti nella c.d. fase "istituzionale" sono quelle relative al controllo del Tribunale, che ha subito un restringimento dello spazio di intervento. Nella disciplina del '42, all'approvazione della proposta da parte dei creditori seguiva un decreto del giudice delegato di fissazione dell'udienza di comparizione avanti a sé, che segnava l'inizio di una causa ordinaria (che sarebbe diventata di natura contenziosa solo in presenza di opposizioni), a cui faceva seguito una sentenza da parte del Tribunale. Il Tribunale, per decidere l'eventuale omologazione o per respingere il concordato, effettuava un controllo sulla regolarità formale del procedimento e un controllo sui profili sostanziali della meritevolezza dell'imprenditore, della convenienza e della fattibilità della proposta¹²³.

Il nuovo sistema mantiene sempre l'approvazione come presupposto per l'apertura della fase "istituzionale" ,ma il giudice delegato deve solo segnalare il raggiungimento delle maggioranze al Tribunale ,*"il quale fissa un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale"*. Tale

¹²³ Si veda, A. NIGRO E D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 380 ss..

provvedimento deve essere pubblicato a norma dell'art. 17 l.fall. e notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e ai creditori dissenzienti.

È possibile proporre opposizione all'omologazione da parte dei creditori dissenzienti e di “*qualsiasi interessato*” se i medesimi si sono costituiti almeno dieci giorni prima dell'udienza fissata, termine nel quale deve costituirsi anche il commissario giudiziale (sul cui potere di opposizione sussistono forti dubbi), e depositare “*il proprio parere motivato*”¹²⁴.

La disciplina del d.lgs. 169/2007 ha stabilito un diverso controllo giudiziale se si è in presenza o meno di opposizione all'omologazione.

Se non vengono presentate opposizioni da parte dei creditori dissenzienti o di altri interessati, il procedimento è di molto semplificato, e il Tribunale, “*verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame*” (art. 180, secondo comma, l.fall.).

I motivi di opposizione all'omologazione possono essere attinenti al

¹²⁴ Il secondo comma dell'art. 180 continua dicendo: “*Nel medesimo termine il commissario giudiziale deve depositare il proprio parere motivato*”. Dubbio si pone sulla legittimità del commissario giudiziale ad opporsi all'omologazione. La legge non specifica chi è legittimato a presentare opposizioni, ma solo chi deve costituirsi dieci giorni prima dell'udienza e la presenza della disposizione sopra enunciata fa pensare che tra i soggetti legittimati non ci sia il commissario giudiziale. La legge assegna a quest'ultimo di redigere prima dell'adunanza dei creditori la relazione ex art. 172 l.fall., e, dall'altro di formulare il parere motivato sulla proposta in sede di omologazione. L'opinione prevalente fa esaurire le eventuali contestazioni all'interno di tali atti, con la conseguente esclusione dello stesso dalla cerchia dei legittimati all'opposizione.

In tal senso, A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali.*, op. cit., p. 381.

procedimento, alla non fattibilità del piano e alla convenienza economica della procedura. In quest'ultimo caso può essere esercitata solo da un creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, in assenza di suddivisioni in classi dei creditori, da quelli “*dissenzienti che rappresent[ino] il 20 per cento dei crediti ammessi al voto*”¹²⁵. In presenza di opposizioni, il procedimento si svolge a norma dell'art. 180, quarto comma. Il Tribunale, dopo aver assunto i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, all'uopo potendo delegare anche uno dei componenti del Collegio, provvede all'omologazione o al rigetto della domanda con decreto motivato “*comunicato al debitore ed al commissario giudiziale, che provvede a darne notizia ai creditori*”.

Il decreto di omologazione va pubblicato a norma dell'art. 17 l.fall. ed è provvisoriamente esecutivo.

Viceversa se “*il tribunale ... respinge il concordato, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5, dichiara il fallimento del debitore, con separata sentenza, emessa contestualmente al*

¹²⁵ Il d.l. 83/2012 ha modificato le condizioni al ricorrere delle quali è possibile opporsi all'omologazione per motivi che attengono alla convenienza delle proposte. Prima della recente riforma, l'art. 180 co. 4 attribuiva espressamente ai soli creditori dissenzienti in una classe dissenziente tale potere, lasciando “scoperta” l'ipotesi della mancata suddivisione in classi. L'orientamento prevalente dava comunque tale potere a qualsiasi singolo creditore dissenziente in quanto, impossibilitato a chiedere la dichiarazione di fallimento in pendenza del concordato preventivo, gli era riconosciuto, anche in questa circostanza, il diritto pieno e intangibile ad essere soddisfatto almeno nella percentuale che otterrebbe nel fallimento. Ma a fronte della nuova formulazione, che disciplina anche il caso di mancata formulazione delle classi nella proposta, non resta che prendere atto della volontà del legislatore di non riconoscere al creditore dissenziente un potere individuale di opposizione per motivi legati alla convenienza.

Così, ancora, A. NIGRO E D. VATTERMOLI, op. cit. p. 381; si veda, anche, G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, sub art. 180, Milano, 2013, p. 2093 ss..

decreto".

Nell'ipotesi in cui il decreto di rigetto non venga emesso contestualmente alla sentenza di fallimento (e questo può avvenire o in caso di mancanza di istanza di fallimento da parte dei soggetti legittimati o nel caso in cui il Tribunale accerti che il debitore non abbia le condizioni per l'assoggettabilità al fallimento), conseguenza per la mancato omologazione sarà il ritorno *in bonis* del debitore.

La mancata differenziazione del momento di costituzione in giudizio di creditori e dei terzi interessati all'omologazione (dieci giorni prima dell'udienza) e l'assegnazione dello stesso termine al commissario giudiziale per la presentazione del suo parere, hanno generato non pochi problemi. Sarebbe stata opportuna una più logica scansione temporale, con la previsione di un primo termine per la presentazione del parere commissariale e di un altro termine, più lungo, per la presentazione delle opposizioni da parte dei soggetti legittimati, (che avrebbero potuto giovare della lettura previa del parere stesso). Un terzo termine sarebbe stato infine opportuno per la presentazione di una memoria del debitore. Ora, l'unicità del termine, rende pressoché obbligatorio, in caso di opposizione, un differimento dell'udienza per consentire alle parti del procedimento di depositare le reciproche repliche.

È opportuno a questo punto spendere qualche parola in ordine alla categoria dei soggetti "*interessati*", legittimati a presentare opposizione per motivazioni diverse dalla convenienza economica. La giurisprudenza prevalente ha da sempre visto nel soggetto "*interessato*" colui che è portatore di un interesse giuridicamente

tutelato (e non di mero fatto), e che può ricevere pregiudizio dall'omologazione del concordato¹²⁶. Tali soggetti sono, in via esemplificativa, i coobbligati, i fideiussori, gli obbligati in via di regresso ,etc.

Altro problema è quello dell'identificazione del contenuto del parere del commissario giudiziale. L'orientamento giurisprudenziale interpreta tale contenuto nel senso più ampio. Il parere deve indirizzare il suo *focus* sull'eventuale compimento di atti di frode o di atti non autorizzati da parte del debitore e di ogni altro aspetto che possa assumere rilevanza ai fini dell'omologazione del concordato, specialmente se emerso dopo la votazione dei creditori. In sostanza il commissario dovrà verificare la permanenza di tutte le condizioni di ammissibilità tra le quali la stessa fattibilità del concordato¹²⁷.

Un certo dibattito dottrinario e giurisprudenziale si è sviluppato sul tema della tipologia di controllo, da effettuarsi da parte del Tribunale, in mancanza di opposizioni. L'organo giurisdizionale dovrà limitarsi a un controllo della “*regolarità della procedura e dell'esito delle votazioni*” oppure potrà estendere il controllo medesimo anche alla fattibilità del piano?

La tesi più restrittiva, che è anche quella minoritaria in giurisprudenza, non ammette una verifica della fattibilità se non in

¹²⁶ Così, Trib. Roma 27 novembre 1989, in *Fallimento*, 1990, p. 829 ss..

¹²⁷ “*Il parere del commissario giudiziale ha la funzione di informare il tribunale, a prescindere dalla presentazione di specifiche opposizioni od eccezioni, non solo in relazione all'eventuale compimento di atti di frode o di atti non autorizzati da parte del debitore, ma anche su tutti gli aspetti che possono assumere qualche rilevanza ai fini dell'omologazione del concordato preventivo, specialmente se emersi dopo la votazione dei creditori, al fine di verificare la permanenza di tutte le condizioni di ammissibilità, tra le quali la stessa fattibilità del concordato*”.

Cfr., Trib. Vicenza 4 luglio 2008, in *Fallimento*, 2009, p. 368.

presenza di opposizioni riguardanti appunto il profilo di fattibilità del piano (e il Tribunale in ogni caso non può andare *extra o ultra petita partium*). Quindi il Tribunale in sede di omologa e in assenza di opposizione, non avrebbe alcun potere a pronunciarsi e sulla convenienza economica dell'accordo e sulla fattibilità del piano, dovendosi limitare al vaglio della regolarità della procedura e del raggiungimento delle maggioranze previste dall'art. 177 l.fall.¹²⁸.

La giurisprudenza maggioritaria invece estende il controllo del Tribunale, in sede di omologazione, anche alla fattibilità del piano, a prescindere dalla proposizione di opposizioni sul punto.

A giudizio della giurisprudenza medesima, consistendo la finalità dell'omologazione nella verifica di conformità alla legge e agli interessi pubblici di un'attività privata di natura negoziale, sarebbe incongruo privare il Tribunale del relativo potere di controllo¹²⁹.

Secondo la citata giurisprudenza il Tribunale può sottoporre a nuova verifica la sussistenza dei presupposti di ammissibilità, tra i quali rientra la fattibilità del piano¹³⁰.

Il Giudice di legittimità non ha invece avallato le conclusioni di tale giurisprudenza di merito ed ha, in più pronunce, escluso che il Tribunale possa valutare d'ufficio -ed in assenza di opposizioni- la fattibilità del piano, la quale è oggetto di valutazione dei soli creditori, fatta salva l'eventuale presentazione di opposizioni

¹²⁸ Rientra nel controllo della "*regolarità della procedura*": la qualità di imprenditore assoggettabile alle procedure concorsuali, l'esistenza dello stato di crisi, la completezza della documentazione che deve accompagnare la domanda di concordato, la regolarità delle operazioni di voto.

¹²⁹ Così, G. BERSANI, *Fisiologia e patologia del giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2012.

¹³⁰ Cfr. Trib. Roma 30 luglio 2005, in www.ilcaso.it, 2005.

all'omologazione, aventi ad oggetto tale specifico profilo.

È utile riproporre, anche a questo punto, le conclusioni a cui è pervenuta la Cassazione a Sezioni Unite¹³¹. La pronuncia della S.C. ammette un controllo di fattibilità del Tribunale estrinsecantesi su tre livelli.

Il primo attiene alla verifica d'idoneità della documentazione a fornire adeguati elementi di giudizio ai creditori.

Il secondo consiste nell'accertare la fattibilità giuridica della proposta e di dichiararla inammissibile quando le sue modalità attuative *“risultino incompatibili con norme inderogabili”*. L'esempio citato dalla Corte è quello di una proposta poggiante, ai fini della sua attuazione, su contratti nulli.

Il terzo consiste nel valutare l'effettiva idoneità della proposta ad assicurare il soddisfacimento della causa concreta della procedura. Per causa concreta, la Suprema Corte intende il *“superamento dello stato di crisi”*¹³², e il *“riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato”*.

La proposta deve prevedere (ed il piano concretamente assicurare) a tutti i creditori, una generica soddisfazione.

La parte della pronuncia che interessa la fase dell'omologazione è la seguente: *“La specifica determinazione dei poteri del giudice va effettuata in considerazione del ruolo a lui attribuito in funzione*

¹³¹ Vedi, Cass. sez. un. 23 gennaio 2013, n. 1521, op. cit..

¹³² Tale fondamento causale del concordato preventivo deve essere più correttamente individuato, più che nel superamento della crisi, nella regolazione della stessa. Questo perché il concordato preventivo può assumere carattere meramente liquidatorio.

In tal senso, G.B. NARDECCHIA, *La fattibilità al vaglio delle sezioni unite*, op. cit., p. 10 ss..

dell'effettivo perseguimento della causa del procedimento, ruolo che rimane identico nei diversi momenti”.

La Corte afferma l'utilizzabilità di un medesimo parametro valutativo nelle differenti fasi, e per quello che ora ci interessa, nella fase di omologazione. Proprio sulla base di tale pronuncia, il Tribunale ha la possibilità di riesaminare tutte le questioni già decise nella fase introduttiva e, a fortiori, le questioni emerse per il sopravvenire dei nuovi eventi in corso di procedura¹³³. Il tutto nei limiti di sindacabilità sopra individuati.

Un limite ai poteri del Tribunale è ravvisabile nell'impossibilità di giudicare la convenienza del piano se non in presenza di determinate condizioni.

Il controllo sulla convenienza, dopo la riforma del 2007, è divenuto “affare” dei creditori, i quali valutano la proposta concordataria ponendola in relazione all'alternativa della liquidazione fallimentare.

Con la normativa scaturita dal d.l. 35/2005, convertito in l. n.80/2005 era stato introdotto un controllo giurisdizionale della convenienza in fase di approvazione: se la proposta presentava una suddivisione in classi e ci fosse stata una classe dissenziente, il Tribunale, dopo aver verificato l'esistenza della maggioranza dei crediti ammessi e delle classi, doveva acclarare che la proposta concordataria non fosse meno conveniente delle alternative concretamente praticabili. Tale convenienza, era da individuare

¹³³ Si veda in tal senso, F. DE SANTIS, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle sezioni unite*, op. cit., p. 279 ss.; cfr., G.B. NARDECCHIA, op. cit., p. 12: *contra*, M. FABIANI, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle sezioni unite*, op. cit., p. 149.

rispetto alla sola classe dissenziente¹³⁴.

Il d.lgs. n. 169/2007 ha ridotto ulteriormente il potere giurisdizionale sulla valutazione della convenienza avendo modificato le condizioni all'avveramento delle quali tale intervento era ammesso. Il Tribunale può ora esperire tale controllo in presenza di suddivisioni in classi dei creditori, e quando uno dei creditori della classe dissenziente abbia proposto opposizione fondata sulla convenienza della proposta¹³⁵.

In un sistema orientato in tal senso, si esclude la possibilità che la convenienza economica del concordato preventivo possa essere motivo di opposizione di un singolo creditore non facente parte di una classe dissenziente oppure da parte di un terzo interessato.

Il d.l. 83/2012, convertito dalla l. n. 134/2012, ha introdotto un'ulteriore possibilità di controllo giudiziale della convenienza della procedura da parte del giudice. L'opposizione può avere ad oggetto tale valutazione quando proviene da "*creditori dissenzienti che rappresentano il 20 per cento dei crediti ammessi al voto*". Questo vale nell'ipotesi di mancata formazione delle classi dei creditori e, in tal caso il Tribunale può fare riferimento, per la valutazione della convenienza, all'intera massa dei creditori aventi diritto al voto.

Nel processo di valutazione della convenienza economica del

¹³⁴ Vedi, Trib. Como 22 luglio 2005, in *Fallimento*, 2006, p. 287.

¹³⁵ In presenza di un'opposizione di questo tipo, il Tribunale verificherà che la proposta concordataria sia conveniente almeno quanto quella fallimentare rispetto all'intera classe dissenziente, e non rispetto al singolo creditore. Questa è la tesi prevalente, altra tesi è quella che sostiene una valutazione con riferimento ai soli creditori oppositori.

Si veda in tal senso, G. BERSANI, *Fisiologia e patologia del giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2012.

concordato, il Tribunale può utilizzare un progetto di riparto fittizio tra i creditori e calcolare, sulla base di questo, quanto deriverebbe loro dalla liquidazione fallimentare¹³⁶.

¹³⁶ Così, ancora, G. BERSANI, op. cit., p. 38.

7. La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo: l'art. 186 della legge fallimentare

La legge si occupa di disciplinare l'esito "patologico" del concordato preventivo, che può aversi allorché vi sia un inadempimento, da parte del debitore, delle obbligazioni derivanti dal concordato (circostanza che comporta la risoluzione), e nei casi in cui l'accordo risulti viziato sin dall'origine da un comportamento fraudolento del debitore, non conosciuto al momento dell'approvazione del concordato (circostanza che comporta l'annullamento). L'art. 186 l.fall., che disciplina entrambi i casi d'interruzione del concordato è stato completamente rivisitato dal decreto correttivo 2007, che ha sciolto una serie di dubbi creati dall'incompatibilità del previgente articolo con l'impostazione privatistica dell'impianto normativo della soluzione concordataria data dalla riforma del 2005. Il testo ante riforma, richiamando gli artt. 137 e 138 l.fall. (dettati per il concordato preventivo), attribuiva la legittimazione a richiedere la risoluzione del concordato agli organi della procedura e consentiva al Tribunale di procedere d'ufficio alla risoluzione, con una sentenza che implicava l'automatica e contestuale dichiarazione di fallimento del debitore concordatario¹³⁷.

Il nuovo art. 186 è dedicato quasi interamente alla risoluzione, ad eccezione dell'ultimo comma. Il primo comma recita: "*Ciascuno dei creditori può richiedere la risoluzione del concordato per inadempimento*". Oggi gli unici legittimati a richiedere la

¹³⁷ Nel prosieguo del paragrafo vedremo come una parte della dottrina, seppur minoritaria, ha ancora qualche dubbio nell'escludere l'automaticità del fallimento in caso di risoluzione e annullamento.

risoluzione del concordato sono i creditori, i quali possono agire anche singolarmente, ed è precluso tale potere al commissario giudiziale. Il secondo comma prevede un richiamo espresso ai principi generali dettati dal codice civile in materia di obbligazioni contrattuali, facendo dipendere la risoluzione dall'importanza dell'inadempimento¹³⁸.

La norma ha la finalità di assicurare la sopravvivenza del concordato preventivo in presenza di inadempimenti di scarsa rilevanza. Il Tribunale, ove sia stata richiesta la risoluzione da parte di uno o più creditori, non si limiterà ad accertare la sussistenza dell'inadempimento ma dovrà valutarne l'importanza.

La prima problematica derivante dalla nuova normativa consiste nell'individuare il terreno di comparazione tra quanto eseguito dal debitore e quanto promesso nella proposta, e quindi del come determinare l'inadempimento di "*scarsa importanza*". Pur potendo applicare implicitamente i principi elaborati in materia di obbligazioni contrattuali, il concordato si distingue per il fatto che una delle sue parti è formata dalla massa dei creditori. Il Tribunale, in assenza di una esplicita disposizione in tal senso, potrebbe prendere come termine di raffronto il singolo creditore proponente o l'intera massa creditoria. L'opinione prevalente in dottrina vede il Tribunale raffrontare e valutare l'importanza dell'inadempimento al bilancio globale della procedura. Tale atteggiamento appare giustificato dagli effetti per l'intera massa creditoria di una risoluzione pur richiesta da un singolo creditore, massa creditoria

¹³⁸ Il secondo comma dell'art. 186, che recita: "*Il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza*", richiama, seppur non testualmente, alla norma codicistica *ex art. 1455* in materia di obbligazioni contrattuali, che prevede: "*Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra*".

che, sappiamo, essere parte dell'accordo negoziale con il debitore concordatario¹³⁹.

Va poi aggiunto che l'inadempimento rileva come fatto in sé per sé considerato, nel senso che è indifferente che lo stesso sia stato prodotto per dolo, colpa o causa fortuita. Rileva, quindi, l'inadempimento oggettivo allorché ci si trovi in presenza di una grave discrasia tra quanto promesso in proposta e quanto realizzato e distribuito ai creditori¹⁴⁰.

Inoltre, non rileva il soggetto responsabile dell'inadempimento (sia esso il debitore, l'assuntore o il garante), contando esclusivamente la non attuazione delle clausole concordatarie, eccezion fatta per il concordato caratterizzato dall'assunzione delle obbligazioni da parte di terzi (assuntore), con liberazione immediata del debitore. L'esdebitazione di quest'ultimo rende impossibile per il creditore richiedere, in tale circostanza, la risoluzione della procedura: egli potrà solo rivolgersi all'Autorità giudiziaria per ottenere la condanna all'adempimento (e/o al risarcimento dei danni eventualmente patiti) dell'assuntore.¹⁴¹

La risoluzione può essere dichiarata anche prima della conclusione

¹³⁹ G. B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, p. 253 ss.; G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento*, sub art. 186, Milano, 2013, p. 2274 ss..

¹⁴⁰ Si veda, P. GENOVIVA, *Risoluzione ex art. 186 l.fall.*, in *Fallimento*, 2014, p. 807 ss..

¹⁴¹ Nell'ipotesi in cui il contenuto del concordato preveda la cessione dei beni, la possibilità di risolvere il concordato dipende dal contenuto della proposta. Ove questa si limita a prevedere la mera cessione dei beni ai creditori, non sarà possibile risolvere il contratto (tranne nell'ipotesi in cui il debitore non trasferisca i suoi beni). Ma se l'oggetto della proposta prevede anche un piano di pagamenti, ove il debitore si renda inadempiente a tale piano, nulla impedisce la risoluzione del concordato. In tal senso, A. NIGRO E D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 385ss..

delle operazioni liquidatorie, quando appaia già evidente l'impossibilità di soddisfare i creditori nella misura promessa. Anche qui vige il principio della “*non scarsa rilevanza*”: quindi, deve sussistere un significativo scostamento tra quanto promesso e la previsione di realizzo¹⁴².

La norma contenuta nel terzo comma limita temporalmente il possibile ricorso al rimedio della risoluzione, prevedendo quant'appresso: “*Il ricorso per la risoluzione deve proporsi entro un anno dalla scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento previsto dal concordato*”. Rispetto alla disciplina previgente, si fa decorrere l'anno non più nella scadenza dell'ultimo pagamento, ma dall'ultimo adempimento. Tale correzione lessicale è avvenuta tenendo conto della possibile atipicità del concordato, che può prevedere la soddisfazione dei creditori in forma diversa da quella del pagamento.

Quanto all'annullamento, l'art. 186 l.fall. non prevede nessuna norma se non il richiamo all'art. 138 l.fall. in materia di concordato fallimentare, norma quest'ultima rimasta, dopo la riforma, sostanzialmente invariata.

Può essere richiesto l'annullamento “*quando si scopre che è stato dolosamente esagerato il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte dell'attivo*”. Soggetti legittimati a chiedere l'annullamento del concordato sono il commissario giudiziale e

¹⁴² Secondo un diffuso orientamento giurisprudenziale, si afferma che la risoluzione del concordato preventivo deve manifestarsi qualora, in base ad una ragionevole previsione, le somme ricavabili dalla liquidazione dei beni cedutisi rivelino insufficienti a soddisfare anche in minima parte i creditori chirografari, e integralmente quelli privilegiati.

Così, Cass. 20 giugno 2011, n. 13446, in *Fallimento*, 2012, p. 355.

qualunque creditore, in contraddittorio con il debitore.

Dopo la riforma il *dies a quo* per l'esercizio dell'azione di annullamento decorre dall'ultimo adempimento e non più dall'ultimo pagamento (in analogia a quanto sopra esposto).

Il limite temporale varia dai sei mesi dalla scoperta del dolo ai due anni.

Il procedimento di risoluzione o di annullamento non è una fase del processo concorsuale, ma un procedimento autonomo e meramente eventuale. Le due procedure dell'impianto post-riforma sono sostanzialmente sovrapponibili.

Il previgente art. 137 prevedeva, a carico degli organi della procedura, l'obbligo di informare il Tribunale qualora avessero rilevato un inadempimento da parte del debitore. Essendo venuto ora meno il potere del Tribunale di procedere d'ufficio e la legittimazione del commissario giudiziale a presentare istanza di risoluzione, appare pacifico che quest'ultimo svolga un ruolo meramente informativo nei confronti degli unici soggetti attivamente legittimati a risolvere il concordato: i creditori concorsuali¹⁴³.

Il procedimento si svolge nelle forme dell'art. 15 l.fall. e assicura il pieno diritto di difesa del proponente. Il Tribunale, su impulso dei creditori o del p.m., sussistendo i presupposti di risoluzione e/o annullamento (e quelli *ex art. 1 e 5 l.fall.*), dichiara il fallimento del debitore.

¹⁴³ Tale problema non sussiste in caso di annullamento, ove il commissario giudiziale mantiene una legittimazione attiva. In tal senso, G.B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, op. cit., p. 261.

Rimane ora da esaminare il problema se l'eliminazione del pregresso terzo comma dell'art. 186 (con “ *la sentenza che risolve o annulla il concordato, il tribunale dichiara il fallimento*”), abbia abrogato, sempre e comunque, la dichiarazione automatica di fallimento del debitore. Sul punto, la dottrina appare controversa. Un versante minoritario della dottrina ritiene che, dopo la sentenza di risoluzione o di annullamento del concordato, sia inutile ed ultroneo far luogo ad un'istruttoria per l'accertamento dello stato d'insolvenza.

Sotto l'impero della vecchia norma, sostiene tale dottrina, era pacifico che in tali casi alla risoluzione o all'annullamento seguisse automaticamente la dichiarazione di fallimento (che era vista come incorporata nella sentenza di revoca del concordato). L'ultimo comma dell'art. 186 nella nuova formulazione genericamente statuisce l'applicabilità, in quanto compatibili, delle disposizioni degli artt. 137 e 138, intendendosi solo “*sostituito al curatore il commissario giudiziale*”. Ed entrambi gli articoli prevedono, come è noto, la dichiarazione d'ufficio. Inoltre, tali autori affermano che il diritto di difesa avrebbe già trovato ampio riconoscimento e applicazione nel pregresso procedimento di risoluzione e/o annullamento. L'orientamento dottrinario di cui stiamo parlando ha al suo attivo non trascurabili elementi ed argomentazioni: la riforma ha modificato l'art. 186 ma ha lasciato, nell'ultimo comma, il richiamo agli artt. 137 e 138 l.fall.. A differenza di tutte le altre ipotesi di successione in fallimento, non viene qui normato l'avvio del procedimento con l'istanza dei creditori o del p.m. e la sua conclusione con la sentenza di fallimento, una volta accertati i presupposti *ex art. 1 e 5 l.fall.*. Appare infine incontestabile che gli

eventi che generano la risoluzione o l'annullamento rendano di per sé evidente lo stato d'insolvenza del debitore, che non può soddisfare i creditori in base a quanto previsto della sua stessa proposta.

La dottrina dominante afferma invece che il Tribunale, accertati i presupposti per la risoluzione o l'annullamento e in assenza di una richiesta di fallimento, dovrà effettuare la segnalazione al pubblico ministero ai sensi dell'art. 7 l.fall¹⁴⁴.

Essa sostiene l'incompatibilità del richiamo agli artt. 137 e 138 l.fall. con una sorta di riapertura automatica del fallimento. La disciplina del concordato preventivo riformato è incompatibile con tale soluzione.

Nell'ipotesi in cui all'accertamento dei presupposti di risoluzione o annullamento sia seguito l'accertamento dei presupposti fallimentari, il Tribunale, su istanza dei soggetti legittimati e in applicazione analogica con quanto disciplinato dall'art. 180 l.fall., emetterà il decreto di risoluzione o di annullamento e, contestualmente, la sentenza dichiarativa di fallimento.

Il Tribunale provvede con decreto ove accerti l'insussistenza o l'irrilevanza dell'inadempimento del debitore ovvero il non compimento di atti fraudolenti. Medesimo provvedimento sarà emesso allorché, accolto il ricorso per la risoluzione o l'annullamento, venga accertata l'insussistenza dello stato di decozione.

Nel caso in cui alla risoluzione del concordato si accompagni la

¹⁴⁴ Cfr., G.B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, op. cit., p. 263.

dichiarazione di fallimento, il reclamo *ex art.* 18 l.fall. avverso la sentenza assorbirà anche i motivi attinenti alla risoluzione del concordato. Si giunge a tale conclusione perché il procedimento è unico, stante la complementarietà delle questioni trattate¹⁴⁵.

Venendo infine agli effetti sostanziali della risoluzione e dell'annullamento del concordato, possiamo dire in generale, che l'esito "patologico" del concordato provoca la caducazione degli effetti modificativi derivanti dall'omologazione, primo fra tutti quello esdebitatorio. Ne consegue la possibilità dei creditori di insinuare il loro intero credito nel successivo fallimento e, nell'ipotesi in cui alla risoluzione o annullamento del concordato non abbia fatto seguito la declaratoria fallimentare, di agire in via giudiziale individuale per il recupero dell'intero credito.

Per quanto riguarda gli atti compiuti anteriormente all'apertura della procedura, questi saranno oggetto di revocatoria sulla base del principio della consecuzione delle procedure. Gli atti compiuti durante la procedura -successivamente all'apertura e fino all'omologazione- restano intangibili e quindi efficaci se adempiuti nel rispetto dell'art. 167 l.fall..

Nel caso di risoluzione del concordato preventivo si ritiene applicabile per analogia l'art. 140 l.fall. in materia di concordato fallimentare.

Da qui consegue l'inefficacia degli atti a titolo gratuito compiuti dal fallito dopo la chiusura del concordato, mentre per gli atti a titolo oneroso indicati nell'art. 67 l.fall., i termini di revocabilità

¹⁴⁵ Si veda, G.B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, op. cit., p. 264.

decorrono dall'apertura della prima procedura, in quanto operante il principio della consecuzione. Rimane ferma l'aggregabilità in via revocatoria degli atti posti in essere dopo l'omologazione del concordato e fino alla sua risoluzione e al fallimento, mentre rimangono salvi gli atti, i pagamenti, e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo. Se ci troviamo in presenza di un piano omologato, il principio di consecuzione. L'applicazione di tale principio spiega i suoi effetti agli atti estranei al piano omologato, stante l'inibizione dell'azione revocatoria agli atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo (art. 67, terzo comma, lett. e))¹⁴⁶.

Infine, sempre in applicazione analogica all'art. 140 l.fall., la risoluzione non produce effetti nei confronti degli impegni assunti dai garanti (art. 140, terzo comma, l.fall.), i quali rimangono tenuti ad adempiere agli obblighi previsti nel concordato¹⁴⁷.

¹⁴⁶ Sulla questione torneremo ampiamente nel capitolo dedicato agli effetti del principio della consecuzione delle procedure concorsuali.

¹⁴⁷ Così, G.B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, op.cit., p. 253ss.

8. Gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis: la possibile applicazione della consecutio

Gli accordi di ristrutturazione sono stati introdotti nell'ordinamento giuridico dalla riforma del diritto fallimentare e rientrano in quella sua impronta privatistica, volta a valorizzare il ruolo dei creditori e del debitore nel campo delle composizioni concordate.

L'istituto è stato introdotto dal d.l. n. 35/2005 e, nella sua prima formulazione, permetteva al debitore di ristrutturare la propria posizione debitoria mediante la stipula di accordi stragiudiziali con i creditori, e ciò senza dover rispettare il principio della *par condicio creditorum*.

Ad una prima fase di natura strettamente privatistica, seguiva un procedimento giudiziario, che terminava con l'eventuale omologazione dell'accordo.

L'accordo poteva essere stipulato se investiva, oltre il debitore, creditori rappresentanti almeno il sessanta per cento dei crediti.

Il procedimento era introdotto da un ricorso, che il debitore aveva l'onere di pubblicare nel registro delle imprese, corredato dalla prescritta documentazione e dalla relazione di un esperto attestante l'attuabilità dell'accordo e la sua idoneità ad assicurare il pagamento anche dei creditori estranei all'intesa.

La convenzione doveva essere concretamente capace di consentire il superamento dello stato di crisi per effetto e della nuova regolamentazione concordata con i creditori partecipanti e della disponibilità di quanto necessario per l'integrale soddisfacimento dei creditori estranei all'accordo.

Tale istituto non ebbe un grande successo a causa della rigidità del vincolo, imposto dalla norma, del “*regolare pagamento*” (integrale e tempestivo) dei creditori estranei. La creditoria poteva ascrivere a suo vantaggio l’indubbia protezione derivante dall’esenzione dall’azione revocatoria di atti, pagamenti e garanzie posti in essere in esecuzione dell’accordo omologato¹⁴⁸.

Apparteneva alla normalità dei casi l’evento di creditori partecipanti costretti a subire una falciatura (per capitale e/o interessi) delle loro ragioni e, viceversa di creditori esterni, che poteva attendersi l’integrale soddisfacimento del loro credito.

Negli anni successivi il legislatore è intervenuto più volte.

Il d.lgs. n. 169/2007 ha introdotto la necessità, per adire la procedura, del presupposto soggettivo e oggettivo (lo stato di crisi), una specifica qualificazione dell’esperto autore della relazione e il c.d. *automatic stay*. Si tratta, a norma dell’art. 182-bis l.fall. del divieto in capo ai creditori anteriori, a far tempo dalla pubblicazione dell’accordo, della proponibilità o della perseguibilità di azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore.

Di impatto notevolmente maggiore furono le novità introdotte dal d.l. 78/2010, soprattutto attraverso il consistente incremento delle misure protettive del patrimonio del debitore, realizzato con l’introduzione del c.d. pre-accordo. Questo sub-procedimento si apre con il deposito presso il Tribunale di un’istanza di sospensione, corredata dalla documentazione utile al Tribunale per riscontrare la sussistenza dei presupposti necessari per giungere ad un accordo

¹⁴⁸ S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fallimento*, 2012, p. 1137 ss..

con la maggioranza prevista e l'esistenza delle condizioni previste per il regolare pagamento dei creditori estranei. Accertato tutto questo, il Tribunale dispone con decreto motivato il divieto di iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive e di acquisire titoli di prelazione se non concordati, ed assegna il termine di non oltre sessanta giorni per il deposito dell'accordo di ristrutturazione¹⁴⁹. Tale decreto ha inoltre sancito la natura prededucibile dei finanziamenti concessi al debitore, funzionali ed esecutivi dell'accordo (pur con la limitazione dei soggetti abilitati all'erogazione dei finanziamenti stessi)¹⁵⁰.

Ma è sicuramente con il d.l. n.83/2012 che gli accordi raggiungono il più alto livello di funzionalità grazie ad interventi innovativi su gran parte della disciplina, quali l'ampliamento della platea dei soggetti finanziatori di crediti prededucibili; la possibilità di indirizzarsi alla conclusione di un accordo di ristrutturazione anche in presenza dell'avvenuto deposito della domanda di concordato preventivo *ex art. 161*, sesto comma, l.fall. (è ammesso anche il percorso inverso); l'introduzione di una moratoria legale di quattro mesi per consentire, in tale lasso di tempo, il pagamento dei creditori estranei all'accordo¹⁵¹.

¹⁴⁹ Si veda, A. NIGRO E D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., 2012, p. 398 ss..

¹⁵⁰ Il d.l. 78/2010 annoverava tra i soggetti finanziatori "banche e intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli articoli 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n.385".

¹⁵¹ Per quanto riguarda la "passerella" reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo, l'art. 182-bis, ultimo comma, recita: "A seguito del deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti nei termini assegnati dal tribunale trovano applicazione le disposizioni di cui al secondo, terzo, quarto e quinto comma. Se nel medesimo termine è depositata una domanda di concordato preventivo, si conservano gli effetti di cui ai commi sesto e settimo".

Nel prossimo paragrafo verranno affrontate le problematiche relative alla "conservazione degli effetti".

Pubblicato l'accordo nel registro delle imprese, i creditori e ogni altro interessato hanno trenta giorni di tempo per presentare eventuali opposizioni. Il Tribunale con decreto motivato, decide sia sulle opposizioni che in caso di mancanza delle opposizioni stesse. Oggetto della sua valutazione è la sussistenza dei presupposti (soggettivo ed oggettivo) e delle condizioni a cui la legge subordina l'omologazione. Il Tribunale verificherà l'avvenuta produzione di tutti i documenti previsti dal secondo comma dell'art. 161 ed esaminerà la relazione del professionista. Particolare attenzione è riservata alla verifica del profilo di attuabilità dell'accordo e della sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei (cfr art. 182-bis)¹⁵².

Ove il procedimento abbia fatto emergere un vero e proprio stato d'insolvenza del debitore, il Tribunale, nel rigettare la domanda di omologazione, procederà alla segnalazione al p.m. ai sensi dell'art. 7 l.fall..

Nel caso di avvenuta presentazione di un ricorso per dichiarazione di fallimento, il Tribunale, secondo la giurisprudenza di merito valuterà l'accordo non idoneo a consentire il superamento della crisi attraverso l'intesa con i creditori rappresentanti il sessanta per cento dei crediti e la messa a disposizione della liquidità necessaria

Relativamente alla moratoria legale, l'art. 182-bis dispone che l'accordo deve essere idoneo ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto dei seguenti termini:

- a) entro centoventi giorni dall'omologazione, in caso di crediti già scaduti a quella data;
- b) entro centoventi giorni dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione.

¹⁵² Così, A. NIGRO E D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 399 ss..

all'integrale soddisfacimento dei creditori estranei¹⁵³.

L'identità del presupposto oggettivo tra accordo di ristrutturazione e concordato preventivo (lo "*stato di crisi*") permette di individuare una continuità tra ristrutturazione del debito ed eventuale fallimento consecutivo, ai fini della possibile applicazione del principio della consecuzione delle procedure concorsuali, e di tutti gli effetti ad esso connessi¹⁵⁴.

Tuttavia, a parte la difficoltà di individuare il momento della sua applicazione¹⁵⁵, la retrodatazione degli effetti del fallimento pare essere incompatibile con la struttura degli accordi di ristrutturazione. L'applicazione del principio della consecuzione delle procedure concorsuali dipende dalla risoluzione di un problema di natura più ampia e dibattuto nella recente dottrina e giurisprudenza: il poter qualificare la natura degli accordi di ristrutturazione come concorsuale. Solo in questo modo è possibile considerare la dichiarazione di fallimento consecutiva al rigetto dell'omologazione dell'accordo come un'ulteriore fattispecie di conversione.

La qualificazione della natura degli accordi di ristrutturazione ex art. 182-*bis* ha dato luogo a due contrastanti orientamenti: il primo sostenuto da una parte minoritaria della dottrina, considerava il nuovo istituto un sottotipo o comunque una variante del concordato preventivo, l'altro considerava invece gli accordi come una

¹⁵³ In tal senso, G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2008, p. 701 ss..

¹⁵⁴ Si veda, L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal "decreto competitività"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, p. 46.

¹⁵⁵ La scelta dovrebbe cadere o sul momento della pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese o in quello del deposito della decisione che omologa l'accordo.

fattispecie negoziale di natura strettamente privatistica.

A conforto del primo orientamento vi era la collocazione topografica di tale istituto nel contesto della disciplina del concordato e il fatto che il legislatore, a partire dal d.lgs. n. 169/2007, per completare la disciplina degli accordi di ristrutturazione, aveva introdotto disposizioni che tendevano ad un avvicinamento alla disciplina del concordato. Inoltre, il legislatore, allorché introduceva innovazioni alla disciplina degli accordi, contestualmente dettava le stesse norme per il concordato.

Un successivo apporto alla tesi minoritaria è venuto dalle numerose disposizioni introdotte dal d.l. n. 83/2012, che hanno modificato radicalmente sia gli accordi di ristrutturazione sia il concordato preventivo avvicinando ulteriormente le due discipline.

Un'autorevole dottrina li ha configurati come rimedi alla crisi sostanzialmente equipollenti.

Vanno in questa direzione alcune disposizioni introdotte contestualmente per ambedue gli istituti: l'art. 182-*quater* l.fall., che rende prededucibili i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione del concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione; la c.d. "passerella" reciproca fra concordato preventivo e accordi di ristrutturazione, disciplinata dall'art. 161, sesto comma, l.fall., e dall'art. 182-*bis*, ottavo comma, l.fall.; l'art. 182-*quinquies* l.fall., che consente al debitore che ha presentato domanda di concordato o di accordo di ristrutturazione (anche ai sensi dell'art. 161, sesto comma, e dell'art. 182-*bis* sesto comma) di ottenere dal Tribunale l'autorizzazione a contrarre

finanziamenti, con riconoscimento della prededucibilità¹⁵⁶.

L'orientamento maggioritario, oltre a non dare importanza alla collocazione topografica dell'art. 182-bis l.fall., supera le argomentazioni sostenute dall'altro versante in ordine alla contiguità delle due discipline sostenendo che tale comunanza deriva da un'affinità funzionale degli istituti. Gli accordi di ristrutturazione, secondo tale orientamento non sono un sottotipo di concordato preventivo perché tra essi e il concordato esistono diversità strutturali¹⁵⁷.

La ripetuta dottrina argomenta, partendo dalle stesse basi l'aconcorsualità degli accordi di ristrutturazione. È impossibile poter parlare di procedura concorsuale -essi sostengono- senza che sia dato riscontrare la compresenza dei seguenti elementi:

- un provvedimento giudiziale di apertura, con il quale si nomina un organo deputato alla “gestione” della procedura;
- l'universalità degli effetti, sia nel senso di investire l'intero patrimonio del debitore esistente al momento dell'apertura, sia nel senso di coinvolgere, nello stesso momento, l'intera massa di creditori esistenti;
- l'apertura del concorso fra i creditori e la sospensione del decorso degli interessi sui crediti chirografari;
- la vigenza del principio, anche se declinante, della parità di trattamento dei creditori¹⁵⁸.

¹⁵⁶ A. NIGRO E D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali (Appendice)*, op. cit., 2012, p. 29.

¹⁵⁷ F. ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Fallimento*, 2013, p. 1174.

¹⁵⁸ Essi affermano che tali aspetti, che tradizionalmente caratterizzano tutte le procedure concorsuali, non sono presenti negli accordi di ristrutturazione:

La contraria opinione, che considera gli accordi una procedura concorsuale, è sostenuta, oltre che dai fautori dell'accordo come un sottotipo del concordato, anche da un'altra parte della dottrina che su tale punto dissente. Gli accordi di ristrutturazione, essi sottolineano, non sono un sottotipo di concordato preventivo, ma è erronea l'opinione di coloro che collocano tale istituto in un ambito negoziale privato senza alcuna natura concorsuale.

Le finalità pubblicistiche di tali accordi sono a loro giudizio indubbie: le intese di cui si parla, infatti, devono essere concluse nel rispetto del principio di concorsualità e sottoposte al vaglio dell'autorità giudiziaria.

Il divieto di azioni cautelari o esecutive individuali (esteso dal d.l. n. 83/2012 anche all'acquisizione di titoli di prelazione sul patrimonio del debitore da parte di creditori anteriori all'accordo), la pubblicazione nel registro delle imprese per consentire le eventuali opposizioni dei creditori all'omologazione del concordato, il raggiungimento della percentuale del sessanta per cento dei crediti complessivi, nonché l'obbligo di pagamento dei creditori estranei all'accordo, sono tutti elementi che confliggono con una pretesa di natura privatistica di tale istituto.

A conferma della concorsualità degli accordi, i medesimi, oltre ad essere oggetto di controllo giurisdizionale, sono indenni, dopo la

-
- non è prevista la nomina di alcun organo della procedura;
 - l'accordo può riguardare solo una porzione del patrimonio del debitore e si conclude, di regola, con una parte dei creditori, purché pari almeno al sessanta per cento del totale;
 - non ci è apertura del concorso formale tra i creditori e non si verifica il blocco degli interessi sui debiti chirografari;
 - non è prescritta l'osservanza della *par condicio creditorum*.

Si veda in tal senso, S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, op. cit., p. 1137 ss..

loro omologazione, da azioni revocatorie in ipotesi di successivo fallimento. A coloro i quali negano la qualificazione di procedura concorsuale agli accordi di ristrutturazione per il mancato rispetto della *par condicio creditorum*, si può agevolmente replicare che tali accordi mirano ad assicurare il soddisfacimento di tutti i creditori, ma tale soddisfacimento avviene con modalità differenziate, a seconda che i creditori abbiano o meno prestato adesione¹⁵⁹.

Da tutto quanto precede abbiamo possiamo constatare che non esiste un'opinione unanime in ordine alla concorsualità degli accordi di ristrutturazione.

Tuttavia, non possiamo sottacere che gli istituti normativi sopra illustrati hanno messo in qualche modo in crisi la tradizionale nozione di concorsualità.

Tale concetto tendeva ad indicare l'insieme degli istituti disciplinati dalla legge fallimentare (cioè quelli propriamente fallimentari e quelli propri dei procedimenti c.d. minori di concordato preventivo, amministrazione controllata e liquidazione coatta amministrativa, a cui si aggiunse successivamente l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese).

Indubbiamente le innovazioni legislative hanno inciso sul tradizionale concetto di concorsualità, basantesi sulle comuni caratteristiche comuni dei singoli istituti e su un comune denominatore dei loro aspetti funzionali e strutturali. Le riforme degli ultimi anni hanno innestato elementi di origine concorsuale in fattispecie di natura negoziale ed hanno attenuato il principio della

¹⁵⁹ D. ROMANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. n. 83/2012*, in *Giust. civ.*, 2013, p. 579 ss..

par condicio creditorum attraverso, soprattutto, la proliferazione di privilegi a categorie sempre più ampie ed eterogenee di crediti concorsuali¹⁶⁰.

La concorsualità ha certamente perso alcuni degli antichi tasselli, ma, ad assicurarne la sostanziale continuità concettuale, rimangono alcuni punti cardine, quali l'universalità in senso oggettivo e soggettivo (rispettivamente concernente l'intero patrimonio e l'intera creditoria), la giurisdizionalità cioè la previsione di un controllo giudiziario della correttezza del procedimento e l'esclusività, intesa come inammissibilità di instaurazione e di prosecuzione di altre procedure esecutive individuali e collettive. Dall'insieme delle argomentazioni sopra illustrate dovrebbe derivare l'opinione che gli accordi di ristrutturazione potrebbero essere legittimamente essere ricondotti nel novero delle procedure concorsuali. Da ciò scaturirebbe la conseguenza, di grande rilevanza pratica, dell'estendibilità del principio della *consecutio* anche all'ipotesi del fallimento susseguente all'insuccesso degli accordi di ristrutturazione¹⁶¹.

¹⁶⁰ Si veda in tal senso S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, op. cit., 2012, p. 1137.

¹⁶¹ Così, F. ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, op. cit., 2013, p. 1173 ss..

9. La consecuzione tra due strumenti di composizione concordata della crisi

Il profilo di consecuzione che si vuole indagare in questo paragrafo è quello risultante dalle previsioni contenute nell'art. 182-*bis*, ottavo comma, l.fall. e nell'art. 161, sesto comma, l.fall..

L'ultima di tali disposizioni, già affrontata nel paragrafo precedente, disciplina la c.d. domanda "prenotativa", caratterizzata dalla fissazione di un termine da parte del Tribunale entro il quale il debitore deve presentare la documentazione prevista dal comma secondo e terzo dell'art. 161 l.fall.. Un'ulteriore norma contenuta nell'articolo disponendo inoltre che "*nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può presentare la domanda ai sensi dell'art. 182-bis, primo comma*".

Stessa disciplina è prevista nel caso di deposito del pre-accordo *ex art.* 182-*bis*, sesto comma. Nell'ottavo comma del medesimo articolo, il legislatore ha previsto la possibilità di depositare una domanda di concordato preventivo in luogo dell'accordo di ristrutturazione e ha precisato che "*si conservano gli effetti di cui al sesto e settimo comma*".

La possibilità di percorrere strade diverse nella soluzione della crisi d'impresa nasce dal convincimento del legislatore che il debitore nell'immediatezza del dissesto possa non disporre di un piano efficace per il suo superamento né abbia sufficienti elementi per una oculata scelta del migliore strumento di composizione concordata.

Per questa ragione ha introdotto mezzi di tutela del patrimonio del

debitore già operanti durante la redazione del piano e ha conferito più ampie possibilità all'imprenditore, ormai in possesso di maggiori informazioni, di scegliere uno strumento diverso rispetto a quello originariamente ipotizzato.

Il deposito del pre-accordo consente al debitore di beneficiare immediatamente dell'inibizione di azioni cautelari ed esecutive da parte dei singoli creditori, per un periodo di non oltre sessanta giorni e previo deposito di un'istanza di sospensione corredata da una pre-attestazione e da un'autocertificazione dell'imprenditore di voler perfezionare un accordo di ristrutturazione (cfr. art. 182-*bis*, sesto comma). La sospensione deve essere successivamente avallata dal Tribunale in contraddittorio con i creditori. Entro lo spirare del termine sopra detto, il debitore deve depositare l'accordo di ristrutturazione e l'attestazione di attuabilità. Come possiamo ben vedere sussisteva un vincolo di sostanziale identità tra pre-accordo e l'accordo definitivo.

Il d.l. n. 83/2012, oltre ad introdurre elementi di flessibilità, ha eliminato il vincolo d'identità tra la proposta e l'accordo definitivo e ha introdotto la possibilità di depositare una domanda di concordato in luogo dell'accordo definitivo di ristrutturazione.

Tale disposizione apre la strada al tentativo di superamento della crisi attraverso il concordato in quei casi in cui l'impresa non riesce a raggiungere l'accordo con il sessanta per cento della creditoria.

L'aspetto maggiormente rilevante della norma consiste nella conservazione degli effetti "*di cui al sesto e al settimo comma*"(art. 182-*bis*).

Il divieto di azioni cautelari ed esecutive, nonché il divieto della

formazione di titoli di prelazione non concordati, si conserverà nell'ipotesi in cui il debitore depositi la domanda di concordato¹⁶². Pertanto gli effetti prodottisi al momento del deposito del preaccordo restano fermi anche nel successivo concordato preventivo¹⁶³.

Ad essi si aggiungeranno quelli propri del concordato, vale a dire la previsione dell'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori, la sospensione del conteggio degli interessi (art. 169 l.fall.), l'opponibilità agli atti (artt. 45 e 169 l.fall.), la disciplina dei contratti pendenti (art. 169-bis l.fall.) e quella sul c.d. concordato in continuità (art. 186-bis l.fall.)¹⁶⁴.

Cosa avviene quando, dopo il deposito di una domanda prenotativa *ex art. 161*, sesto comma, si sceglie di depositare un accordo di ristrutturazione?

Il legislatore fa conseguire al deposito della domanda “prenotativa” molteplici effetti, alcuni tipici ed esclusivi del concordato preventivo. La dottrina si pose il problema della conservazione degli effetti non comuni ad entrambi gli istituti, ma presenti solo nella disciplina del concordato preventivo. La lettera della norma

¹⁶² In realtà, il d.l. n. 83/2012, convertito in l. 134/2012 ha esteso gli effetti che si producono con l'istanza di sospensione, quali: la possibilità di essere autorizzati dal Tribunale a contrarre finanziamenti prededucibili, assunte se del caso, sommarie informazioni (art. 182-*quinquies*); la possibilità, in presenza di determinati presupposti disciplinati dal quarto comma dell'art. 182-*quinquies* l.fall., di essere autorizzato dal Tribunale a pagare crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi (art. 182-*quinquies*); dalla non applicazione, a partire dalla data di deposito del preaccordo, sino all'omologazione degli artt. 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482-bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482-ter del codice civile (art. 182-*sexies l.fall.*).

¹⁶³ Questo in quanto effetti tipici conseguenti anche dal deposito della domanda concordataria non preceduta dal pre-accordo.

¹⁶⁴ Cfr., M. FABIANI, *La “passerella” reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2012.

sembrerebbe disporre per la conservazione di tutti gli effetti¹⁶⁵.

L'unanime dottrina è contraria a tale interpretazione ritenendo impossibile il passaggio di effetti che gli accordi di ristrutturazione non possiedono.

A questo punto il problema che si pone è un altro: una volta che il debitore ha deciso di virare verso gli accordi di ristrutturazione, gli effetti *ex art. 168 ss.*, non presenti in quest'ultimo istituto, perderanno efficacia dal momento del deposito della domanda prenotativa, o dal momento in cui si decide di imboccare la strada degli accordi¹⁶⁶?

La dottrina ha cercato diverse soluzioni.

Una prima ipotesi di soluzione consiste nell'affermare la conservazione degli effetti fino al deposito dell'accordo, sempre che si acceda all'orientamento che vede nell'accordo di ristrutturazione un sottotipo del concordato preventivo (ma abbiamo visto l'orientamento dominante predilige l'autonomia dell'accordo di ristrutturazione rispetto al concordato preventivo).

Una seconda ipotesi di soluzione cerca di risolvere il problema della caducazione *ex nunc* o *ex tunc* degli effetti, ricorrendo alla teoria della *consecutio* e, in particolare, all'applicazione di tale principio in caso di consecuzione tra amministrazione controllata e fallimento.

Ma il principio individuava una regola di carattere generale (cioè

¹⁶⁵ Dove si prevede che“.. *nello stesso termine, in alternativa e con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso, il debitore può depositare domanda ai sensi dell'art. 182-bis*” (art. 161, sesto comma).

¹⁶⁶ A tale proposito, M. FABIANI, *La consecuzione biunivoca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2013, p. 668 ss..

considerare i due istituti come un unico processo, e retrodatare quindi gli effetti del fallimento alla prima procedura). Tuttavia alcuni singoli effetti venivano trattati diversamente e non sempre era possibile retrodatare gli effetti caratteristici del fallimento alla procedura minore (gli interessi si sospendevano infatti solo a partire dalla dichiarazione di fallimento)¹⁶⁷.

Le criticità legate alla soluzione del problema e la possibilità di abusare della domanda di concordato in bianco, al fine di comprimere diritti dei terzi, fanno propendere la dottrina nel senso di rendere inefficaci gli effetti al momento della presentazione della domanda “prenotativa” (nell’ipotesi in cui a questa consegua l’accordo di ristrutturazione).

Alcuni problemi sono di più facile risoluzione. Per esempio, la sospensione degli interessi non crea particolari problemi in quanto gli interessi si considereranno non sospesi fin dal primo momento. Altri presentano una maggiore complessità, come il caso dello scioglimento dei contratti in corso di esecuzione.

Il debitore potrebbe qui abusare degli effetti derivanti dalla presentazione della domanda “prenotativa” al fine di ottenere un’autorizzazione, da parte del Tribunale, per lo “scioglimento” di contratti “scomodi”. Tali situazioni potrebbero essere evitate se il citato “scioglimento” fosse risolutivamente condizionato a ricorso, da parte del debitore, all’accordo di ristrutturazione¹⁶⁸.

¹⁶⁷ M. FABIANI, *La “passerella” reciproca fra gli accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, op. cit., p. 9.

¹⁶⁸ Le evidenti complicazioni potrebbero giustificare, nell’ipotesi di deposito della domanda “prenotativa” e in previsione di un accordo di ristrutturazione, l’applicazione dei soli effetti *ex art.* 182-bis.

Terzo capitolo: Gli effetti della consecuzione delle procedure concorsuali

1. Consecuzione delle procedure concorsuali e decorrenza del periodo sospetto

La retrodatazione del periodo sospetto è considerato l'effetto principale del principio della consecuzione delle procedure concorsuali. Anzi, possiamo dire che tale principio viene applicato soprattutto ai fini della retrodatazione dei termini di operatività della revocatoria fallimentare *ex art. 67 l.fall.*, e utilizzato perciò per rendere possibile un'interpretazione estensiva della norma citata, di guisa che i termini per l'esercizio della revocatoria fallimentare vengono fatti decorrere non dalla sentenza dichiarativa di fallimento ma dalla data di ammissione alla procedura di concordato preventivo.

La pronuncia fallimentare veniva assunta come mezzo legale di accertamento dell'insolvenza e la medesima efficacia veniva data al provvedimento di ammissione al concordato preventivo sulla base dell'omogeneità dei presupposti tra concordato preventivo e fallimento¹⁶⁹. Attraverso l'applicazione della *consecutio* era quindi possibile rafforzare l'efficacia della revocatoria, intesa come strumento di reintegrazione del patrimonio del debitore. La finalità perseguita dall'azione revocatoria, è infatti, la tutela dei creditori e

Si veda, M. FABIANI, *La consecuzione biunivoca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, op. cit., p. 672 ss..

¹⁶⁹ Tale affermazione era più che consolidata nel periodo pre-riforma, dove i presupposti delle due procedure erano identici. Come vedremo nel prosieguo del paragrafo, problemi sorsero nel periodo post-riforma fallimentare, a causa del cambiamento dell'art. 160 l.fall., che ha modificato il presupposto del concordato preventivo nello "stato di crisi", comprensivo anche del concetto d'insolvenza.

Si veda, Cass. 27 ottobre 1956, n. 3981, in *Foro it.*, 1957, 2114.

una corretta applicazione, in sede fallimentare, del principio della *par condicio creditorum*.

Prima di delineare gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari in materia di consecuzione delle procedure concorsuali e del suo effetto più importante, sembra opportuno soffermarci sull'evoluzione della disciplina della revocatoria, influenzata sempre più dai diversi interessi che il *favor* del legislatore ha inteso tutelare nel corso degli anni.

Il legislatore del '42 aveva dettato una disciplina degli atti pregiudizievoli per i creditori radicalmente diversa dal modello offerto dal precedente codice di commercio. Oggi la revocatoria si basa su un articolato sistema di termini prefissati decorrenti a ritroso dalla sentenza dichiarativa, ed è svincolata dal contenuto fraudolento degli atti revocandi, in quanto viene essenzialmente in gioco la conoscenza dello stato d'insolvenza. Il legislatore del '42 inoltre aveva individuato nell'azione revocatoria fallimentare la finalità di rendere inefficace l'atto impugnato anziché di dichiararlo invalido.

Quest'impianto ha trovato riconoscimento anche nella riforma del 2005, che ne ha sostanzialmente mantenuto il meccanismo.

La revocatoria fallimentare si caratterizza, rispetto all'azione revocatoria ordinaria, per la semplificazione dei presupposti per dell'inefficacia degli atti. Questa semplificazione trova la sua ragione nella particolare situazione del debitore: lo stato d'insolvenza.

Essendo tale stato preesistente alla dichiarazione di fallimento, ed in sé pregiudizievole per i creditori, giustifica il meccanismo della

revocatoria fallimentare basato su una retrodatazione legale del dissesto d'impresa¹⁷⁰. Oltre a questo importante meccanismo, la revocatoria fallimentare ha mantenuto altri aspetti che la caratterizzano sin dalla sua struttura originaria:

- la differenza di trattamento tra gli atti a titolo gratuito e gli atti a titolo oneroso;
- la conoscenza dello stato d'insolvenza, quale presupposto comune a tutti gli atti a titolo oneroso, con distribuzione dell'onere della prova differenziato tra le singole fattispecie;
- la distinzione interna agli atti a titolo oneroso, fra gli atti elencati nel primo comma dell'art. 67 l.fall., qualificati come *atti anormali di gestione*, e gli atti elencati nel secondo comma dello stesso articolo, che si usa qualificare come *atti normali di gestione*. Tali categorie sono caratterizzate da un diverso regime revocatorio sia con riferimento all'onere della prova della conoscenza dello stato d'insolvenza che dalla diversa estensione del periodo sospetto.

Il declino dello strumento della revocatoria, sia in termini di praticabilità che di efficacia, che si è potuto constatare negli ultimi anni, non è da ascrivere a un diverso meccanismo interno dell'azione (visto che la struttura non ha subito modifiche rispetto a quella originaria) ma all'abbreviazione temporale dei periodi sospetti e all'ampliamento delle esenzioni dalla revocatoria stessa¹⁷¹.

Tali cambiamenti, introdotti dalla recente riforma fallimentare,

¹⁷⁰ A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, op. cit., p. 161 ss..

¹⁷¹ Si veda, M. GAETA, *Consecuzione di procedure e azione revocatoria*, in *Giust. civ.*, 2012, p. 1849 ss..

hanno cercato di risolvere il nodo centrale dell'intera problematica della revocatoria fallimentare che è data dalla ricerca del punto di equilibrio più soddisfacente fra tutela dei creditori e tutela degli altri interessi, cioè fra il corretto funzionamento del mercato e l'esigenza di garantire la parità di trattamento di tutti i creditori coinvolti nella crisi dell'impresa debitrice¹⁷².

Agevolare la revocatoria significa spostare il punto di equilibrio verso una maggiore tutela della massa dei creditori che si giova di una potenzialmente più ampia ricostituzione del patrimonio fallimentare; limitarla, di contro, vuol dire dare stabilità agli atti già compiuti che è una delle più importanti premesse del corretto funzionamento del mercato.

Per un lungo corso di anni la giurisprudenza ha prediletto la tutela degli interessi della massa e la revocatoria è stata lo strumento cardine per la salvaguardia, fin dalle prime manifestazioni d'insolvenza, dell'integrità del patrimonio del fallito.

L'inefficacia degli atti a titolo gratuito (art. 64 l.fall.) e assimilati (art. 65 l.fall.), disposti da parte del debitore, è giustificata dal pregiudizio che provocano sul patrimonio del fallito e di conseguenza sui creditori del debitore in stato di decozione. L'assenza di un corrispettivo spiega perché tale inefficacia operi indipendentemente dalla condizione soggettiva dei soggetti che hanno partecipato all'atto.

L'inefficacia degli atti di cui all'art. 67 l.fall. è giustificata, invece, dall'idoneità ad arrecare un'alterazione della *par condicio*, anche se vi è un equilibrio tra prestazione e controprestazione ed

¹⁷² Così, ancora, A. NIGRO e D. VATTERMOLI, op. cit., p.166.

eventualmente la controprestazione si trova ancora nel patrimonio del fallito.

Il regime revocatorio di questa categoria di atti subordina l'inefficacia all'accertamento sia di situazioni soggettive (consapevolezza dello stato d'insolvenza da parte del terzo), sia del pregiudizio della massa, concretizzato come una violazione della *par condicio creditorum*¹⁷³. Secondo la teoria *antiindennitaria* il presupposto oggettivo degli atti di cui all'art. 67 l.fall., non viene correlato alla nozione di *eventus damni*, che caratterizza tutti gli istituti ordinari dell'ordinamento, bensì alla specialità del sistema fallimentare ispirato all'attuazione della *par condicio creditorum*, per cui il danno consiste nel puro e semplice fatto della lesione di detto principio, ricollegato, con presunzione legale assoluta, al compimento dell'atto vietato nel periodo indicato dal legislatore¹⁷⁴.

Quest'evoluzione giurisprudenziale aveva amplificato l'utilizzo della revocatoria e aveva trovato il campo più fertile di applicazione nella revocatoria delle rimesse in conto corrente bancario.

¹⁷³ Tale affermazione costituisce la base della c.d. teoria *antiindennitaria* secondo la quale il danno causato dall'atto impugnato sul patrimonio, non è un presupposto della revocatoria fallimentare. Il presupposto coincide con l'alterazione della *par condicio*, ossia nel poter ripartire le perdite derivanti dall'insolvenza fra tutti coloro che abbiano avuto rapporti con il debitore. Tale teoria non era condivisa da tutta la giurisprudenza e la dottrina. Una parte sosteneva, e tutt'ora sostiene, la teoria *indennitaria*, che individua nell'*eventus damni* un'ulteriore presupposto dell'azione revocatoria fallimentare. Tale dibattito, ancora molto acceso in dottrina, è stato superato nei termini seguenti, da parte delle Sezioni Unite: “*prema al legislatore non tanto il rapporto commutativo del negozio quanto il recupero, comunque, di ciò che, uscendo dal patrimonio del debitore nell'attualità di una situazione d'insolvenza, sottragga il beneficiario alla posizione di creditore concorrente (perché, in tal modo, già soddisfatto), con automatico vulnus del principio della par condicio creditorum*”.

Così, Cass. sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Giur. comm.*, 2007, p. 567.

¹⁷⁴ Si veda, G. BOZZA, *L'azione revocatoria nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 1026.

Quest'ultima era divenuta nel corso degli anni uno strumento importante di finanziamento delle procedure fallimentari (non è forse inutile rammentare il recente evento del dissesto Parmalat e delle massicce revocatorie esperite dal commissario E. Bondi)¹⁷⁵.

Il legislatore della riforma spostò l'asse di bilanciamento verso la stabilità degli atti già compiuti in funzione della sopravvivenza dell'impresa, o quantomeno della continuità dell'attività aziendale e a sfavore della tutela della massa dei creditori.

Tale nuova prospettiva si è realizzata attraverso l'introduzione di esenzioni alla revocatoria e tramite la dimidiazione del periodo sospetto.

Quanto alle esenzioni, una parte fu introdotta per sostenere il generale mantenimento dell'attività d'impresa, non toccando chi ha contribuito con prestazioni varie alla permanenza della stessa¹⁷⁶.

Il sostegno della continuità aziendale finalizzato al risanamento venne perseguito cercando di agevolare le soluzioni concordate della crisi.

Anche in questo caso, il legislatore ha perseguito tale obiettivo

¹⁷⁵ La riforma del diritto fallimentare ha limitato l'operatività della revocatoria delle rimesse bancarie. Questo è avvenuto attraverso l'esenzione di tali rimesse, "*purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca*" (art. 67, comma terzo, lett. b)), e attraverso la limitazione degli effetti restitutori prevista dal terzo comma dell'art. 70 l.fall.

¹⁷⁶ Si possono ricondurre a tale categoria le esenzioni di all'art. 67, comma terzo, lett a), b), c), le quali prevedono la non soggezione all'azione revocatoria:

- dei pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso;
- delle rimesse effettuate su un conto corrente bancario, purché non abbiano ridotto in maniera consistente e durevole l'esposizione debitoria del fallito nei confronti della banca;
- i pagamenti dei corrispettivi per prestazioni di lavoro effettuate da dipendenti ed altri collaboratori, anche non subordinati, del fallito.

attraverso l'introduzione di altre esenzioni che assicurassero una stabilità agli atti compiuti in vista, in corso o in attuazione degli accordi di composizione negoziali della crisi, nelle varie forme previste dall'ordinamento, e che assicurassero la soddisfazione dei crediti a quei soggetti che continuavano a sostenere l'impresa durante il corso della procedura¹⁷⁷.

Ma, l'intervento legislativo che ha maggiormente penalizzato la revocatoria è stata la dimidiazione del periodo sospetto, in quanto, più sono ristretti i periodi di sospetta esistenza dell'insolvenza e minore è il numero degli atti che possono cadere sotto la mannaia dell'inefficacia.

La riforma fallimentare ha dimezzato il periodo sospetto per l'esercizio dell'azione di cui all'art. 67 l.fall., che ora è fissato in un anno o sei mesi, a seconda del tipo di atto interessato. Il legislatore, perseguendo la finalità della stabilità dei diritti, in funzione della continuità dell'attività aziendale, ha causato una vera e propria decadenza dell'azione revocatoria, in quanto, ha fissato il termine di sei mesi per la revoca dei c.d. atti "normali", senza tener in considerazione la durata dell'istruttoria prefallimentare che in taluni

¹⁷⁷ Le esenzioni che favoriscono le soluzioni concordate della crisi, e con esse, la conservazione dell'attività d'impresa, sono disciplinate nell'art. 67, comma terzo, lett. d), e), g):

- gli atti, i pagamenti e le garanzie concesse su beni del debitore purché posti in essere in esecuzione di un piano che appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria;
- gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione del concordato preventivo, nonché gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161;
- i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all'accesso alle procedure concorsuali di concordato preventivo.

casi può assorbire interamente il periodo sospetto¹⁷⁸.

Il principio della consecuzione delle procedure concorsuali, si muove invece in controtendenza: attraverso la retrodatazione del periodo sospetto a partire dalla prima procedura è possibile ampliare lo spazio d'operatività della revocatoria.

La retrodatazione del periodo sospetto a partire dalla precedente procedura concorsuale, (effetto che ha trovato espressa regolamentazione con la recente introduzione dell'art. 69-bis l.fall., da parte del d.l. 83/2012), è da sempre stata collegata al concetto di *consecutio*, anche se la possibilità di una sua applicazione è dipesa, nel corso degli anni, dai diversi orientamenti giurisprudenziali e dottrinari susseguitesi in tema di consecuzione.

Come abbiamo già accennato precedentemente, il legame tra la teoria della *consecutio* e la retrodatazione del periodo sospetto deve essere individuato nell'interpretazione che è stata data della dichiarazione di fallimento.

Essa non è altro che un provvedimento che accerta lo stato d'insolvenza, e a tale accertamento si fa riferimento negli artt. 64 e ss. allorché si parla di declaratoria fallimentare.

Quando tale accertamento viene effettuato, anziché con la sentenza di fallimento, con l'ammissione alla procedura di concordato preventivo (e nel regime previgente, coll'ammissione alla procedura di amministrazione controllata), è da tale data che, nell'ipotesi di consecuzione di procedure vanno computati i termini in

¹⁷⁸ In tal senso, G. BOZZA, *L'azione revocatoria nel fallimento*, op. cit., p. 1026.

questione¹⁷⁹.

Nel periodo ante riforma, i presupposti di fallimento e concordato preventivo erano omogenei, e il decreto di ammissione a tale procedura, pur non avendo un carattere formale di sentenza, conteneva un accertamento giudiziale dell'insolvenza.

Proprio per questo motivo, la retrodatazione del periodo sospetto non venne mai messa in dubbio quando il fallimento conseguiva ad un concordato preventivo¹⁸⁰. Il problema si pose soprattutto nei casi di consecuzione tra amministrazione controllata e fallimento, e questo per l'apparente disomogeneità fra *temporanea difficoltà d'adempiere* e stato d'insolvenza, e per l'assenza di un provvedimento che accertasse l'insolvenza¹⁸¹.

In sostanza, la giurisprudenza prevalente sosteneva che insolvenza e temporanea difficoltà sono nozioni che divergono solo sotto l'aspetto quantitativo posto che anche la temporanea difficoltà è qualitativamente insolvenza (in quanto coincidente con incapacità dell'impresa di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni), e da essa si discosta solo perché inerente ad una crisi reversibile.

La medesima giurisprudenza sosteneva che la decisione del Tribunale di ammettere l'impresa alla procedura di amministrazione controllata non avesse valenza di esclusione della

¹⁷⁹ Così, F. DE MARCO, *La consecuzione dei procedimenti concorsuali*, op. cit., p. 284 ss.

¹⁸⁰ Si veda, L.A. RUSSO, *Consecuzione di procedimento concorsuali e decorrenza del periodo sospetto per l'azione revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 1991, p. 903 ss..

¹⁸¹ G. ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, 1152; A. CAMILLETTI, *Brevi considerazioni in tema di revocatoria fallimentare nel caso di consecuzione di amministrazione controllata e fallimento*, in *Giur. comm.*, 1997, p. 419 ss..

decozione, ma consistesse in un rilievo di mera prognosi favorevole della crisi¹⁸².

L'orientamento giurisprudenziale minoritario non riteneva convincenti questi argomenti e, in sintesi, avanzava le seguenti obiezioni:

- l'arbitrarietà di assoggettare alla revocatoria fallimentare altre procedure concorsuali assolutamente non contemplate dal legislatore;
- il tenore letterale ed il significato sistematico della disciplina della revocatoria fallimentare strettamente collegata alla effettiva dichiarazione di fallimento;
- la specialità della disciplina sulla revocatoria fallimentare non applicabile estensivamente o per analogia al di là dei confini del fallimento¹⁸³.

A tali obiezioni si aggiunse la tesi dei giudici milanesi che hanno contestato avanti la Corte Costituzionale la teoria della consecuzione delle procedure e della retrodatazione del periodo sospetto nell'ipotesi di consecuzione da amministrazione controllata.

Il Tribunale infatti affermò non essere “*manifestatamente infondata*”

¹⁸² Cfr., in giurisprudenza, Cass. 23 gennaio 1997, n. 699, in *Fallimento*, 1997, p. 825, Cass. 1 ottobre 1997, n. 9581, in *Fallimento*, 1998, p. 691; in dottrina, cfr., M. FABIANI, *Retrodatazione del periodo sospetto per gli atti dei soci illimitatamente responsabili*, in *Fallimento*, 1995, p. 1153; G.B. NARDECCHIA, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2008, p. 1245 ss..

¹⁸³ Si veda, in giurisprudenza, Trib. Genova 2 ottobre 1986, in *Fallimento*, 1987, con nota di G. TARZIA; Trib. Milano, 16 marzo 1989, in *Fallimento*, 1989, p. 1143; in dottrina, B. INZITARI, *Il problema della “retrodatazione” dei termini per la revocatoria fallimentare nella consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1991, p. 259.

la questione di legittimità costituzionale dell'art. 67 legge fallimentare, in riferimento agli artt. 3, 24 e 41 Cost., nella parte in cui, nell'ipotesi di consecuzione da amministrazione controllata in fallimento, facendosi decorrere il periodo sospetto per l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare a ritroso dalla data del decreto di ammissione alla prima procedura, si pone in essere un ingiustificato trattamento disparitario delle posizioni soggettive degli interessati, si determina una compressione del diritto di difesa dei soggetti convenuti in revocatoria e si limita lo scambio economico tra gli operatori, senza alcuna utilità sociale”¹⁸⁴.

La Corte Costituzionale, rigettando la questione di legittimità costituzionale sollevata dai giudici milanesi, pose fine alla diatriba sulla retrodatazione del periodo sospetto al momento dell'ammissione alla procedura di amministrazione controllata¹⁸⁵.

La Consulta, in sintesi, affermò che l'amministrazione controllata non fa venir meno l'insolvenza, trovandosi pur sempre l'imprenditore in condizioni di non poter far fronte alle proprie obbligazioni con mezzi normali; semplicemente essa impedisce che all'insolvenza si accompagnino gli effetti che le sono propri, e dunque il fallimento.

Non vi è pertanto motivo, dal punto di vista della disciplina della revocatoria, perché una volta escluse le possibilità di risanamento dell'impresa e dichiarato il fallimento, al primitivo accertamento dell'insolvenza contenuto nel decreto di ammissione all'amministrazione controllata non conseguano gli effetti che sono

¹⁸⁴ Così, Trib. Milano 23 settembre 1994, in *Fallimento*, 1995, p. 206.

¹⁸⁵ Per una più dettagliata disamina del percorso che ha portato la Corte costituzionale ad affermare l'insussistenza di violazione degli artt.3,24 e 41 Cost., rimando al primo capitolo, p. 9.

propri di tale accertamento, vale a dire il decorso a ritroso del periodo sospetto¹⁸⁶.

In sostanza, se si ammette che temporanea difficoltà d'adempiere e insolvenza sono soltanto due manifestazioni diverse del medesimo fenomeno, non vi è motivo per escludere dal novero dei provvedimenti da cui decorre il periodo sospetto il decreto di ammissione dell'imprenditore alla procedura di amministrazione controllata.

La questione fu riaperta dalle modifiche apportate dalla riforma del diritto fallimentare. Tale intervento legislativo, avvenuto in più *tranches*, andò a toccare quelle che erano considerate le fondamenta del principio della consecuzione: l'omogeneità del presupposto tra fallimento e concordato preventivo e il fallimento d'ufficio pronunciato dall'organo giurisdizionale. In più, come abbiamo illustrato precedentemente, il legislatore spostò l'asse di bilanciamento verso la stabilità degli atti, ossia la certezza del diritto, con minor favore della tutela della massa creditoria.

Tali aspetti portarono una parte della dottrina, già scettica nel periodo ante riforma, ad affermare l'incompatibilità del principio della *consecutio* con il nuovo impianto normativo.

Tali autori evidenziarono come la diversità del presupposto oggettivo delle due procedure concorsuali (crisi ed insolvenza nell'una, insolvenza nell'altra), escludesse la possibilità di far retroagire il momento iniziale del computo del periodo sospetto alla

¹⁸⁶ Si veda, A. CARRATTA, *Corte costituzionale, cassazione e decorrenza dei termini per la revocatoria nel fallimento successivo all'amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1995, p. 787; L. PANZANI, *Legittimità costituzionale della retrodatazione del periodo sospetto*, in *Fallimento*, 1995, p. 210 ss..

data di ammissione del concordato preventivo¹⁸⁷. Essi affermarono che non poteva più sostenersi che il decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo contenesse un accertamento giudiziale della sussistenza dello stato d'insolvenza.

Al contrario, vi era chi riteneva che lo stato di crisi di cui all'art. 160 l.fall. ricomprendesse soltanto l'ipotesi di insolvenza reversibile o irreversibile, con la conseguenza che la retrodatazione sarebbe assicurata, come nel caso della consecuzione amministrazione controllata – fallimento, dalla sostanziale identità di presupposti¹⁸⁸.

Altri autori individuavano le ragioni della retrodatazione non tanto nell'identità dei presupposti delle procedure consecutive, quanto piuttosto nell'identità funzionale delle stesse e nel convergere verso un comune obiettivo di soluzione della crisi nell'interesse di tutti i creditori, contemperando il sacrificio della permanente possibilità di esposizione (per alcuni) ad azione revocatoria con la garanzia (per tutta la massa) di una serietà e correttezza di comportamenti e di tutela della *par condicio creditorum*¹⁸⁹.

La retrodatazione del periodo sospetto era collegata al concetto, oggi disciplinato dal legislatore, di consecuzione delle procedure concorsuali. Esso fu riaffermato dalla Suprema Corte la quale ha sostenuto, che il requisito dello stato di crisi deve ritenersi comprensivo anche dello stato d'insolvenza.

La sentenza dichiarativa di fallimento costituisce pertanto l'atto terminale del procedimento alternativo al naturale sviluppo della

¹⁸⁷ In tal senso, G. ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, op. cit., p. 1152 ss.

¹⁸⁸ F. CORBELLO, *Osservazioni a Cass. 6 agosto 2010, n. 18437 in tema di consecuzione di procedure concorsuali*, in *Banca borsa tit. credito.*, 2012, p. 715.

¹⁸⁹ G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato d'insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, p. 574 ss..

procedura minore, e ciò in quanto lo stato di crisi denunciato dall'imprenditore con la richiesta di concordato, si sarebbe poi manifestato di natura irreversibile¹⁹⁰.

Tale orientamento del giudice di legittimità riequilibrava e temperava il forte *favor* del legislatore verso la stabilità degli atti (e in funzione della continuità dell'attività aziendale), spostando il punto di equilibrio nella direzione della parità di trattamento di tutti i creditori coinvolti nell'impresa debitrice.

Solo di recente il legislatore si è mosso in questa direzione, con il "pacchetto sviluppo" che secondo alcuni ha portato, e porterà, nuovo vigore all'operatività della revocatoria dopo il crollo nel periodo post-riforma. Il d.l. 83/2012 ha aggiunto un secondo comma all'art. 69-*bis* formalizzando quanto la dottrina aveva da sempre inteso: il principio della consecuzione delle procedure concorsuali¹⁹¹.

Oggi, in caso di consecuzione tra concordato preventivo e fallimento "*i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda*

¹⁹⁰ Cass. 6 agosto 2010, n. 18437, in www.ilcaso.it, 2010.

¹⁹¹ Secondo una parte della dottrina, tale disposizione non costituiva una formalizzazione del principio della *consecutio*. I suoi sostenitori affermavano che, facendo decorrere il periodo sospetto dal momento della pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese (e in assenza di un provvedimento accertativo dello stato d'insolvenza del ricorrente), veniva svilito il nesso funzionale e causale tra le procedure, dandosi rilievo alla loro mera successione cronologica. Tali autori individuano come unica motivazione all'introduzione della disposizione contenuta nell'art. 69-*bis* l.fall., l'anticipazione degli effetti protettivi sul patrimonio del debitore all'atto della pubblicazione della semplice domanda, con riserva di presentare la proposta e il piano entro un termine che può arrivare fino a 180 giorni, equivalente al periodo sospetto degli atti normali. La decorrenza dalla presentazione di tale atto è stata introdotta per questioni meramente pratiche, ossia: per evitare un abuso della domanda di concordato "in bianco" e per vanificare le future eventuali revocatorie.

In tal senso, G. BOZZA, *L'azione revocatoria nel fallimento*, op. cit. p. 1030.

di concordato nel registro delle imprese”.

Un’ulteriore novità introdotta dalla disposizione *de qua* consiste nell’ancorare la decorrenza del periodo sospetto a nessun accertamento giudiziale dello stato d’insolvenza (sentenza di fallimento o decreto di ammissione al concordato preventivo), ma esclusivamente alla data di pubblicazione del ricorso per concordato nel registro delle imprese.

Tale opzione asseconda il bisogno del legislatore di proteggere le azioni revocatorie anche in caso di “ non consecuzione”, dal momento che la retrodatazione del periodo viene mantenuta anche in caso di dichiarazione d’inammissibilità della domanda, ipotesi che tradizionalmente veniva esclusa prima della riforma.

Il potenziamento della revocatoria fallimentare deriva anche dall’enorme crescita del ricorso al concordato preventivo in bianco. Infatti, la circostanza che il termine decorra dal deposito della domanda “prenotativa” ha un effetto importantissimo dal punto di vista del numero degli atti potenzialmente revocabili in caso di successivo fallimento. Si va, infatti, ad incidere, con il deposito della domanda in bianco, in una fase pienamente attiva della vita dell’impresa, quando lo stato di crisi e d’insolvenza non è stato ancora accertato e il deposito del piano può avvenire fino ai 180 giorni successivi¹⁹².

Ci si rende perfettamente conto, dicendo le cose sopra esposte, di spostare di nuovo il “pendolo” nella direzione del principio di tutela della *par condicio creditorum* e di interpretare la *consecutio* come

¹⁹² Si veda, A. ZORZI, *Riflessione sull’esonazione da revocatoria ex art. 67, comma terzo, lett. a), l.fall. alla luce dell’introduzione del concordato “in bianco”*, in www.ilcaso.it, 2012.

uno strumento di riequilibrio, in favore della massa creditoria concorsuale, dopo le rilevanti modifiche apportate nella direzione opposta dalle leggi di riforma.

2. Gli atti compiuti dal debitore nel corso del procedimento di concordato preventivo e dopo l'omologazione

In questo paragrafo viene esaminato l'effetto della costruzione della *consecutio* in relazione agli atti compiuti da parte del debitore durante la procedura di concordato e successivamente all'omologazione. Il problema, noto da tempo alla dottrina e alla giurisprudenza, concerne eventuali limitazioni all'iniziativa revocatoria avente ad oggetto gli atti citati nell'ipotesi di consecuzione tra concordato preventivo e fallimento.

La soluzione ha un rilevanza pratica non indifferente. Ammettere l'esperibilità della revocatoria *ex art. 67 l.fall.* comporterebbe da un lato la sicura atrofia del processo di concordato preventivo, poiché nessuno entrerebbe in rapporti commerciali con il debitore, avendo la quasi certezza di sentirsi revocare l'atto in caso di dichiarazione di fallimento. Dall'altro, l'esclusione della revocatoria non può non comportare una minor tutela del ceto creditorio e una minore reintegrazione del patrimonio del debitore dichiarato fallito.

In assenza di specifiche disposizioni a riguardo la dottrina cercò di superare l'impasse facendo ricorso ai principi generali che hanno ispirato il legislatore fallimentare e fra questi, *in primis*, la consecuzione delle procedure concorsuali.

La teoria della *consecutio* da tempo ha affermato che i vari procedimenti susseguentisi nel tempo devono considerarsi come fasi di un'unica procedura e il nesso funzionale fra le diverse procedure si manifesta, è stato autorevolmente scritto, “*con la continuazione nel secondo procedimento degli effetti nel patrimonio*

*del debitore già prodottisi nel primo” e con la “trasformazione dell’un procedimento nell’altro, pur restando nell’alveo dell’unico procedimento”*¹⁹³.

L’esistenza di tale unitarietà è stata riconosciuta in più occasioni dalla giurisprudenza, la quale, in modo largamente prevalente, ha indicato il *dies a quo* del periodo sospetto dell’azione revocatoria nel momento dell’ammissione alla prima procedura¹⁹⁴. Tale orientamento sicuramente supportava la tesi dell’intangibilità, nel successivo fallimento, degli atti compiuti in costanza di concordato.

Infatti se le varie procedure concorsuali debbono ritenersi legate da un vincolo unitario la conseguenza che ne discende è che gli atti e gli effetti prodottisi nella prima operino anche nella successiva¹⁹⁵.

Partendo proprio da tali conclusioni, la dottrina prevalente ha affermato la non assoggettabilità a revocatoria fallimentare degli atti non pregiudizievoli compiuti nella pregressa procedura di concordato preventivo¹⁹⁶.

¹⁹³ Così, A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in Commentario Scajola Branca: Legge fallimentare a cura di F. Bricola, F. Galgano, Bologna-Roma, 1979, p. 302.

¹⁹⁴ Tra i tanti interventi della Corte Suprema in questo senso si veda: Cass. 23 gennaio 1997, n. 699, in *Fallimento*, 1997, p. 825; Cass. 1 ottobre 1997, n. 9581, in *Fallimento*, 1998, p. 691.

¹⁹⁵ In tal senso, A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 1986, sub. Art. 173, p. 174.

¹⁹⁶ La dottrina contraria a tale affermazione, per sorreggere la tesi dell’esperibilità della revocatoria degli atti posti in essere nel corso della precedente procedura concorsuale, addusse le seguenti argomentazioni, che si fondano:

- sulla natura giuridica della sentenza di fallimento che, essendo da inquadrare nella categoria delle sentenze di accertamento costitutivo, renderebbe impossibile farne retroagire gli effetti, con la duplice conseguenza che lo stato d’insolvenza del debitore diventerebbe giuridicamente rilevante solo all’atto del fallimento ed in virtù della sentenza che lo dichiara, e che da tale sentenza verrebbero cancellati tutti gli effetti della procedura di concordato preventivo riconducendo “la posizione del debitore allo *status quo ante*”;

Nello stesso alveo, seppure in termini diversi, si è mossa la giurisprudenza, affermando che “*sarebbe irragionevole voler considerare un atto non pregiudizievole finché dura la procedura concorsuale alternativa al fallimento e pregiudizievole quando si apre la procedura fallimentare*”¹⁹⁷.

È opportuno parlare ora delle motivazioni che hanno militato a favore dell’inapplicabilità della revocatoria fallimentare agli atti compiuti durante la procedura di concordato e a quelli compiuti in epoca successiva alla sua omologazione.

Relativamente agli atti compiuti dalla data di ammissione alla procedura e fino all’omologa, la loro finalità, è stato detto, li rende incompatibili all’assoggettamento a revocatoria.

Infatti, gli atti compiuti nel corso della procedura, se non sono illeciti, tendono a rendere possibile, nell’interesse della creditoria concorrente, l’esecuzione della proposta concordataria e a risolvere l’insolvenza mediante l’esdebitazione parziale e/o la dilazione di pagamento¹⁹⁸. Proprio questo rende tali atti inaggregabili con revocatoria la quale tende ad impugnare un’altra specie di atti, cioè quelli compiuti in frode ai creditori.

Ciò non esclude che operi una sanzione di inefficacia, ma essa trae

-
- sulla natura dell’atto autorizzativo del giudice delegato che, essendo da inquadrarsi negli atti di volontaria giurisdizione, non sarebbe come tale suscettibile di passare in giudicato;
 - sulla prevalenza della norma generale dell’art. 67 l.fall., posta a tutela dei creditori, sulla norma particolare dell’art. 167 l.fall., creata per l’attuazione del concordato preventivo.

Si veda in tal senso L. PINTO, *Sulla revocatoria fallimentare degli atti posti in essere durante il precedente concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 1998, p. 560 ss.

¹⁹⁷ Così, App. Roma 11 settembre 1995, in *Fallimento*, 1996, 721.

¹⁹⁸ Così, L. PINTO, *Sulla revocatoria fallimentare degli atti posti in essere durante il precedente concordato preventivo*, in op. cit., p. 564.

origine dalla norma dell'art. 167 l.fall. (e non da quella dell'art. 67) e concerne l'inefficacia degli atti posti in essere senza l'autorizzazione del giudice delegato e di quelli ad essi assimilabili.

La dottrina maggioritaria¹⁹⁹, sul punto del coordinamento delle due norme, ha decisamente affermato la prevalenza della prima sulla seconda ritenendo che il regime di inefficacia si sovrapponga nel concordato all'azione revocatoria fallimentare²⁰⁰.

Il sistema scaturente dall'art. 167, oltre a disciplinare i poteri del debitore durante la procedura di concordato, regola gli atti dal medesimo compiuti.

Statuisce infatti la norma che il debitore “*conserva l'amministrazione dei suoi beni e l'esercizio dell'impresa, sotto la vigilanza del commissario giudiziale*”. Tuttavia essa limita i poteri di disposizione del debitore disponendo che “*gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, compiuti senza l'autorizzazione scritta del giudice delegato, sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato*”.

Tale sistema, chiamato dalla dottrina “spossessamento attenuato”, permette al debitore il compimento di tutti gli atti necessari alla continuazione dell'attività d'impresa e alla predisposizione dei mezzi necessari per l'esecuzione della proposta di concordato.

¹⁹⁹ Così, L. BRUNETTI, *Diritto concorsuale*, Padova, 1944, p. 313 ss.

²⁰⁰ Inoltre, autorevole dottrina ha affermato che tale inefficacia esplica i suoi effetti solo nel fallimento successivo, e non nel concordato preventivo, posto che il compimento di tali atti comporterebbe la dichiarazione di fallimento *ex art.* 173 l.fall.. Oggi possiamo ammettere che tale inefficacia possa esplicarsi ed essere dichiarata anche in ambito endoconcordatario ovvero nel caso, invero teorico in cui il concordato non sfoci nel fallimento. Si veda in tal senso, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1986, p. 302.

L'insieme delle argomentazioni sopra svolte può ragionevolmente far affermare che gli atti di ordinaria amministrazione, nonché gli atti di straordinaria amministrazione autorizzati dal giudice, siano in ogni caso sottratti all'azione revocatoria fallimentare²⁰¹, essendo la *ratio* della revocatoria stessa, come sopra detto, quella di rendere inefficaci gli atti lesivi delle ragioni della massa e non quelli compiuti nel loro interesse della creditoria concorsuale.

Per quanto concerne gli atti non autorizzati e illeciti, ai primi si applicherà l'inefficacia espressamente prevista dall'art. 167 l.fall., ai secondi, coincidenti con gli atti che il debitore può liberamente compiere durante la procedura (quelli non elencati nell'art.167), ma che sono finalizzati a frodare i creditori, si applicherà l'inefficacia sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 167, in analogia agli atti compiuti dal fallito dopo la dichiarazione di fallimento (art. 44 l.fall.)^{202 203}.

Come abbiamo più volte menzionato nei capitoli precedenti, il d.l. 83/2012 ha introdotto la c.d. domanda "prenotativa", disciplinata

²⁰¹ Secondo la dottrina vi è un'ipotesi in cui è possibile esperire l'azione revocatoria per queste tipologie di atti. Tale dottrina afferma che, nel caso in cui il curatore nel successivo fallimento provi il dolo nel rilascio dell'autorizzazione, gli atti di straordinaria amministrazione saranno soggetti all'azione revocatoria ordinaria. In questi termini, R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1955, p. 1150.

²⁰² La dottrina individua un'altra categoria di atti: gli atti illegittimi. Sono tutti gli atti che, pur essendo vagliati positivamente dagli organi giudiziari che ne hanno autorizzato il compimento, presentano un contenuto sostanzialmente contrario all'interesse dei creditori e/o un contenuto formale contrario alle norme previste per la regolarità della procedura concordataria.

L'inefficacia *ex art.* 167 si applica anche in questo caso essendo l'autorizzazione del giudice, di per sé illegittima in quanto concessa al di fuori degli schemi di legge, circostanza che non può rendere inattaccabile un atto che è contrario agli interessi dei creditori e contrastante con le finalità del concordato.

²⁰³ Cfr., L. PINTO, *Sulla revocatoria fallimentare degli atti posti in essere durante il precedente concordato preventivo*, op. cit., p. 570; V. RINALDI, *Revocatoria fallimentare della garanzia, consecuzione di procedure e sorte dei pagamenti avvenuti in sede di riparto concordatario*, in *Fallimento*, 2005, p. 511 ss..

dall'art. 161, sesto comma, l.fall.. Ai sensi della norma richiamata il debitore, dopo il deposito della domanda, può compiere legittimamente atti di ordinaria amministrazione e, previa autorizzazione del Tribunale, atti urgenti di straordinaria amministrazione.

Sulla base di questa disposizione si può affermare un'estensione dello spossessamento attenuato anche al periodo antecedente all'ammissione della procedura. Da ciò è agevole dedurre la rilevanza che potrebbe assumere la domanda di concordato e del suo deposito/pubblicazione quale momento iniziale di quell'insieme unitario di procedimenti che abbiamo chiamato *consecutio*²⁰⁴.

Per quanto riguarda gli atti compiuti nell'intervallo tra presentazione della domanda e ammissione al concordato, non è irragionevole ribadire la conclusione a cui siamo giunti per gli atti compiuti dopo l'ammissione al concordato.

Se tali atti vengono effettuati con la finalità di continuare l'attività d'impresa e di predisporre i mezzi per l'ammissione -e successivamente l'esecuzione del concordato- si rientrerebbe nel regime di inefficacia *ex art. 167 l.fall.* (con l'esclusione dell'utile esperibilità dell'azione revocatoria). Nell'eventualità in cui la domanda "in bianco" fosse dichiarata inammissibile dal Tribunale, gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione non autorizzati, non

²⁰⁴ La Suprema Corte ha infatti ammesso l'applicazione del principio della *consecutio* in una fattispecie in cui il concordato preventivo non era stato ammesso, non potendosi escludersi l'unitarietà delle procedure. Il giudice di legittimità ha affermato che la dichiarazione di fallimento accerta *ex post* che lo stato di crisi in base al quale era stata chiesta l'ammissione, era uno stato d'insolvenza e quindi l'efficacia della declaratoria fallimentare deve essere retrodatata alla data di presentazione di tale domanda.

Così, Cass. 6 agosto 2010 n. 18437, in www.ilcaso.it, 2010.

potendo rimanere non sanzionati, sarebbero soggetti all'inefficacia di cui all'art. 167 l.fall..

Il legislatore del 2012, aggiungendo un secondo comma all'art. 69-*bis*, dispone che, in caso di *consecutio* tra concordato preventivo e fallimento, il periodo sospetto decorre “*dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese*”.

Ci troviamo ora in presenza di una disposizione che sembrerebbe confermare il precedente assunto di una procedura unitaria (composta da concordato preventivo e successivo fallimento) inclusiva anche dell'intervallo di tempo compreso fra la presentazione/pubblicazione della domanda e l'ammissione, periodo questo che assumerebbe il connotato di un'ulteriore fase dell'unico procedimento finalizzato alla tutela dei creditori e al rispetto del principio della *par condicio*.

Pur se possiamo astrattamente considerare vigente il regime *ex art. 167 l.fall.*, il legislatore per avvantaggiare il debitore alla continuazione dell'attività d'impresa, ha disposto un'espressa esenzione da revocatoria per “*gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'articolo 161*”.

Discorso a parte deve essere fatto per gli atti compiuti dopo l'omologazione del concordato.

Secondo i fautori dell'esclusione del principio della consecuzione delle procedure concorsuali, il curatore non avrebbe trovato ostacoli all'esercizio dell'azione revocatoria di tutti gli atti posti in essere successivamente all'omologazione (ovviamente in ipotesi di successivo fallimento del debitore), e ciò per il motivo estrinseco

che essi sarebbero stati compiuti nel periodo “sospetto” ante declaratoria fallimentare (per essi unico *dies a quo*). Dico estrinseco perché fondato su un’interpretazione formale delle norme. La revocatoria è uno strumento generale previsto dalla legge per l’aggredibilità di tutti gli atti compiuti prima dell’inizio della procedura fallimentare ovvero della procedura concordataria che l’ha proceduta. Ed è uno strumento generale anche per gli atti compiuti in costanza della procedura concordataria come espressamente previsto, a proposito delle esenzioni, dall’art. 67, terzo comma, lett. e).

Accedere al principio di consecuzione non poneva quindi (e a maggior ragione oggi non pone, ove si consideri il recepimento del principio nel diritto positivo), alcun problema né di pluralità di termini di decorrenza né di aggredibilità di atti compiuti in costanza di concordato preventivo.

Il principio della consecuzione non inficia pertanto la sanzionatorietà degli atti compiuti durante il concordato (che sono aggredibili come visto dagli strumenti generali e speciali), ma raggiunge anche nell’interesse della creditoria concorrente e per il rispetto della *par condicio* quegli atti che sarebbero inaggredibili se tale principio non venisse accolto (atti anteriori alla prima procedura).

È appena il caso di rammentare che lo strumento speciale a cui abbiamo fatto riferimento è la norma contenuta nell’art. 167, in ordine all’inefficacia, dalla domanda all’omologa, degli atti compiuti in costanza di concordato.

Ritornando al tema dell’attività posta in essere successivamente

all'omologazione del concordato, è opportuno preliminarmente precisare che effetto principale dell'omologazione stessa è il venir meno dello spossessamento attenuato

Il debitore torna a compiere tutti gli atti anche di amministrazione straordinaria senza dover chiedere autorizzazione alcuna, salvo, naturalmente quanto previsto nel piano concordatario e nel provvedimento di omologa²⁰⁵.

Nel passato la dottrina distingueva, tra gli atti compiuti dopo l'omologa, quelli a titolo gratuito e quelli a titolo oneroso²⁰⁶.

Per i primi essa era divisa fra l'applicazione dell'art. 123 l.fall., in materia di riapertura del fallimento e l'inquadramento della fattispecie nell'ambito dell'art. 64 l.fall: in ogni caso il risultato sarebbe stato quello dell'inefficacia nei confronti dei creditori.

Per quanto concerne gli atti a titolo oneroso, bisogna distinguere tra quelli posti in essere in esecuzione del concordato e quelli non finalizzati all'adempimento di quest'ultimo. Solo per i secondi era possibile esperire la revocatoria fallimentare. Ponendosi quindi il problema della loro identificazione, venivano essi individuati nel piano del debitore sin dall'inizio della procedura come atti da compiere dopo l'omologazione. Qualora ciò non fosse avvenuto in tutto o in parte, avrebbe provveduto il Tribunale, disciplinando in sentenza l'attività legittima del debitore nella fase di esecuzione del

²⁰⁵ È ben possibile che limitazioni alle facoltà patrimoniali del debitore derivino dalle clausole concordatarie. Inoltre il debitore dovrà conformare la sua attività a quanto stabilito nei patti di concordato.

²⁰⁶ Si veda, V. DE MARTINO, *Commentario alla legge fallimentare*, Roma, 1972, sub. art. 186, p. 493.

concordato²⁰⁷.

Naturalmente la revocatoria sarebbe stata esperibile nei confronti di tutti gli atti non finalizzati all'adempimento del concordato²⁰⁸.

Tale orientamento è stato ripreso dal legislatore del 2006, che ha introdotto l'esenzione dalla revocatoria per “*gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo*”. Se gli atti posti in essere in esecuzione del concordato e quindi dopo l'omologazione sono indenni da revocatoria, ne consegue che gli atti illegittimi cadano sotto la sua sanzione.

²⁰⁷ App. Catania 22 novembre 1982, in *Dir. fall.*, 1983, p. 154.

²⁰⁸ Si veda, L. PINTO, *Sulla revocatoria fallimentare degli atti posti in essere durante il precedente concordato preventivo*, op. cit., p. 572.

3. Consecutio e predeuzione: dai primi orientamenti all'interpretazione autentica dell'art. 111, secondo comma, l.fall.

3.1 Consecutio e predeuzione dei crediti sorti durante il concordato preventivo e l'amministrazione controllata

Abbiamo definito il principio della *consecutio* come il fenomeno della sequenza di procedure, riguardanti lo stesso imprenditore, che si susseguono l'una all'altra per l'incapacità delle prime di raggiungere i propri scopi istituzionali.

Tale sequenza è sempre stata considerata dalla giurisprudenza e dottrina maggioritaria come un unico processo concorsuale, ove i singoli procedimenti interni sono considerati come "fasi", prive di autonomia e separata rilevanza, di una procedura concorsuale di carattere unitario. La costruzione della *consecutio* era, fino alle recenti riforme, priva di riferimenti di diritto positivo, ma nella giurisprudenza e dottrina dominante nasceva dall'idea base del rifiuto di un'efficacia solo interna alla procedura isolatamente considerata.

Abbiamo più volte fatto cenno alla grande portata delle conseguenze che discendono dal principio della consecuzione delle procedure.

In primo luogo esse concernono la decorrenza degli effetti tipici della procedura finale che si collocano al momento dell'apertura del primo provvedimento (o della prima istanza) che ha dato l'avvio alla sequenza delle procedure concorsuali consecutive.

Un secondo effetto generale è quello della conservazione delle conseguenze giuridiche, prodottesi nelle fasi intermedie, nella procedura finale ove siano utili e funzionali a quest'ultima.

Un effetto specifico di quanto abbiamo sopra detto riguarda, in determinate ipotesi, il diritto al soddisfacimento con prededuzione, nella procedura concorsuale finale, dei crediti sorti non all'interno o in funzione della stessa, bensì nell'ambito di una procedura precedente²⁰⁹.

L'operatività degli effetti del sistema della consecuzione delle procedure, delineato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, non spiegava tuttavia la sua efficacia in modo regolare ed uniforme. Gli effetti della procedura finale dovevano essere comunque valutati sotto un profilo di compatibilità e di coerenza con la disciplina prevista dalle singole procedure, in modo da stabilire la possibilità della retrodatazione degli effetti stessi alla data di apertura della procedura più remota²¹⁰.

Quest'orientamento trovava applicazione in tema di prededuzione solo in alcune fattispecie di consecuzione, ed esclusa in altre.

I crediti prededucibili erano regolati, nella previgente disciplina, dall'art. 111, primo comma n. 1, che attribuiva tale natura ai “*debiti contratti per l'amministrazione del fallimento*” e ai debiti contratti “*per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questo è stato autorizzato*”. Caratteristica comune a questa tipologia di crediti è l'attribuzione del diritto di essere soddisfatti con preferenza sulla generalità dei partecipanti al concorso.

²⁰⁹ U. APICE, *Consecuzione delle procedure ed effetti del fallimento*, in *Fallimento*, 1996, p. 721.

²¹⁰ Così, ancora, U. APICE, op. cit. 721.

Tale disposizione costituiva una deroga al principio della *par condicio creditorum* e, per questo, la giurisprudenza maggioritaria ne dava un'interpretazione restrittiva.

Parte della dottrina, come detto sopra, dissentiva da un'applicazione automatica, nel caso di specie, del principio della *consecutio*: l'interpretazione estensiva andava per tale dottrina valutata caso per caso.

I giudici di legittimità erano prevalentemente orientati a consentire con una certa ampiezza la prededucibilità dei crediti sorti durante l'amministrazione controllata; diverso orientamento essi manifestavano invece in ordine ai crediti sorti durante il concordato preventivo poi sfociato in fallimento²¹¹.

Quali erano le motivazioni che hanno portato la giurisprudenza a prevedere un trattamento diversificato, nel fallimento consecutivo, ai crediti sorti in costanza delle due procedure minori?

L'argomentazione base era sostanzialmente una: l'estensione dell'art. 111 l.fall. ai crediti sorti durante le procedure minori, poteva e doveva applicarsi solo nell'ipotesi in cui la prosecuzione dell'attività d'impresa tornasse a vantaggio della massa dei creditori (funzione istituzionale che la stessa ha in sede fallimentare). Tale analogia di funzioni utili alla massa veniva riconosciuta solo alle attività compiute nel corso dell'amministrazione controllata mentre

²¹¹ Cfr., in giurisprudenza, Cass. 14 luglio 1997, n. 6352, in *Fallimento*, 1998, p. 177; Cass. 26 giugno 1992, n. 8013, in *Fallimento*, 1992, p. 1027; Cass. 5 maggio 1998, n. 3325, in *Fallimento*, 1998, p. 967; Cass. 3 ottobre 1993, n. 5753, in *Fallimento*, 1994, p. 691, con nota di F. CIAMPI; in dottrina, si veda, F. MONTALDO, *Consecuzione di procedure e compenso del curatore fallimentare, già commissario giudiziale*, in *Dir. fall.*, 2007, p. 269.

era negata ai crediti sorti durante il concordato preventivo²¹².

Nel caso dell'amministrazione controllata, l'applicazione estensiva della norma di cui all'art. 111 era giustificata dalla finalità tipica della procedura *de qua* che era quella di consentire, attraverso la gestione controllata dell'impresa in difficoltà, la continuità aziendale, evitando, per la migliore tutela dei creditori, i danni cagionati da una repentina interruzione dell'attività²¹³.

L'amministrazione controllata, all'interno del processo unitario della *consecutio*²¹⁴, svolgeva una funzione cautelare, idonea a produrre effetti conservativi del patrimonio del debitore, i quali si presentavano come strumentali e prodromici rispetto agli atti da compiersi nel corso e per la finalità della successiva procedura fallimentare.

Tale funzione veniva valorizzata dallo spossessamento attenuato che caratterizzava l'amministrazione controllata.

I crediti prededucibili non venivano considerati tali in quanto compiuti dagli organi della procedura; la prededuzione veniva invece attribuita a tutte le spese necessarie alla continuazione dell'attività d'impresa e per consentire all'impresa in gestione

²¹² Si veda in tal senso, S. BONFATTI, *Procedure concorsuali minori e prededuzione*, in *Giur. comm.*, 1986, p. 878 ss..

²¹³ Così, Cass. 11 gennaio 1995, n. 251, in *Fallimento*, 1995, p. 829 ss., con nota di F. LAMANNA, *Graduazione e conflitto tra crediti prededucibili e crediti assistiti da garanzia reale*, in dottrina, cfr., G. ALESSI, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987, p. 183 ss.; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1986, 289 ss.; S. PACCHI PESUCCI, *Concordato preventivo e prededuzione*, in *Giur. comm.*, 1980, p. 575 ss..

²¹⁴ *I debiti contratti, previa regolare autorizzazione, dall'imprenditore soggetto ad amministrazione controllata, e finalizzati alla continuazione dell'esercizio dell'impresa, vanno soddisfatti con prededuzione nella successiva procedura concorsuale liquidatoria che si apre a carico del medesimo soggetto, ove sussista interdipendenza e consequenzialità tra l'una e l'altra procedura".*

Cfr., Cass. 16 novembre 1989, n. 4892, in *Fallimento*, 1990, p. 402.

controllata di risanarsi e pervenire a positivi risultati di gestione.

Gli organi dell'impresa nella gestione controllata subivano una doppia limitazione: l'una consistente nell'obbligo della richiesta di autorizzazione al giudice delegato per il compimento degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione, l'altra nella sottoposizione del debitore alla vigilanza del commissario giudiziale.

Gli atti prededucibili erano quelli compiuti per il perseguimento delle appena dette finalità istituzionali della procedura *de qua*²¹⁵, sia che fossero sottoposti alla generale vigilanza del commissario giudiziale sia che fossero sottoposti al regime delle autorizzazioni del giudice delegato, ove eccedenti l'ordinaria amministrazione²¹⁶.

Quanto al concordato preventivo, nonostante qualche esitazione da parte di alcuni giudici di merito²¹⁷, la giurisprudenza si è a lungo schierata in senso negativo, argomentando tale orientamento, con il carattere eccezionale della norma di cui all'art. 111 l.fall..

²¹⁵ Si veda, U. APICE, *Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 1988, p. 949 ss.

²¹⁶ Vi era anche un dottrina minoritaria che escludeva la prededucibilità sia per i crediti sorti durante il concordato preventivo che quelli sorti in costanza d'amministrazione controllata. E questo perché negava la validità della teoria della consecuzione

Si veda, A. DE MARTINI, *Debiti contratti durante il concordato preventivo o l'amministrazione controllata e fallimento sopravvenuto*, in *Riv. dir. comm.*, 1956, 453 ss; V. GIORGI, *Consecuzione di procedure concorsuali e prededucibilità dei crediti*, Milano, 1996.

²¹⁷ "Sia l'amministrazione controllata che il concordato preventivo hanno il fine ultimo di soddisfare interamente o, comunque, nei limiti fissati dalla legge, i crediti della massa. Nell'una e nell'altra procedura non è, quindi giuridicamente possibile disgiungere l'esercizio dell'impresa dall'interesse specifico della massa dai creditori: pertanto, tutti i creditori contratti dall'imprenditore nel corso delle due procedure sono prededucibili nella misura in cui sono utili alla massa".

Così, App. Milano 10 febbraio 1976, in *Dir. fall.* 1976, p. 478.

In tal senso, si veda anche, Trib. Roma 4 febbraio 1998, in *Giust. civ.*, 1998, p. 2316; App. Roma 31 marzo 1995, in *Dir. fall.*, 1995, p. 625; App. Roma 29 aprile 1991, in *Foro it.*, 1992, 154.

Eccezionalità quest'ultima che mal si attagliava all'orientamento prevalente della giurisprudenza in tema di concordato. Per tale giurisprudenza i debiti contratti nel corso del concordato preventivo non sono debiti correlati alla continuazione dell'impresa, avendo il concordato preventivo natura sostanzialmente liquidatoria e solutoria, ed essendogli, in linea generale, estraneo lo scopo del proseguimento dell'attività aziendale, relativamente a un'impresa ormai in stato di decozione.

Tra i debiti assunti nel corso della procedura e gli obiettivi dalla stessa perseguiti, mancava un collegamento funzionale, e, quindi, detti debiti non potevano considerarsi contratti nell'interesse dell'intero ceto creditorio e dovevano pertanto essere trattati alla pari degli altri debiti concorsuali ²¹⁸.

Le conclusioni pressoché unanime raggiunte dalla giurisprudenza sul tema, non furono seguite da una più equilibrata dottrina, la quale si divideva pressoché equamente tra i sostenitori (in base a motivazioni analoghe a quelle della Cassazione) della non prededucibilità dei crediti sorti in costanza di concordato preventivo, e gli assertori della tesi opposta.

²¹⁸ “ *I debiti contratti dall'imprenditore nel corso della procedura di concordato preventivo, ancorché autorizzati, non rispondono ad un interesse della massa dei creditori (come invece i debiti insorti durante l'amministrazione controllata), considerando che detta procedura è rivolta alla liquidazione dell'impresa in stato d'insolvenza e, quindi, ad una finalità cui resta estraneo l'eventuale prosecuzione della sua attività. Pertanto, ove al concordato faccia seguito il fallimento, i suddetti debiti non vanno soddisfatti con prededuzione, secondo la previsione dell'art. 111 del R.D. 16 marzo 1942, n. 247, perché non sono qualificabili come passività dell'amministrazione concorsuale*”.

Così, Cass. 5 maggio 1988, n. 3325, in *Fallimento*, 1988, p. 967.

Si veda anche, Cass. 9 novembre 1982, n. 5883, in *Fallimento*, 1983, p. 594; Cass. 14 luglio 1997, n. 6352, in *Fallimento*, 1997, p. 177.

Si veda, in dottrina, G. SCANZANO, *Finanziamenti all'impresa in concordato preventivo*, in *Fallimento*, 1985, p. 267.

Questi ultimi sulla base del principio di consecuzione delle procedure sostenevano l'incongruità di un diverso trattamento per i crediti sorti prima del fallimento consecutivo.

Infatti - essi affermavano – se l'estensione a tali crediti della norma di cui all'art. 111 trovava una propria ragione nel rapporto di consecuzione tra i diversi procedimenti, non si comprendeva perché dovesse darsi maggiore continuità alla sequenza amministrazione controllata – fallimento (dove le procedure divergevano, almeno formalmente, per il presupposto oggettivo e per lo scopo), piuttosto che alla sequenza concordato preventivo-fallimento (dove si trattava di procedure in tutto coincidenti, eccezion fatta per la maggior convenienza economica della prima rispetto alla seconda)²¹⁹.

A suffragio della loro posizione essi sostenevano che, nel concordato preventivo con garanzia, l'impresa fosse destinata a continuare e fosse perciò imprescindibile l'esistenza di un esercizio provvisorio, vale a dire di una situazione che è esattamente l'opposto dell'una attività liquidatoria.

Inoltre - argomentavano - anche nel concordato con cessione di beni (ipotesi più vicina alla concezione liquidatoria), c'era pur sempre una fase non liquidatoria e cioè il periodo di tempo che precedeva l'omologazione; in quest'arco di tempo tutti gli sforzi della procedura erano indirizzati alla mera amministrazione e conservazione dell'azienda (al fine di non comprometterne il

²¹⁹ Si veda, S. BONFATTI, *Procedure concorsuali minori e prededuzione*, in op. cit., p. 870; P.F. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Milano, 1988, 107, ss..

valore)²²⁰.

La funzione cautelare e prodromica rispetto al successivo fallimento era quindi, a loro giudizio, rinvenibile anche nel concordato preventivo e, in ogni caso, i creditori non potevano rimanere indifferenti di fronte ad una continuazione d'impresa, nella fase concordataria, che finiva per riflettersi direttamente sull'entità e sulla composizione del patrimonio, che sarebbe stato loro ceduto (nel caso di concordato preventivo con *cessio bonorum*), dopo l'omologazione della procedura²²¹.

Un'altra argomentazione addotta dai fautori di tale dottrina si fondava su coerenza logica e senso comune.

Essi consideravano inspiegabile e paradossale la situazione di un creditore che, alla medesima ragione di credito, vedesse assegnato in un primo momento il rango della prededuzione – nel caso di concordato preventivo preceduto da amministrazione controllata - e vedesse poi lo stesso credito declassato a rango di chirografo nella susseguente procedura concordataria (in spregio al principio della consecuzione delle procedure concorsuali).

Inoltre, continua tale dottrina, il legislatore, sia pur indirettamente, ha previsto un trattamento preferenziale per i creditori nuovi, non concorsuali. Infatti, l'art. 168 l.fall., che trovava applicazione sia per il concordato preventivo che per l'amministrazione controllata, sanciva (e lo fa tuttora, per il solo concordato preventivo) il divieto di azioni esecutive per i creditori anteriori all'apertura della procedura, dal che si argomentava che il divieto non operasse nei

²²⁰ In tal senso, U. APICE, *Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di concordato preventivo*, in op. cit., p. 951.

²²¹ Così, S. BONFATTI, op. cit., p. 880.

confronti dei creditori posteriori. Negando la prededuzione nel successivo fallimento si veniva però anche qui a creare una situazione abnorme: infatti, prima dell'eventuale fallimento i creditori posteriori potevano promuovere azioni esecutive ma, una volta intervenuto il fallimento, essi venivano equiparati ai creditori anteriori²²².

Per quanto concerne gli atti di ordinaria amministrazione, che rimanevano riservati alla sfera del debitore, essi comunque si svolgevano sotto la vigilanza del commissario giudiziale e la direzione del giudice delegato. Pertanto la mancata opposizione, da parte di tali organi al compimento di questi atti, dava ad essi la valenza di atti conformi all'interesse della creditoria concorrente²²³.

²²² Per tale versante dottrinario sembrava più consono al sistema riconoscere al creditore nuovo il premio della prededuzione. *In primis* perché consentiva la possibilità di conservare il valore dell'azienda e in secondo luogo per non indurlo ad esperire azioni esecutive. L'orientamento opposto finiva invece per penalizzare il creditore nuovo che si asteneva dal porre in essere azioni esecutive agevolando la conclusione del concordato, e, inusitatamente, finiva per premiare quei creditori posteriori che invece decidevano di esercitarle, sottraendo in tal modo, totalmente o parzialmente, alla creditoria anteriore la garanzia del patrimonio del debitore.

Infine, concludevano questi autori, anche nel concordato preventivo era previsto uno spossessamento attenuato e sussisteva un'indubbia analogia fra concordato e fallimento in materia di continuazione dell'impresa (sia pure specificamente autorizzata in via generale, come esercizio provvisorio, nella procedura fallimentare, cfr. art. 104 l.fall.). La continuazione dell'impresa nel concordato (cfr. art. 167, primo comma) e quella provvisoria del fallimento in uno con il regime autorizzativo degli atti di straordinaria amministrazione disciplinato, per il concordato dall'art. 167, secondo comma, hanno la comune finalità di tutela degli interessi della creditoria. A scanso di equivoci, va però chiarito che la dottrina favorevole alla prededuzione dei crediti sorti durante le procedure minori non permetteva tale qualificazione indiscriminatamente per ogni debito nato nel concordato preventivo. I fautori di tale dottrina estendevano la prededuzione ai crediti che presentavano un collegamento funzionale tra l'obbligazione assunta e gli obiettivi della procedura. E sicuramente di collegamento non poteva parlarsi là dove il negozio era stato posto in essere senza la debita autorizzazione del giudice delegato o, trattandosi di atti esclusi dalla previsione della preventiva autorizzazione del giudice delegato, quando la condotta dell'imprenditore era stata tale da sottrarre gli atti alla possibilità di controllo da parte del commissario giudiziale.

²²³ Così, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1987, 308 ss..

Tuttavia, l'indubbia complessa articolazione delle argomentazioni dottrinarie sopra esposte non scalfì il convincimento della Suprema Corte la quale in una pronuncia della fine degli anni ottanta ebbe a dichiarare che i provvedimenti autorizzativi del giudice delegato nella procedura di concordato di cui all'art. 167 l.fall., non avevano altra funzione che quella di rendere gli atti autorizzati efficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato, nulla potendo statuire in materia di prededuzione, che rimaneva una sfera di assoluta competenza del giudice fallimentare²²⁴.

Come più volte sottolineato, le riforme del diritto fallimentare del 2005-2007 ha realizzato una profonda modifica dell'istituto del concordato preventivo e, in particolare, della sua funzione all'interno del sistema delle procedure concorsuali. Il nuovo concordato, oltre a favorire l'emersione delle crisi aziendali è diventato uno strumento utile per pervenire ad un celere ed efficiente componimento delle crisi stesse e per salvaguardare il valore dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa.

Le nuove norme introdotte in materia di concordato preventivo non si sono occupate direttamente del principio della *consecutio*, ma il legislatore ha attribuito rilevanza a tale principio inserendo tra i crediti prededucibili quelli “*sorti in occasione o in funzione delle*

²²⁴ “*I debiti contratti durante la procedura di concordato preventivo, a differenza di quelli assunti in pendenza di amministrazione controllata, non sono prededucibili nel fallimento consecutivo, neppure nell'ipotesi in cui siano preventivamente autorizzati dal giudice delegato, ai sensi dell'art. 167, legge fallimentare, o siano stati assunti per l'esercizio dell'impresa*”.

Cass. 5 febbraio 1988, n. 1258, in *Fallimento*, 1988, p. 453.

La Suprema Corte affermava che il giudice delegato ha il potere di vigilanza sul comportamento dell'imprenditore, di accertamento della situazione patrimoniale dell'azienda, di protezione degli interessi dei creditori anteriori alla ammissione e di indagine sulle cause del dissesto. Ma non poteva invadere la sfera di competenza del giudice fallimentare con lo stabilire la prededucibilità nell'eventuale consecutivo fallimento del debito autorizzato.

procedure concorsuali di cui alla presente legge”²²⁵.

Tale innovazione legislativa ha reso ancora più convincente l’assimilazione, già operata da una parte della dottrina, tra la gestione dell’impresa nel concordato preventivo e quella realizzata nell’esercizio provvisorio nel fallimento²²⁶.

²²⁵ Il d.lgs. 169/2007 ha introdotto una nuova categoria di crediti prededucibili: quelli sorti in occasione o in funzione di procedure concorsuali. Tale modificazione dell’art. 111 l.fall. è stata utilizzata da quella parte della dottrina che sosteneva la sopravvivenza del principio della *consecutio*, in quanto aveva formalizzato in diritto positivo uno degli effetti ad essa connessi.

²²⁶ Si veda, P. CATALLOZZI, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*, in *Fallimento*, 2008, p. 440.

3.2 L'articolo 111, secondo comma, legge fallimentare e le nuove fattispecie di prededuzione

La riformulazione dell'art. 111, l.fall., operata dal d. lgs. 169/2007 , ha posto fine all'ampio dibattito sviluppatosi in precedenza, introducendo una definizione specifica di “*crediti prededucibili*”, che in precedenza non esisteva. Abbiamo visto che sono crediti prededucibili quelli in tal modo “*qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali*” previsti dalla legge.

Se per alcuni la disposizione ora citata ha eliminato ogni dubbio sulla volontà del legislatore di parificare, ai fini della prededuzione nel successivo fallimento, i crediti sorti in relazione alle altre procedura concorsuali, ad altri tale locuzione è apparsa tutt'altro che chiara, anzi è stata foriera di una netta contrapposizione in dottrina e in giurisprudenza sul significato da attribuire alle espressioni “*in occasione*” e “*in funzione*”, portando entrambe ad opposte conclusioni.

I sostenitori della c.d. tesi restrittiva, rifacendosi agli orientamenti *ante riforma*²²⁷, hanno ritenuto prededucibili esclusivamente le spese e i debiti contratti nel corso delle procedure concorsuali. Negando ogni prededucibilità ai crediti anteriori, hanno dato un'interpretazione sostanzialmente abrogativa della locuzione “*in*

²²⁷ Prima della riforma era pacifica l'esclusione della prededuzione per i crediti sorti nella fase antecedente il deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo, anche in considerazione dell'assenza, in quella fase, di un controllo degli organi della procedura idoneo a prevenire pratiche collusive tra creditori e debitori. Così, Cass. 16 giugno 1994, n. 5821, in *Fallimento*, 1995, p. 51, con nota di A. PATTI; Cass. 17 febbraio 1981, n. 948, in *Fallimento*, 1981, p. 493. In dottrina, V. GIORGI, *Consecuzione di procedure concorsuali e prededucibilità dei crediti*, op. cit. p. 157.

funzione”²²⁸.

Altro versante dottrinario e giurisprudenziale ha ritenuto, invece, che le due locuzioni indicassero fattispecie differenti di crediti prededucibili. “*In occasione*” introduce un requisito temporale e indica il momento in cui i crediti in discorso devono sorgere per essere prededucibili, ossia “durante” la procedura di concordato preventivo; “*in funzione*” rappresenta invece il requisito teleologico alternativo a quello temporale e si riferisce ai crediti che, pur sorti

²²⁸ Tale orientamento era sostenuto da diverse motivazioni apportate da autorevoli autori della dottrina e anche dalla giurisprudenza. L'impossibilità di estendere la prededuzione anche a crediti sorti anteriormente alla procedura in discorso veniva giustificata dal fatto che “*l'estensione del beneficio ai crediti sorti anteriormente alla procedura concorsuale in discorso, seppur legati a questa da un nesso di funzionalità, renderebbe agevole per il debitore il compimento di atti distrattivi del patrimonio destinato alla soddisfazione dei creditori concorsuali al di fuori del controllo degli organi della procedura*”.

Così E. BRUSCHETTA, *La ripartizione dell'attivo. Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009, p. 1260.

Parte della giurisprudenza affermò che “*la locuzione disgiuntiva adottata dal legislatore (<<o>>), se letta come debitamente circoscritta all'interno di ciascuna procedura concorsuale, sembra ragionevolmente voler intercettare, legittimandoli, quei crediti che, pur essendo sorti in occasione (ossia nel corso) della procedura, tuttavia non appaiono ad essa strettamente funzionali, nel senso della rispondenza all'interesse effettivo della massa dei creditori (cui anzi possono apparire contrari, come per esempio le spese processuali o il risarcimento dei danni al cui pagamento venga condannata la curatela fallimentare)*”.

Così, Trib. Terni 22 marzo 2012, in www.ilcaso.it, 2012; Trib. Milano 26 maggio 2011, in *Giur. comm.*, 2012, p. 78, con nota di G. CIERVO.

Infine, i giudici di merito pur riconoscendo che “*il duplice requisito indicato dalla legge della occasionalità e funzionalità delle obbligazioni insorte [...] non avrebbe alcun significato logico, risolvendosi altrimenti il secondo termine in un mero duplicato del primo, se non quello di voler introdurre una prededucibilità non solo degli oneri incontrati dopo l'apertura delle procedure ma anche di quelli funzionali all'ammissione alla procedura e quindi propedeutici alla sua apertura*”, ma concluse affermando che “*tale tesi pur suggestiva e apparentemente aderente al dato letterale della norma [...] non appare tuttavia condivisibile sol che si osservi come in questo caso manchi non tanto e non solo il vaglio e controllo degli organi della procedura, quanto piuttosto la funzionalità all'interesse dei creditori per poter sostenere l'inerenza delle spese alla procedura concorsuale, almeno fin tanto che la stessa non venga effettivamente aperta*”.

Così, Trib. Udine 6 marzo 2010, in www.ilcaso.it, 2010; Trib. Terni 13 giugno 2011, in *Fallimento*, 2011, p. 1339, con nota di A. PATTI.

anteriormente all'inizio della procedura in discorso, sono a questa strumentali. Inoltre, tale dottrina ha sostenuto che dovesse escludersi l'ipotesi da parte del legislatore, dell'utilizzo di termini diversi per indicare il medesimo concetto, per di più servendosi della congiunzione disgiuntiva "o"²²⁹.

L'interpretazione maggioritaria è quest'ultima. Passiamo ora a esaminare le motivazioni apportate a suo supporto.

Innanzitutto, il criterio ermeneutico fondamentale dell'art. 12 delle

²²⁹ Tale orientamento, sostenuto dalla maggioranza della giurisprudenza e della dottrina afferma che *"la dizione "in occasione o in funzione delle procedure concorsuali" appare indicare un riferimento da un lato temporale e d'altro lato teleologico con la procedura nella fattispecie di concordato preventivo, abbracciando inequivocabilmente anche l'attività professionale diretta alla presentazione della domanda di concordato"*.

Così, Trib. Treviso 16 giugno 2008, in *Fallimento*, 2008 p. 1209, con nota di E. BRUSCHETTA.

Con riferimento al requisito di occasionalità troviamo inoltre molteplici orientamenti in dottrina e in giurisprudenza. Alcuni sostanzialmente affermano che *"il criterio della occasionalità ha carattere temporale ... occorre però chiedersi se al fine di conseguire tale trattamento preferenziale sia sufficiente che il creditore sia insorto in costanza di procedura, oppure se sia anche necessario che esso sia direttamente inerente alla procedura, nel senso che essa trovi la sua origine, come avviene quando l'obbligazione derivi da una condotta negoziale o extracontrattuale degli organi della procedura oppure quando l'obbligazione sia generata dalla stessa procedura, come è il caso delle spese di procedura a favore dell'erario. La seconda interpretazione, più restrittiva, pare essere quella più corretta, in quanto conforme al carattere eccezionale delle norme sulla prededuzione che derogano al fondamentale principio della par condicio creditorum"*.

Così, Trib. Prato 14 giugno 2012, in www.ilcaso.it, 2012; Cass. 5 marzo 2012, n. 3402, in *Giust. civ.*, 2012, 271.

Altri invece affermano che il criterio dell'occasionalità prescinde dalla funzionalità e non necessariamente presuppone il conseguimento di un risultato concretamente utile per la massa dei creditori. Ne se sono esempio: i crediti risarcitori, le ipotesi in cui dalla liquidazione dei beni o dall'esercizio di un'azione condotta dagli organi della procedura si ricavi un importo inferiore alle spese sostenute o ai casi in cui la procedura risulti soccombente in una causa dalla stessa promossa.

Si veda, M. SPADARO, *La prededucibilità dei crediti professionali sorti in funzione di una procedura minore nel fallimento consecutivo: tra adeguatezza funzionale e utilità per i creditori*, in *Fallimento*, 2014, p. 539 ss.

preleggi²³⁰. Tali autori affermano l'autonomia delle due locuzioni proprio sulla base delle disposizioni sulla legge in generale, in base alle quali bisogna attribuire alla legge il senso fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e dalla intenzione del legislatore. Deriva da qui il convincimento che tali locuzioni non siano affatto sinonimiche ma autonome. Infatti, se l'espressione "*in occasione*" equivale a dire "*durante la procedura*", la locuzione "*in funzione*" non può che significare "*allo scopo di*" o "*in vista di*".

Devono, quindi, essere considerati prededucibili tutti i crediti sorti in necessaria correlazione strumentale (quale mezzo di predisposizione all'accesso) e finalistica (cioè in vista del conseguimento all'accesso) con la presentazione della domanda di ammissione alla procedura concorsuale²³¹.

Altra autorevole dottrina, allineandosi alla teoria dell'autonomia e prededucibilità dei crediti sorti "*in funzione*" rispetto a quelli sorti durante la procedura, espone ulteriori e diverse considerazioni a sostegno di questa interpretazione.

Una prima considerazione deriva dalla lettura dell'art. 111, secondo comma, in correlazione con le esenzioni dalla revocatoria fallimentare introdotte dal legislatore con le leggi di riforma.

L'art. 67, terzo comma, lett. g) esenta dall'azione di revoca

²³⁰ L'art. 12 delle "Disposizioni sulla legge in generale – Preleggi, dispone che "*nell'applicare la legge non si può ad essa attribuire altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse, e della intenzione del legislatore*".

²³¹ Così, A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182-quater l.fall.*, in *Fallimento*, 2011, p. 1340; si veda anche, G. CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 773.

fallimentare “*i pagamenti di debiti liquidi ed esigibili eseguiti alla scadenza per ottenere la prestazione di servizi strumentali all’accesso all[a] procedur[a] concorsual[e] di concordato preventivo*”.

Ciò significa che il professionista che ha assistito l’impresa in crisi nella presentazione della domanda di concordato preventivo e che ha ottenuto il pagamento prima del deposito non rischia di incorrere nella revocatoria dell’incasso conseguito in ipotesi di successivo di fallimento dell’impresa assistita. Se il legislatore ha inteso tutelare il professionista che ha preteso l’immediato pagamento (attraverso l’esclusione dell’esercizio della revocatoria fallimentare), non può non aver voluto concedere la medesima tutela (ma questa volta *ex art. 111 l.fall.*, secondo comma) al professionista che invece ha acconsentito ad un pagamento differito. Alla tutela della inibitoria dalla revocatoria non può che corrispondere la tutela della prededuzione dei crediti²³².

Un’ulteriore motivazione che milita a favore di tale interpretazione può essere desunta da alcune pronunce della Suprema Corte.

I giudici di legittimità hanno chiarito che l’incarico conferito al professionista dall’imprenditore in procedura non è necessariamente un atto di amministrazione straordinaria e non necessita quindi di un’autorizzazione del giudice delegato *ex art. 167 l.fall.*, fermo restando che l’attività posta in essere dal professionista sia idonea allo scopo di conservare e risanare l’impresa e il merito della sua prestazione professionale, parafrasando la Cassazione, sia

²³² Si veda, G. CIERVO, *Crediti sorti “in funzione” della procedura concorsuale: solo quelli dell’attestatore sono prededucibili*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 81 ss; in giurisprudenza; Trib. Udine 15 ottobre 2008, in www.ilcaso.it, 2008.

caratterizzato da adeguatezza funzionale (o da non eccedenza) della prestazione stessa rispetto alle necessità risanatorie dell'azienda²³³.

I crediti maturati dal professionista in questa circostanza godono sicuramente della prededuzione in quanto sorti "*in occasione*" della procedura.

La dottrina favorevole alla prededuzione dei crediti sorti "*in funzione*" vede nella discrasia cronologica, l'unico tratto distintivo tra credito sorto prima della domanda e crediti nati "*in occasione*" della procedura. Entrambi i crediti derivano da incarichi dell'imprenditore, senza un autorizzazione da parte degli organi della procedura e nascono dalla necessità di regolare attività funzionali al risanamento e alla conservazione dell'impresa. Pertanto, sarebbe illogico, a loro giudizio, concedere ai crediti stessi trattamenti diversi²³⁴.

²³³ Secondo la Suprema Corte, "*ai fini della opponibilità alla massa del relativo credito del professionista, l'incarico conferito ad un avvocato dall'imprenditore in amministrazione controllata non è da annoverare automaticamente nella categoria degli atti di straordinaria amministrazione e dunque da autorizzarsi dal giudice delegato. Il Tribunale applica a tali particolari atti di ordinaria amministrazione i principi che seguono:*

- a) *escluso che criterio distintivo utile sia quello del rapporto proporzionale tra spese e condizioni dell'impresa, [...], è atto di ordinaria amministrazione quello connotato dalla pertinenza e idoneità dell'incarico stesso – anche se di costo elevato – allo scopo di conservare e/o risanare l'impresa;*
- b) *il criterio di proporzionalità [...], non va ridotto al vaglio della crisi aziendale (ché, anzi, a grave crisi ben può correlarsi, come necessario, un radicale intervento disegnato da elevata competenza tecnico – legale), deve invece riferirsi al merito della prestazione in termini di rapporto di adeguatezza funzionale (o non eccedenza) della stessa alle necessità risanatorie dell'azienda e con giudizio da formulare ex ante"*.

Così, Cass. 25 giugno 2002, n. 9262, in *Fallimento*, 2003, p. 259, in riferimento all'amministrazione controllata. Tali principi sono stati poi ripresi dalla Corte Suprema ed applicati anche per il concordato preventivo da Cass. 21 ottobre 2011, n. 21924, in *Giust. civ.*, 2011, p. 1496.

²³⁴ Si veda, G. CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale*, in *Giur. comm.*, 2013, p. 775.

La stessa dottrina continua, evidenziando che l'art. 161, settimo comma, l.fall., ha esteso la prededuzione *ex art. 111 l.fall.* ai “*crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore*”, ossia per gli atti urgenti di straordinaria amministrazione, previa autorizzazione del Tribunale, e degli atti di ordinaria amministrazione per i quali non è prevista autorizzazione alcuna, posti in essere dopo il deposito della domanda di concordato in bianco. Abbiamo visto, commentando l'appena citata pronuncia della Cassazione, che i crediti maturati dal professionista su incarichi dell'imprenditore e sorti dopo il deposito della domanda, devono essere considerati prededucibili senza che sia richiesta un'autorizzazione degli organi giudiziari²³⁵. Tali autori affermano che è illogica e insostenibile un'interpretazione che qualifica come prededucibili i crediti sorti per la stessa prestazione subito dopo il deposito della domanda “prenotativa”, e che neghi, invece, tale trattamento agli stessi crediti sorti nel periodo antecedente il deposito: entrambi sono sorti in funzione della procedura e senza

²³⁵ I giudici di merito hanno applicato lo stesso principio della Corte Suprema prima visto per l'amministrazione controllata e il concordato preventivo. Essi hanno affermato che gli incarichi professionali conferiti nel corso della procedura di concordato con riserva, per l'assistenza e la consulenza della società concordataria in tutte le fasi procedurali e per la redazione della relazione attestata *ex art. 161, terzo comma*, “*pur trattandosi innegabilmente di atti che incidono sulla integrità del patrimonio del debitore, per i costi [...] che essi inevitabilmente comportano*” sono “*atti di ordinaria amministrazione, in quanto addirittura necessari per lo svolgimento della procedura di concordato, sia sotto il profilo della consulenza ed assistenza del debitore nella predisposizione del piano e della proposta concordataria di cui si intende chiedere l'omologazione, sia per l'attestazione prescritta dall'art. 161 co. 7 l.f., anche sotto il profilo della “urgenza” ,che ivi connota gli atti di straordinaria amministrazione, a conferma che essa non può riguardare atti normativamente previsti per l'ordinario iter concordatario, salvo che essi, per una sproporzionata incidenza sul patrimonio del debitore, finiscano per incidere oltremisura l'integrità*”.

Così, Trib. Terni 28 dicembre 2012, in www.ilcaso.it, 2012.

un'autorizzazione da parte degli organi della stessa²³⁶.

Sulla base di queste considerazioni la dottrina e la giurisprudenza prevalente sostengono che il legislatore del 2006 ha inteso ampliare la categoria dei crediti prededucibili a tutti i crediti così qualificati da una disposizione di legge, ai crediti sorti nel corso di una procedura concorsuale nonché a quelli funzionali, cioè sorti in vista dell'accesso ad una procedura concorsuale²³⁷.

Il legislatore consapevole del fatto che l'elemento portante di qualsiasi processo di risanamento è la c.d. nuova finanza, ha introdotto per la prima volta nel 2010 una specifica disciplina dei finanziamenti all'impresa in crisi, integrandola poi nel 2012.

Ciò facendo ha inteso rafforzare la tutela di coloro che deliberano di finanziare soggetti a rischio, quali sono le imprese che si apprestano a predisporre, presentare e dare esecuzione a un progetto di composizione della crisi²³⁸.

La l. n. 120/2010 che ha introdotto l'art. 182-*quater*, non è riuscita a dirimere le varie questioni che hanno tenuto contrapposti i sostenitori della "tesi restrittiva" e quelli della "tesi estensiva".

²³⁶ Si veda, G. CIERVO, *Crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale: solo quelli dell'attestatore sono prededucibili*, in op. cit., p. 81 ss..

²³⁷ Inoltre, la determinazione del carattere prededucibile di un credito nel successivo fallimento è soggetta alla valutazione del giudice delegato alla procedura fallimentare, che deve verificarne la strumentalità e la funzionalità rispetto alla procedura di concordato preventivo. Ciò confuterebbe la tesi della giurisprudenza che ha ritenuto più opportuna un'interpretazione restrittiva dell'art. 111, secondo comma, in quanto un'interpretazione più estensiva avrebbe comportato una "valanga di crediti" sorti dall'iniziativa del debitore senza un controllo degli organi della procedura, con rischio di incentivare pratiche collusive con i professionisti, che si gioverebbero del beneficio della prededucazione.

Così, Trib. Udine 15 ottobre 2008, in op. cit., 2008.

²³⁸ In tal senso, G. TARZIA, *Il variegato mosaico delle prededucazione dopo gli interventi del legislatore*, in *Fallimento*, 2014, p. 756

Tale disposizione ha qualificato come prededucibili i crediti rispettivamente sorti in conseguenza dei c.d. finanziamenti di ristrutturazione e dei c.d. finanziamenti-ponte: i primi effettuati dalle banche e dagli intermediari finanziari (iscritti negli appositi elenchi) “*in esecuzione*” di un concordato preventivo; i secondi effettuati dagli stessi soggetti, “*in funzione*” della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo (o della domanda di omologazione dell’accordo di ristrutturazione). Per quanto riguarda questi ultimi finanziamenti è necessario l’avveramento delle seguenti condizioni: tali finanziamenti devono essere previsti dal piano su cui si basa il concordato preventivo (o l’accordo di ristrutturazione), il beneficio della prededuzione deve essere espressamente disposto dal Tribunale nel provvedimento di ammissione alla domanda di concordato e l’accordo di ristrutturazione deve essere omologato²³⁹.

Dopo aver predisposto le appena viste norme incentivanti i soggetti finanziatori ad erogare credito, il legislatore del 2010 ha introdotto una previsione che sancisce il carattere prededucibile dei crediti dei soli professionisti incaricati di predisporre la relazione di cui agli artt. 161, terzo comma, l.fall.. (e 182-*bis*, primo comma, l.fall.)²⁴⁰.

Il tenore di quest’ultima norma ha posto il problema della sua conciliazione con quella più generale dell’art. 111, secondo comma:

²³⁹ Si veda, G. CIERVO, *Crediti sorti “in funzione” della procedura concorsuale: solo quelli dell’attestatore sono prededucibili*, in op. cit., p. 81; S. AMBROSINI, *Appunti “flash” sull’art. 182-quater della legge fallimentare*, in www.ilcaso.it, 2010.

²⁴⁰ Sarebbe stato coerente con la filosofia caratterizzante l’intervento riformatore del 2010 prevedere norme che favorissero il coinvolgimento degli altri soggetti, che, a vario titolo, contribuiscono all’accesso del debitore alla procedura di composizione della crisi. Ci si riferisce agli *advisor* legali che assistono il debitore nella redazione del ricorso, agli *advisor* finanziari che predispongono il piano sui cui si basa il concordato preventivo (e l’accordo di omologazione).

l'esplicita indicazione, nella disposizione, dell'attestatore della relazione aveva forse l'obiettivo di delimitare l'ambito di applicazione solo a questi, escludendo dalla prededuzione i crediti dei professionisti redattori del ricorso e preparatori del piano²⁴¹?

Come accennato precedentemente, l'effetto dell'introduzione della norma *ex art. 182-quater* ha visto riproporsi la contrapposizione tra i fautori delle opposte tesi. I sostenitori della tesi restrittiva hanno interpretato tale disposizione come una conferma dell'impossibilità di considerare prededucibili i crediti sorti a favore di altri soggetti diversi dal professionista attestatore, che pur avevano assistito il debitore.

Essi sostenevano che il credito dell'attestatore era un'eccezione all'approccio rigoroso adottato dal legislatore nel conferire la prededucibilità a crediti sorti prima dell'inizio della procedura di concordato²⁴².

La subordinazione della prededucibilità al vaglio del Tribunale e al suo riconoscimento nel provvedimento di apertura della procedura era, a loro giudizio, un'ulteriore elemento a favore della tesi restrittiva e della rigidità del legislatore nella assegnazione della prededucibilità a crediti sorti prima della domanda di concordato e quindi in assenza di controlli da parte degli organi giudiziari, in ordine alla loro rispondenza agli interessi dei creditori concorsuali.

Ammettere la prededucibilità dei crediti sorti dalle prestazioni degli altri professionisti sulla base della più generica norma dell'art. 111,

²⁴¹ Così, G. CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale*, in op. cit., 2013, p. 773.

²⁴² Affermarono che l'eccezione del solo attestatore era giustificata dal fatto di essere l'unico soggetto il cui apporto è espressamente richiesto nell'art. 161, terzo comma, a differenza degli altri professionisti.

secondo comma, avrebbe determinato, secondo gli assertori della teoria restrittiva, una disparità di trattamento difficilmente giustificabile²⁴³.

L'altro versante invece sosteneva l'opposto.

Innanzitutto ha evidenziato che l'art. 182-*quater* è stato introdotto per incentivare l'adozione di strumenti di soluzione della crisi quale il concordato preventivo (e gli accordi di ristrutturazione), e non aveva la funzione di interpretazione autentica dell'art. 111, secondo comma, l.fall. Essi hanno affermato che l'introduzione della norma in esame, doveva intendersi come una specifica ipotesi di prededuzione rispetto alla fattispecie generale contenuta nell'art. 111 l.fall., secondo comma, ipotesi che non escludeva affatto dal beneficio in discorso i crediti diversi sorti anteriormente al deposito della domanda di concordato e non previsti espressamente dalla norma²⁴⁴.

Lo stesso versante dottrinario giustificava l'esplicita previsione della prededuzione di tali crediti con la volontà del legislatore di spostare tali categorie di crediti all'interno dei crediti prededucibili “*così qualificati da una specifica disposizione di legge*”, in modo tale da subordinare, da un lato, l'attribuzione del beneficio al preventivo riconoscimento in tal senso del Tribunale nel provvedimento di ammissione e, dall'altro, sottraendo, in sede di successivo fallimento, tale attribuzione al sindacato giudiziale circa

²⁴³ Così, F. DI MARZIO, *Prededucibilità dei “crediti funzionali” alle procedure concorsuali e agli accordi omologabili disciplinati nella l. fallimentare*, in www.ilfallimentarista.it, 2011; G. CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti “in funzione” della procedura concorsuale*, in op. cit., p. 776.

²⁴⁴ S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fallimento*, 2011, p. 641 ss.

l'esistenza del nesso di funzionalità dei crediti in discorso rispetto alla procedura di concordato²⁴⁵.

Il professionista attestatore finiva quindi per godere di un regime più favorevole rispetto agli altri professionisti che avevano assistito il debitore nella predisposizione della domanda e del piano in quanto, secondo alcuni, il primo era sottratto al vaglio *ex post* del giudice delegato in sede di accertamento del passivo, vaglio volto ad accertare la funzionalità della prestazione alla procedura concorsuale medesima. I secondi, per questa scuola di pensiero, a tale vaglio rimanevano invece pienamente soggetti²⁴⁶.

Il d.l. 83/2012, convertito nella l. 134/2012, che ha integrato il testo dell'art. 161 l.fall., ha riscritto l'art. 182-*quater* e ha introdotto l'art. 182-*quinquies*.

Con la riscrittura dell'art. 182-*quater* ha attribuito la prededuzione ai crediti per finanziamenti, “*da chiunque effettuati*”, in esecuzione di un piano concordatario (o di un accordo di ristrutturazione di debiti omologato), o ancora in funzione di una domanda di concordato (o di una domanda di omologazione di accordo di ristrutturazione di debiti)²⁴⁷.

²⁴⁵ Il versante dottrinario contrario alla tesi restrittiva, individuava la *ratio* dell'art. 182-*quater* nel “*prevenire qualsiasi dubbio interpretativo concernente l'effettiva appartenenza dei “finanziamenti effettuati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura” all'ambito di applicazione della norma art. 111, secondo comma, l.fall.*”

Così, S. BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa: opportunità e responsabilità*, in www.ilcaso.it, 2010.

²⁴⁶ Così, A. GUIOTTO, *Il credito del professionista nella consecuzione di concordato preventivo in fallimento*, in *Fallimento*, 2010, p. 582.

²⁴⁷ Questa riforma, introducendo il concordato in bianco, con il settimo comma dell'art. 161 l.fall., dopo aver stabilito che nel lasso di tempo intercorrente fra il deposito della domanda di concordato ed il decreto di ammissione (cioè prima che si renda applicabile l'art. 167 l.fall.) il debitore può compiere atti di ordinaria

Ma l'aspetto che più interessa ai fini della soluzione del dibattito finora esaminato, è stata l'abrogazione dell'art. 182-*quater*, quarto comma. L'eliminazione della prededucibilità del professionista attestatore è stata salutata con favore da quella parte della dottrina contraria all'interpretazione restrittiva dell'art. 111, secondo comma, l.fall. (dovuta proprio a tale previsione).

La dottrina parla di una ritorno alla regola madre- l'art. 111 l.fall. -, e quindi il credito sarà prededucibile quando funzionale alla procedura, e lo sarà quello di tutti coloro che hanno concorso alla presentazione della domanda e quindi a professionisti (anche) diversi dall'attestatore²⁴⁸.

A questo punto resta da chiarire se il credito prededucibile nel concordato preventivo resti tale anche nel fallimento conseguente all'eventuale insuccesso della procedura minore, ovvero se tale beneficio sia confinato all'interno della procedura concorsuale in relazione alla quale il beneficio è sorto (o concordato preventivo o fallimento).

amministrazione e, previa autorizzazione del Tribunale, atti urgenti di straordinaria amministrazione, ha attribuito ai crediti derivanti da atti legalmente compiuti, la prededucibilità ai sensi dell'art. 111 l.fall..

Inoltre ha introdotto l'art. 184-*quinquies* con cui ha attribuito la prededuzione ai crediti da finanziamenti, senza indicazione sul soggetto finanziatore, specificamente autorizzati dopo il deposito (o contestualmente al deposito) di una domanda di concordato (o di una domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti), o di una domanda "prenotativa", purché vi sia un'attestazione della funzionalità di tali finanziamenti al migliore soddisfacimento dei creditori.

²⁴⁸ Nella furia di abrogare una "cattiva" norma, il legislatore non ha risparmiato la parte più utile. Infatti, la norma prevedeva la prededuzione anche del professionista attestatore dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Ora, non potendo affermare in modo unanime il carattere concorsuale di tale strumento di regolazione della crisi, l'abrogazione dell'intero comma comporta che, nel caso in cui l'accordo sia seguito dal fallimento, il professionista non potrà far valere la prededucibilità del suo credito.

Così, M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in www.ilcaso.it, 2012.

Affermare la prima tesi vorrebbe dire assegnare sempre e comunque la prededuzione a tutti i crediti sorti “*in occasione*” e “*in funzione*” del concordato preventivo. Ma non vi sarebbe motivo di estendere il beneficio *ex art.* 111 a tutti i crediti anche quando le procedure siano autonome l’una rispetto all’altra, in quanto procedure del tutto diverse. Potremmo al limite rendere fruibile tale beneficio ai crediti sorti durante e prima del concordato preventivo ove ci sia un legame funzionale tra una procedura e l’altra, ossia solo se fosse possibile applicare il principio della *consecutio*. Tale principio, come più volte illustrato in questo lavoro, rende configurabile, nella successione di una procedura all’altra, una sola procedura unitaria, e consente quindi di riferire la funzionalità dei crediti sorti “*in occasione*” e “*in funzione*” del concordato preventivo anche nel successivo fallimento.

Non si può ammettere la prededucibilità di un credito funzionale al concordato preventivo anche nel successivo fallimento, se il secondo segue senza un legame logico-funzionale, cioè si presenta come una procedura autonoma. Appare a questo punto innegabile che l’estensione della prededucibilità dei crediti anche nel fallimento susseguente ad un concordato, valga solo nel caso in cui sia possibile affermare l’esistenza e l’operatività del principio della *consecutio*²⁴⁹.

Principio che, sappiamo, è stato riaffermato dalla Suprema Corte e sancito dallo stesso legislatore che ne ha codificato il suo effetto più importante, ossia quello relativo alla retrodatazione del periodo

²⁴⁹ Si veda, F. LAMANNA, *I crediti prededucibili perché “funzionali” alle procedure concorsuali previsti dall’articolo 111 l.fall., comma 2, l.fall.*, in www.ilfallimentarista.it, 2013; G. CIERVO, *Prededucibilità dei crediti sorti “in funzione” della procedura concorsuale*, in op. cit., p. 777.

sospetto della revocatoria al momento del deposito della domanda di concordato.

3.3 L'interpretazione autentica dell'art. 111, secondo comma, 1.fall.: una nuova nozione di consecutivo?

Un emendamento, approvato in sede di conversione del d.l. n. 145/2013 (il c.d. decreto “destinazione italia”) nella l. n.9/2014, ha introdotto un'interpretazione autentica dell'art. 111, secondo comma, 1.fall.. Paradossalmente tale norma, invece di creare una maggiore chiarezza nel variegato mosaico dei crediti prededucibili, ha comportato maggiori dubbi interpretativi per i crediti sorti antecedentemente e durante il concordato (o “concordato in bianco”).

L'art. 11, comma 3-*quater*, della legge sopra citata, recita: *“La disposizione di cui all'art. 111, secondo comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni, si interpreta nel senso che i crediti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'art. 161, sesto comma, del medesimo regio decreto n. 267 del 1942, e successive modificazioni, sono prededucibili alla condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo siano presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura sia aperta ai sensi dell'art. 163 del medesimo regio decreto, e successive modificazioni, senza soluzione di continuità rispetto alla presentazione della domanda ai sensi del citato art. 161, sesto comma”*²⁵⁰. La norma è stata introdotta con l'intento di colpire gli

²⁵⁰ Una prima precisazione da fare è che il legislatore definisce espressamente il procedimento che si apre con il deposito del ricorso *ex art. 161, sesto comma, 1.fall.* (“concordato con riserva”), come vera e propria “procedura di concordato preventivo”, *“così avallando l'idea che, nonostante il possibile esito alternativo in un accordo di ristrutturazione dei debiti (“con conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso”), non ci si trovi in un limbo polimorfico, bensì proprio nell'anticamera del concordato preventivo, di cui sono inequivocabile cifra la possibilità di nomina di un commissario giudiziale e lo spossamento attenuato dell'imprenditore, soggetto a pressanti obblighi informativi e pregnanti controlli*

abusi dello strumento preconcordatario sulla linea del precedente d.l. n. 69/2013 che: a) ha previsto la nomina del commissario giudiziale anche nel concordato con riserva; b) ha aumentato i compiti di vigilanza e controllo sull'attività dell'imprenditore che ha depositato la domanda "prenotativa"; c) ha rimodulato gli obblighi informativi di quest'ultimo.

L'interpretazione autentica dell'art. 111 l.fall., pur limitata ai crediti sorti anteriormente e durante il preconcordato, sicuramente colpisce i soggetti intenzionati a far ricorso al concordato in bianco solo per ritardare il fallimento dell'impresa, dall'altra però produce delle crepe nell'unico istituto efficacemente diretto a far emergere in modo tempestivo la crisi dell'imprenditore, quale può dirsi il concordato con riserva.

Quest'ultimo svolge anche la funzione di favorire la continuità aziendale che persegue non solo con l'esenzione da revocatoria per i terzi che mantengono rapporti negoziali con il debitore in crisi, ma anche con l'attribuzione di un trattamento prededucibile dei crediti di questi ultimi. A tutela dei creditori concorsuali, come abbiamo detto in precedenza, il legislatore ha previsto controlli più penetranti sull'attività del debitore da parte del Tribunale e da parte del commissario giudiziale²⁵¹.

L'art. 11 della l. n. 9/2014 ha subordinato la prededucibilità, dei crediti sorti "in funzione e in occasione" del preconcordato all'ammissione al concordato preventivo vero e proprio, senza soluzione di continuità.

giudiziari nel periodo destinato all'elaborazione della proposta completa di concordato".

Così, P. VELLA, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, co.2, l.fall., e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, in www.ilcaso.it, 2014.

²⁵¹ Si veda, P. VELLA, *L'enigmatico rapporto tra prededuzione e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, p. 518 ss..

L'art. 161, nono comma, l.fall., nel mentre preclude la possibilità di ripresentare la domanda di concordato in bianco per due anni, non esclude la facoltà del debitore di presentare, anche subito dopo la prima, una domanda di concordato vera e propria, ferma restando la possibilità per i creditori e/o per il p.m. (in caso di mancata ammissione al concordato) di proporre istanza di fallimento.

Quindi, il preconcordato può avere molteplici evoluzioni ed è molto probabile che la successione a una di queste procedure avvenga non immediatamente ma sia preceduta da uno iato temporale. Tuttavia, come abbiamo avuto modo di constatare in questo lavoro, la presenza di tale iato temporale, in caso di successione tra due diverse procedure concorsuali, non può ostacolare l'applicazione delle regole della legge fallimentare all'interno delle varie fasi che compongono l'unico procedimento unitario. Il principio della consecuzione delle procedure concorsuali prescinde dalla presenza di un intervallo temporale.

Autorevole dottrina ha affermato che l'introduzione dell'interpretazione autentica ha imposto una lettura del principio della *consecutio* (seppur limitato alle prededuzioni preconcordatarie) rigida, in quanto l'ha subordinata alla duplice condizione dell'apertura della procedura e dell'assenza di un intervallo temporale nel passaggio tra il "concordato in bianco" e il concordato preventivo²⁵².

Tale dottrina sostiene che la Suprema Corte ha riaffermato il principio della consecuzione, anche nel sistema normativo post-riforma, e che

²⁵² Cfr., P. VELLA, *L'enigmatico rapporto tra prededuzione e concordato preventivo*, in op. cit., p. 523 ss., L. PANZANI, *Prima interpretazione delle nuove disposizioni sulla prededucibilità dei crediti con riguardo alla disciplina dei finanziamenti*, in www.ilfallimentarista.it, 2014; M. VITIELLO, *La prededuzione nel concordato preventivo dopo la conversione in legge del decreto "Destinazione Italia"*, in www.ilfallimentarista.it, 2014; S. LEUZZI, *Precondordato "abortito" e prededuzione dei crediti*, in www.ilfallimentarista.it, 2014.

tale costruzione si basa su un legame prettamente sostanziale tra le procedure, non condizionato dalla presenza di uno iato temporale e dall'effettiva apertura della procedura.

La dottrina, nel richiamare la nota sentenza della Suprema Corte²⁵³, ha sottolineato come l'applicazione del principio della consecuzione fosse ammesso nella fattispecie di rigetto della domanda di concordato e che si potesse pacificamente parlare di unitarietà della procedura, “*anche se il fallimento non [fosse stato] dichiarato automaticamente, come avveniva sotto l'impero della precedente normativa*”²⁵⁴.

Gli autori, per evitare che tale interpretazione potesse ridurre lo spazio operativo e l'efficacia del principio della *consecutio* affermano la possibilità di effettuare un'interpretazione restrittiva della norma interpretativa.

Innanzitutto, sembra opportuno chiarire quali siano i crediti, sorti durante o antecedentemente il preconcordato, che rientrano nell'ambito di applicazione dell'interpretazione autentica.

L'art. 11, l. n. 9/2014, comma 3-*quater*, dispone che l'art. 111, secondo comma, l.fall., deve essere interpretato nel senso che i “*crediti sorti in occasione o in funzione*” del preconcordato, per essere riconosciuti come prededucibili, richiedano la conclusione del procedimento di

²⁵³ Si veda, Cass. 6 agosto 2010, n. 18437, in www.ilcaso.it, 2010.

²⁵⁴ “*La consecutività della procedura fallimentare rispetto a quella di amministrazione controllata, la quale comporta, al fine dell'individuazione degli atti suscettibili di revocatoria, il riferimento al periodo di tempo anteriore alla data del provvedimento di ammissione a detta amministrazione controllata, si verifica quando la seconda procedura sia espressione della medesima crisi economica che abbia determinato la prima e che non sia stata sanata nel suo corso e, pertanto, non è esclusa dal mero fraporsi di un intervallo di tempo tra la scadenza del periodo di amministrazione e la dichiarazione di fallimento*”.

Così, Cass. 2 giugno 1988, n. 3741, in *Fallimento*, 1988, p. 972.

Si veda anche, A. DIDONE, *Note minime sulla consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Giust. civ.*, 2010, p. 2457 ss.

preconcordato con la presentazione del piano nel termine stabilito dal giudice e che a tale presentazione segua l'ammissione alla procedura.

Gli autori evidenziano come la regola, fortemente restrittiva, non riguardi però i “*crediti così qualificati da una specifica disposizione di legge*”²⁵⁵.

Sulla base di questa premessa essi evidenziano come i finanziamenti erogati dalle banche e da altri soggetti al debitore concordatario beneficino di una specifica disciplina contenuta negli artt. 182-*quater* e *quinquies* l.fall..

I finanziamenti in esecuzione del concordato (art. 182-*quater*, primo comma), rientrano sicuramente nella categoria dei crediti prededucibili in base ad “*una specifica disposizione di legge*”, essendo espressamente previsto da tale norma il richiamo alla disposizione dell'art. 111 l.fall.. Ma sulla base delle premesse fatte, non sarà possibile applicare le condizioni previste dall'interpretazione autentica a questa tipologia di crediti²⁵⁶.

Per quanto riguarda i c.d. finanziamenti interinali (art. 182-*quinquies*), cioè i finanziamenti per i quali il professionista attesta che essi sono funzionali al miglior soddisfacimento dei creditori, anche in questo caso la norma prevede un espresso richiamo all'art. 111 l.fall.. Da ciò deriva l'impossibilità di applicazione della norma interpretativa.

L'ultima ipotesi di finanziamento riguarda quelli erogati “*in funzione*”

²⁵⁵ L'art. 111 l.fall., infatti considera prededucibili i crediti così qualificati da una specifica disposizione di legge e i crediti sorti “*in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*”, vale a dire fallimento e concordato preventivo.

²⁵⁶ Bisogna precisare che essendo finanziamenti “*in esecuzione*” del concordato sarà improbabile che questi si vengano a formare in fase di preconcordato.

della presentazione della domanda di concordato preventivo (c.d. finanziamenti ponte). Sulla loro collocabilità all'interno dell'art. 111, secondo comma, potrebbero sorgere dei dubbi. Anche se esiste un'espressa disposizione di legge che ne statuisce la prededucibilità, (art. 182-*quater*, secondo comma), la medesima norma subordina la prededucibilità di tale tipologia di crediti all'espressa indicazione di tale loro natura da parte del Tribunale nel corpo del provvedimento di apertura del concordato, sempre che i crediti medesimi siano previsti all'interno del piano²⁵⁷.

Oltre ai finanziamenti erogati da banche o altri soggetti, è possibile individuare un'altra categoria di crediti prededucibili durante il preconcordato.

L'art. 161, settimo comma, dà la possibilità al debitore, dopo il deposito della domanda "prenotativa", di "*compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale*", nonché gli atti di ordinaria amministrazione. La norma aggiunge che gli eventuali crediti sorti dal compimento degli atti summenzionati, "*sono prededucibili ai sensi dell'art. 111*". Anche in questo caso, pertanto vi è un'espressa previsione di legge e, quindi, non rientriamo nell'ambito di applicazione della norma interpretativa dell'art. 111, secondo comma.

Gli autori sopra citati, infine, affermano che la norma interpretativa incide soprattutto sui crediti sorti per effetto di atti del debitore concordatario anteriori alla presentazione della domanda di concordato, che non possono rientrare nella disposizione *ex art.* 161, settimo

²⁵⁷ Così, P. VELLA, *L'interpretazione autentica dell'art. 111, co. 2, l.fall., e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, in op. cit., 2014; L. PANZANI, *Prima interpretazione delle nuove disposizioni sulla prededucibilità dei crediti con riguardo alla disciplina dei finanziamenti*, in op. cit., 2014.

comma, proprio perché anteriori al deposito del ricorso²⁵⁸. Per tali atti la prededuzione discende dalla loro qualità di attività posta in essere in funzione (più che in occasione) della procedura di concordato; e come tali rientrano nell'ambito proprio dell'interpretazione autentica²⁵⁹.

A questo punto possiamo ben dire che, secondo la dottrina più volte richiamata, le due condizioni poste dalla norma di interpretazione autentica valgono solo per i crediti sorti “*in occasione o in funzione*” del concordato con riserva, purché diversi da quelli già dichiarati prededucibili *ex lege*.

I primi saranno soggetti alla *consecutio* rigida, imposta dalla norma interpretativa (seppur solo con riferimento alla prededuzione), ai secondi invece verrà applicata la *consecutio* tradizionale, affermata dalla Suprema Corte, come vista in precedenza²⁶⁰.

L'altro versante dottrinario sostiene, invece, che in qualunque sottospecie si voglia far rientrare questa o quella prededuzione, la tutela verrà meno per tutte le tipologie di prededuzioni sorte all'interno del preconcordato²⁶¹.

²⁵⁸ Si veda, P. VELLA, *L'enigmatico rapporto tra prededuzione e concordato preventivo*, in op. cit., p. 530.

²⁵⁹ Si tratta dei crediti dei fornitori che abbiano accettato di continuare a fornire il debitore concordatario nelle more della presentazione del ricorso e dei professionisti che lo assistono.

²⁶⁰ Ciò non toglie che anche quest'ultima categoria di crediti, ove il preconcordato (o il successivo concordato preventivo) sia seguito da declaratoria fallimentare saranno assoggettati al vaglio del giudice delegato. L'art. 111 prevede che i crediti prededucibili, di cui alle due *species* descritte nel secondo comma, siano “*soddisfatti con preferenza ai sensi del primo comma n. 1*”, e l'art. 111-bis, primo comma, l.fall., prevede a sua volta che tutti “*i crediti prededucibili devono essere accertati con le modalità di cui al capo V, con l'esclusione di quelli non contestati per collocazione e ammontare, anche se sorti durante l'esercizio provvisorio, e di quelli sorti a seguito di provvedimenti di liquidazione di compensi dei soggetti nominati ai sensi dell'articolo 25*”.

²⁶¹ Tale versante dottrinario sostiene che limitare la *consecutio* rigida alle sole prededuzioni atipiche (sorte in occasione e in funzione del concordato), sia non

Essi sostengono tale tesi in quanto considerano impossibile estendere gli effetti della *consecutio* al concordato, e ciò perché non vi è, in tale ipotesi, accertamento giudiziale alcuno dell'insolvenza. Sappiamo d'altronde che tradizionalmente la giurisprudenza permetteva l'applicazione di tale principio in presenza di un'effettiva consecuzione, circostanza che si avverava con l'ammissione del debitore alla procedura minore²⁶².

Tale versante dottrinario interpreta la norma *ex art.* 11, comma 3-*quater*, l. n. 9/2014, come una conferma dell'impossibilità di applicare la consecuzione prima dell'ammissione del debitore al concordato preventivo. La norma interpretativa ha introdotto però un'eccezione, ossia ha ritagliato per il concordato una nuova nozione di *consecutio*, che può essere applicata solo in caso di ammissione al concordato preventivo, senza soluzione di continuità (nozione che sembrerebbe valere per tutti i crediti prededucibili sorti nel concordato).

Non si può sottacere infatti che, a giudizio di tale dottrina, in ipotesi di mancata ammissione, la domanda prenotativa e il conseguente procedimento da essa introdotto perderebbero quel carattere di procedura provvisoria e prodromica della procedura concorsuale che innegabilmente rivestono se seguiti dall'apertura della procedura ordinaria. Se non si giunge al provvedimento di apertura della

soltanto già in partenza contraria alla chiara *ratio* dell'intervento normativo (con cui il legislatore ha voluto limitare l'ultrattività a tutte le prededuzioni riferibili al concordato, nessuna esclusa) ma sia anche priva di sostegno motivazionale. Le tipologie dei crediti prededucibili (sia *ex art.* 161, settimo comma sia *ex art.* 182-*quinquies*) si potrebbero reputare di carattere generale (pur essendo espressamente previsto un richiamo all'art. 111 l.fall.) in quanto comunque sorgono in occasione del concordato.

²⁶² Così, F. LAMANNA, *La limitata ultrattività della prededuzione secondo il decreto "Destinazione Italia" nella consecutio tra il concordato e le altre procedure concorsuali*, in www.ilfallimentarista.it, 2014.

procedura, appare fuorviante, alla dottrina di che trattasi parlare di *consecutio* in quanto quella prodromica e provvisoria sarebbe “abortita” e quindi caduta nel nulla.

I fautori di tale dottrina aggiungono che la *consecutio* rigida estrapolata dalla norma interpretativa, e che si applica in caso di preconcordato abortito, non comprende solo la prededuzione ma spiega i suoi effetti espansivi anche nell’ambito della revocatoria fallimentare.

L’art. 69-bis ha previsto che “*nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli artt. 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese*”.

Il legislatore, parlando di “domanda di concordato” si riferisce sia alla domanda di concordato completa sia a quella prenotativa e, sulla base di tale norma, si è desunta la possibilità di far retroagire la revocatoria anche in caso di *consecutio* tra preconcordato e successivo fallimento (preceduto o meno da un’ordinaria procedura di concordato preventivo).

Gli autori di cui stiamo parlando affermano che è possibile sostenere l’esistenza di una *consecutio*, allorché la prima procedura è un preconcordato e a partire dal deposito della domanda, solo se la procedura medesima sia aperta ai sensi dell’art. 163, senza soluzione di continuità. Quindi, per identità di *ratio* e per coerenza sistematica - giacché non può applicarsi a discrezione e per convenienza, in un caso, una certa nozione di *consecutio* e, nell’altro, una nozione completamente diversa - anche ai fini revocatori non dovrebbe ritenersi configurabile una *consecutio* ove il preconcordato abortisca. Non sarà

dunque possibile far retroagire il periodo sospetto alla domanda di concordato in caso di insuccesso del preconcordato²⁶³.

Sicuramente la tesi più frequente, seguita da ampia parte della giurisprudenza e della dottrina, consisteva nell'impossibilità della retrodatazione degli effetti del fallimento nell'ipotesi di "non consecuzione" di procedure, data l'assenza di un accertamento giudiziale d'insolvenza che, come più volte detto si poneva come fattore ostativo all'applicazione del principio della *consecutio*.

Ma non possiamo dimenticare, e non abbiamo mancato in più occasioni di sottolinearlo, che la Suprema Corte ha ammesso un principio di *consecutio* marcatamente sostanziale, slegando la sua operatività dall'effettiva apertura della procedura.

Il giudice di legittimità ha qualificato la dichiarazione di fallimento come pronuncia accertativa *ex post* di uno stato d'insolvenza traente origine da una situazione di crisi che era stata l'elemento determinante della richiesta di ammissione al concordato preventivo. È questo il presupposto logico della retrodatazione degli effetti della declaratoria fallimentare alla data di presentazione della domanda (peraltro il debitore, depositando il ricorso per concordato con riserva, non fa che confessare il suo stato di crisi).

Al momento del deposito della domanda, il debitore presenta anche i bilanci degli ultimi tre esercizi, in base ai quali il Tribunale porrà in essere una prima valutazione dell'esistenza dei segni prodromici e/o delle cause da cui trae origine lo stato di crisi, e chiederà, se necessario,

²⁶³ Così, , F. LAMANNA, *La limitata ultrattività della prededuzione secondo il decreto "Destinazione Italia" nella consecutio tra il preconcordato e le altre procedure concorsuali*", in op. cit.,2014.

una situazione patrimoniale aggiornata. Non si può quindi negare che il Tribunale, già in questa fase iniziale compia un vaglio significativo degli indici della contabilità aziendale, vaglio molto importante ai fini della sua successiva deliberazione²⁶⁴.

Vi sono inoltre altre ragioni che hanno portato la dottrina di cui si è parlato all'esordio del presente paragrafo - dottrina favorevole alla distinzione delle due *species* dell'art. 111, secondo comma, l.fall. - ad interpretare in modo restrittivo la norma interpretativa. Esse consistono nel contrasto di quest'ultima con vari principi fondamentali:

- con il principio di ragionevolezza, poiché non si può porre a carico del terzo contraente con il debitore la sanzione per un comportamento omissivo, se non abusivo, di quest'ultimo (quale potrebbe essere, a titolo esemplificativo, e fatta salva l'ipotesi di collusione ove dimostrata, la mancata presentazione del piano od altro);
- con il principio di tutela dell'affidamento, poiché i terzi legittimamente fondano l'aspettativa della prededuzione dei loro crediti su specifiche norme di legge, quali i citati artt. 161 e 182-*quinquies* (non direttamente oggetto dell'interpretazione autentica);
- con il principio della certezza dei negozi giuridici, poiché la prededucibilità del credito dipenderebbe dal comportamento, *ad libitum*, di una delle parti, vale a dire del debitore, che potrebbe deliberatamente decidere di non depositare la proposta di

²⁶⁴ M. FABIANI, *Vadaecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in op. cit., 2012.

concordato concordato²⁶⁵.

Possiamo altresì sostenere che i timori derivanti dalla situazione negativa in cui si potrebbe giungere per una cospicua mole di crediti prededucibili nel successivo concordato (o fallimento), si sono ampiamente ridotti in virtù delle norme emanate con il d.l. n. 69/2013, che ha previsto la nomina anticipata del commissario giudiziale e la possibilità di abbreviare il procedimento di concordato in caso di compimento di atti in frode ai creditori *ex art.* 173 l.fall. (ovvero di semplice inadeguatezza delle attività preparatorie della proposta)²⁶⁶.

²⁶⁵ Occorre infine considerare a favore della prededucibilità dei crediti sorti dopo il ricorso *ex art.* 161, sesto comma, che non sono soggetti al divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive (non essendo creditori per titolo o causa anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese). Essi potrebbero agire per la soddisfazione del loro credito, a prescindere dal rispetto del termine previsto per la presentazione della domanda. Inoltre l'art. 67, terzo comma, e), l.fall., esenta da revocatoria fallimentare “*gli atti i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all’art. 161*”, da cui deriva la protezione per i creditori soddisfatti da revocatoria nell’eventuale successivo fallimento. Si verrebbe così a creare una situazione iniqua fra i creditori che hanno agito forzatamente per ottenere il pagamento e tutti quelli che non l’hanno fatto. Si veda, P. VELLA, *L’enigmatico rapporto tra prededucibilità e concordato preventivo*, in op. cit., 2014, p. 230.

²⁶⁶ Inoltre, l’interpretazione restrittiva data da parte della dottrina pare essere in linea con l’orientamento manifestato da giudici di merito (seppur precedenti all’interpretazione autentica). Infatti nel risolvere il problema della prededucazione in un preconcordato “abortito” hanno affermato:

“L’art. 161, comma 7, l.fall., laddove attribuisce ai crediti i terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore la prededucibilità ai sensi dell’art.111 l.fall., non deve intendersi nel senso che tale beneficio sia condizionato all’effettivo deposito della proposta completa di concordato preventivo entro il termine assegnato al tribunale, poiché altrimenti una condotta omissiva del debitore verrebbe ad incidere negativamente (e retroattivamente) non già sul debitore medesimo, bensì sui terzi che incolpevolmente abbiano fatto affidamento sulla prededucibilità riconosciuta dalle leggi ai loro crediti, in quanto sorti per effetto degli “atti legalmente compiuti” dal debitore (atti di ordinaria amministrazione ed atti urgenti di straordinaria amministrazione autorizzati dal tribunale), con conseguente pregiudizio alla certezza dei rapporti giuridici e depotenziamento della fiducia nel modulo pre-concordatario, su cui il legislatore delle riforme ha invece fatto leva per il rilancio delle soluzioni concordate della crisi d’impresa”.

Infine, tale orientamento dottrinario, non ritiene che un'interpretazione restrittiva vada a depotenziare la norma dell'interpretazione autentica, la quale in ogni caso andrebbe ad applicarsi ad un gran numero di crediti, tra i quali possiamo annoverare *in primis* i crediti dei professionisti, per prestazioni professionali antecedenti il deposito del ricorso.

L'art. 22, comma 7, del d.l. 24 giugno 2014, n. 91 ha abrogato l'art. 11, comma 3-*quater*, del d.l. 23 dicembre 2013, n. 145, convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9.

Dalla relazione illustrativa ministeriale è possibile individuare le motivazioni che hanno portato all'abrogazione dell'interpretazione autentica dell'art. 111, secondo comma, l.fall..

Tali motivazioni si pongono in linea con le critiche sollevate da quel versante dottrinario che ha invocato un'interpretazione restrittiva della norma interpretativa.

La norma interpretativa si poneva in netto contrasto con gli interventi di riforma della disciplina nel concordato preventivo che si sono susseguiti a partire dal 2005.

Come precedentemente illustrato, i principali obiettivi di tali interventi sono stati quelli di rendere la procedura di concordato preventivo più efficiente al fine di pervenire alla risoluzione delle crisi d'impresa in maniera più celere e, soprattutto, di favorire il risanamento dell'impresa in crisi attraverso la prosecuzione dell'attività aziendale.

Così, Trib. Terni 17 gennaio 2014, in www.fallimentarista.it, 2014, con nota di S. LEUZZI.

La norma, ora abrogata, avrebbe pregiudicato tali raggiungimenti.

Infatti, nell'ipotesi in cui ai terzi non sia garantito che, in caso di infausto esito del concordato, il debito contratto in concordato venga trattato come prededucibile in un successivo fallimento, tali soggetti saranno restii a proseguire o riavviare rapporti commerciali con il debitore, se non a condizioni particolarmente gravose per quest'ultimo.

Tutto ciò avrebbe comportato un pregiudizio alla continuità aziendale, che la disciplina del concordato, specie dopo la riforma del 2012, intende favorire.

L'abrogazione della norma interpretativa risolve il dibattito, accesosi nei mesi di vigenza della stessa, tra quel versante dottrinario che invocava un'interpretazione restrittiva solo per alcune categorie di crediti, e il versante che estendeva le condizioni di prededuzioni a tutti i crediti sorti antecedentemente o in costanza del concordato.

Inoltre viene meno quella lettura rigida del principio della *consecutio* che subordinava la prededuzione, dei crediti sorti durante il concordato, alla duplice condizione dell'apertura della procedura e dall'assenza di un intervallo temporale nel passaggio tra il "concordato in bianco" e il concordato preventivo.

Infine è possibile affermare che i crediti sorti "*in occasione o in funzione*" della procedura e quelli "*così qualificati da una specifica disposizione di legge*", prededucibili nel concordato, continueranno ad avere tale qualificazione quando la funzionalità di tali crediti all'intera procedura di concordato è riferibile anche nel successivo fallimento.

Questo può avvenire solo nell'ipotesi in cui le due procedure siano legate da un legame logico-funzionale, cioè quando è possibile applicare il pieno principio della consecuzione delle procedure concorsuali.

4. Consecutio e rapporti giuridici preesistenti

Il fenomeno della *consecutio*, come è stato più volte illustrato in questo lavoro, è inteso come l'assoggettamento, del medesimo debitore, ad una serie di procedure concorsuali, nel cui ambito le differenti procedure rilevano come diverse fasi di un procedimento unitario.

Corollario principale dell'applicazione di tale principio è l'estensione degli effetti del fallimento anche nelle procedure precedenti.

Ma come abbiamo già sottolineato nei paragrafi precedenti, la giurisprudenza non permetteva un'applicazione rigida ed automatica di tale principio ma "*soltanto se ed in quanto la disciplina prevista per il fallimento [fosse] conciliabile con quella relativa alle precedenti procedure concorsuali e riguardanti situazioni che, nell'ambito delle stesse, non [trovassero] espressa e chiara regolamentazione*"²⁶⁷.

Sulla base di questa pronuncia, giurisprudenza e dottrina sono sempre state rigide nell'affermare l'impossibilità di retrodatare gli effetti dei rapporti giuridici preesistenti, regolati nel fallimento, al momento dell'apertura della procedura concorsuale minore, poi sfociata in fallimento.

Andiamo ora ad illustrare gli elementi di inconciliabilità tra le procedure di concordato preventivo e di amministrazione controllata rispetto alla disciplina fallimentare in materia di contratti pendenti.

²⁶⁷ Cass. 30 maggio 1994, in *Fallimento*, 1995, p. 138.

Per “contratti pendenti” si intendono quei contratti conclusi dal debitore poi dichiarato fallito, che al momento dell’apertura della procedura erano perfezionati ma non ancora eseguiti o non compiutamente eseguiti da entrambe le parti²⁶⁸.

Proprio tale bilateralità di incompiuta esecuzione ne costituisce la caratteristica peculiare, che li differenzia sia dalle posizioni attive dell’impresa - che si verificano nel caso in cui il fallito sia stato completamente adempiente -, e da far valere nei confronti del contraente inadempiente, sia da quelle debitorie della procedura nel caso contrario, posizioni che rientrano tra i crediti concorsuali²⁶⁹.

La definizione dei rapporti giuridici preesistenti ci permette, quindi, di distinguerli dai crediti concorsuali e dai crediti sorti durante la procedura. Essi trovano una specifica disciplina negli artt. 72 - 83-*bis*.

Tale disciplina non viene richiamata in materia di concordato preventivo (e, prima dell’abrogazione, anche in materia di amministrazione controllata). Tale circostanza ha acceso un dibattito in dottrina finalizzato all’individuazione di un’idonea regolamentazione di tali rapporti, che fosse compatibile con i principi concorsuali.

La tesi prevalente, sia in giurisprudenza che in dottrina, consisteva nell’inapplicabilità della disciplina dei contratti pendenti alle procedure minori. Solo un versante minoritario della dottrina affermò che il mancato richiamo delle norme degli artt. 72 e ss. era una lacuna estrinseca della legge fallimentare, non preclusiva

²⁶⁸ Si veda, A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, in op. cit., 2012, p. 186.

²⁶⁹ R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, p. 1183.

dell'applicazione di tali norme nelle procedure minori²⁷⁰.

Tale inapplicabilità veniva giustificata dal versante maggioritario, oltre che dal silenzio normativo, anche dalla diversa natura e finalità delle procedure minori rispetto al fallimento.

Il concordato preventivo veniva concepito come una procedura liquidativo-satisfattiva, non disgiunta da uno scopo di conservazione, mentre l'amministrazione controllata era vista come una procedura cautelativo-conservativa, con la quale il debitore era ammesso ad un periodo di moratoria sulla base di comprovate possibilità di risanamento dell'impresa e in vista del ripristino delle ordinarie condizioni di solvibilità.

La natura meramente liquidatoria del fallimento lo rende compatibile, a differenza delle altre due procedure, con il regime di sospensione dell'esecuzione dei contratti pendenti di cui il fallito sia parte, sospensione che, a seguito della valutazione da parte del curatore e dietro autorizzazione del comitato dei creditori, può evolvere nel subentro del curatore nei rapporti contrattuali preesistenti ovvero nello scioglimento dei contratti stessi.

Per le due procedure minori non poteva che operare la disciplina ordinaria: l'imprenditore era obbligato ad adempiere a tutte le obbligazioni secondo le regole comuni dei contratti.

Infatti, se il debitore conserva, seppure sotto la vigilanza e la direzione degli organi della procedura, l'amministrazione dei beni e la gestione dell'impresa (cfr. art. 167 l.fall.), i rapporti giuridici preesistenti, ossia quelle obbligazioni contratte dal medesimo prima

²⁷⁰ R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, op. cit., p. 1183 ss.

dell'ammissione alla procedura, e funzionali all'esercizio dell'impresa, non possono che ricevere regolare esecuzione anche nel corso della procedura stessa²⁷¹.

Al contraente *in bonis*, proprio perché opera in materia di contratti la disciplina ordinaria, è applicabile la facoltà di sospensione della prestazione da lui dovuta, facoltà riconosciutagli dall'art. 1461 c.c.²⁷² a fronte del deterioramento delle condizioni patrimoniali del contraente assoggettato alla procedura concorsuale²⁷³.

Parte della dottrina ha cercato di introdurre la disciplina dei contratti pendenti nelle procedure minori attraverso un'estensione dell'interpretazione dell'art. 167 l.fall., al punto di rendere autorizzabile lo scioglimento dei contratti.

Quest'ultimo prevede una sanzione di inefficacia, rispetto ai creditori anteriori, per gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione compiuti senza l'autorizzazione del giudice delegato.

Alcuni hanno sostenuto che non esistesse alcuna incompatibilità tra le fattispecie contemplate dall'art. 167 l.fall. e lo scioglimento dei contratti. Infatti, la norma citata elenca, in maniera non tassativa, una serie di attività per il cui compimento è necessaria l'autorizzazione del giudice delegato. Si tratta, come sappiamo, degli atti di straordinaria amministrazione nell'ambito dei quali non si vede - sostengono costoro - alcun fattore ostativo ad annoverare

²⁷¹ Cfr., App. Catania 6 luglio 1988, in *Dir. fall.*, 1989, p. 151.

²⁷² L'art. 1461 c.c., rubricato "*Mutamento nelle condizioni patrimoniali dei contraenti*" recita: "*Ciascun contraente può sospendere l'esecuzione della prestazione da lui dovuta, se le condizioni patrimoniali dell'altro sono divenute tali da porre in evidente pericolo il conseguimento della controprestazione, salvo che sia prestata idonea garanzia*".

²⁷³ Si veda, A. PATTI, *Il leasing nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. comm.*, 1996, p. 919 ss.

anche l'atto di scioglimento del contratto²⁷⁴.

Lo scioglimento di un contratto era considerato atto di straordinaria amministrazione in quanto, causando la definitiva estinzione di ogni possibile futuro effetto del negozio, era idoneo a modificare la struttura economico-organizzativa dell'impresa²⁷⁵.

Secondo tale scuola di pensiero, l'autorizzazione del giudice delegato avrebbe avuto il solo scopo di rendere opponibile lo scioglimento ai crediti anteriori alla procedura, ma non di rimuovere gli effetti tra le parti dell'atto. Pertanto, a differenza del fallimento, l'intervento del giudice non faceva venir meno il diritto risarcitorio in capo al contraente *in bonis* diritto derivante dalla volontà manifestata dal debitore di non voler più adempiere alle obbligazioni²⁷⁶.

Focalizzando il nostro sguardo, a seguito delle leggi di riforma, al concordato preventivo, vi è chi ha sostenuto che la dichiarazione di volersi sciogliere dal contratto equivaleva ad un recesso unilaterale che dava luogo al risarcimento del danno (*ex art. 1373 c.c.*). Il credito derivante dal riconoscimento giudiziale del danno poteva ben qualificarsi come credito prededucibile essendo il diritto sorto

²⁷⁴ Così, A. PATTI, *I leasing nelle procedure concorsuali*, in op.cit., p. 921; A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973.

²⁷⁵ Si veda, G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1121 ss.

²⁷⁶ Nella disciplina fallimentare, infatti, lo scioglimento del contratto non è considerato fonte di danno risarcibile in favore del contraente *in bonis* perché il mancato adempimento non è ricollegabile alla volontà dell'obbligato fallito, che è privato dell'amministrazione e della disponibilità dei suoi beni, ma è riconducibile o direttamente alla legge o ad una scelta che il legislatore ha attribuito al curatore, in considerazione del preminente interesse della massa dei creditori rispetto a quello del contraente *in bonis*.

in occasione e in funzione del concordato²⁷⁷.

Tale costruzione interpretativa, che postula una portata generale dell'art. 167 l.fall., è stata radicalmente censurata soprattutto per l'ambigua attribuzione al giudice delegato di una facoltà di scelta, tra il subentrare nel contratto o lo sciogliersene, che non poteva essere ammessa vista la mancanza di un richiamo agli artt. 72 ss.²⁷⁸.

È proprio quest'ultima la ragione cardine, che ha indotto dottrina e giurisprudenza ad escludere la possibilità di conciliare la disciplina dei contratti pendenti nel fallimento al concordato preventivo e all'amministrazione controllata.

E quindi, a fortiori, ad escludere l'applicabilità ai contratti pendenti del principio della consecuzione delle procedure concorsuali.

Conseguentemente, ove il fallimento conseguisse ad una procedura minore, la disciplina prevista negli artt. 72 ss. si applicava a far tempo dalla dichiarazione di fallimento.

Nel contempo, le posizioni creditorie, maturate a seguito dello scioglimento dei contratti in capo ai soggetti *in bonis*, anche nel corso delle precedenti procedure concorsuali, non erano collocabili in via prededuttiva ma entravano a far parte all'ordinario

²⁷⁷ In tal senso, G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013, p. 1123.

²⁷⁸ La dottrina si chiese quale fosse la sede per una valutazione della rilevanza dei rapporti preesistenti che, pur non influenzati dalla procedura concorsuale, poteva in ogni caso portare a degli oneri per la stessa, in quanto comportanti una doverosa esecuzione, anche in corso di procedura e senza il sindacato dei suoi ordini. Tale sede era rappresentata da quella di valutazione delle condizioni sostanziali di ammissibilità alla procedura, nel senso che veniva effettuata una rigorosa valutazione della loro incidenza sulla realizzazione del fabbisogno concordatario o sul conseguimento del programma di risanamento dell'impresa.

Così, A. PATTI, *Il leasing nelle procedure concorsuali*, in op. cit., p. 922.

concorso²⁷⁹.

Con la l. n. 134/2012, che ha convertito il d.l. 83/2012, si è stabilita, per la prima volta dall'entrata in vigore della legge fallimentare, un'espressa disciplina in tema di effetti del concordato preventivo sui contratti in corso di esecuzione. Oggi, nell'art. 169-*bis*, si incontrano le regole in tema di contratti pendenti e concordato preventivo²⁸⁰.

Il disinteresse del concordato preventivo per i contratti pendenti è divenuto nel tempo non più tollerabile, specie quando si è iniziato ad utilizzare il concordato come strumento indiretto di conservazione dell'impresa. Il contratto pendente, infatti, può rivelarsi un ostacolo al processo di riorganizzazione dell'impresa stessa. Se così fosse l'impresa concordataria troverebbe il supporto dell'art. 169-*bis* per liberarsi di quei contratti ostacolanti il suo processo di riorganizzazione.

L'articolo *de quo* dispone nel primo comma che *“il debitore nel ricorso di cui all'art. 161 può chiedere che il tribunale o, dopo il decreto di ammissione, il giudice delegato lo autorizzi a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la*

²⁷⁹ Tale conclusione veniva affermata sulla base dell'estraneità mantenuta dai rapporti giuridici preesistenti nelle pregresse procedure, ove non richiedevano nessun intervento autorizzatorio degli organi della procedura. E tali debiti erano estranei agli orientamenti in dottrina e giurisprudenza sulla sorte, nel consecutivo fallimento, delle obbligazioni sorte in occasione delle procedure minori con le debite autorizzazioni, illustrati nei paragrafi precedenti.

²⁸⁰ La nuova disciplina non riguarda il contratto di lavoro subordinato, il contratto di locazione immobiliare (quando il debitore è il locatore), il contratto di finanziamento destinato, il contratto preliminare di compravendita (per uso abitativo principale) e la clausola compromissoria. Per tutti questi rapporti, deve quindi ritenersi che continui ad applicarsi il regime previgente e cioè quello della naturale prosecuzione. Si veda, M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2013.

sospensione del contratto per non più di sessanta giorni, prorogabili una sola volta”.

Il legislatore, ponendosi nel solco della precedente dottrina e giurisprudenza, ha disposto da un lato la continuazione degli effetti dei contratti in corso di esecuzione, dall'altro ha concesso al debitore concordatario il potere di provocare (sia pure con l'autorizzazione del Tribunale o, dopo l'ammissione alla procedura, del giudice delegato), la sospensione della loro esecuzione o persino il loro scioglimento²⁸¹.

Il secondo comma della norma dell'art. 169-*bis* disciplina le conseguenze della scelta del debitore, sia essa nel senso dello scioglimento, sia essa nel senso della sospensione.

Tale scelta fa insorgere in capo all'altro contraente il diritto ad un *“indennizzo equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento”*, ma da soddisfarsi come *“credito anteriore al concordato”*²⁸².

Delineati gli aspetti principali della disciplina dei contratti pendenti

²⁸¹ Dibattito è sorto in dottrina tra coloro che sostengono l'applicazione della disciplina solo in caso di concordato pieno e coloro che, invece, sostengono l'estensione anche in caso di deposito della domanda *ex art.* 161, sesto comma, l.fall. Per la prima tesi, si veda, G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in op. cit., p. 1121; *contra*, M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in op. cit., p. 1.

²⁸² La concursualizzazione del credito risarcitorio è stata motivata dalla dottrina individuando il momento genetico, al quale ricollegare lo scioglimento del contratto, nella presentazione della domanda di concordato, nella quale il debitore manifesta la sua volontà in tal senso. Il credito risarcitorio viene quindi equiparato ai crediti anteriori alla domanda in quanto si ricollega ad un comportamento che precede la procedura.

Così, ancora, G. BOZZA, op. cit., p. 1127; P. F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2013 p. 26 ss.

nel concordato preventivo, il problema che si pone è se, tra gli effetti fatti salvi dalla consecuzione di procedure, debba annoverarsi anche lo scioglimento dei contratti in corso di esecuzione.

Autorevole dottrina ritiene di agevole soluzione la questione riguardante la sorte dello scioglimento dei contratti in corso d'esecuzione, qualora al concordato segua il fallimento. Quello dello scioglimento è un effetto sostanziale che non può essere posto nel nulla, sol perché la procedura concorsuale è cessata. Altrimenti, prosegue tale dottrina si arrecherebbe un ulteriore *vulnus* ai principi che governano l'autonomia privata (in questo caso validata dall'autorizzazione del Tribunale), ove si pretendesse di riportare in vita un negozio motivando tale reviviscenza con un mutamento medio termine intervenuto nelle prospettive di soluzione della crisi d'impresa²⁸³.

Sulla stessa linea si pone ulteriore dottrina, la quale afferma che lo scioglimento dei contratti sarebbe indipendente dall'esito della procedura perché una volta realizzatosi rimarrebbe irreversibile e il contratto interessato non potrebbe più rivivere²⁸⁴.

Ad analoghe conclusioni si dovrebbe logicamente pervenire nell'ipotesi inversa a quella sopradetta, vale a dire allorché nella precedente procedura di concordato abbiano continuato a spiegare i loro effetti i contratti in essere, senza che, di essi, il debitore con l'autorizzazione degli organi della procedura abbia chiesto lo

²⁸³ In tal senso, G. TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013, p. 1 ss.

²⁸⁴ Il fenomeno dello scioglimento produce la stessa conseguenza di definitiva estinzione di ogni possibile effetto del contratto.

Si veda, F. CASA, F. SEBASTIANO, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014, p. 600 ss.; così, G. BOZZA, op. cit., p. 1135.

scioglimento. Non possono quindi caducarsi con effetto *ex tunc* gli effetti prodotti da tali negozi nel corso della precedente procedura concordataria se non a prezzo di una grave violazione di una autonomia negoziale e del principio dell'affidamento dei terzi.

5. La *consecutio* e la sospensione degli interessi

L'art. 55 l.fall., prevede la sospensione del decorso degli interessi al momento della dichiarazione di fallimento. A tale regola sono sottratti i crediti che vantano cause legittime di prelazione (ipoteca, pegno, privilegio generale e speciale). Trattasi di una mera sospensione e non di una interruzione, in quanto gli interessi continueranno a decorrere tra le parti anche durante lo svolgimento della procedura, pur non potendo essere soddisfatti all'interno della stessa²⁸⁵.

Il primo comma della norma *de qua* recita: “*La dichiarazione di fallimento sospende il corso degli interessi convenzionali o legali, agli effetti del concorso, fino alla chiusura del fallimento, a meno che i crediti non siano garantiti da ipoteca, da pegno o privilegio, salvo quanto è disposto dal terzo comma dell'articolo precedente*”.

Tale disposizione è richiamata esplicitamente, in materia di concordato preventivo, dall'art. 169 l.fall., il quale individua nella presentazione della domanda il momento da cui far decorrere la sospensione degli interessi.

Sulla base di tale esplicito richiamo, in passato, nelle ipotesi di successione da concordato preventivo a fallimento la sospensione degli interessi, che cominciava a decorrere dalla prima procedura, si veniva a saldare con il fallimento successivo. Questa conclusione era giustificata dall'applicazione del principio della *consecutio* e

²⁸⁵ La norma prevede, infatti, la sospensione degli interessi sui crediti chirografari “*fino alla chiusura del fallimento*”. Il creditore potrà chiederne il pagamento al debitore una volta chiuso il fallimento. Inoltre la sospensione non opera nei confronti dei fideiussori e dei coobbligati in solido con il fallito, in quanto la loro posizione è estranea al concorso.

trovava conforto, salvo esigue eccezioni²⁸⁶, in un unanime orientamento in tal senso della dottrina e della giurisprudenza.

Più problematica era invece l'ipotesi di successione tra amministrazione controllata e fallimento. La dottrina e la giurisprudenza erano discordi sull'applicazione del principio della *consecutio* in materia di maturazione degli interessi.

La giurisprudenza di merito era maggiormente orientata in senso favorevole alla retrodatazione della disciplina *ex art. 55* al momento dell'ammissione alla procedura di a.c.²⁸⁷. La giurisprudenza di legittimità, soprattutto la più recente, ha più volte escluso la possibilità di ammettere una retrodatazione della sospensione degli interessi alla prima procedura, giustificata dalla costruzione della *consecutio*²⁸⁸.

In dottrina, invece, era possibile constatare orientamenti discordi. Il versante maggioritario non ammetteva la retrodatazione della sospensione degli interessi alla data di ammissione dell'a.c., limitando in questo modo il principio della *consecutio*²⁸⁹.

Tale opinione non comportava tuttavia la negazione del principio della *consecutio* ma solo una diversa interpretazione (di questo e di altri aspetti parleremo più avanti).

²⁸⁶ Vedi *infra*.

²⁸⁷ In tal senso, si veda, App. 6 aprile 1990, in *Giur. comm.*, 1990, p. 970, con nota di G. BORELLA; Trib. Reggio Emilia 18 settembre 1989, in *Fallimento*, 1990, p. 425, con nota di L. PANZANI; Trib. Ragusa 4 febbraio 1989, in *Giur. it.*, 1989, p. 913.

²⁸⁸ Cass. 20 aprile 1994, n. 3774, in *Fallimento*, 1994, p. 1141, con nota di A. DIDONE.

²⁸⁹ In tal senso, L. PANZANI, *Amministrazione controllata e sospensione del decorso degli interessi nel successivo fallimento*, in *Fallimento*, 1990, p. 427; G. TARZIA, *Consecuzione di procedure concorsuali e revocatoria fallimentare*, in *Banca bors. tit. cred.*, 1987, p. 1176.; *contra*, G. LO CASCIO, *L'amministrazione controllata*, Milano, 1989, p. 269 ss.

La prima obiezione della dottrina maggioritaria e della Corte Suprema, si basava sul mancato richiamo dell'art. 55 l.fall., in materia di amministrazione controllata. Tale mancanza, a giudizio di giurisprudenza e dottrina, non era una lacuna legislativa: il legislatore aveva voluto applicare alla procedura di amministrazione controllata il principio generale sancito dall'art 1282 c.c., secondo il quale i crediti liquidi ed esigibili di somme di denaro producevano interessi di pieno diritto, salvo che la legge o il titolo stabilissero diversamente oppure ci si trovasse in presenza di una lacuna legislativa che doveva essere colmata²⁹⁰.

La Suprema Corte aggiunse all'argomento letterale una motivazione di merito, stabilendo che l'inapplicabilità della sospensione del corso degli interessi nell'amministrazione controllata derivava dalla diversa natura di tale procedimento: *“Le ragioni che giustificano la cristallizzazione dei crediti chirografari nelle procedure, di carattere liquidativo o satisfattorio, del fallimento e del concordato preventivo, non sussistono rispetto all'amministrazione controllata, che ha invece una funzione cautelare”*²⁹¹.

L'estensione della sospensione del decorso degli interessi all'a.c., proseguiva la Suprema Corte, avrebbe comportato l'applicazione di un'interpretazione analogica vietata dalla natura eccezionale della

²⁹⁰ Si veda, F. RECINE, *Osservazioni a Cass. 18 luglio 1990, n. 7339, in tema di sospensione di interessi*, in *Banca bors. e tit. credito*, 1991, p. 582 ss; L. PANZANI, *Amministrazione controllata e sospensione del decorso degli interessi nel successivo fallimento*, in *Fallimento*, 1990, p. 427 ss.

²⁹¹ Si veda, Cass. 19 gennaio 1995, n. 584, in *Fallimento*, 1995, p. 840 ss., con nota di S. MARCHETTI.

norma dell'art. 55 l.fall.²⁹².

Ammettere, in ipotesi di fallimento del debitore, la *consecutio* in tema di sospensione del decorso degli interessi dalla data di inizio della procedura di amministrazione controllata, avrebbe significato espropriare i creditori di un diritto acquisito (visto che gli interessi nell'amministrazione controllata erano maturati giorno per giorno). Dottrina e giurisprudenza ritenevano inammissibile mettere nel nulla un diritto incontestabile sorto in favore dei creditori e trattare in maniera diversificata gli interessi maturati nella procedura minore, a seconda che l'impresa debitrice tronasse *in bonis* - circostanza che avrebbe comportato il loro mantenimento -, ovvero fosse ammessa a procedura concorsuale liquidatoria (evento che avrebbe comportato la sospensione degli interessi)²⁹³.

In conclusione, hanno affermato i giudici di legittimità, è ammissibile una retrodatazione solo per effetti che si pongano in armonia e coerenza con la disciplina prevista per l'amministrazione controllata²⁹⁴.

Il versante giurisprudenziale e dottrinario opposto ha affermato, invece, la sospensione del corso degli interessi anche per il periodo di amministrazione controllata, stante l'operatività del principio

²⁹² Cfr., L. PANZANI, in op. cit., p. 428; R. MARTINO, *Fallimento "consecutivo" e sospensione del corso degli interessi: alcune considerazioni alla luce dell'esperienza tedesca*, in *Giust. civ.*, 1991, p. 753 ss.

²⁹³ È stata esplicita in tal senso una delle varie pronunce della Corte di Cassazione in data abbastanza recente: "*Nel caso in cui all'amministrazione controllata segua il fallimento del debitore, la sospensione del decorso degli interessi sui crediti chirografari, prevista dall'art. 55 legge fallimentare quale effetto della dichiarazione di fallimento, non può farsi retroagire alla fase iniziale dell'amministrazione controllata, né in via automatica per effetto della consecuzione delle procedure, né in via di interpretazione estensiva della menzionata disposizione...*".

Così, Cass. 19 gennaio 1995, n. 583, in op. cit., 1995, p. 840.

²⁹⁴ *Ivi*, p. 840 ss.

della consecuzione delle procedure concorsuali, visto come retrodatazione degli effetti fallimentare all'inizio dell'amministrazione controllata²⁹⁵.

La sostanziale identità di presupposto oggettivo delle procedure in esame permetteva di applicare il principio *de quo*²⁹⁶.

Tale versante di dottrina minoritaria e giurisprudenziale (di merito), obiettavano che il mancato richiamo dell'art. 55, in materia di a.c., significava soltanto che *“l'ammissione del debitore alla procedura di amministrazione controllata ... non [produceva] la sospensione degli interessi; ma nulla [diceva] della sorte degli interessi nell'ipotesi che alla procedura suddetta [seguisse] altra procedura liquidatoria perché ... il fenomeno della consecuzione di procedure è cosa diversa dalla mera sommatoria di procedimenti (autonomi) cronologicamente successivi”*²⁹⁷.

I sostenitori di tale orientamento affermavano che il legislatore nel suo mancato richiamo dell'art. 55 nella disciplina dell'a.c. non

²⁹⁵ *“In ipotesi di amministrazione controllata a cui segua il fallimento, in base al principio della consecuzione delle procedure concorsuali, non possono essere ammessi allo stato passivo del fallimento gli interessi maturati, sul credito capitale, nel periodo di durata dell'amministrazione controllata. E ciò sia che si intenda detto principio come retrodatazione degli effetti del fallimento all'inizio dell'amministrazione controllata – con conseguente decorrenza della sospensione degli interessi ex art. 55 l.fall. da tale inizio -, sia che si intenda come conservazione, nel fallimento, degli effetti prodotti dall'amministrazione controllata – con il conseguente permanere dell'inesigibilità, anche concorsuale, di detti interessi -, dal momento che, sul piano pratico, i risultati sarebbero equivalenti”*.

Così, App. Firenze 6 aprile 1990, in op. cit., 970.

²⁹⁶ La “temporanea difficoltà” e lo stato d'insolvenza non erano fenomeni ontologicamente diversi, ma gradi diversi della medesima situazione di fatto, tanto che, accertata l'impossibilità per qualunque motivo di far luogo al risanamento, poteva farsi luogo al concordato preventivo o al fallimento, senza che venisse verificata la sussistenza dello stato d'insolvenza. Ciò perché era già stata accertata al momento dell'ammissione all'amministrazione controllata.

²⁹⁷ Così, Trib. Reggio Emilia 18 settembre 1989, in *Giur. comm.*, 1990, p. 116.

avesse tenuto presente il caso dell'esito negativo della procedura di amministrazione controllata. Infatti, nell'ipotesi di esito infausto della procedura minore, si cadeva nell'ambito della consecuzione delle procedure con la proiezione degli effetti fallimentari al periodo anteriore.

La norma dell'art. 55 si applicava quindi in via estensiva al periodo dell'amministrazione controllata²⁹⁸.

Tali giurisprudenza e dottrina evidenziavano altresì che l'a.c. avesse, oltre a finalità conservative e di risanamento dell'impresa (non liquidatoria e soddisfattive come il concordato preventivo e il fallimento), anche una finalità cautelare per l'ipotesi di esito sfavorevole del tentativo di risanamento²⁹⁹.

L'amministrazione controllata, pertanto, una volta che non fosse stata conseguita la sua finalità primaria del risanamento dell'impresa avrebbe esaltato la sua funzione cautelare in previsione della successiva esecuzione concorsuale.

Detta procedura diveniva così uno strumento volto ad agevolare la funzione liquidatoria del fallimento: e in quest'ottica doveva incidere anche sugli interessi in modo che si realizzasse in pieno l'intangibilità del patrimonio del debitore rispetto alla creditoria concorsuale³⁰⁰.

La sospensione del decorso degli interessi al momento dell'apertura dell'amministrazione controllata non ledeva a loro dire

²⁹⁸ G. BORELLA, *Ancora sulla consecuzione di procedure concorsuali e decorrenza degli interessi*, in op. cit., p. 970 ss.

²⁹⁹ Si veda, L. PANZANI, *Amministrazione controllata e sospensione del decorso degli interessi nel successivo fallimento*, in op. cit., p. 429.

³⁰⁰ Trib. Vicenza 22 aprile 1986, in *Fallimento*, 1987, p. 203.

l'intangibilità del diritto dei creditori agli interessi già maturati: e ciò perché, se l'insolvenza (reversibile) che aveva permesso l'apertura dell'a.c. (anziché del fallimento) si era poi rivelata irreversibile, venivano meno, “*le stesse ragioni della maturazione degli interessi ed [esplicava] definitivamente i suoi effetti il presupposto della sospensione (l'insolvenza) che già esisteva prima della dichiarazione di fallimento*”³⁰¹.

La Suprema Corte in una pronuncia ante-riforma oltre a ribadire la nota posizione di un dispiegamento dei soli effetti della *consecutio* in armonia e coerenza con la disciplina dell'amministrazione controllata ha avuto modo di rilevare che la sospensione del corso degli interessi dei crediti chirografari nel fallimento era dettata dalla necessità di cristallizzare l'ammontare della creditoria in vista di un riparto dell'eventuale attivo: qualora fosse stata realizzata fin dall'apertura della procedura, bloccando il decorso degli interessi sui crediti chirografari per tutta la durata dell'a.c., avrebbe imposto ai creditori più “deboli” (i chirografari) un sacrificio che andava ben oltre la semplice funzione dell'art. 55 l.fall., avvantaggiando ingiustificatamente tutte le altre categorie di creditori³⁰².

La Cassazione ha confermato la presenza di una funzione secondaria dell'amministrazione controllata (quella cautelare in vista dell'eventuale successivo fallimento), ma l'ha ricollegata alle disposizioni legislative che la realizzano. La Cassazione esclude una loro operatività solo in ipotesi di esito negativo della procedura ed afferma la loro compresenza nell'architettura dell'amministrazione controllata con le altre funzioni inerenti alla

³⁰¹ Cass. 18 luglio 1990, n. 7339, in *Fallimento*, 1991, p. 230, con nota di G. BOZZA;

³⁰² Si veda, Cass. 18 luglio 1990, n. 7339, in op. cit., p. 230.

sua funzione principale. Di conseguenza, secondo la Cassazione, non era possibile distinguere tra esito favorevole e negativo dell'amministrazione controllata subordinando al primo il decorso degli interessi e al secondo, per la realizzazione della funzione cautelare, la loro sospensione: e ciò perché a quella funzione erano ricollegabili gli effetti espressamente previsti dalle disposizioni che la disciplinano³⁰³.

Il d.lgs. 5/2006 come è noto, ha abrogato l'amministrazione controllata. Oggi il problema della sospensione degli interessi si pone esclusivamente in relazione al concordato preventivo.

Nella disciplina concernente il concordato preventivo vi è un esplicito richiamo dell'art. 169 all'art. 55.

In virtù di tale richiamo il corso degli interessi dei crediti chirografari è sospeso a far tempo dalla data di presentazione della domanda di concordato.

Quanto all'ipotesi della sequenza concordato preventivo – fallimento - in caso di insuccesso del primo - è sempre stato pacifico che gli interessi rimanessero sospesi dalla prima procedura. La sospensione degli interessi operante nel concordato preventivo si salda, sulla base del principio delle procedure concorsuali, con quella disposta nel fallimento³⁰⁴.

In passato una dottrina minoritaria è giunta a conclusioni opposte

³⁰³ Si veda, Cass. 18 luglio 1990, n. 7339, in op. cit., p. 230; G. BORELLA, *Ancora sulla consecuzione di procedure concorsuali e decorrenza degli interessi*, in op. cit., p. 970 ss.

³⁰⁴ Trib. Catania 30 giugno 1987, in *Dir. fall.*, 1987, p. 834; App. Milano, 3 febbraio 1984, in *Fallimento*, 1984, p. 969.

sostenendo l'inapplicabilità del principio della consecuzione delle procedure concorsuali. Le due procedure, secondo l'opinione di costoro, avrebbero autonomi e distinti presupposti, finalità e disciplina. Quindi tale orientamento dottrinario ha sostenuto che, in caso di insuccesso della prima procedura la sospensione degli interessi cominciasse a decorrere dalla sentenza di fallimento.

I fautori di questo pensiero sostenevano la sospensione del decorso degli interessi nel concordato preventivo solamente “*agli effetti del concorso sino alla chiusura del concordato*”, intendendo essi per “*chiusura del concordato*”, la sua sola cessazione fisiologica: l'omologazione.

Nell'ipotesi di cessazione “traumatica”, ad esempio la revoca per insussistenza dei presupposti, la sospensione degli interessi a loro giudizio cessava (e i creditori potevano richiedere il pagamento degli interessi esistenti al momento della cessazione del concordato), mentre con la successiva dichiarazione di fallimento iniziava una nuova sospensione degli interessi del tutto autonoma³⁰⁵.

Si tratta di un'opinione che non ha avuto particolare seguito giurisprudenziale. La Suprema Corte ha riaffermato più volte il principio della consecuzione delle procedure concorsuali, e il legislatore ha formalizzato, da ultimo, il suo effetto principale: la retrodatazione del periodo sospetto al momento della pubblicazione della domanda di concordato preventivo (cfr. art. 69-bis l.fall.).

³⁰⁵ Cfr., G. ALESSI, *Sospensione degli interessi nel concordato preventivo seguito da fallimento*, in op. cit., 1992, p. 113 ss.

6. L'applicazione del principio della *consecutio* alla compensazione

Nella normativa del 1942, il richiamo della disposizione di cui all'art. 56 l.fall., in materia di concordato preventivo ha generato non pochi dubbi interpretativi sugli effetti della compensazione, anche con riferimento all'ipotesi di *consecutio* tra la procedura minore e il fallimento.

Primo dubbio sorto in dottrina e in giurisprudenza consisteva nell'individuazione del momento in cui la compensazione doveva essere fatta valere.

Secondo un versante dottrinario, la compensazione avrebbe dovuto effettuarsi al momento del passaggio in giudicato della sentenza d'omologazione, a decorrere dalla quale la compensazione avrebbe prodotto la sua efficacia secondo gli effetti remissori propri del concordato e, quindi, sarebbe stato possibile determinare l'ammontare del credito che in concreto dovesse essere corrisposto a seguito della falcidia concordataria³⁰⁶.

Altro orientamento individuava tale momento durante l'esecuzione del concordato, in quanto in precedenza la dichiarazione dei crediti era finalizzata solo al computo del voto³⁰⁷.

L'art. 169 l.fall., richiama l'art. 56 in materia di fallimento, disponendo che, con riferimento alla data di presentazione della domanda di concordato “*i creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il fallito i crediti che essi vantano verso lo stesso,*

³⁰⁶ Così, L. GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2003, p. 210.

³⁰⁷ G. BOZZA, *Il concordato preventivo: effetti per i creditori*, in *Fallimento*, 1992, p. 246 ss.; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, p. 381 ss..

ancorché non scaduti ..”, prima della presentazione della domanda di concordato.

La norma continua disponendo che “*per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il suo credito per atto tra vivi dopo la dichiarazione di fallimento o nell’anno anteriore*”.

In passato è sorto un dibattito con riferimento alla compensazione tra le obbligazioni sorte in pendenza di concordato preventivo e quelle preesistenti alla sua apertura.

Autorevole dottrina e i giudici di legittimità hanno dichiarato inammissibile la compensazione tra i crediti sorti in momenti diversi rispetto all’inizio del procedimento, in quanto, si violerebbe il principio della *par condicio creditorum*. Tale comportamento risulta inoltre in violazione dei principi che regolano la compensazione legale³⁰⁸.

Per la tutela della *par condicio creditorum*, una volta ammesso il debitore alla procedura di concordato, i crediti anteriori verso il soggetto concordatario diventano inesigibili ove i controcrediti astrattamente compensabili siano sorti in costanza di procedura, nascendo la loro inesigibilità dal vincolo funzionale e dall’esigenza di cristallizzazione del patrimonio del debitore. Pertanto, la

³⁰⁸ La compensazione che opera all’interno delle procedure concorsuali è una *species* di quella legale disciplinata dall’art. 1243 c.c.. Affinché possa operare la compensazione devono essere presenti, in entrambi i crediti, le caratteristiche di omogeneità, liquidità, esigibilità e reciprocità. Quest’ultima impone che le reciproche obbligazioni devono gravare sui patrimoni dei creditori/debitori. Ed atteso il vincolo funzionale che grava sul patrimonio del debitore dopo la presentazione della domanda di concordato, la compensazione può avere luogo solo tra crediti entrambi preesistenti all’apertura della procedura oppure fra crediti e debiti verso la massa.

compensazione tra tali obbligazioni reciproche non può aver luogo (questo al fine di cristallizzare il patrimonio, fondamentale per una corretta applicazione del principio della *par condicio*), e viene così a mancare uno dei requisiti (l'esigibilità)³⁰⁹.

Ulteriori problemi sono sorti nell'ipotesi di consecuzione tra concordato preventivo e fallimento.

Inizialmente la giurisprudenza di merito ha ritenuto che, ai sensi della disposizione di cui all'art. 169, in materia di concordato preventivo, gli effetti dovessero prodursi esclusivamente nei limiti e nella sfera dello stesso concordato. Pertanto, in caso di successiva declaratoria fallimentare, gli effetti operanti dell'art. 56 avrebbero operato con riferimento alla data di dichiarazione di fallimento e non di ammissione al concordato³¹⁰.

Tale orientamento non ha tenuto conto del principio della consecuzione delle procedure concorsuali. La Cassazione, infatti, non ha condiviso tale orientamento ed ha affermato che la disposizione *ex art.* 169, in base alla quale la compensazione tra debiti e crediti verso il fallito si applica con riferimento alla domanda di concordato, debba valere anche nell'ipotesi di consecuzione tra concordato preventivo e fallimento.

Sulla base del principio della consecuzione delle procedure concorsuali, bisogna ammettere la retrodatazione degli effetti del fallimento al momento dell'accertamento giudiziale dell'insolvenza

³⁰⁹Cass. 19 agosto 1992, n. 9655, in *Dir. fall.*, 1993, p. 69. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007, p. 455 ss. Seppur con riferimento all'amministrazione controllata, si veda, G. LO CASCIO, *L'amministrazione controllata*, Milano, 1989, p. 186 ss.; A. BONSIGNORI, *L'amministrazione controllata*, Padova, 1989, p. 180 ss.

³¹⁰ App. Milano 31 ottobre 1961, in *Dir. fall.*, 1961, p. 164.

e, considerando l'unitarietà delle procedure, ammettere l'omogeneità, anzi l'identità sostanziale del presupposto citato di entrambe le procedure.

Non vi è dubbio che qualora al concordato preventivo seguisse il fallimento e, come ha sostenuto la giurisprudenza di merito si tenesse conto soltanto di quest'ultima procedura, entrambi i crediti sussisterebbero alla data di fallimento e pertanto sarebbero compensabili ai sensi dell'art. 56 l.fall.³¹¹.

Ma sulla base di quanto detto precedentemente, l'unitarietà della due procedure, derivante dal legame sostanziale degli stati di dissesto caratterizzanti le due procedure susseguitesì, determina l'impossibilità di compensare i debiti ed i crediti sorti a carico dell'imprenditore successivamente alla data del decreto di ammissione al concordato preventivo, non potendo essere applicata la stessa disciplina delle obbligazioni reciproche sorte anteriormente al decreto medesimo³¹².

³¹¹ G. LO CASCIO, op. cit., p. 458.

³¹² Quanto all'amministrazione controllata, la giurisprudenza non ammetteva l'applicazione della compensazione. E, il divieto di compensazione *ex art.* 56 l.fall. tra crediti sorti *ante* amministrazione controllata con debiti sorti in corso di procedura a causa del divieto di pagamento di crediti *ante* procedura, veniva meno nel caso in cui la procedura minore fosse sfociata in fallimento.

Di segno diametralmente opposto è la pronuncia della Cassazione del 1992 in tema di amministrazione controllata. È utile e opportuno a riguardo riportare la massima: *“La compensazione legale prevista dall'art. 56 l.fall. non opera tra un credito liquido ed esigibile anteriore all'ammissione del debitore all'amministrazione controllata e un debito sorto (in danno del titolare di tale credito) nel corso della medesima amministrazione controllata ha teso che i crediti anteriori all'inizio della procedura si cristallizzano, ai sensi del combinato disposto degli articoli 188 e 168 l.fall., con l'inizio di tale procedura. Ne consegue che l'esigibilità del credito la quale costituisce un requisito della compensazione (art. 1243 c.c.), viene meno, in via temporanea, se la procedura si evolve positivamente, ovvero in via definitiva, nell'ipotesi di consecuzione di procedure, quando, previa la revoca, anche implicita, dell'amministrazione controllata, segue l'ammissione al concordato preventivo ovvero la dichiarazione di fallimento”*.

Oggi l'unitarietà della due procedure, oltre ad essere stata riaffermata dalla Corte Suprema, è stata formalizzata dal legislatore. Tale orientamento giurisprudenziale e tale disciplina normativa non possono che spiegare i loro effetti anche in tema di compensazione, dovendo divieti e preclusioni retrodatarsi al tempo della prima procedura³¹³.

Si veda, Cass. 22 giugno 1991, n. 7046, in *Dir. fall.*, 1992, p. 57; in dottrina, M. ARATO, *Consecuzione delle procedure concorsuali*, in op. cit., p. 751 ss.; *contra* Cass. 19 agosto 1991, n. 9655, in op. cit., 1993, p. 69.

³¹³ In caso di consecuzione di procedure concorsuali, il riferimento temporale per la compensazione veniva individuato nel momento dell'apertura del procedimento di concordato.

La dottrina, infatti, aveva escluso la possibilità di estendere l'efficacia dell'art. 56 all'ipotesi di mera presentazione dell'istanza di concordato non seguita da ammissione alla procedura, ma poi seguita dal fallimento. L'art. 169, secondo tale dottrina può trovare applicazione se ed in quanto si sia proceduto all'accertamento giudiziario delle condizioni richieste per l'avvio del concordato. Se, invece, viene a mancare tale accertamento e non si fa luogo al procedimento, era da essi sostenuta l'impossibilità di far retroagire gli effetti al momento della presentazione della domanda. Per tale dottrina la dichiarazione di fallimento conseguente alla mancata apertura del concordato costituiva essa stessa l'inizio dell'unico procedimento concorsuale dal quale far discendere l'inizio degli effetti per i creditori, compresi quelli stabiliti in tema di compensazione. In altri termini, veniva in gioco non più l'art. 169 ma l'art. 56.

Una recente e più volte richiamata sentenza della cassazione ha in contrario statuito, riaffermando il principio della *consecutio*, la retrodatazione degli effetti della sentenza di fallimento (ivi compreso l'effetto della compensazione di cui all'art. 56 l.fall.) alla data della domanda di ammissione al concordato preventivo.

Così G. LO CASCIO, in op. cit., p. 458; P. BOSTICCO, *La Cassazione conferma il principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento*, in *Fallimento*, 2011, p. 33 ss.; *contra*, Cass. 6 agosto 2010, n. 18437, in op. cit., 2010.

7. Consecuzione di procedure concorsuali e formalità necessarie a rendere opponibili gli atti ai terzi

Un altro dei problemi originato dalla valutazione dei possibili effetti della consecuzione di procedure, era rappresentato dall'interrogativo se le formalità, previste per taluni atti (specialmente costitutivi di garanzia), come condizione per la loro opponibilità ai terzi, dovevano risultare già compiute fin dalla prima delle procedure concorsuali consecutive; oppure se era sufficiente che esse risultassero compiute prima della susseguente sentenza dichiarativa di fallimento.

L'art. 45 l.fall., secondo il quale *“le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data di dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori”*, non era compreso tra le norme del fallimento richiamate ad integrare la disciplina del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata.

Si trattava di stabilire se l'eventuale dichiarazione di fallimento a seguito dell'insuccesso della procedura minore giustificasse l'estensione ad esse, in via interpretativa, di una disciplina che per le stesse non appariva positivamente prevista³¹⁴.

La giurisprudenza di legittimità ha sempre mostrato un'opinione negativa in tal senso, per i seguenti motivi.

Il problema da risolvere si basava sulla possibile applicazione al concordato preventivo, anche nell'ipotesi di successivo fallimento,

³¹⁴ Si veda, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, in op. cit., p. 354 ss.

del principio che è possibile ricavare dall'art. 2914 c.c.³¹⁵.

Prendendo a titolo esemplificativo il contratto di cessione di crediti, sulla base di tale norma, la cessione non ha effetto se la notifica al debitore ceduto o la sua accettazione (disciplinate nel caso in esame dall'art. 1265 c.c.³¹⁶), sia avvenuta successivamente al pignoramento.

Dottrina e giurisprudenza hanno pressoché pacificamente concordato in ordine all'estensione di tale principio al fallimento: le cessioni di credito sono pertanto inopponibili alla massa, se notificate al debitore ceduto o se da quest'ultimo accettate, in data posteriore alla dichiarazione di fallimento.

Alla medesima conclusione si poteva pervenire e applicando al fallimento il principio *ex art. 2914 c.c.*, e sulla base della norma fallimentare dell'art. 45, norma quest'ultima che dichiara l'inopponibilità alla massa dei creditori concorsuali, delle formalità sopra citate (nel caso di specie, notifica o accettazione *ex art. 1265 c.c.*), se compiute dopo la dichiarazione di fallimento..

La giurisprudenza di legittimità si è chiesta se era possibile

³¹⁵ L'art. 2914 recita: *“Non hanno effetto in pregiudizio del creditore pignorante e dei creditori che intervengono nell'esecuzione, sebbene anteriori al pignoramento:*

- 1) le alienazioni dei beni immobili o di beni mobili iscritti nei pubblici registri, che siano state trascritte successivamente al pignoramento;*
- 2) le cessioni di crediti che siano stati notificate al debitore ceduto o accettate dal medesimo successivamente al pignoramento;*
- 3) le alienazioni di universalità di mobili che non abbiano data certa;*
- 4) le alienazioni di beni mobili di cui non sia stata trasmesso il possesso anteriormente al pignoramento, salvo che risultino da atto avente data certa.*

³¹⁶ L'art. 1265 recita: *“Se il medesimo credito ha formato oggetto di più cessioni a persone diverse, prevale la cessione notificata per prima al debitore, o quella che è stata per prima notificata al debitore con atto di data certa, ancorché essa sia di data posteriore. La stessa norma si osserva quando il credito ha formato oggetto di costituzione di usufrutto o di pegno.”*

applicare il principio in esame anche al concordato preventivo, e, in particolare, al caso in cui ad esso consegua il fallimento.

Sembrava ovvio che l'applicazione del principio sarebbe stata possibile o ricorrendo all'art. 2914 c.c. nell'ambito concordatario ovvero mettendo in campo la norma dell'art. 45 in materia fallimentare, norma, come sappiamo, non richiamata dalla disciplina del concordato.

La Suprema Corte non ha considerato applicabile tale principio al concordato e questo per le forti differenze del regime giuridico del patrimonio del fallito e del patrimonio del soggetto in concordato (sostituzione degli organi fallimentari al debitore nel primo caso, spossessamento attenuato nel secondo)³¹⁷.

La *ratio* dell'estensione del principio sopra esposto della norma di diritto comune (art. 2914 c.c.) al fallimento, derivava dalla sostanziale equivalenza tra pignoramento e vincolo fallimentare avente ad oggetto l'intero patrimonio del debitore; e poiché tale equivalenza non si riscontrava per la procedura di concordato preventivo – che non priva l'imprenditore dell'esercizio dell'impresa e dell'amministrazione del suo patrimonio, bensì dà luogo ad uno spossessamento attenuato, qualitativamente diverso dal vincolo espropriativo –, la giurisprudenza esclude che la disposizione potesse essere riferibile anche al concordato.

³¹⁷ “Le cessioni di credito stipulate prima della domanda di concordato preventivo, proposta dal cedente, possono essere notificate dal cessionario al debitore ceduto o da costui essere accettate con atto di data certa anche nel corso della procedura concordataria, senza che abbia rilievo il successivo fallimento, i cui effetti si producono dalla data della dichiarazione e non da quella della domanda suddetta, con la conseguenza che tali cessioni risultano opponibili ai terzi e alla massa dei creditori del fallimento cedente.

Così, Cass. 22 settembre 1990, n. 9650, in *Fallimento*, 1991, p. 253.

Medesimo discorso valeva per la possibile estensione al concordato preventivo dell'art. 45 l.fall..

A stessa conclusione poteva pervenirsi nell'ipotesi di fallimento successivo al concordato preventivo o amministrazione controllata?

La Suprema Corte ha sempre negato la possibilità di estendere il su citato principio di diritto comune e di diritto fallimentare all'ipotesi in cui al concordato avesse fatto seguito il fallimento. Essa ha affermato che il principio della consecuzione delle procedure non è applicabile in tale situazione.

La costruzione della *consecutio*, se da un lato permette la retrodatazione degli effetti del fallimento alla prima procedura, dall'altro consente la conservazione degli atti compiuti nel corso del concordato preventivo, che si palesino compatibili con la natura del vincolo di indisponibilità, prodotto dal concordato, sul patrimonio del debitore, fra tali attività possiamo annoverare le formalità necessarie a rendere opponibili gli atti ai terzi³¹⁸.

Il giudice di legittimità ha, d'altronde, escluso l'applicazione, sin dalla prima procedura, degli effetti della norma *ex art. 45*, sia perché detta norma non era espressamente richiamata dalla disciplina concordataria (e da quella dell'a.c.), sia perché incompatibile con la disciplina generale del concordato preventivo. Infatti, le norme concernenti gli effetti della procedura concorsuale minore nei confronti dei creditori o dei terzi non sono tali da vietare il compimento delle formalità necessarie per rendere opponibili *erga omnes* gli atti dispositivi stipulati dal debitore prima della

³¹⁸ Così, S. BONFATTI, *Luci e ombre nella consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 1995, p. 330 ss.

instaurazione della procedura. Tali formalità, essendo inquadrabili tra gli atti di ordinaria amministrazione, sono pienamente ammessi in sede di concordato preventivo³¹⁹.

In sintesi, l'orientamento tradizionale equiparava pignoramento e sentenza dichiarativa di fallimento ai fini dell'opponibilità *erga omnes* degli atti dispositivi stipulati dal debitore prima della declaratoria³²⁰. Il mancato richiamo dell'art. 45 nella normativa concordataria militava invece a sfavore dell'attribuzione di efficacia di pignoramento generale al concordato, con conseguente inapplicabilità degli artt. 2914 e ss. cc..

Lo stato delle cose è radicalmente mutato con l'emanazione del d.lgs. 5/2006 che ha inserito nel contenuto dell'art. 169 il richiamo all'art 45 l.fall. Pertanto è stato espressamente previsto che le formalità dettate dalla legge per rendere opponibili gli atti ai terzi sono prive di effetto rispetto ai creditori concorsuali se compiute dopo il deposito della domanda di concordato.

Per rimanere all'esempio sopra fatto, l'innovazione introdotta comporta che la cessione di credito, per essere opponibile alla creditoria concorsuale, deve essere notificata, da parte del cedente, al debitore ceduto o deve essere da quest'ultima accettata con atto avente data certa anteriore al deposito della domanda di concordato³²¹.

³¹⁹ Si veda, Cass. 21 ottobre 1993, n. 10434, in *Fallimento*, 1994, p. 277: in dottrina, P. F. CENSONI, "Formalità" necessarie per rendere gli atti opponibili ai terzi e concordato preventivo, in *Giur. comm.*, 1991, p. 399 ss..

³²⁰ In tal senso, Cass. 1 giugno 1999, n. 5360, in *Fallimento*, 2000, p. 486.

³²¹ Più in generale il debitore concordatario nella proposta potrà comprendere nel suo attivo patrimoniale anche i beni o i crediti di cui abbia già disposto, se le formalità per l'opponibilità ai terzi non siano state perfezionate al momento del deposito della domanda.

Possiamo ora ben dire, che nella mutata situazione determinata dall'innovazione apportata dalla legge di riforma il principio della consecuzione delle procedure trova piena applicazione, e la Suprema Corte non ha mancato di riaffermarlo.

Anche dopo la riforma del 2006, che ha modificato gli elementi su cui si basava, la suprema Corte ha riaffermato il principio *de quo*.

L'art. 169 l.fall., che ormai richiama esplicitamente la norma dell'art. 45, trova piena applicazione nel successivo fallimento, qualora fallimento e concordato rimangano fasi di un unico sostanziale processo quali diversi e progressivi esiti di un medesimo stato di crisi, dato che la *ratio* della consecuzione delle procedure, come abbiamo più volte detto risiede in una continuità, non temporale, ma causale³²².

Ai fini della retrodatazione degli effetti al momento del deposito della domanda, è quindi necessario verificare se il fallimento sia stato dichiarato in base all'accertamento dell'evoluzione negativa di quella medesima crisi economica (seppur di diversa gradazione), che aveva portato all'apertura del procedimento di concordato.

Possiamo infine concludere affermando che, in caso di consecuzione fra le due procedure, il momento da cui far decorrere gli effetti *ex art.* 45 l.fall., è quello del deposito della domanda di concordato.

³²² Si veda, G. B. NARDECCHIA, *L'art. 169 l.fall. dopo la riforma del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009, p. 633 ss..

Quarto capitolo: Altri aspetti legati alla *consecutio*

1. Soci illimitatamente responsabili

Cardine della disciplina fallimentare concernente i soci illimitatamente responsabili è l'art. 147, co.1, nel quale si legge che: *“La sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati dai capi III, IV e VI del libro V del codice civile, produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili”*.

Tale norma sancisce il principio dell'*estensione* della procedura aperta a carico della società ai soci illimitatamente responsabili della stessa.

Non è possibile individuare stesso principio nella disciplina del concordato preventivo; il socio illimitatamente responsabile di una società ammessa a concordato non può chiedere l'applicazione del concordato anche ai suoi debiti personali.

Relativamente a quest'ultimo aspetto, sembrano oggi superate, in giurisprudenza e in dottrina, le tesi secondo cui i soci illimitatamente responsabili potrebbero richiedere l'applicazione del concordato preventivo³²³.

³²³ Il giudice di legittimità meno recente aveva ammesso la possibilità di estendere il concordato anche ai debiti personali del debitore (era frequente la richiesta di concordato anche alle obbligazioni personali fideiubenti di società personali), ma tale tesi è stata confutata successivamente da numerose pronunce della Corte Suprema in senso contrario.

Appare superata anche la tesi per cui il concordato delle società, pur non applicandosi ai creditori particolari del socio, coinvolgerebbe di per sé anche il patrimonio di quest'ultimo, anche in assenza di specifiche previsioni nell'accordo concordatario.

La Suprema Corte ha affermato che il concordato preventivo, come tutte le procedure concorsuali, è riservato agli imprenditori commerciali (nozione richiamata dall'art. 160 l.fall.), e tali non sono i soci solo in virtù della responsabilità illimitata³²⁴.

La disposizione di cui all'art. 147 l.fall. non può fondare una diversa interpretazione in quanto, il fallimento in estensione al socio illimitatamente responsabile è stato previsto solo al fine di agevolare l'unitaria liquidazione dei patrimoni, mentre in sede concordataria tale esigenza non sussiste³²⁵.

La Suprema Corte ha sostenuto, inoltre, che non si può giungere a conclusioni diverse invocando l'art. 184 l.fall..

Il secondo comma dispone che: *“Salvo patto contrario, il concordato della società ha efficacia nei confronti dei soci illimitatamente responsabili”*.

Tale disposizione estende ai soci illimitatamente responsabili di società di persone l'efficacia remissoria del concordato preventivo, ma si riferisce ai soli debiti sociali nel senso che il pagamento della

Si veda, Cass. 15 dicembre 1970, n. 2681, in *Dir. fall.*, 1971, p. 167, con nota di F. CIAMPI; Cass. 29 novembre 1995, n. 12405, in *Fall.*, 1996, p. 541.

³²⁴ Cass. 30 agosto 2001, n. 11343, in *Fallimento*, 2002, p. 621 con nota di L. PANZANI.

³²⁵ Una questione da sempre dibattuta in dottrina è il rapporto fra il principio di soggezione, quale formulato nell'art. 147, e le regole generali poste dagli artt. 1 e 5 l.fall. che richiedono rispettivamente la natura di imprenditore commerciale e lo stato d'insolvenza, per la dichiarazione di fallimento. Ogni tentativo di ricondurre il socio illimitatamente responsabile ai due presupposti sopra enunciati è destinato all'insuccesso. Il socio illimitatamente responsabile fallisce non in quanto imprenditore, ma in quanto, appunto, socio illimitatamente responsabile e fallisce automaticamente per il fallimento della società non per una sua personale insolvenza. La *ratio* di tale disciplina, che costituisce un'eccezione rispetto agli artt. 1 e 5 l.fall., deve essere individuata in una maggiore tutela dei creditori commerciali, per realizzare, a carico del socio, la garanzia posta dalla legge a favore dei creditori sociali.

percentuale concordataria ha effetto liberatorio anche nei loro confronti, senza con ciò determinare l'estensione della procedura al patrimonio dei soci, che resta estraneo ad essa³²⁶.

L'estraneità al concordato della società del patrimonio dei soci incide sicuramente sulla valutazione da parte dei creditori sociali in ordine alla convenienza della soluzione concordataria rispetto a quella fallimentare. La possibilità per i soci illimitatamente responsabili di disporre del proprio patrimonio ovvero dei creditori particolari del socio di promuovere sul patrimonio del socio azioni esecutive individuali o di assumere iniziative per rafforzare la loro garanzia generica - ad esempio l'acquisizione di un'ipoteca giudiziale - potrebbe accentuare il rischio della declaratoria fallimentare. Per tale motivo la disposizione prevede il “*patto contrario*” mediante il quale i soci rinunciano all'efficacia nei loro confronti del concordato sociale; possono, inoltre, fornire garanzie personali che si aggiungono alla cessione dei beni della società, così riducendo il rischio di una votazione contraria in sede di adunanza, da parte dei creditori sociali³²⁷.

Tale orientamento, andato consolidandosi nel corso degli scorsi decenni³²⁸, dovrebbe restare fermo anche alla luce dell'attuale disciplina post-riforma, che ha introdotto una previsione per cui la proposta concordataria deve indicare anche il valore dei beni

³²⁶ Agli atti di disposizione del socio non può, pertanto, essere estesa la disciplina *ex art. 167 l.fall.*, che prevede l'inopponibilità ai creditori sociali anteriori al concordato degli atti di disposizione posti in essere dal debitore ammesso alla procedura, che va identificato nella sola società.

Così, Cass. 30 agosto 2001, n. 11343, in op. cit., 2002. P. 621.

³²⁷ L. PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fallimento*, 2006, p. 1009 ss.

³²⁸ Cfr., Cass. 3 aprile 1987, n. 3229, in *Fallimento*, 1987, p. 1045; Cass., 1 luglio 1992, n. 8097, in op. cit., 2993, p. 27; Cass. 30 agosto 2001, n. 11343, in op. cit., p. 621.

personali e dei creditori particolari dei soci illimitatamente responsabili (cfr. art. 161, secondo comma, lett. d), l.fall.). Tale disposizione è rivolta a dare maggiori informazioni ai creditori sociali che valuteranno la proposta anche sulla base delle ulteriori risorse di cui la società verrebbe a disporre. Inoltre tale informativa consentirebbe ai creditori sociali stessi una valutazione più compiuta della convenienza (o meno) dell'alternativa fallimentare³²⁹.

Avendo preso atto della tendenziale limitazione degli effetti del decreto di ammissione al concordato nei confronti dei soci, sembra necessario verificare se nel caso di successivo fallimento, le conseguenze che si determinano sul piano della *consecutio* si espandono sino a retrodatare il coinvolgimento del socio sin dal momento di apertura del primo procedimento concorsuale.

Come è stato più volte illustrato precedentemente, il rapporto tra concordato e fallimento non è una mera successione cronologica ma una consecuzione di procedimenti, il cui contenuto unitario rileva soltanto nell'ipotesi in cui il concordato non giunga a buon fine e il fallimento risulti espressione del medesimo dissesto economico che aveva determinato l'apertura della prima procedura. Carattere unitario non significa rigida e generalizzata consequenzialità delle procedure, né che tutti gli effetti debbano ricondursi ad entrambi i procedimenti, assolvendo essi funzioni diverse che ne giustificano l'autonoma previsione e la diversa disciplina.

Il carattere unitario esprime, in sostanza, l'esigenza di una tutela paritaria degli interessi dei creditori, che è connotato di entrambe le

³²⁹ Cfr., G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, 2007, in op. cit., p. 232.

procedure e che nasce dall'identità di presupposto oggettivo di entrambi i procedimenti³³⁰.

Il principio della *consecutio*, basandosi su tali elementi, deve restare valido anche nell'ipotesi in cui la consecuzione di procedimenti riguardi un soggetto fallito come socio illimitatamente responsabile, e la retroattività deve valere anche nei confronti di quest'ultimo, pur se rimasto estraneo alla prima procedura.

Il nucleo della costruzione giurisprudenziale risiede nella considerazione che l'accertamento dello stato d'insolvenza, contenuto nella dichiarazione di fallimento e non imputabile a vicende sopravvenute, è retrodatabile al giorno del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, in virtù del riscontro, effettuato a *posteriori*, dell'insussistenza, *ab origine*, del presupposto di revocabilità della crisi dell'imprenditore, insussistenza nascente dallo stato di crisi del concordato, che aveva determinato il provvedimento di apertura.

Questi criteri valgono anche nel caso in esame. L'art. 147 l.fall., prevede il fallimento in estensione dei soci illimitatamente responsabili, una volta accertata l'insolvenza della società. Il carattere meramente consequenziale e dipendente del fallimento dei soci rispetto a quello della società comporta che i presupposti della domanda di fallimento della società e dei soci siano riferibili unicamente alla società.

Ciò postula che la dichiarazione di fallimento dei soci non implichi l'accertamento degli stessi presupposti anche in capo ai soci illimitatamente responsabili singolarmente considerati e, per logica

³³⁰ Si veda, Cass. 1 agosto 1994, n. 7157, in *Fallimento*, 1995, p. 276.

conseguenzialità, che, indipendentemente dalla sussistenza o meno dello stato d'insolvenza personale, rilevi unicamente lo stato d'insolvenza della società³³¹.

Siffatta impostazione è stata seguita più volte dalla Suprema Corte nei casi di retrodatazione del periodo sospetto, sia ai fini della revocatoria degli atti dispositivi del patrimonio del socio, sia ai fini del decorso degli interessi convenzionali sul credito verso il socio³³².

È infatti principio pacifico che, ai fini della revocatoria fallimentare dell'atto di disposizione compiuto dal socio sul proprio patrimonio, sia sufficiente che l'acquirente abbia conoscenza dello stato d'insolvenza della società. Se si rammenta che il requisito della *scientia decoctionis* (ossia la conoscenza dello stato d'insolvenza acquisita dal terzo), va valutato sempre e soltanto nei confronti della società, per la revocazione degli atti di disposizione non assume

³³¹ Si veda, Cass. 22 maggio 1994, n. 4240, Cass. 22 giugno 1994, n. 5966, in *Fallimento*, 1994, p. 1147 ss, con nota di M. FABIANI, *Retrodatazione del periodo sospetto per gli atti dei soci illimitatamente responsabili*.

³³² Autorevole dottrina sostiene che la revocatoria fallimentare sia in tal caso applicabile ai soli atti del socio per i quali possa istituirsi un collegamento concreto con lo stato d'insolvenza della società (l'unico che, mancando uno stato d'insolvenza personale del socio, può reggere la revocatoria), che consenta e legittimi il funzionamento del meccanismo di implicazioni e presunzioni che costituisce l'ossatura della revocatoria: un collegamento specificamente ravvisabile nella circostanza che l'atto sia stato compiuto a causa dello stato di insolvenza della società e sia cioè sintomatico di quello stato. Sulla base di questa premessa debbono ritenersi revocabili soltanto gli atti compiuti dal socio sul suo patrimonio personale che si riconnettano alla sfera di obbligazioni della società e che vi incidano (ad esempio: i pagamenti di debiti sociali scaduti o non scaduti, effettuati in denaro o con mezzi diversi; le garanzie prestate a creditori sociali per i debiti sociali ecc.). Tutti gli altri atti per i quali non possa stabilirsi questa connessione dovrebbero rimanere irrimediabilmente esclusi dall'ambito della revocatoria fallimentare, potendo nei loro confronti esperirsi, eventualmente, l'azione revocatoria ordinaria, ex art. 66 l.fall..

Così, A. NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, in op. cit., p. 329 ss.

rilevo il fatto che esso sia stato svolto nell'ambito di un rapporto personale del soggetto fallito. Funzione della revocatoria, infatti, è di reintegrare il patrimonio del socio, eliminando gli effetti dei negozi lesivi della *par condicio creditorum*, senza distinguere, a questo fine, tra atto compiuto in proprio, ovvero compiuto come atto della società³³³.

Quanto alla sospensione degli interessi, abbiamo avuto modo di illustrare come l'esplicito richiamo in materia di concordato preventivo e l'unità del processo nel quale si fondano concordato e fallimento, con la conseguenza che gli effetti del primo procedimento continuano nel secondo, fa sì che la sospensione prodottasi in conseguenza del primo procedimento si saldi con quella prodottasi a seguito dell'apertura del secondo.

Con specifico riferimento alla sospensione del computo degli interessi anche per i crediti personali dei soci dalla data del decreto di ammissione al concordato della società, tale sospensione è stata giustificata dalla cassazione sulla base della considerazione che *“l'unicità dell'insolvenza ... e la stretta connessione delle masse attive e passive dei fallimenti della società e del socio illimitatamente responsabile determinano l'instaurazione della regola della par condicio creditorum tra tutti i creditori del socio”*, sia personali che sociali³³⁴.

Tale impostazione, un tempo monolitica, ha subito in tempi recenti qualche crepa per effetto di una recente pronuncia in senso

³³³ Si veda, Cass. 1 agosto 1994, n. 7157, in op. cit., 1995, p. 652; Cass. 22 maggio 1994, n. 4240, in op. cit., 1994, p. 1147, con nota di M. FABIANI, *Retrodatazione del periodo sospetto per gli atti dei soci illimitatamente responsabili*.

³³⁴ Così, Cass. 30 maggio 1994, n. 5284, in *Fallimento*, 1995, p. 138.

totalmente opposto dei giudici di legittimità³³⁵.

Tale pronuncia esclude l'applicazione della teoria della consecuzione delle procedure concorsuali al fallimento personale in estensione del socio: esclude cioè che gli effetti di questo fallimento, nei confronti dei creditori personali del socio, possano essere retrodatati alla data del concordato sociale, e ciò sia ai fini del computo del periodo sospetto per la revocatoria che ai fini della decorrenza degli interessi.

Le pronunce meno recenti della Suprema Corte, che costituiscono l'orientamento ancora prevalente, avevano messo in evidenza che *“la non estensibilità del concordato sociale, con la relativa falcidia, ai debiti personali del socio illimitatamente responsabile e la retrodatazione alla domanda di concordato preventivo... degli effetti della declaratoria d'insolvenza, operano su piani diversi”*³³⁶. Infatti, la Corte Suprema, ribadendo il principio dell'estraneità del socio al concordato della società, affermava che il patrimonio di quest'ultimo (a differenza di quello sociale) fosse esente dai vincoli concordatari, ossia rimanesse liberamente disponibile e potesse essere aggredito o vincolato dai suoi creditori particolari. D'altro canto, tali pronunce affermavano pure che il medesimo principio non impediva (di per sé e in caso di successivo fallimento), che operasse nei confronti del socio il principio della consecuzione delle

³³⁵ *“Il principio della consecuzione dei procedimenti non trova applicazione per i creditori personali dei soci illimitatamente responsabili di una società di persone, ai quali non può essere esteso il concordato preventivo della società; pertanto, per quanto riguarda l'opponibilità delle ipoteche al fallimento o il computo degli interessi sui crediti vantati nei confronti dei soci, non rileva la data di ammissione della società di persone al concordato preventivo, ma quella della dichiarazione di fallimento dei soci medesimi”*.

Cfr., Cass. 26 marzo 2010, n. 7273, in *Fallimento*, 2010, p. 649, con nota di A.B. CONFALONIERI.

³³⁶ Cass. 30 maggio 1994, n. 5284, in op. cit., 1994, p. 1147.

procedure³³⁷.

³³⁷ Si veda, Cass. 30 agosto 2001, n. 11343, in op. cit., p. 621.

2. L'applicazione della consecutio nell'ambito penale

L'art. 236 l.fall., disciplina gli illeciti commessi in relazione alle procedure "minori" originariamente previste dalla legge fallimentare.

Il d.lgs. n. 5/2006 ha abrogato l'intero istituto dell'amministrazione controllata e la norma permane soltanto per il concordato preventivo. Essa è l'unica disposizione in ambito penale prevista dalla legge fallimentare per tale procedura.

La disciplina del concordato preventivo nella versione resa dalla riforma fallimentare risulta completamente diversa dal passato e questo ha causato dei problemi di coerenza tra le innovazioni in ambito civilistico e l'ambito penalistico che ha visto l'introduzione di sole due disposizioni, in tempi recenti.

Per gli eventuali aspetti fraudolenti, qualora il ricorrente sia un imprenditore individuale, trova applicazione, il reato, *specifico* per l'imprenditore concordatario, di cui al primo comma dell'art. 236, rimasto immutato: *"È punito con la reclusione da uno a cinque anni l'imprenditore che, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo, si sia attribuito attività inesistenti, ovvero, per influire sulla formazione delle maggioranze, abbia simulato crediti in tutto o in parte inesistenti"*.

Tale norma opera soltanto per le due condotte previste e precisamente perché l'imprenditore si è attribuito un'attività inesistente al solo scopo di essere ammesso al concordato preventivo ovvero per aver egli simulato crediti in tutto o in parte inesistenti al fine di influire sulla formazione delle maggioranze.

Prima dell'introduzione dell'art. 236-*bis*, la dottrina considerava ovvio che a tali condotte potesse concorrere anche il professionista che, nell'attestare basando su di essi le proprie argomentazioni e, così ponendo in essere una condotta fraudolenta.

Il d.l. 83/2012, convertito nella l. n. 134/2012, ha dedicato una disposizione a tale soggetto, sotto la rubrica "Falso in attestazioni e relazione", confermando quello che era l'orientamento diffusosi precedentemente³³⁸.

Agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società, in base al secondo comma dell'art. 236, sono applicabili le norme di cui agli artt. 223 e 224, mentre per l'istitutore opera l'art. 227 l.fall., norme rimaste immutate.

Va preliminarmente ricordato che, secondo l'opinione prevalente, il capoverso dell'art. 236, nell'estendere l'operatività dei reati fallimentari alle procedure concorsuali diverse dal fallimento, attribuisce al decreto di ammissione al concordato preventivo lo stesso ruolo che, nei reati fallimentari, svolge il fallimento³³⁹.

D'altro canto va pure considerato che, mentre in passato, per accedere al concordato preventivo, il debitore doveva versare in uno stato d'insolvenza, in una condizione cioè analoga a quella del fallimento e tale da giustificare l'anticipazione operativa dei reati

³³⁸ L'art. 236-*bis* recita: "Il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli articoli 67, terzo comma, lettera d), 161, terzo comma, 182-*bis*, 182-*quinquies* e 186-*bis* espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro. Se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata fino a metà".

³³⁹ Si veda, F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. Econ.*, 2009, p. 825 ss.

fallimentari, oggi le cose sono significativamente mutate.

La riforma ha modificato il presupposto di concordato preventivo nello stato di crisi, il quale comprende certamente lo stato d'insolvenza, ma parrebbe contemplare anche situazioni meno gravi.

Sotto il profilo delle ricadute penalistiche, preme rilevare che l'ampliamento del presupposto operativo del concordato preventivo comporta una corrispondente dilatazione applicativa dell'art. 236, comma 2, in grado di assoggettare a sanzione penale anche condotte che difettano del disvalore tipico della bancarotta.

Tale modifica al presupposto del concordato preventivo ha portato ad alcune incongruenze che, in sintesi, andiamo ad illustrare.

L'art. 236 estende alla procedura di concordato l'applicabilità delle norme incriminatrici richiamate dal secondo comma. Tale disposizione rinvia alle fattispecie gli artt. 223 e 224 l.fall..

Occorre a questo punto operare un'ulteriore distinzione³⁴⁰.

Le figure d'incriminazione contemplate dall'art. 223, primo comma,

³⁴⁰ L'art. 223 l.fall., recita: “*Si applicano le pene stabilite nell'art. 216 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo. Si applica alle persone suddette la pena prevista dal primo comma dell'art. 216 se:*

- 1) *hanno cagionato, concorso a cagionare, il dissesto della società commettendo alcuno dei fatti previsti dagli articoli 2621, 2622, 2626, 2627, 2628, 2629, 2632, 2633, 2634 del codice civile;*
- 2) *hanno cagionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società.*

Si applica altresì in ogni caso la disposizione dell'ultimo comma dell'art. 216.

L'art. 224 l.fall., dispone: “*Si applicano le pene stabilite nell'art. 217 agli amministratori, ai direttori generali, ai sindaci e ai liquidatori di società dichiarate fallite, i quali:*

- 1) *hanno commesso alcuno dei fatti preveduti nel suddetto articolo;*
- 2) *hanno concorso a cagionare od aggravare il dissesto della società con l'inosservanza degli obblighi ad essi imposti dalla legge.*

l.fall., sono i reati di cui all'art. 216 l.fall.: per tali fattispecie non v'è problema, posto che ben può dirsi come sopra accennato, che il decreto di ammissione al concordato tiene luogo della sentenza di fallimento, svolgendo analoga funzione³⁴¹.

Per quanto riguarda il delitto di bancarotta preferenziale, disciplinato nell'art. 216, terzo comma, parleremo successivamente.

Problemi si sono posti con riguardo ai reati evocati dal secondo comma dell'art. 223 l.fall.. Per la tipicità nel fatto dei delitti di bancarotta societaria da ultimo citati, è richiesto il nesso di causalità tra la condotta dei soggetti e il “*dissesto della società*” (art. 223, secondo comma, n.1, l.fall.), ovvero con il “*fallimento della società*” (art. 223, secondo comma, n. 2, l.fall.), dovendosi precisare, con riguardo a quest'ultima ipotesi, che il termine “fallimento” vale qui per “insolvenza”.

Parte della dottrina ritiene che l'attuale configurazione del requisito, al quale l'art. 160 l.fall. condiziona il concordato preventivo, non permette l'automatismo dell'estensione delle norme d'incriminazione, secondo quanto invece avveniva sotto la vigenza del precedente assetto normativo: non può dubitarsi che il requisito d'ingresso al concordato preventivo alluda, oggi, a una tipologia di situazioni che, pur comprendendo l'insolvenza, a questa non si riducono.

Poiché l'art. 223, secondo comma, esige che le condotte abbiano cagionato l'insolvenza o un dissesto (e non un generico stato di crisi), tale dottrina ritiene che, per decidere dell'applicabilità delle

³⁴¹ Si veda, G. SCHIAVANO, *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, p. 945 ss.

ricordate norme penali, sia necessario accertare se la situazione che ha dato origine all'ammissione al concordato, sia di crisi, pur grave, ma non caratterizzato in termini d'insolvenza, ovvero se alla procedura sia stato dato ingresso a fronte di uno stato di vera e propria insolvenza³⁴².

La conseguenza è che le norme penali in discorso possono trovare applicazione soltanto se si versi in uno stato d'insolvenza e se il dissesto sia stato cagionato dalle condotte tipiche di cui sopra.

Considerazioni analoghe venivano fatte dalla stessa dottrina con riferimento alle incriminazioni previste nell'art. 224 l.fall.; sia l'ipotesi di reato (bancarotta semplice) di cui all'art. 217, primo comma, n. 4, l.fall. (richiamato dall'art. 224, n. 1, l.fall.), sia quella prevista dall' art. 224, n. 2, l.fall., stabiliscono infatti un necessario collegamento causale fra la condotta dell'agente e l'evento di dissesto (ovvero l'aggravamento del dissesto). I fautori di tale dottrina considerano possibile l'applicazione delle fattispecie incriminatrici rammentate solo in presenza della prova che la procedura concordataria sia stata attivata quando la società era ormai attualmente e definitivamente insolvente. Potranno invece avere diretta operatività le figure d'incriminazione previste dall'art. 217, primo comma, (ad eccezione di quella considerata dal n. 4), e secondo comma, l.fall., posto che le stesse non esigono il predetto rapporto di causalità.

La giurisprudenza di legittimità ha fatto ricorso ad una serie di

³⁴² In tal senso, F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in op. cit., p. 836 ss.; G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1296 ss.

motivi per superare tali difficoltà di coordinamento.

In primo luogo si è osservato che i fatti generatori dello stato di crisi e astrattamente integranti le ipotesi di reato di cui stiamo discorrendo, non troverebbero applicazione a cagione dello specifico richiamo ai fatti produttivi di dissesto operato dall'insieme delle norme sopra richiamate. Il risultato di una tale interpretazione porterebbe a una sorta di abrogazione di gran parte dell'art. 236 l.fall., disposizione che invece esprime un'esigenza di tutela con specifico riguardo a condotte di bancarotta commesse nell'ambito di procedure concorsuali diverse dal fallimento.

Un secondo argomento trae lo spunto dalla constatazione, ripetutamente ribadita, che il provvedimento d'ammissione al concordato assume, nella fattispecie di bancarotta societaria connessa a tale procedura funzione ed effetti identici a quelli della sentenza dichiarativa di fallimento con riguardo alle figure d'incriminazione di bancarotta fallimentare³⁴³.

Tuttavia la stessa legge sembra omologare questi effetti crisi/insolvenza/dissesto. Infatti l'art. 160 l.fall., ultimo comma, ha stabilito che nello stato di crisi “*si intende anche lo stato d'insolvenza*”. Al contempo, l'art. 172 l.fall, a proposito della relazione commissariale nel concordato preventivo, accenna testualmente alle “*cause di dissesto*”.

Dunque, sembra che i termini siano stati utilizzati con una certa fungibilità dal legislatore e non pare che da essi possano sorgere

³⁴³ Così, ancora, F. MUCCIARELLI, op. cit., p. 837.

conseguenze decisive in sede interpretativa³⁴⁴.

Quanto alla bancarotta preferenziale (cfr. art. 216 l.fall, terzo comma), è sempre stata considerata l'insidia più frequente che si presenta in caso di attuazione di soluzioni concordate della crisi in quanto punisce con la reclusione da uno a cinque anni *“il fallito, che prima o durante la procedura fallimentare, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, esegue pagamenti o simula titoli di prelazione”*.

La disposizione, diretta a tutelare la *par condicio creditorum*, delinea una fattispecie in cui la funzione di selezione delle condotte punibili viene demandata, unicamente, al dolo specifico (*“lo scopo di favorire, a danno dei creditori, uno di essi”*).

Tali conclusioni, in uno con quella secondo cui a rispondere del reato possono essere chiamati, in qualità di concorrenti nel reato, anche i creditori, hanno senz'altro costituito un forte freno al ricorso a strumenti di composizione della crisi. Solo la certezza di poter superare le difficoltà economiche era ritenuta idonea ad escludere il rischio di bancarotta, mentre la semplice speranza non era sufficiente ad escludere il dolo dal delitto di cui all'art 216, terzo comma, l.fall..

Il d.l. n. 35/2005 oltre a modificare il presupposto del concordato preventivo è intervenuto sull'art. 67 l.fall., introducendo una serie di esenzioni tra cui quella riguardante *“gli atti, i pagamenti e le garanzie poste in essere in esecuzione del concordato*

³⁴⁴ Si veda, F. GIUNTA, A. SCARCELLA, *Riflessi penali nella nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali*, in A. NIGRO, N. SANDULLI, (a cura di), *La riforma della delle fallimentare*, II, Torino, 2006, p. 1222.

preventivo...”³⁴⁵.

Allo scudo civilistico, creato per tali operazioni, non era stata accompagnata alcuna prescrizione per derubricare la rilevanza penale dei fatti (giustificandosi tale lacuna con la considerazione dell’insostenibilità di una penale rilevanza relativamente a un fatto civilisticamente lecito)³⁴⁶.

Quest’ultimo assunto era quindi divenuto un canone ermeneutico immediatamente utilizzabile dall’interprete delle norme penali.

In sede di conversione del d.l. n. 78/2010 il legislatore, facendo propri gli orientamenti dottrinari in tal senso, ha introdotto l’art. 217-bis l.fall., sotto la rubrica “*esenzioni dai reati di bancarotta*”³⁴⁷.

La logica di fondo che ha spinto il legislatore a introdurre la disposizione è evidente: come più volte sottolineato nel presente lavoro si vuole conferire maggiore interesse all’esperimento di soluzioni concordate della crisi d’impresa.

³⁴⁵ Come sopra detto, la riforma del diritto fallimentare ha riscritto i presupposti che legittimano l’azione revocatoria. Secondo l’opinione dottrinale e giurisprudenziale questo rimedio è proteso alla tutela della *par condicio creditorum*, una tutela propria anche del delitto di bancarotta preferenziale, previsto dall’art. 216, terzo comma, l.fall.. Esiste, cioè, una evidente continuità tra il rimedio giudiziale che dichiara l’inefficacia dei pagamenti e la condotta che punisce il pagamento preferenziale. A suggello dell’analogia stava, prima della riforma di cui è discorso, la coeva ideazione della normativa civilistica, e penalistica, sicché quest’ultima era modellata in maniera compatibile e sovente complementare alla prima. Non era scorretto evidenziare nella norma penale (almeno parzialmente) una funzione “sanzionatoria” rispetto alla previsione concorsuale.

³⁴⁶ Si veda, R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217-bis: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fallimento*, 2010, p. 1366 ss..

³⁴⁷ La disposizione dispone: “*Le disposizioni di cui all’art. 216, terzo comma, e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all’art. 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell’art. 182-bis o del piano di cui all’art. 67, terzo comma, lett. d), ovvero di un accordo di composizione della crisi omologato ai sensi dell’art. 12 della legge 27 gennaio 2012, n. 3, nonché ai pagamenti e alle operazioni di finanziamento autorizzati dal giudice a norma dell’art. 182-quinquies*”.

La disposizione dell'art. 217-*bis* formalizza quello che era l'orientamento dominante nella dottrina e giurisprudenza, escludendo dalla punibilità per le operazioni compiute in esecuzione della procedura e in tal modo rendendo più sicuro l'intervento di soggetti estranei sollevandoli dal timore di venire incriminati per concorso in bancarotta, qualora gli esiti degli strumenti di composizione della crisi fondati su intese tra creditore e debitore non siano fausti; e nonostante il tentativo di salvataggio dell'impresa, quest'ultima fallisca³⁴⁸.

Abbiamo visto come l'art. 236, secondo comma, nel disciplinare le norme incriminatrici per i soggetti diversi dall'imprenditore, richiami gli artt. 223 e 224 l.fall., in materia di bancarotta fallimentare.

Problema si pone nell'ipotesi di consecuzione tra concordato preventivo e fallimento, venendosi a creare un concorso di norme e, nel caso di specie - quello di bancarotta impropria -, tra l'art. 236, secondo comma e gli artt. 223/216 l.fall.³⁴⁹.

La Corte di Cassazione si è occupata varie volte (ultima nell'aprile del 2014), della questione del concorso normativo, in particolare in tema di prescrizione dei reati in ipotesi di consecuzione tra concordato e fallimento.

Nei casi sottoposti al giudice di legittimità (tutti, per quanto consta, analoghi tra loro), la difesa di soggetti accusati di reati fallimentari,

³⁴⁸ Così, F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis l.fall.*, in *Società*, 2011, p. 201 ss..

³⁴⁹ In giurisprudenza, si veda, Cass. 18 settembre 2007, n. 39307, in www.ilfallimentarista.it; Cass. 30 giugno 2011, n. 31117, in www.ilfallimentarista.it, 2011;

Cass. 12 marzo 2014, n. 15712, in www.ilfallimentarista.it, 2014; Cass. 8 aprile 2014, n. 15712, in www.ilfallimentarista.it, 2014.

invocando il principio della *consecutio* e sostenendo la tesi del verificarsi del momento consumativo dei reati medesimi all'atto dell'apertura della prima procedura, ha chiesto la declaratoria di prescrizione dei reati ascritti .

Può legittimamente sostenersi - tale è l'argomentazione base - che, nell'ipotesi in cui al concordato segua la dichiarazione di fallimento, tra le due procedure si venga a creare una relazione di sostanziale assorbimento, nel senso che, apertasi la prima procedura, tutto quanto consegua si sviluppi secondo un tracciato unitario. Da tale premessa si dovrebbe appunto concludere che l'individuazione del momento da cui far decorrere l'effetto estintivo del reato vada identificato nell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, poi sfociata in fallimento.

Il giudice di legittimità ha considerato inammissibile tale conclusione, e ciò sulla base di una serie di motivazioni³⁵⁰ .

La Corte intanto, in tali pronunce, non ha mai messo in discussione l'esistenza di un nesso funzionale tra concordato e fallimento e l'identità sostanziale dei presupposti delle due procedure allorché sia accertata *a posteriori*, con la dichiarazione di fallimento, l'esistenza dello stato d'insolvenza. Né ha messo in discussione il carattere unitario dei due procedimenti, discendenti dalla medesima situazione di difficoltà dell'impresa.

Ma, come abbiamo visto più volte in questo lavoro, non è possibile estendere in modo automatico gli effetti di tale costruzione: la

³⁵⁰ Si veda, Cass. 12 marzo 2014, n. 15712, in op. cit.; in dottrina, si veda, N. BERTOLINI CLERICI, *Decorrenza della prescrizione dei reati fallimentari nell'ipotesi di consecutio tra procedure e questioni sull'elemento soggettivo*, in www.ilfallimentarista.it, 2014.

retrodatazione/conservazione degli effetti è subordinata alla compatibilità della specifica disposizione con la disciplina generale del procedimento.

Nell'ambito penale, a giudizio della cassazione, non è possibile omologare i due procedimenti che presentano significative diversità e a cui corrispondono specifici effetti.

Se da una parte l'unitarietà delle procedure è supportata dalla medesima situazione di crisi caratterizzante i due procedimenti (l'insolvenza), dall'altra la cassazione individua una serie di diversità nella dinamica procedimentale.

Intanto, i presupposti dell'esistenza dei reati fallimentari sono diversi, a seconda se ci troviamo nel concordato o nel fallimento: nel primo caso l'azione penale è esercitabile dal decreto di apertura, nel secondo, salvo l'eccezione di cui *infra*, dalla sentenza dichiarativa di fallimento.

Le due procedure – rimarca la Corte – da un punto di vista sostanziale presentano differenze nei vincoli patrimoniali, in quanto nel concordato l'imprenditore mantiene l'amministrazione (vigilata) dell'impresa, salvo le note limitazioni dell'art. 167 l.fall., mentre nel fallimento gli è preclusa ogni attività gestoria³⁵¹.

Nel concordato, poi, il commissario giudiziale ha poteri di vigilanza sulla condotta dell'imprenditore, rimasto nel possesso del suo patrimonio; nel fallimento invece gli organi della procedura esercitano una vera e propria gestione sostitutiva.

³⁵¹ Cass. 18 settembre 2007, n. 39307, in op. cit.; Cass. 30 giugno 2011, n. 31117, in op. cit.

Alle diversità anzidette si aggiungono ulteriori discrasie di natura penalistica.

La norma da applicare al concordato preventivo evidenzia limitazioni che non sono riscontrabili nelle norme disciplinanti la bancarotta fallimentare³⁵².

I giudici di legittimità, inoltre, evidenziano come solo una parte dei reati fallimentari è “esportabile” nell’ambito dell’art. 236 l.fall.. L’imprenditore ammesso a concordato preventivo sarà assoggettato alla norma specifica individuata dal primo comma dell’art. 236, mentre solo con la dichiarazione di fallimento sarà assoggettato a bancarotta fraudolenta e bancarotta semplice.

Sul versante processuale, nel solo fallimento è possibile esercitare l’azione penale prima della sentenza, possibilità che è preclusa nel concordato preventivo, laddove è esercitabile solo dopo il decreto di apertura³⁵³.

Ci è ben noto che il principio della *consecutio* ci consente di retrodatare/conservare molteplici effetti della procedura prima adita nel procedimento susseguente(valga per tutti la data di avvio del periodo sospetto per l’azione revocatoria). Ma tale principio non opera nel campo degli illeciti penali fallimentari e la stessa unitarietà delle procedure, da questo angolo di visuale, risulta di molto appannata.

³⁵² La fattispecie di cui all’art. 236, primo comma, non è applicabile all’imprenditore societario mentre quella prevista dal secondo comma è inapplicabile all’imprenditore individuale.

³⁵³ L’art. 238 ammettendo la possibilità di esperire l’azione penale anche prima dell’inizio della procedura, si riferisce specificamente alla “*sentenza dichiarativa di fallimento*”. Non è possibile l’applicazione analogica al concordato preventivo per l’eccezionalità dell’istituto che la norma disciplina.

La Corte di Cassazione, sulla base delle argomentazioni dette, ha escluso che l'unitarietà, basata sul medesimo evento patologico, della crisi d'impresa possa portare "all'assorbimento" del fallimento nel concordato preventivo. Essa ha aderito casomai ad una lettura opposta, individuando nella sentenza dichiarativa di fallimento e nella vicenda procedimentale che ne consegue, l'elemento costitutivo, che ricapitola in sé quanto occorso in precedenza, e il sostrato che fornisce una maggiore sostanza all'elemento costitutivo dei reati concorsuali.

Pertanto il giudice di legittimità ha individuato nella sentenza di fallimento il termine dal quale inizia a decorrere la prescrizione dei reati, commessi anche antecedentemente alla dichiarazione di fallimento (e quindi nel concordato). Se, in materia di reati fallimentari, avesse concepito concordato e fallimento come un procedimento unitario, avrebbe giocoforza fatto decorrere i termini di prescrizione dal decreto di apertura della prima procedura.

A tali conclusioni era già giunta una pronuncia meno recente³⁵⁴, con riferimento alla bancarotta fraudolenta. La Suprema Corte ha affermato che entrambe le procedure concorsuali attribuiscono rilevanza penale alla lesione del patrimonio dei creditori; ma esiste tra le due norme, collegate al medesimo fatto illecito, *"un rapporto tale per cui quella correlata alla dichiarazione di fallimento ne esprime più specificamente il contenuto, assorbendo in sé, interamente, il disvalore sociale del fatto stesso"*.

La Suprema Corte ha affermato che come l'insolvenza, accertata con la dichiarazione di fallimento, assorbe i gradi precedenti della

³⁵⁴ Si veda, Cass. 7 giugno 1984, Cigalino, in *Cass. pen.*, 1985, p. 1220.

crisi economica dell'impresa, così la bancarotta fallimentare esprime più compiutamente la tutela dell'interesse patrimoniale dei creditori (in vista del riparto conseguente alla liquidazione dell'attivo), rispetto alla bancarotta qualificata dal concordato preventivo nella quale l'interesse di tutela patrimoniale è meno intenso.

In tal modo la Suprema Corte ha superato il problema relativo al concorso di norme conseguente alla conversione del concordato preventivo in fallimento, utilizzando il principio di specialità che comporta l'applicazione della fattispecie della bancarotta fallimentare, la quale assorbe la fattispecie della bancarotta conseguente al concordato preventivo.

Conclusioni

La Corte di Cassazione ha dato una definizione del principio di consecuzione in numerose pronunce. Prendendone una tra le molte, possiamo, con la Suprema Corte, descrivere tale principio come *“quel fenomeno caratterizzato dal verificarsi, a carico di un imprenditore e senza soluzione di continuità, di una serie di procedure a causa di una incapacità delle prime di conseguire i relativi scopi istituzionali. E ciò non come semplice successione di procedimenti, ma come sostanziale realizzazione di un'unica procedura concorsuale, nell'ambito della quale le varie fasi, rappresentate dalle procedure susseguentesi per conversione e trasformazione, assumono rilievo unitario e comportano l'estensione alle precedenti degli effetti principali caratterizzanti la procedura che conclude la sequenza. Una tale estensione è attuabile però soltanto se ed in quanto la disciplina prevista per il fallimento sia conciliabile con quella relativa alle precedenti procedure e riguardanti situazioni che, nell'ambito delle stesse procedure, non trovino espressa e chiara regolamentazione”*. (Cfr. Cassazione 30 maggio 1994, n. 5285)

Il fenomeno della *consecutio* ha origini giurisprudenziali e dottrinarie e si fonda sull'idea che le procedure susseguitesi nel tempo non siano autonomi procedimenti, ma fasi di un unico processo unitario.

L'unitarietà dei procedimenti, tuttavia, non avviene in modo automatico, estrinseco e cronologico, ma è subordinata all'esistenza, tra la procedura di concordato preventivo e quella fallimentare, di un legame logico-funzionale consistente nel

medesimo evento patologico che ha portato l'impresa al dissesto.

Tale costruzione veniva un tempo ammessa anche nell'ipotesi di conversione in fallimento dell'amministrazione controllata e, pure in presenza di una soluzione di continuità fra le due procedure, l'unitarietà del procedimento non era inficiata se si fondava su una continuità sostanziale.

La teoria della *consecutio* ingloba in una architettura sostanzialmente unitaria fenomeni fra loro sovente non omologabili e talora addirittura antinomici.

Il complesso degli effetti della consecuzione ha un corso bidirezionale perché se in taluni casi gli effetti degli atti compiuti nella prima procedura si conservano e si dispiegano nella susseguente, in altri casi gli effetti dell'ultima (fallimento) esondano dal loro ambito e si riverberano a ritroso nella prima costituendo, nel tessuto di quest'ultima, un'anticipazione della procedura successiva.

La giurisprudenza ha avuto, comunque, modo di chiarire, nel definire il fenomeno della *consecutio*, che l'estensione degli effetti all'interno del procedimento unitario può avvenire solamente nell'ipotesi in cui l'istituto regolato nel fallimento sia compatibile con la disciplina generale della procedura minore ovvero non trovi espressa e precisa regolamentazione in quest'ultima.

In data recente, ciò che era stato in precedenza oggetto di controversi e talora aspri contrasti in sede giurisprudenziale e dottrina, ha trovato, per un aspetto fondamentale della *consecutio*, una sua disciplina positiva. Infatti, il d.l. 22 giugno 2012 n. 83, convertito con modificazione nella l. 7 agosto 2012 n.

134, ha stabilito quanto appresso: “*Nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.*”

Tale norma ha recepito e formalizzato forse il più importante tra gli effetti della *consecutio*: la retrodatazione del periodo sospetto al tempo della prima procedura, realizzando la *ratio* della tutela degli interessi della massa creditoria e della preservazione della *par condicio* dei creditori concorsuali.

L’esplicita introduzione della retrodatazione del periodo sospetto ha senza dubbio riaffermato e consolidato il principio della *consecutio*. Ciò si era reso necessario dopo la fase delle riforme 2005-2007 che aveva indotto parte della dottrina a considerarlo inapplicabile, vista la ritenuta sua incompatibilità con il sistema normativo profondamente mutato. Tuttavia, nonostante l’intervento normativo, non si sono del tutto risolte le problematiche applicative del principio stesso.

Se in tema di retrodatazione del periodo sospetto ai fini dell’azione revocatoria non possono ormai più sussistere dubbi, per una serie di altri aspetti l’estensione degli effetti della procedura fallimentare a ritroso potrà avvenire solo dopo una verifica della compatibilità con la disciplina generale del concordato preventivo, disciplina, che è stata oggetto di significative modificazioni negli ultimi anni, le quali hanno accentuato la complessità applicativa del principio della *consecutio*.

Detto questo è possibile accedere, come da più parti si è fatto e si

continua a fare, ad una interpretazione estensiva della norma citata sulla revocatoria portando al momento genetico da essa individuato l'inizio della consecuzione?

In altri termini e azione revocatoria a parte qual è il momento nel quale possiamo individuare ad ogni altro effetto, l'inizio del procedimento unitario di consecuzione?

Sappiamo che l'impostazione tradizionale individuava tale termine nel *dies* dell'ammissione dell'imprenditore alla procedura di concordato preventivo o di amministrazione controllata.

Tale orientamento si fondava sul fatto che solo dopo l'accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza si poteva configurare un procedimento unitario, caratterizzato dalla sostanziale uguaglianza dei presupposti dei procedimenti.

La pronuncia fallimentare era assunta come strumento legale di accertamento dell'insolvenza e medesima efficacia veniva attribuita al provvedimento di ammissione al concordato preventivo, sulla base dell'omogeneità sostanziale dei presupposti tra concordato e fallimento.

Un versante minoritario della dottrina individuava invece il termine al quale far retrodatare e/o dal quale conservare gli effetti della consecuzione nella data di proposizione del ricorso per concordato preventivo. Nella domanda, essi sostenevano, poteva ravvisarsi il momento "confessorio" della qualità di imprenditore commerciale in stato d'insolvenza: e da tale comportamento processuale il legislatore faceva derivare il sistema sanzionatorio del fallimento, qualora si fosse palesato inutile il tentativo di evitarlo.

In linea di continuità con tale orientamento si è posto il legislatore con la norma dell'art. 69-*bis* sopra richiamato, la quale ha appunto individuato il termine da cui computare il periodo sospetto dell'azione revocatoria fallimentare nella “*data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese*”, e ciò a prescindere dalla successiva ammissione al concordato.

Sulla base della constatazione di tali innovazioni normative, possiamo rispondere affermativamente alle domanda che più sopra ci siamo posti.

Sappiamo che, oggidi, il periodo intercorrente tra la pubblicazione della domanda di concordato e la successiva eventuale ammissione, è soggetta a specifica regolamentazione. Tale intervallo temporale può ormai leggersi come una fase ulteriore del sistema unitario funzionale ai successivi procedimenti, finalizzato alla tutela degli interessi più cospicui delle procedure concorsuali (tutela della massa creditoria e della *par condicio creditorum*).

L'introduzione del concordato “in bianco” operata dal d.l. 83/2012 oltre che estendere al preconcordato l'effetto dello spossessamento attenuato proprio del concordato ordinario, concede all'imprenditore di usufruire dei benefici protettivi del concordato attraverso il mero deposito della domanda “in bianco”. Gli atti compiuti dall'imprenditore, nell'intervallo tra il deposito/pubblicazione della domanda di concordato e l'ammissione alla procedura, posti in essere con la finalità di continuare l'attività d'impresa e di predisporre i mezzi per l'ammissione e la successiva esecuzione del concordato, sono sottoposti al regime di inefficacia prevista dall'art. 167 l.fall., potendosi equiparare la situazione

dell'imprenditore istante e quella dell'imprenditore ammesso alla procedura.

Inoltre, non si può non notare che l'effetto conservativo tipico della consecuzione delle procedure si produca, in materia di esenzione dalla revocatoria, sin dalla pubblicazione della domanda per "*gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161*", (cfr. art. 67, terzo comma, lett. e).

Milita senz'altro a favore dell'interpretazione da noi data la norma dell'art. 169 l.fall. la quale, nel richiamare le disposizioni in materia fallimentare estese alla disciplina del concordato preventivo, precisa che esse devono applicarsi "*con riferimento alla data di presentazione della domanda*".

L'esistenza di un sistema unitario a partire dal deposito/pubblicazione della domanda di concordato preventivo e a prescindere dalla successiva ammissione, è stata confermata dalla stessa Corte di Cassazione, la quale ha sostenuto l'applicazione del principio della *consecutio* a una fattispecie in cui la richiesta procedura di concordato preventivo non era stata aperta. In tale sede il giudice di legittimità, affermando che la dichiarazione di fallimento accertava *ex post* che lo stato di crisi alla base della richiesta era da leggere come stato d'insolvenza, retrodatava l'efficacia della declaratoria fallimentare alla data di presentazione della domanda.

Con l'affermazione giurisprudenziale della retrodatazione degli effetti del fallimento al momento della manifestazione dello stato di dissesto e con l'individuazione, nella data di deposito della

domanda, del momento iniziale del procedimento unitario di consecuzione, abbiamo parlato di alcuni degli aspetti fondamentali e più generali della tematica che ci occupa. Prima di passare, nelle presenti conclusioni, ad altre questioni importanti concernenti la *consecutio* e i suoi effetti, vogliamo semplicemente ribadire che quanto si legge nella disciplina positiva recentemente introdotta, era già stato teorizzato da larga parte della dottrina e giurisprudenza ante riforma le quali estendevano anche all'istituto dell'amministrazione controllata, ora soppressa, gli effetti di retrodatazione che abbiamo finora visti per il concordato. Di altri aspetti andiamo ora a parlare, riservandoci di trattare, nella parte finale delle presenti "conclusioni", la questione dello specifico esame della compatibilità degli effetti del fallimento con la disciplina generale del concordato preventivo.

Si applica la consecuzione agli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis*?

Autorevole dottrina li ha sostanzialmente equiparati al concordato ed ha visto in entrambi rimedi equipollenti alla crisi. D'altronde la legge di riforma del 2012 ha indubbiamente avvicinato la disciplina dei due istituti, entrambi volti al risanamento dell'impresa attraverso la prosecuzione dell'attività aziendale.

Vanno in questa direzione alcune disposizioni introdotte contestualmente per ambedue i procedimenti: quella che rende prededucibili i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati in esecuzione del concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione (art. 182-*quater*, l.fall.); quella che prevede la c.d. "passerella reciproca" fra concordato preventivo e

accordi di ristrutturazione, dettata dall'art. 161, sesto comma, l.fall., e dall'art. 182-*bis*, ottavo comma, l.fall.; la norma che consente al debitore che ha presentato domanda di concordato o di accordi di ristrutturazione (anche ai sensi dell'art. 161, sesto comma, e dell'art. 182-*bis*, sesto comma) di ottenere dal Tribunale l'autorizzazione a contrarre finanziamenti, con il riconoscimento della preveducibilità (art.182-*quinqies*).

Nonostante tutto questo un cospicuo versante dottrinario nega l'estensione della *consecutio* agli accordi di ristrutturazione, e ciò per l'impossibilità di qualificare tale strumento di composizione della crisi come una procedura concorsuale.

La medesima dottrina ed altra ad essa avversa si sono comunque trovate a convergere sull'idea di un profondo rivolgimento della nozione di concorsualità negli ultimi dieci anni, rivolgimenti riguardanti, anche a seguito delle leggi di riforma, il *favor* riservato a soluzioni che preservino il valore dell'impresa nella prosecuzione della sua attività e che privilegino accordi fra debitori e creditori fuori da complesse pastoie giurisdizionali e procedurali.

La negazione di includere gli accordi di ristrutturazione nell'alveo degli istituti concorsuali ci sembra divenuta col tempo molto più perplessa. Tale perplessità crediamo di poter condividere ritenendo che le nuove comuni caratteristiche delle procedure *de quibus* in uno con gli interventi legislativi susseguitisi a partire dal 2005, oltre a modificare la disciplina generale del concordato militino in favore di un atteggiamento maggiormente inclusivo degli accordi di ristrutturazione nell'ambito delle procedure concorsuali e, di conseguenza, di un'applicazione del principio di *consecutio* a tale

procedimento.

È necessario ora fare un cenno al rapporto fra la consecuzione delle procedure e il decorso degli interessi in costanza delle medesime. Abbiamo detto cenno in quanto la vicenda era già quasi unanimemente risolta prima delle leggi di riforma.

Il richiamo operato nell'art. 169 della norma di cui all'art. 55 l.fall. dispone la sospensione del corso degli interessi a far tempo dalla domanda di concordato. La natura liquidatorio-satisfattiva della procedura di concordato preventivo era compatibile, nel vigore del previgente sistema normativo, con la retrodatazione di tale effetto e, in caso di conversione in fallimento, la sospensione iniziata fin dalla prima procedura si veniva a saldare con quella prevista dalla disciplina fallimentare. Stesso discorso non poteva farsi (ma solo per la prevalente giurisprudenza e dottrina) per gli interessi maturati nell'eventuale pregressa procedura di amministrazione controllata, la quale, avendo finalità di risanamento aziendale, non poteva giustificare la cristallizzazione dei crediti chirografari.

L'art. 169, oltre a richiamare la disciplina fallimentare della sospensione degli interessi prevedeva nella normativa pre-riforma (e prevede tutt'ora), l'applicazione della compensazione con riferimento alla data di presentazione della domanda di concordato. Nell'ipotesi di consecuzione di procedure, l'orientamento prevalente in giurisprudenza e dottrina era quello di tenere come discriminante, al pari di altre vicende giuridiche esaminate, il decreto di apertura della procedura. Nel periodo post-riforma la tendenza ad ampliare l'ambito del procedimento unitario di consecuzione fino al momento della domanda, tendenza che - come visto - abbiamo

notato in diverse situazioni giuridiche, si è manifestata anche nel campo della compensazione. La recente sentenza della Cassazione (n. 18437 del 2010), commentata nel presente elaborato, ha affermato che nella compensazione tra debiti e crediti verso il fallito debba farsi riferimento anche nel caso di consecuzione al momento della domanda e non a quello del decreto.

Un altro specifico effetto che si ricollega alla consecuzione di procedure concorsuali è il diritto al soddisfacimento con prededuzione, nella procedura concorsuale finale, dei crediti sorti non all'interno o in funzione della stessa, bensì nell'ambito di una precedente procedura.

Prima del d.lgs. 5/2006, che ha completamente riscritto l'art. 111 l.fall., tale disposizione attribuiva la qualificazione della prededucibilità ai “*debiti contratti per l'amministrazione del fallimento*” e ai debiti contratti “*per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, se questa [era] stata autorizzata*”.

Rappresentando tale norma una deroga al principio della *par condicio creditorum* la giurisprudenza maggioritaria ne dava un'interpretazione restrittiva e tale orientamento si riscontrava anche nel caso di *consecutio* ove un'interpretazione di tipo diverso era valutata caso per caso.

La prededuzione veniva applicata solo ai crediti sorti nel corso dell'amministrazione controllata e in relazione alla finalità recuperatoria di quest'ultima, ma non anche ai crediti sorti nel concordato preventivo nel quale l'eventuale continuazione da parte del debitore dell'esercizio dell'impresa non costituiva il mezzo essenziale per la realizzazione della procedura medesima,

conservando essa procedura una funzione essenzialmente liquidatoria.

La riforma del diritto fallimentare del 2005-2007, come più volte sottolineato, ha realizzato una profonda modifica dell'istituto del concordato preventivo e, in particolare, della sua funzione all'interno del sistema delle procedure concorsuali. Il nuovo concordato, come noto, non ha più mera natura liquidatoria ma è divenuto uno strumento utile per il perseguimento di un celere ed efficiente componimento della crisi d'impresa, avente l'ulteriore scopo della salvaguardia del valore dei beni organizzati per l'esercizio dell'attività imprenditoriale.

Le nuove norme introdotte in materia di concordato preventivo non si sono occupate direttamente del principio della *consecutio*, ma il legislatore ha attribuito rilevanza a tale principio inserendo tra i crediti prededucibili quelli “*sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*” (cfr. art. 111, secondo comma, l.fall.).

Tale scelta normativa tradisce il fine pratico di guardare con favore l'accesso a soluzioni concordate del dissesto e sotto il profilo giuridico, costituisce una conferma dello stretto legame intercorrente tra procedure minori e fallimento.

Nei successivi interventi normativi il legislatore ha introdotto altre categorie di crediti prededucibili sia nel procedimento per gli accordi di ristrutturazione che nel concordato, in ciò confermando, anche da questo versante la natura sostanzialmente unitaria dei vari procedimenti concorsuali (cfr. art. 182-*quater*, art. 161, settimo comma, art. 182-*quinquies*).

In controtendenza all'orientamento che pareva affermarsi è stata introdotta, con la legge n. 9/2014, la norma interpretativa dell'art. 111 secondo comma. Tale interpretazione ha imposto una lettura rigida del principio della *consecutio* - seppure limitata alle prededuzioni preconcordatarie -, in quanto l'ha subordinata alla duplice condizione dell'apertura della procedura e dall'assenza di un intervallo temporale nel passaggio tra il "concordato in bianco" e il concordato preventivo.

L'art. 22, comma 7, del d.l. 24 giugno 2014, n. 91, ha abrogato la norma interpretativa la quale, anziché portare ordine all'interno del variegato mosaico delle prededuzioni aveva aggiunto ulteriori elementi di complicazione.

L'abrogazione è stata salutata favorevolmente da quella dottrina che aveva visto in essa un elemento di contraddizione con i contenuti di riforma della disciplina del concordato preventivo susseguentisi a partire dal 2005, e una nota stonata che avrebbe pregiudicato il perseguito *iter* di continuità aziendale. Quella lettura rigida di cui parlavamo sopra è ora venuta meno così come la distinzione tra crediti assoggettati alla norma interpretativa e crediti estranei al suo ambito di applicazione.

La qualifica di prededucibilità del credito non resta confinata all'interno della procedura di concordato ma si conserva nella consecutiva procedura fallimentare. Ma ciò solo quando è possibile affermare l'esistenza e l'operatività del principio della *consecutio*, vale a dire se esiste il tante volte richiamato legame logico-funzionale tra le procedure concorsuali.

La riforma del diritto fallimentare ha influito positivamente

sull'estensione del principio della *consecutio* anche nel campo delle formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi.

Il giudice di legittimità aveva escluso l'applicazione, sin dalla prima procedura, degli effetti della norma *ex art. 45 l.fall.*, sia perché detta norma non era espressamente richiamata dalla disciplina concordataria (e da quella dell'a.c.), sia perché essa era incompatibile con la disciplina generale del concordato preventivo. Quest'ultima non vietava il compimento delle formalità necessarie per rendere opponibili *erga omnes* gli atti dispositivi stipulati dal debitore prima dell'instaurazione della procedura. Il compimento di tali formalità, inquadrabili tra gli atti di ordinaria amministrazione, anche se compiuti dopo la domanda era pienamente ammesso in sede di concordato.

La situazione è cambiata con l'entrata in vigore del d.lgs. 5/2006 che ha inserito nel contenuto dell'art. 169 l.fall. il richiamo all'art. 45, prevedendo espressamente che le formalità dettate dalla legge per rendere opponibili gli atti ai terzi sono prive di effetto rispetto ai creditori concorsuali se compiute dopo il deposito della domanda.

La mutata situazione determinata dall'innovazione apportata dalla legge di riforma ha permesso al principio della consecuzione delle procedure concorsuali di trovare piena applicazione anche per l'effetto *de quo*, saldandosi, in caso di successione in fallimento, con la medesima disciplina prevista in sede fallimentare.

Se da una parte l'innovativa disciplina e il diverso fine verso cui lo strumento concordatario è stato indirizzato hanno, in via indiretta, influito positivamente sul principio della *consecutio* rafforzandone estensione e ambito di applicazione, non possono negarsi né

sottacersi, dall'altra, i persistenti e non irrilevanti limiti della sua applicabilità nel procedimento unitario formato da concordato preventivo-fallimento.

L'inapplicabilità di talune norme fallimentari al concordato preventivo è giustificata, dal versante maggioritario della dottrina, come incompatibilità dettata dal silenzio normativo e dalla diversa natura e finalità delle procedure minori rispetto al fallimento.

Un primo rilevante caso di incompatibilità lo rinveniamo nel regime di sospensione dei contratti pendenti. La natura del concordato preventivo e dell'amministrazione controllata sembrava incompatibile con il regime di sospensione dell'esecuzione dei contratti pendenti di cui il fallito sia parte (sospensione che, come è noto, può evolvere nel subentro del curatore nei rapporti contrattuali preesistenti ovvero nello scioglimento degli atti contrattuali stessi).

L'introduzione di un'espressa disciplina in tema di effetti del concordato preventivo sui contratti in corso di esecuzione, prevista dalla l. n. 134/2012, non ha risolto la disarmonia applicativa del principio della *consecutio*. Il legislatore, ponendosi nel solco della precedente dottrina e giurisprudenza, ha disposto da un lato la continuazione degli effetti dei contratti in corso d'esecuzione, dall'altro ha concesso al debitore concordatario il potere di provocare (sia pure con l'autorizzazione del Tribunale o, dopo l'ammissione alla procedura, del giudice delegato), la sospensione della loro esecuzione o persino lo scioglimento.

Il problema che si pone è se, tra gli effetti fatti salvi dalla consecutio delle procedure, debba annoverarsi anche lo scioglimento dei contratti in corso d'esecuzione.

La dottrina, qualora al concordato consegua il fallimento, non ammette la possibilità di retrodatare il regime della sospensione automatica al momento della presentazione del ricorso, che concede invece al curatore la scelta dell'eventuale continuazione, anche quando, in sede d'ammissione alla procedura concordataria, il Tribunale (o il giudice delegato) aveva autorizzato lo scioglimento.

Ad analoghe conclusioni si dovrebbe logicamente pervenire nell'ipotesi inversa a quella sopradetta, vale a dire allorché nella precedente procedura di concordato abbiano continuato a spiegare i loro effetti i contratti in essere.

Non possono quindi caducarsi con efficacia *ex tunc* gli effetti prodotti da tali negozi. La dottrina afferma che concedere tale possibilità al curatore nel successivo fallimento recherebbe un *vulnus* ai principi che governano l'autonomia privata, ove si pretendesse di riportare in vita un negozio - o viceversa di scioglierlo retroattivamente -, motivando tale reviviscenza con un mutamento medio termine intervenuto nelle prospettive di soluzione della crisi d'impresa.

Un secondo importante caso di incompatibilità lo rinveniamo in campo penale.

Negli atti defensionali di un giudizio penale giunto al vaglio della Suprema Corte è stata vigorosamente sostenuta, da parte della difesa degli imputati, la tesi che poggiava sul riconoscimento esplicito del principio della *consecutio*. Nell'ipotesi in cui al concordato segua la dichiarazione di fallimento – si affermava -, tra le due procedure si viene a creare una relazione di sostanziale assorbimento, nel senso che, apertasi la prima procedura, tutto

quanto consegua si sviluppi secondo un tracciato unitario. Sulla base di tale premessa - si concludeva -, l'individuazione del momento da cui far decorrere l'effetto estintivo del reato va identificata nell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, poi sfociata in fallimento.

Si faceva quindi decorrere la prescrizione del reato dal decreto di apertura del concordato e, della prescrizione stessa, si chiedeva la declaratoria.

Il giudice di legittimità, considerando inammissibile tale conclusione, ha individuato nella sentenza di fallimento il termine dal quale inizia a decorrere la prescrizione dei reati commessi antecedentemente alla dichiarazione di fallimento (e quindi nel concordato). Se, in materia di reati fallimentari, avesse concepito concordato e fallimento come un procedimento unitario, avrebbe giocoforza fatto decorrere i termini di prescrizione dal decreto di apertura della prima procedura.

A conclusioni analoghe la Suprema Corte era già giunta in materia di bancarotta fraudolenta negando in toto, in materia penale, l'applicabilità e la compatibilità alla precedente procedura concordataria della normativa fallimentare.

In tale circostanza la Suprema Corte, superando il problema relativo al concorso di norme, che conseguiva alla conversione del concordato preventivo in fallimento, aveva utilizzato il principio di specialità con l'applicazione della fattispecie della bancarotta fallimentare, assorbente la fattispecie della bancarotta conseguente al concordato preventivo.

Nelle ipotesi considerate, pur affermandosi la piena operatività della

consecutio in ambito fallimentare, se ne negava la compatibilità con il sistema dei reati fallimentari i quali postulavano l'autonomia di ogni singola procedura.

In conclusione possiamo dire che, in materia di rapporti pendenti e di reati fallimentari, il principio della *consecutio* e gli interessi sottesi alla tutela che esso dispiega, cedono il passo (divenendone incompatibili) a interessi relevantissimi tutelati dall'ordinamento giuridico, quale la tutela dell'autonomia negoziale, la tutela della certezza dei contratti e la salvaguardia dei soggetti offesi dai reati fallimentari.

Bibliografia

DOTTRINA

F. ABATE, *La spinta degli accordi di ristrutturazione verso la concorsualità*, in *Fallimento*, 2013.

G. ALESSI, *I debiti di massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987.

G. ALESSI, *Sospensione degli interessi nel Concordato Preventivo seguito da Fallimento*, in *Fallimento*, 1992.

G. ALESSI, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005.

S. AMBROSINI, *Appunti “flash” sull’art. 182-quater della legge fallimentare*, in www.ilcaso.it, 2010.

S. AMBROSINI, *Profili civili e penali delle soluzioni negoziate nella L. n. 122/2010*, in *Fallimento*, 2011

S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in *Fallimento*.

U. APICE, *Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di concordato preventivo*, in *Fallimento*, 1988.

U. APICE, *Consecuzione di procedure ed effetti del fallimento*, in *Fallimento*, 1996.

U. APICE, *L’abolizione del fallimento d’ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2008.

M. ARATO, *Consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 1989.

A.M. AZZARO, *Concordato preventivo e autonomia privata*, in *Fallimento*, 2007.

G. BERSANI, *Fisiologia e patologia del giudizio di omologazione nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2012.

N. BERTOLINI CLERICI, *Decorrenza della prescrizione dei reati*

fallimentari nell'ipotesi di consecutio tra procedure e questioni sull'elemento soggettivo, in www.ilfallimentarista.it, 2014.

L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal "decreto competitività"*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009.

S. BONFATTI, *Procedure concorsuali minori e prededuzione*, in *Giur. comm.*, 1986.

S. BONFATTI, *Luci e ombre nella consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Dir. della banca e del mercato finanziario*, 1995.

S. BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziale della crisi d'impresa: opportunità e responsabilità*, in www.ilcaso.it, 2010.

A. BONSIGNORI, *Del concordato preventivo*, in *Commentario Scajola Branca: Legge fallimentare a cura di F. BRICOLA, F. GALGANO*, Bologna-Roma, 1979.

A. BONSIGNORI, *L'amministrazione controllata*, Padova, 1989.

G. BORELLA, *Ancora sulla consecuzione di procedure concorsuali e decorrenza degli interessi*, in *Giur. comm.*, 1990.

P. BOSTICCO, *La Cassazione conferma il principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento*, in *Fallimento*, 2011.

G. BOZZA, *Il concordato preventivo: effetti per i creditori*, in *Fallimento*, 1992.

G. BOZZA, *L'azione revocatoria nel fallimento*, in *Giur. comm.*, 2013.

G. BOZZA, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013.

L. BRUNETTI, *Diritto concorsuale*, Padova, 1944.

E. BRUSCHETTA, *La ripartizione dell'attivo. Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009.

A. CAMILLETTI, *Brevi considerazioni in tema di revocatoria fallimentare nel caso di consecuzione di amministrazione controllata e fallimento*, in *Giur. Comm.*, 1997.

- A. CARRATTA, *Corte costituzionale, cassazione e decorrenza dei termini per la revocatoria nel fallimento successivo all'amministrazione controllata*, in *Giur. comm.*, 1995.
- F. CASA, F. SEBASTIANO, *I contratti in corso di esecuzione nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014.
- P. CATALLOZZI, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e la loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione*, in *Fallimento*, 2008.
- P. CATALLOZZI, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*, in *Fallimento*, 2008.
- A. CECCHERINI, *Effetti nel fallimento consecutivo*, in *Fallimento*, 1992.
- P.F. CENSONI, *Gli effetti del concordato preventivo sui rapporti giuridici preesistenti*, Milano, 1988.
- P. F. CENSONI, *"Formalità" necessarie per rendere gli atti opponibili ai terzi e concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 1991.
- P.F. CENSONI, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo dopo le riforma della legge fallimentare*, in www.ilcaso.it, 2013.
- P. F. CENSONI, *La continuazione e lo scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it
- G. CIERVO, *Quale destino per il principio di consecuzione di procedure concorsuali?*, in *Giur. Comm.*, 2011.
- G. CIERVO, *Precedibilità dei crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale*, in *Giur. comm.*, 2013.
- G. CIERVO, *Crediti sorti "in funzione" della procedura concorsuale: solo quelli dell'attestatore sono precedibili*, in *Giur. comm.*, 2013.
- G. COLAFRANCESCHI, *Conversione del procedimento concorsuale e accertamento dei presupposti*, in *Dir. fall.*, 1952.

- F. CORBELLO, *Osservazioni a Cass. 6 agosto 2010, n. 18437 in tema di consecuzione di procedure concorsuali*, in *Banca borsa tit. credito.*, 2012.
- F. D'ALESSANDRO, *Il nuovo art. 217-bis l fall.*, in *Società*, 2011.
- F. DE MARCO, *La consecuzione dei procedimenti concorsuali*, in *Dir. fall.*, 1953.
- A. DE MARTINI, *Debiti contratti durante il concordato preventivo o l'amministrazione controllata e fallimento sopravvenuto*, in *Riv. dir. comm.*, 1956.
- V. DE MARTINO, *Commentario alla legge fallimentare*, Roma, 1972.
- F. DE SANTIS, *Fattibilità del piano concordatario nella lettura delle sezioni unite*, in *Fallimento*, 2013.
- A. DIDONE, *Note minime sulla consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Giust. civ.*, 2010.
- F. DI MARZIO, *Prededucibilità dei "crediti funzionali" alle procedure concorsuali e agli accordi omologabili disciplinati nella l. fallimentare*, in www.ilfallimentarista.it, 2011.
- M. FABIANI, *Consecuzione di procedimenti e decorrenza dei termini per l'azione revocatoria*, in *Fallimento*, 1994.
- M. FABIANI, *Retrodatazione del periodo sospetto per gli atti dei soci illimitatamente responsabili*, in *Fallimento*, 1995.
- M. FABIANI, *La "passerella" reciproca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2012.
- M. FABIANI, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa, (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in www.ilcaso.it, 2012.
- M. FABIANI, *Vademecum per la domanda "prenotativa" di concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2012.
- M. FABIANI, *La "passerella" reciproca fra accordi di ristrutturazione*

- e concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2012.
- M. FABIANI, *La consecuzione biunivoca fra accordi di ristrutturazione e concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2013.
- M. FABIANI, *La questione “fattibilità” del concordato preventivo e la lettura delle sezioni unite*, in *Fallimento*, 2013.
- M. FABIANI, *Per una lettura costruttiva della disciplina dei contratti pendenti nel concordato preventivo*, in www.ilcaso.it, 2013.
- G. FAUCEGLIA, *Il ruolo del tribunale nella fase di ammissione del nuovo concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2005.
- F. FERRARA E A. BORGIOLO, *Il fallimento*, Milano, 1967.
- M. GAETA, *Consecuzione di procedure e azione revocatoria*, in *Giust. civ.*, 2012.
- P. GENOVIVA, *Risoluzione ex art. 186 l.fall.*, in *Fallimento*, 2014.
- M. GIORGETTI e M.L. MANFREDI, *Consecuzione di procedure: decorrenza del periodo sospetto per l’ azione revocatoria*, www.ilfallimentarista.it, 2014.
- V. GIORGI, *Consecuzione di procedure concorsuali e prededucibilità dei crediti*, Milano, 1996.
- F. GIUNTA, A. SCARCELLA, *Riflessi penali nella nuova disciplina del fallimento e delle procedure concorsuali*, in A. NIGRO, N. SANDULLI, (a cura di), *La riforma della delle fallimentare*, II, Torino, 2006.
- L. GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2003.
- A. GUIOTTO, *Il credito del professionista nella consecuzione di concordato preventivo in fallimento*, in *Fallimento*, 2010.
- B. INZITARI, *Il problema della “retrodatazione” dei termini per la revocatoria fallimentare nella consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1991.
- F. LAMANNA, *Graduazione e conflitto tra crediti prededucibili e crediti assistiti da garanzia reale*, in *Fallimento*, 1995.

- F. LAMANNA, *La Legge Fallimentare dopo il “Decreto sviluppo”*, in *Il Civilista*, 2012.
- F. LAMANNA, *I crediti prededucibili perché “funzionali” alle procedure concorsuali previsti dall’articolo 111 l.fall., comma 2, l.fall.*, in www.ilfallimentarista.it, 2013.
- F. LAMANNA, *La limitata ultrattività della prededuzione secondo il decreto “Destinazione Italia” nella consecutio tra il concordato e le altre procedure concorsuali*, in www.ilfallimentarista.it, 2014.
- S. LEUZZI, *Precondordato “abortito” e prededuzione dei crediti*, in www.ilfallimentarista.it, 2014.
- G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 1986.
- G. LO CASCIO, *L’amministrazione controllata*, Milano, 1989.
- G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002.
- G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007.
- G. LO CASCIO, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in *Fallimento*, 2013.
- G. LO CASCIO, *Codice commentato del fallimento, sub art. 162*, Milano, 2013.
- R. LOTTINI, *Il nuovo art. 217-bis: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Fallimento*, 2010.
- A. JORIO, *I rapporti giuridici pendenti nel concordato preventivo*, Padova, 1973.
- A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare*, 1986.
- R. MARTINO, *Fallimento “consecutivo” e sospensione del corso degli interessi: alcune considerazioni alla luce dell’esperienza tedesca*, in *Giust. civ.*, 1991.
- A.C. MARROLLO, *La risoluzione del concordato preventivo e la successiva dichiarazione di fallimento nella riforma della legge fallimentare: vige ancora la c.d. consecuzione delle procedure*

concorsuali?, in *Fallimento*, 2007.

B. MELI, *La consecuzione delle procedure concorsuali: problematiche e soluzioni con particolare riferimento al computo del periodo sospetto ai fini della revocatoria fallimentare; decorrenza degli interessi; alla prededuzione; alla preesistenza dei rapporti giuridici*, in *Dir. Fall.*, 1992.

F. MONTALDO, *Consecuzione di procedure e compenso del curatore fallimentare, già commissario giudiziale*, in *Dir. fall.*, 2007.

F. MUCCIARELLI, *Stato di crisi, piano attestato, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo e fattispecie penali*, in *Riv. trim. dir. pen. Econ.*, 2009.

G.B. NARDECCHIA, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 2008.

G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2008.

G. B. NARDECCHIA, *L'art. 169 l.fall. dopo la riforma del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2009.

G. B. NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012.

G.B. NARDECCHIA, *La fattibilità al vaglio delle sezioni unite*, in www.ilcaso.it, 2013.

M. NICOLAI, *La legge fallimentare riformata e consecuzione di procedure concorsuali*, in www.ilfallimentarista.it, 2012.

A.NIGRO, D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2012.

N. NISIVOCCIA, *Il compenso del commissario giudiziale nella conversione del concordato preventivo in fallimento*, in *Fallimento*, 2009.

- N. NISIVOCCIA, *La consecuzione del fallimento al concordato preventivo: le fattispecie di conversione*, in *Riv. dir. proc.*, 2012.
- I.L. NOCERA, *Il principio della consecuzione di procedure: l'unitarietà dei procedimenti di concordato preventivo e fallimento*, in *Dir. fall.*, 2012.
- S. PACCHI PESUCCI, *Concordato preventivo e prededuzione*, in *Giur. comm.*, 1980.
- F. PACILEO, "Consecutio" tra fallimento e concordato preventivo: dal giudice al legislatore, in *Dir. fall.*, 2013.
- P. PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1986.
- L. PANZANI, *Amministrazione controllata e sospensione del decorso degli interessi nel successivo fallimento*, in *Fallimento*, 1990.
- L. PANZANI, *Risoluzione e annullamento*, in *Fallimento*, 1992.
- L. PANZANI, *Legittimità costituzionale della retrodatazione del periodo sospetto*, in *Fallimento*, 1995.
- L. PANZANI, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Fallimento*, 2006.
- L. PANZANI, *Prima interpretazione delle nuove disposizioni sulla prededucibilità dei crediti con riguardo alla disciplina dei finanziamenti*, in www.ilfallimentarista.it, 2014.
- A. PATTI, *Il leasing nelle procedure concorsuali minori*, in *Giur. comm.*, 1996.
- A. PATTI, *La prededuzione dei crediti funzionali al concordato preventivo tra art. 111 ed art. 182-quater l fall.*, in *Fallimento*, 2011.
- B. PIAZZOLA, *Le nuove regole sul voto nel concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2013.
- L. PINTO, *Sulla revocatoria fallimentare degli atti posti in essere durante il precedente concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 1998.
- R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1955.
- R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974.

- F. RECINE, *Osservazioni a Cass. 18 luglio 1990, n. 7339, in tema di sospensione di interessi*, in *Banca bors. e tit. credito*, 1991.
- V. RINALDI, *Revocatoria fallimentare della garanzia, consecuzione di procedure e sorte dei pagamenti avvenuti in sede di riparto concordatario*, in *Fallimento*, 2005.
- D. ROMANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti alla luce del d.l. n. 83/2012*, in *Giust. civ.*, 2013.
- L.A. RUSSO, *Consecuzione di procedimento concorsuali e decorrenza del periodo sospetto per l'azione revocatoria fallimentare*, in *Fallimento*, 1991.
- G. SANDRELLI, *La riforma della legge fallimentare: i riflessi penali*, in *Cass. pen.*, 2006.
- C. SAPIENZA, *Conversione e consecuzione dei procedimenti concorsuali*, Milano, 1958.
- G. SCANZANO, *Finanziamenti all'impresa in concordato preventivo*, in *Fallimento*, 1985.
- G. SCHIAVANO, *Riforma della legge fallimentare: implicazioni penalistiche*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006.
- M. SPADARO, *La prededucibilità dei crediti professionali sorti in funzione di una procedura minore nel fallimento consecutivo: tra adeguatezza funzionale e utilità per i creditori*, in *Fallimento*, 2014.
- G. TARZIA, *Consecuzione di procedure concorsuali e revocatoria fallimentare*, in *Banca bors. tit. cred.*, 1987.
- G. TARZIA, *Il variegato mosaico delle prededuzione dopo gli interventi del legislatore*, in *Fallimento*, 2014.
- G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006.
- G. TERRANOVA, *Il concordato "con continuità aziendale" e i costi dell'intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013.

G. TERRANOVA, *Il concordato “con continuità aziendale” e i costi dell’intermediazione giuridica*, in *Dir. fall.*, 2013.

P. VELLA, *L’enigmatico rapporto tra prededuzione e concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2014.

P. VELLA, *L’interpretazione autentica dell’art. 111, co.2, l.fall., e i nuovi orizzonti della prededuzione pre-concordataria*, in www.ilcaso.it, 2014.

M. VITIELLO, *La prededuzione nel concordato preventivo dopo la conversione in legge del decreto “Destinazione Italia”*, in www.ilfallimentarista.it, 2014.

A. ZORZI, *Riflessione sull’esenzione da revocatoria ex art. 67, comma terzo, lett. a), l.fall. alla luce dell’introduzione del concordato “in bianco”*, in www.ilcaso.it, 2012.

GIURISPRUDENZA

App. Perugia, 7 maggio 1952, in *Dir. Fall.*, 1952, con nota di G. COLAFRANCESCHI.

Cass. 27 ottobre 1956, n. 3981, in *Foro it.*, 1957.

App. Milano 31 ottobre 1961, in *Dir. fall.*, 1961.

Cass. 9 maggio 1969, n. 1588, *Foro it.* ., 1969.

Cass. 15 dicembre 1970, n. 2681, in *Dir. fall.*, 1971, con nota di F. CIAMPI.

App. Milano 10 febbraio 1976, in *Dir. fall.* 1976.

Cass. 23 maggio 1979, n. 2983, in *Fallimento*, 1980.

App. Roma 17 dicembre 1979, in *Dir. fall.*, 1980.

Cass. 17 febbraio 1981, n. 948, in *Fallimento*, 1981.

Cass. 9 novembre 1982, n.5883, in *Fallimento*, 1983.

App. Catania 22 novembre 1982, in *Dir. fall.*, 1983.

App. Milano, 3 febbraio 1984, in *Fallimento*, 1984.

Cass. 7 giugno 1984, Cigalino, in *Cass. pen.*, 1985.

Trib. Palermo, 16 febbraio 1985, in *Fallimento*, 1985, con nota di L.A. RUSSO.

App. Roma 6 marzo 1986, *Dir. fall.*, 1987.

Trib. Vicenza 22 aprile 1986, in *Fallimento*, 1987.

Trib. Genova 2 ottobre 1986, in *Fallimento*, 1987.

Cass. 3 aprile 1987, n. 3229, in *Fallimento*, 1987.

Trib. Catania 30 giugno 1987, in *Dir. fall.*, 1987.

Cass. 5 febbraio 1988, n. 1258, in *Fallimento*, 1988.

Cass. 5 maggio 1988, n. 3325, in *Fallimento*, 1988.

Trib. Forlì 13 maggio 1988, in *Giur. Comm.*, 1989.

Cass. 2 giugno 1988, n. 3741, in *Fallimento*, 1988.

App. Catania 6 luglio 1988, in *Dir. fall.*, 1989.

Trib. Ragusa 4 febbraio 1989, in *Giur. it.*, 1989.

Trib. Reggio Emilia 18 settembre 1989, in *Fallimento*, 1990, con nota di L. PANZANI.

Cass. 16 novembre 1989, n. 4892, in *Fallimento*, 1990.

Trib. Roma 27 novembre 1989, in *Fallimento*, 1990.

App. 6 aprile 1990, in *Giur. comm.*, 1990, con nota di G. BORELLA.

Cass. 18 luglio 1990, n. 7339, in *Fallimento*, 1991, con nota di G. BOZZA.

Cass. 22 settembre 1990, n. 9650, in *Fallimento*, 1991.

App. Roma 29 aprile 1991, in *Foro it.*, 1992.

Cass. 22 giugno 1991, n. 7046, in *Dir. fall.*, 1992.

Cass. 26 giugno 1992, n. 8013, in *Fallimento*, 1992.

Cass. 19 agosto 1992, n. 9655, in *Dir. fall.*, 1993.

Cass. 10 luglio 1993, n. 7598, in *Giust. civ.*, 1993.

Cass. 3 ottobre 1993, n. 5753, in *Fallimento*, 1994, con nota di F. CIAMPI.

Cass. 21 ottobre 1993, n. 10434, in *Fallimento*, 1994.

Cass. 20 aprile 1994, n. 3774, in *Fallimento*, 1994, con nota di A. DIDONE.

Cass. 22 maggio 1994, n. 4240; Cass. 22 giugno 1994, n. 5966; Cass. 27 giugno 1994, n. 6154, in *Fallimento*, 1995.

Cass. 30 maggio 1994, n. 5284, in *Fallimento*, 1995.

Cass. 16 giugno 1994, n. 5821, in *Fallimento*, 1995, con nota di A. PATTI.

Cass. 1 agosto 1994, n. 7157, in *Fallimento*, 1995.

Cfr., Trib. Milano 23 settembre 1994 e Trib. Milano 23 settembre 1994, in *Fallimento*, 1995, 206, con nota di L. PANZANI.

Cass. 11 gennaio 1995, n. 251, in *Fallimento*, 1995, con nota di F. LAMANNA.

Cass. 19 gennaio 1995, n. 584, in *Fallimento*, 1995, con nota di S. MARCHETTI.

App. Roma 31 marzo 1995, in *Dir. fall.*, 1995.

Corte Cost. 6 aprile 1995, n. 110 e Corte Cost. 15 giugno 1995, n. 224, in *Fallimento*, 1995, con nota di G. LO CASCIO.

App. Roma 11 settembre 1995, in *Fallimento*, 1996.

Cass. 29 novembre 1995, n. 12405, in *Fall.*, 1996.

Cass. 23 gennaio 1997, n. 699, in *Fallimento*, 1997.

Cass. 14 luglio 1997, n. 6352, in *Fallimento*, 1998.

Cass. 1 ottobre 1997, n. 9581, in *Fallimento*, 1998.

Trib. Roma 4 febbraio 1998, in *Giust. civ.*, 1998.

Cass. 5 maggio 1998, n. 3325, in *Fallimento*, 1998.

Trib. Roma 10 maggio 1999, in *Dir. fall.*, 2000.

Cass. 1 giugno 1999, n. 5360, in *Fallimento*, 2000.

Cass. 30 agosto 2001, n. 11343, in *Fallimento*, con nota di L. PANZANI.

Cass. 25 giugno 2002, n. 9262, in *Fallimento*, 2003.

Trib. Palmi 19 dicembre 2003, in *Fallimento*, 2004.

Trib. Sulmona 6 giugno 2005, in *Riv. dir. proc.*, 2006.

Trib. Como 22 luglio 2005, in *Fallimento*, 2006.

Trib. Roma 30 luglio 2005, in www.ilcaso.it, 2005.

Trib. Sulmona 6 agosto 2005, in *Fallimento*, 2005, con nota di G. BOZZA.

Trib. Pescara 21 ottobre 2005, in *Foro it.*, 2006.

Trib. Modena 18 ottobre 2005, in *Dir. Fall.*, 2006, con nota di G. JACHIA.

Cass. sez. un., 28 marzo 2006, n. 7028, in *Giur. comm.*, 2007.

Cass. 18 settembre 2007, n. 39307, in www.ilfallimentarista.it, 2007.

Trib. Napoli 20 febbraio 2008, in *Fallimento*, 2008.

Trib. Treviso 16 giugno 2008, in *Fallimento*, 2008, con nota di E. BRUSCHETTA.

Trib. Vicenza 4 luglio 2008, in *Fallimento*, 2009.

Trib. Udine 15 ottobre 2008, in www.ilcaso.it, 2008.

Trib. Di Mantova 9 aprile 2009, in www.ilcaso.it, 2009.

Cass. 5 giugno 2009, n. 12986, in www.ilcaso.it, 2009.

Cass. 12 agosto 2009, n. 18236, in *Fallimento*, 2010, con nota di M. SPIOTTA.

Cass. 29 ottobre 2009, n. 22927, in *Fallimento*, 2010, con nota di P. CELENTANO.

Trib. Bergamo 21 gennaio 2010, in *Fallimento*, 2010.

Trib. Udine 6 marzo 2010, in www.ilcaso.it, 2010.

Cass. 26 marzo 2010, n. 7273, in *Fallimento*, 2010, con nota di A.B. CONFALONIERI.

Trib. Roma 20 aprile 2010, in www.ilcaso.it, 2010.

Trib. Roma 20 aprile 2010, in www.ilcaso.it, 2010.

Cass. 7 maggio 2010, n. 11113, in *Fallimento*, 2011.

App. Napoli 6 agosto 2010, in *Fallimento*, 2011, con nota di D. FINARDI.

Cass. 6 agosto 2010, n. 18437, in *Banca borsa tit. cred.*, 2012, con nota di F. CORBELLO.

Trib. Prato 6 ottobre 2010, in *Fallimento*, 2011.

App. Salerno, 19 ottobre 2010, in *Fallimento*, 2011.

Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, in *Fallimento*, 2011.

Cass. 8 febbraio 2011, n. 3059, in *Fallimento*, 2011, con nota di F. DE SANTIS.

Trib. Milano 26 maggio 2011, in *Giur. comm.*, 2012, con nota di G. CIERVO.

Trib. Terni 13 giugno 2011, in *Fallimento*, 2011, con nota di A. PATTI.

Cass. 20 giugno 2011, n. 13446, in *Fallimento*, 2012.

Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, in *Giur. it.*, 2011.

Cass. 30 giugno 2011, n. 31117, in www.ilfallimentarista.it, 2011.

Cass. 5 agosto 2011, n. 17038, in *Fallimento*, 2011.

Cass. 21 ottobre 2011, n. 21924, in *Giust. civ.*, 2011.

Trib. Napoli 16 novembre 2011, in *Corr. merito*, 2012.

Cass. 5 marzo 2012, n. 3402, in *Giust. civ.*, 2012.

Trib. Terni 22 marzo 2012, in www.ilcaso.it, 2012.

Trib. Prato 14 giugno 2012, in www.ilcaso.it, 2012.

Trib. Terni 28 dicembre 2012, in www.ilcaso.it, 2012.

Cass., sez. un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Fallimento*, 2013, con nota di M. FABIANI.

Trib. Terni 17 gennaio 2014, in www.fallimentarista.it, 2014, con nota di S. LEUZZI.

Cass. 12 marzo 2014, n. 15712, in www.ilfallimentarista.it, 2014.

Cass. 8 aprile 2014, n. 15712, in www.ilfallimentarista.it, 2014.

