

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Facoltà di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale a ciclo unico in Giurisprudenza



LA CONSECUZIONE DEL FALLIMENTO

AL CONCORDATO PREVENTIVO

Relatore:

Prof. Angelo CASTAGNOLA

Correlatore:

Dott. Martino ANDREONI

Tesi di Laurea di:

Tommaso IANNACCONE

Matricola n. 689702

Anno accademico 2010-2011

A Mario e a Cesare

INDICE

Introduzione	1
--------------	---

Capitolo 1:	7
-------------	---

I PRESUPPOSTI OGGETTIVI DEL FALLIMENTO E DEL CONCORDATO PREVENTIVO

1. Premessa	7
2. La nozione di “stato di insolvenza”	11
3. La nozione di “stato di crisi”	15
3.1 Confronto tra i concetti di “stato di crisi” e di “temporanea difficoltà ad adempiere”	19
3.2 La “crisi giuridicamente rilevante”	25

Capitolo 2 :	28
--------------	----

IL PASSAGGIO DAL CONCORDATO PREVENTIVO AL FALLIMENTO – FATTISPECIE DI CONVERSIONE E PROFILI PROCESSUALI

1. Premessa	28
2. Le ipotesi di conversione	32

2.1 Mancato deposito delle spese previste per il concordato preventivo (art. 163 comma 3)	40
2.2 Revoca dell'ammissione al concordato preventivo e dichiarazione di fallimento nel corso della procedura (art. 173)	46
2.3 Mancata approvazione del concordato da parte dei creditori (art. 179)	65
2.4 Mancata omologazione del concordato da parte del tribunale (art. 180 ultimo comma)	70
2.5 Risoluzione e annullamento del concordato preventivo (art. 186)	80
3. Prime riflessioni sulla problematica della consecuzione delle procedure concorsuali	95
Capitolo 3 :	105

GLI EFFETTI DEL FALLIMENTO “CONSECUTIVO”

1. Premessa	105
2. Gli effetti collegati alla teoria della consecuzione delle procedure	107
3. Decorrenza del termine per l'esercizio delle azioni revocatorie	114
4. Efficacia degli atti compiuti prima e dopo l'omologazione	127
5. Prededucibilità dei crediti	133
5.1 Art. 182- <i>quater</i> R. D. 16 marzo 1942, n. 267	145
6. Sospensione del decorso degli interessi	150
7. La compensazione	155
7.1 Corte di Cassazione 06/08/2010, n. 18437: verso la conferma della teoria della <i>consecutio</i> ?	158
8. Formalità per rendere opponibili gli atti ai terzi	168
9. Imprenditore defunto o cessato	173

10. Consecuzione di procedimenti concorsuali: disarmonie interpretative	176
11. Consecuzione di procedimenti e fallimento dei soci illimitatamente responsabili	179
12. Garanzie prestate dai terzi per l'adempimento degli obblighi concordatari	183
Capitolo 4 :	191
I PROFILI PENALI	
1. Premessa	191
2. Riflessi penalistici della riforma del concordato preventivo	194
2.1 Art. 236 R. D. 16 marzo 1942, n. 267	205
3. Azione revocatoria fallimentare e reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice	225
4. Mancato adempimento delle obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo	239
Conclusioni	249
Bibliografia	260
Ringraziamenti	270

Introduzione

La Corte di Cassazione, nella pronuncia del 30 maggio 1994 n. 5284, definisce la “consecuzione delle procedure concorsuali”: *“quel fenomeno caratterizzato dal verificarsi, a carico di un imprenditore e senza soluzioni di continuità, di una serie di procedure concorsuali 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 assumono rilievo unitario e comportano l'estensione alle precedenti degli effetti principali caratterizzanti la procedura che conclude la sequenza. Una tale estensione è però possibile solamente nell'ipotesi in cui la disciplina prevista per il fallimento sia conciliabile con quella delle precedenti procedure concorsuali e nell'ambito delle stesse procedure non trovino espressa e precisa regolamentazione”*.

La definizione in esame derivava da un orientamento giurisprudenziale e dottrinale consolidato, in base al quale, dunque, la successione del fallimento al concordato preventivo, o alla amministrazione controllata, comportava la nascita non di una nuova procedura, ma di più fasi all'interno di un unico procedimento, con la conseguente estensione al concordato preventivo, o alla amministrazione controllata, di alcuni effetti propri del fallimento.

La consecuzione delle procedure concorsuali era, pertanto, un fenomeno di creazione dottrinale e giurisprudenziale, non disciplinato dal legislatore: quest'ultimo si limitava, infatti, a stabilire varie ipotesi in cui era possibile o necessario che una procedura si convertisse in un'altra diversa, senza peraltro nulla dire in ordine agli effetti di tale conversione.

Era, quindi, spettato alla dottrina e alla giurisprudenza, nel silenzio della legge, fare ricorso ai principi informatori della legge fallimentare, come disciplina dell'insolvenza e di tutela dei creditori nelle procedure concorsuali, al fine di predisporre un sistema di regole chiaro e conforme al dettato normativo.

Il principio generale che era stato seguito consisteva, dunque, nel realistico riconoscimento che le due procedure concorsuali minori, concordato preventivo e amministrazione controllata, assolvevano una funzione sostitutiva o alternativa del processo esecutivo fallimentare; la conseguenza non poteva che essere il riconoscimento di un'unità processuale, e per certi versi anche sostanziale, degli istituti.

Relativamente al concordato preventivo, si era evidenziato come tale processo esecutivo, se costituiva un beneficio per il debitore, non potesse che tradursi per definizione in un onere per i creditori. In tutti i casi in cui al concordato preventivo subentrava il fallimento (e quindi a posteriori si palesava illegittima o inopportuna, l'alternativa sostitutiva del concordato preventivo) occorreva allora che i creditori non subissero l'ulteriore "ironico" danno delle preclusioni sorte a causa del tempo perduto per l'inutile esperimento tentato di concordato preventivo.

L'esempio più imponente di questa filosofia era costituito dal regime del termine per le azioni revocatorie.

Sostenere che in caso di successione del fallimento al concordato preventivo i termini di ammissibilità della revocatoria andassero computati come d'ordinario, significava attribuire al tempo trascorso per la pendenza del processo di concordato una funzione di comoda franchigia per il debitore come per i terzi che con lui potevano avere colluso.

Benché, dunque, la legge non facesse nessun cenno in alcuna norma a questa anticipazione della decorrenza dei termini di revocatoria a partire dall'ammissione alla procedura di concordato preventivo e non dalla dichiarazione di fallimento, si era ritenuto che l'unitarietà del procedimento fosse ricavabile dai principi ordinatori della legge fallimentare e, nella fattispecie in esame, dall'identità dei presupposti delle due procedure, nonché dalla necessaria contestualità tra il provvedimento di chiusura del concordato preventivo e la declaratoria di fallimento.

Si può, quindi, affermare che, per quanto riguarda il concordato preventivo, l'istituto della *consecutio* si fondava principalmente sul fatto che tale procedura ed il fallimento avessero nello "stato di insolvenza" il medesimo presupposto; al concordato preventivo poteva infatti accedere l'imprenditore insolvente meritevole

(la procedura era vista come un beneficio riservato al debitore “onesto ma sfortunato”) che presentava determinati requisiti personali e patrimoniali. Qualora, però, la procedura non avesse raggiunto i fini sperati (poiché ad esempio il debitore aveva occultato parte dell’attivo o non aveva adempiuto agli obblighi concordatari) la dichiarazione di fallimento sarebbe stata automatica e contestuale alla pronuncia che poneva termine al concordato: automatica, perché un ulteriore accertamento sullo stato di insolvenza del debitore non era ovviamente richiesto (in quanto già accertato in fase di ammissione al concordato preventivo); contestuale, perché il tribunale poteva dichiarare d’ufficio il fallimento (senza bisogno di una previa istanza da parte dei creditori o da parte del pubblico ministero).

Il fatto, allora, che le due procedure si susseguissero senza soluzione di continuità implicava necessariamente che il fallimento “consecutivo” andasse inquadrato all’interno di un medesimo procedimento, volto alla rimozione della comune insolvenza dell’impresa.

Più problematica era la possibile configurazione della teoria della “consecuzione delle procedure concorsuali” nell’ipotesi di una dichiarazione di fallimento intervenuta nel corso della procedura di amministrazione controllata, il cui presupposto oggettivo consisteva nella “temporanea difficoltà ad adempiere”, nozione, quest’ultima, che aveva comportato ampi dibattiti in dottrina e in giurisprudenza in particolare in relazione alla nozione di “stato di insolvenza”, presupposto della dichiarazione di fallimento (e del concordato preventivo).

L’orientamento prevalente, tuttavia, riteneva che i due presupposti fossero equivalenti, salvo che, mentre il presupposto dell’amministrazione controllata consisteva in una difficoltà ad adempiere “temporanea”, il presupposto per la dichiarazione di fallimento era una difficoltà ad adempiere “definitiva”: la temporanea difficoltà era, quindi, già insolvenza, benché superabile mediante la sospensione dei pagamenti imposta ai creditori; se, nonostante l’adozione di questo rimedio eccezionale, la crisi non veniva superata, l’imprenditore non diventava, ma restava, insolvente; di conseguenza, si era ritenuto che non vi fossero valide ragioni per negare l’applicabilità dell’istituto della consecuzione delle procedure anche al caso in cui il fallimento conseguisse senza soluzione di continuità alla procedura di amministrazione controllata.

Il processo riformatore che ha investito, dal 2005 al 2007, il R.D. 16 marzo 1942, n. 267, ha apportato delle profonde modifiche alla disciplina delle procedure concorsuali, che hanno messo in seria discussione la configurabilità del principio della *consecutio* all'interno dell'attuale disciplina.

Se, per quanto riguarda la procedura di amministrazione controllata, il problema non si pone, in quanto tale procedura è stata abrogata dal decreto legislativo 9 gennaio 2006 n. 5, i contrasti sorgono nell'ipotesi di conversione dal concordato preventivo al fallimento.

Il legislatore delle riforme, infatti, nonostante non si sia espressamente pronunciato sul tema, ha, da un lato, mutato il presupposto oggettivo del concordato preventivo, ora individuato nello "stato di crisi", e, dall'altro, ha previsto che, in caso di esito infausto del concordato preventivo, la successiva dichiarazione di fallimento non possa essere dichiarata senza una previa istanza da parte dei creditori o del pubblico ministero.

In aggiunta, quindi, al problema della diversità del presupposto oggettivo del concordato preventivo rispetto al fallimento, si deve tenere conto oggi del fatto che nelle ipotesi in cui il concordato preventivo non raggiunga l'obiettivo prefissato, la dichiarazione di fallimento possa non essere più contestuale al provvedimento che pone termine alla precedente procedura.

Sulla questione incidono, inoltre, sia la previsione dell'articolo 67, comma 3 lettera e) l. fall., così come modificato dal d.l. 35/2005, la quale esenta da revocatoria "gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo", sia la modifica dell'articolo 111 l. fall., operata dal d.lgs 5 /2006, il cui ultimo comma qualifica come prededucibili nel fallimento i debiti "sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge".

Le disposizioni da ultime citate, regolando degli effetti propri della consecuzione delle procedure concorsuali, potrebbero essere interpretate, da un lato, come un implicito riconoscimento da parte del legislatore della persistenza dell'istituto della *consecutio* nella vigente disciplina e, dall'altro, come espressive della volontà legislativa di disciplinare tassativamente gli effetti prodotti dalla successione delle procedure.

In base a quest'ultima interpretazione, nessun altro effetto potrebbe essere applicato in via interpretativa; in particolare, il termine per l'esercizio della azione revocatoria non decorrerebbe più a partire dall'apertura della procedura di concordato preventivo, ma dalla dichiarazione di fallimento.

Come si può constatare, stabilire se l'istituto della consecuzione delle procedure concorsuali sia o meno ancora conforme al dettato normativo costituisce una questione di grande rilievo, la cui soluzione implica conseguenze notevoli, in particolare, come visto, in relazione al decorso del termine dell'azione revocatoria.

L'obiettivo centrale del mio lavoro è, pertanto, indirizzato ad esaminare attentamente, alla luce della riforma delle procedure concorsuali, quali effetti, di natura processuale e sostanziale, vengano prodotti nell'ipotesi di conversione dal concordato preventivo al fallimento.

Preliminarmente, nel primo capitolo del mio lavoro, ho ritenuto opportuno soffermarmi ad analizzare la fondamentale nozione di "stato di crisi", attuale presupposto oggettivo del concordato preventivo, in relazione a quella dello "stato di insolvenza", presupposto immutato del fallimento, al fine rimarcarne la differenza di contenuti.

Nel capitolo in esame, ho cercato di chiarire in particolare come la crisi d'impresa sia un concetto differente non solo dall'insolvenza vera e propria, ma anche dalla "temporanea difficoltà ad adempiere", presupposto dell'ora abrogata procedura di amministrazione controllata.

Quest'ultima distinzione assume, come si avrà modo di constatare, notevoli implicazioni sul tema della consecuzione delle procedure.

Una volta precisata la portata di tali concetti, è stato possibile intraprendere lo studio della normativa relativa al passaggio dal concordato preventivo al fallimento.

Nel secondo capitolo, si è, allora, provveduto a vagliare le singole fattispecie di conversione tra le due procedure, precisando, in particolare, la relativa disciplina processuale. In tale sede, si è dato particolare risalto al fatto che, nell'attuale normativa, il fallimento costituisca soltanto un possibile esito ulteriore del concordato preventivo chiusosi anticipatamente.

Nel terzo capitolo, è stata, poi, affrontata la tematica centrale relativa agli effetti di natura sostanziale prodotti dal fallimento dichiarato a seguito dell'esito infausto del concordato preventivo. A tale riguardo, è stata conferita un'attenzione particolare alle disposizioni di cui agli art. 67, comma terzo, lett. e), e 111, comma secondo, del R.D., 16 marzo 1942, n. 627, di cui si è cercato di individuare la precisa portata in relazione alla problematica della consecuzione delle procedure.

Lo studio della normativa relativa al passaggio dal concordato preventivo al fallimento non può trascurare, poi, i riflessi prodotti dalla declaratoria di fallimento "consecutiva" nel comparto penale della legge fallimentare.

Nel quarto, e ultimo capitolo, sono state, quindi, messe in luce le principali ricadute penalistiche prodotte dalla consecuzione del fallimento al concordato preventivo, sviluppando, in particolare, le tematiche sollevate dal recente processo riformatore.

Al termine del presente lavoro, ho provveduto, infine, a trarre delle conclusioni che possano dare un quadro conclusivo all'argomento trattato.

CAPITOLO 1:

I PRESUPPOSTI OGGETTIVI DEL FALLIMENTO E DEL CONCORDATO PREVENTIVO

1. Premessa

L'insolvenza vera e propria, intesa come carenza di liquidità, si manifesta solamente al termine di un processo di progressivo declino economico, patrimoniale e finanziario dell'impresa.

Al principio di tale processo l'impresa non è ancora considerata insolvente, in quanto è ancora in grado di pagare regolarmente i propri creditori, e pertanto dispone ancora di liquidità necessarie al soddisfacimento delle pretese creditorie (almeno nel breve periodo).

Tuttavia essa attraversa una grave crisi dovuta a patologie di varia natura che fanno presagire una futura ed imminente insolvenza.

La risoluzione di tale crisi non veniva considerata dalla legge fallimentare del 1942 come un obiettivo primario, in quanto, ai fini dell'apertura di una procedura concorsuale, rilevava unicamente il momento in cui l'impresa fosse diventata insolvente.

In altri termini, l'intervento delle procedure concorsuali previste dalla normativa del '42 avveniva in un momento in cui la crisi dell'impresa aveva già portato quest'ultima al dissesto.

Se si guarda, infatti, ai presupposti oggettivi richiesti per l'ammissione alle procedure concorsuali si può facilmente constatare innanzi tutto come sia il fallimento che il concordato preventivo avessero come presupposto oggettivo lo "stato di insolvenza".

Il concordato preventivo, in particolare, era una procedura prevista unicamente per gli imprenditori "onesti ma sfortunati" (espressione usata per sottolineare come

l'insolvenza dell'imprenditore non fosse dipesa da cause a lui imputabili, ma da una situazione congiunturale avversa) i quali, laddove vi fossero tutte le non facilmente ricorrenti condizioni richieste dalla legge ¹, potevano così evitare la distruzione della propria impresa.

La procedura in esame non aveva pertanto alcuna finalità preventiva, essendo del tutto irrilevante il risanamento o meno dell'impresa, ma era prevista unicamente per sottrarre alcuni debitori "meritevoli" dagli effetti rovinosi del fallimento.

L'interesse dei creditori era, inoltre, tutelato soltanto in via subordinata, in quanto, in assenza delle condizioni richieste dalla legge, doveva essere dichiarato il fallimento, anche se meno conveniente rispetto alla soluzione concordataria ².

L'unica procedura concorsuale disciplinata dal R.D. 16 marzo 1942 n. 627 che aveva un presupposto diverso (almeno nominalmente) dall'insolvenza, era l'amministrazione controllata, la quale interveniva in presenza di una "temporanea difficoltà ad adempiere" alle proprie obbligazioni da parte dell'imprenditore.

Quest'ultimo presupposto, in realtà, non si differenziava affatto dallo stato di insolvenza se non per il carattere temporaneo di tale difficoltà nell'adempimento; l'imprenditore "temporaneamente in difficoltà ad adempiere" era, quindi, al momento insolvente; si trattava, tuttavia, di un'insolvenza temporanea e, di conseguenza, reversibile.

Per questa ragione era stata prevista una procedura alternativa al fallimento (l'amministrazione controllata appunto) che potesse riportare l'impresa ad operare efficacemente sul mercato grazie ad una sospensione dei pagamenti che ne consentisse la ristrutturazione e la ricerca di una rinnovata efficiente gestione.

Tale procedura, è opportuno precisare, non era volta ad evitare all'impresa una futura insolvenza, in quanto, come detto, il dissesto si era già manifestato, seppur in modo temporaneo.

¹ Tra queste, la legge richiedeva in particolare che i creditori aventi prelazione fossero integralmente soddisfatti; ai creditori chirografari, invece, doveva essere garantito il pagamento di una percentuale che non soltanto fosse conveniente, ma che raggiungesse altresì almeno il 40%.

² A tale proposito, si aggiunga che il giudice, nella pregressa normativa, godeva di un potere particolarmente penetrante, potendo egli sovrapporre le proprie valutazioni circa la convenienza del concordato a quelle dei creditori.

Con il passare degli anni, l'inadeguatezza della pregressa normativa fallimentare, riguardo alla mancata predisposizione di istituti volti alla risoluzione della crisi d'impresa, è stata fortemente avvertita dagli operatori del settore, i quali, per supplire alle carenze legislative, dovettero ricorrere a forme negoziali atipiche, precisamente i concordati stragiudiziali, ritenuti più duttili e veloci delle alternative allora offerte dalla legge e strutturati sotto forma di soluzioni modulate sulla scorta dei principi generalmente offerti dall'articolo 1322 c.c.

Naturalmente i meccanismi di composizione privata, come appunto i concordati stragiudiziali, in quanto regolati solo dal diritto comune dei contratti, presentavano anche dei notevoli limiti che ne scoraggiavano l'utilizzo.

Il principale di essi derivava dalla *efficacia relativa* dei contratti, i quali possono vincolare solo le parti degli stessi (nel caso in esame, i soli creditori firmatari dell'accordo) e non i terzi; di conseguenza, non vi era alcun "blocco" generale delle azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore.

In caso di successiva apertura di una procedura concorsuale (in particolare il fallimento), il ricorso a tali espedienti presentava, inoltre, non pochi rischi, in quanto, innanzi tutto, gli atti compiuti nel quadro di tale soluzione negoziata, rimanendo estranei all'intervento dell'autorità giudiziaria, sarebbero stati suscettibili di revocatoria fallimentare.

Tali accordi sarebbero poi rimasti sotto l'incombente minaccia di azioni di natura civile (si pensi alla responsabilità a carico degli amministratori della società debitrice oppure alla responsabilità delle banche per concessione abusiva di credito) ma anche penale (imputazioni di bancarotta semplice, per aver ritardato la dichiarazione di fallimento o aggravato il dissesto dell'impresa, e di bancarotta preferenziale).

La continua evoluzione della realtà economico-finanziaria e la sempre maggiore inadeguatezza del sistema legislativo previgente, ha finalmente indotto il legislatore contemporaneo a mutare i propri obbiettivi attraverso una riforma finalizzata a garantire il salvataggio dell'impresa tutelando, in tal modo, anche le ragioni dei creditori.

È stato, infatti, compreso come la risoluzione della crisi dell'impresa interessi non solo il debitore, ma riguardi anche l'esigenza dei creditori di vedersi pagare il

corrispettivo loro spettante ed eventualmente riprendere i rapporti commerciali interrotti o attenuati per via della crisi.

A tal fine, sono stati previsti nuovi istituti (come gli accordi di ristrutturazione di debiti) e ne sono stati modificati altri (il concordato preventivo) ai quali accedere in una fase precedente alla esplosione dell'insolvenza vera e propria, in modo da scongiurarla per tempo.

Il concordato preventivo, in particolare, ha assunto, a seguito della riforma del 2005, una natura del tutto diversa da quella disciplinata dalla previgente regolamentazione.

Tale procedura concorsuale, infatti, non è più vista come un beneficio per determinati imprenditori insolventi, ma come uno strumento utile al raggiungimento del risanamento dell'impresa e alla conservazione dei complessi produttivi.

La procedura in esame, lungi dall'essere una semplice alternativa al fallimento, ha, pertanto, assunto una fondamentale finalità preventiva, volta a consentire all'imprenditore in grave difficoltà di evitare il proprio imminente dissesto grazie ad un accordo concordatario con i propri creditori ³.

A tal fine, si è provveduto ad anticipare il momento in cui l'imprenditore è legittimato a chiedere l'ammissione a tale procedura, grazie alla previsione di un nuovo presupposto oggettivo, lo "stato di crisi", nozione, quest'ultima, più ampia dello stato di insolvenza, in quanto ricomprende anche situazioni ad essa finite o prodromiche, in un variegato ventaglio di eventualità, la cui esatta definizione non è, tuttavia, dato ricavare direttamente dal dato normativo.

In mancanza, dunque, di una definizione testuale espressa, per comprendere il concetto di "crisi d'impresa" è necessario indagare le finalità che il legislatore delle riforme ha voluto perseguire.

Seguendo tale criterio interpretativo, ho cercato, nel presente capitolo, di analizzare il nuovo presupposto oggettivo del concordato preventivo, distinguendolo, oltre che dallo stato di insolvenza ⁴, anche da altre nozioni affini (ma distinte) quali la "temporanea difficoltà ad adempiere" e la mera "tensione finanziaria transitoria".

³ In tal modo, si è voluto tutelare anche la posizione dei creditori, i quali sono ora liberati dal vincolo della valutazione giudiziale circa la convenienza della proposta e la meritevolezza del debitore.

⁴ Il quale, per ragioni di ordine sistematico, sarà analizzato per primo.

2. La nozione di “stato di insolvenza”

La riforma della legge fallimentare non ha modificato il presupposto oggettivo del fallimento; a norma dell'articolo 5, comma 1, l. fall., infatti, *“l'imprenditore che si trova in stato di insolvenza è dichiarato fallito”*.

Il secondo comma del medesimo articolo statuisce che *“lo stato di insolvenza si manifesta con inadempimenti o con altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni”*.

Il secondo capoverso della norma chiarisce, dunque, che lo stato di insolvenza debba ritenersi una situazione oggettiva in cui si trova il debitore rispetto alle obbligazioni dallo stesso assunte: precisamente quella di una impossibilità ad adempierle, a seguito di una mancanza di liquidità.

Il debitore è, quindi, considerato insolvente per il solo fatto di trovarsi in tale stato, indipendentemente dalle cause che hanno determinato il dissesto, il quale potrebbe, ad esempio, essere causato da operazioni fraudolente dello stesso debitore, oppure da fatti esterni a lui non imputabili: ma questo rileva non per la sussistenza dello stato di insolvenza, ma soltanto per le responsabilità civili ed eventualmente penali, sotto il profilo dei reati fallimentari, del debitore.

La condizione psicologica del debitore (la volontà o meno di adempiere) è altresì ininfluenza: il tribunale, ai fini della dichiarazione di fallimento, dovrà valutare unicamente se il debitore sia o meno ancora in grado di adempiere alle proprie obbligazioni *regolarmente*.

Quest'ultimo avverbio indica che l'adempimento debba avvenire *“non solo alle debite scadenze, ma anche con mezzi normali in relazione all'ordinario esercizio dell'impresa”*⁵.

L'esattezza dell'adempimento non comporta, pertanto, un'automatica regolarità del soddisfacimento delle obbligazioni: l'imprenditore che è costretto a trarre i mezzi necessari per soddisfare un credito non dal normale svolgimento dell'attività di impresa (a cui da tempo va incluso il ricorso al credito bancario), ma dalla vendita di

⁵ Relazione del guardasigilli al R.D. 16 marzo 1942, n. 262.

una parte dei beni strumentali alla produzione (es. macchinari) è, pertanto, da considerarsi insolvente.

Sarà dichiarato, infatti, il fallimento tutte le volte in cui le obbligazioni siano regolarmente adempite, ma i relativi pagamenti siano stati effettuati con espedienti rovinosi o fraudolenti.

La regolarità del soddisfacimento delle obbligazioni deve essere valutata non in base al singolo atto solutorio, ma alla condotta complessiva del debitore, ovvero al “flusso” dei pagamenti; detto in altri termini, il debitore non può provare di essere solvente pagando semplicemente questo o quel debito, ma deve altresì dimostrare che l’attività solutoria nel suo complesso avviene nei tempi e nei modi ordinari⁶.

La valutazione in esame va condotta sulla base delle liquidità delle quali il debitore può disporre per far fronte al complesso dei propri rapporti obbligatori.

L’insolvenza, pertanto, deve sussistere al momento in cui si tratta di accertarla; non rileva l’insolvenza passata e neppure quella futura, intesa come pericolo di insolvenza, ma soltanto quella in atto, come attuale impossibilità di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni; l’insolvenza deve essere perciò *attuale* e non imminente. Come si vedrà in seguito⁷, il requisito dell’attualità non è necessariamente richiesto per lo “stato di crisi”, presupposto oggettivo del concordato preventivo.

Prevede l’articolo 5 della legge fallimentare che l’insolvenza si *manifesti* in inadempimenti o in altri fatti esteriori: è necessario chiedersi se tale manifestazione sia un requisito necessario per la dichiarazione di fallimento.

La dottrina maggioritaria propende per la soluzione affermativa: lo stato di insolvenza deve essere manifesto⁸; di conseguenza, il presupposto oggettivo della

⁶ È quanto rileva G. Terranova, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacità patrimoniale* in *Diritto Fallimentare*, 2006, pag. 564; si consulti anche A. Nigro, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, Torino, 2006, I, pag. 20.

⁷ Si veda il terzo paragrafo del presente capitolo.

⁸ F. Ferrara, A. Borgioli, *Il Fallimento*, Milano, 1995, pag. 143 ss; A. Nigro, cit., pag. 18; G.U. Tedeschi, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2006, pag. 32.

dichiarazione di fallimento è, propriamente, la *manifestazione* dello stato di insolvenza⁹.

Tra i fatti esteriori in cui si può manifestare l'insolvenza, l'unico che viene esplicitamente menzionato dalla norma è l'inadempimento. Nonostante la norma parli in realtà di "*inadempimenti*" si ritiene che sia sufficiente per la dichiarazione di fallimento un unico inadempimento, qualora si dimostri in modo non equivoco l'esistenza di un patrimonio in dissesto e l'oggettiva impossibilità del debitore di soddisfare regolarmente e con mezzi normali gli obblighi assunti¹⁰.

L'insolvenza non deve pertanto necessariamente coincidere con l'inadempimento: quest'ultimo esprime infatti un *fatto* (il non adempiere), l'insolvenza invece una *condizione* o più propriamente uno *stato* (l'essere nell'impossibilità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni). L'unico nesso che può intercorrere tra i due concetti consiste nel fatto che l'inadempimento può essere diretta conseguenza dell'insolvenza e può quindi costituirne una manifestazione importante.

Un'importante strumento di riscontro dello stato di insolvenza è costituito dalle risultanze dei bilanci.

Un'eccedenza delle passività sulle attività, infatti, può costituire un utile indice per appurare se l'imprenditore sia insolvente; è, però, opportuno precisare che l'insolvenza non implica necessariamente uno sbilancio patrimoniale¹¹.

Di conseguenza, l'eccedenza dell'attivo sul passivo non importa di per sé l'impossibilità della sussistenza di uno stato di insolvenza¹²; questo perché un bilancio patrimoniale attivo potrebbe anche essere accompagnato da un stato di illiquidità in conseguenza del quale un regolare adempimento delle obbligazioni non

⁹ Per una critica a questa *opinio iuris* si veda A. Bonsignori, *Il presupposto oggettivo delle procedure concorsuali*, in *Diritto Fallimentare*, 1981, II, pag. 361ss.

¹⁰ A. Nigro, cit., pag. 22; G. U. Tedeschi, cit., pag. 34.

In giurisprudenza si veda la pronuncia del Tribunale di Sulmona, 12 febbraio 2008, in www.fallimentonline.it.

¹¹ Sul punto, la dottrina è concorde: F. Ferrara, A. Borgioli, *Il Fallimento*, cit., pag. 140; G. U. Tedeschi, *Manuale di diritto fallimentare*, cit, pag. 34.

¹² Anche la giurisprudenza sul punto è costante: si vedano in particolare Corte di Cassazione, 16 luglio 1992, n. 8656, in *Il Fallimento*, 1993, pag. 247; Tribunale di Milano, 20 maggio 1999, in *Il Fallimento*, 1999, pag. 1156; in dottrina, non concorda S. Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1964, pag. 48, a parere del quale lo stato di insolvenza comporterebbe necessariamente una eccedenza insanabile dell'attivo sul passivo.

sarebbe possibile: se si prendono in considerazione le norme relative allo stato patrimoniale, infatti, si può agevolmente constatare che vi sono dei cespiti dell'attivo, come, ad esempio, gli impianti e i macchinari o i beni immateriali, che costituiscono immobilizzazioni e che non consentono di trarre liquidità in via immediata; lo stesso discorso potrebbe valere nell'ipotesi in cui sia il conto economico (il quale fotografa i risultati dell'esercizio) a chiudersi con un utile; i ricavi, infatti, possono anche essere costituiti, tra l'altro, da incrementi di immobilizzazioni per lavori interni (art. 2425, lett. A), n.4, c.c): l'imprenditore potrebbe, pertanto, non avere i mezzi liquidi necessari a far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni.

In base a questa impostazione, è ovviamente configurabile anche l'ipotesi contraria: ovvero un'eccedenza di passività sulle attività in cui però l'imprenditore goda di liquidità sufficienti per soddisfare i propri creditori in modo tale da evitare la declaratoria di fallimento. L'eccedenza del passivo sull'attivo può avere, pertanto, solo un valore indiziario ¹³.

In conclusione, l'insolvenza è costituita da una condizione in cui si può trovare l'imprenditore che, al momento in cui essa viene accertata, non è più in grado di soddisfare, alle debite scadenze e con mezzi normali, i propri debitori.

Lo stato di insolvenza, affinché possa essere accertato nella dichiarazione di fallimento, si deve manifestare all'esterno, non necessariamente con inadempimenti, ma con qualsiasi indice che dimostri che l'imprenditore è *attualmente* insolvente. Il numero degli inadempimenti, le cause che lo hanno determinato, la condizione psicologica del debitore sono tutti fattori ininfluenti in questo ambito.

¹³ Tribunale di Modena 4 luglio 1986, in *Diritto fallimentare*, 1986, II, pag. 928; Tribunale di Roma 15 luglio 1992, in *Il Fallimento*, 1993, pag. 113.

3. La nozione di “stato di crisi”

Il presupposto oggettivo per l'ammissione al concordato preventivo, come noto, non si identifica più con lo “stato di insolvenza”, ma con lo “stato di crisi”¹⁴.

Riguardo a quest'ultima nozione, il legislatore della riforma non aveva fornito inizialmente alcuna definizione, lasciando così alla dottrina e alla giurisprudenza il difficile compito di delimitarne i contenuti.

In un primo momento, ci si era domandati se il termine “crisi” fosse sinonimo di insolvenza o se questi due concetti fossero in realtà fenomeni distinti. La prima soluzione fu accolta dal Tribunale di Sulmona¹⁵ che equiparò la “crisi” con la “temporanea difficoltà ad adempiere”, presupposto oggettivo dell'amministrazione controllata, procedura allora in fase di abrogazione, ed invocò l'identità concettuale tra tale temporanea difficoltà e lo stato di insolvenza, sostenuta dalla Cassazione durante la vigenza dell'amministrazione controllata, anche tra stato di crisi e stato di insolvenza.

Secondo la Corte di Cassazione¹⁶, infatti, l'imprenditore temporaneamente in difficoltà ad adempiere non era in grado di soddisfare i propri creditori con regolarità, e, di conseguenza, era da considerarsi insolvente; si trattava, però, di una insolvenza temporanea, superabile grazie ad una sospensione dei pagamenti imposta ai creditori¹⁷.

L'equiparazione tra la nozione di “stato di crisi” e quella della “temporanea difficoltà ad adempiere” comportava di conseguenza che “la crisi” sarebbe stata, secondo questo orientamento, una insolvenza temporanea e reversibile, ma pur sempre un'insolvenza: il concetto di “crisi d'impresa” non sarebbe stato perciò diverso da quello dell'insolvenza.

¹⁴ La L. 14 maggio 2005, n. 80 ha infatti modificato l'art. 160 l. fall.

¹⁵ 6/6/2005 in *Il Fallimento*, 2005, pag. 796.

¹⁶ Si vedano Corte di Cassazione 27 giugno 1994, n. 6154, in *Il Fallimento* 1994, pag. 1148; Corte di Cassazione 22 giugno 1994 n. 5966, ivi 1994, pag. 1147, con nota di M. Fabiani.

¹⁷ Sul rapporto che intercorre tra il concetto di crisi e quello di temporanea difficoltà ad adempiere, mi soffermerò più diffusamente in seguito (si veda il paragrafo 3.1).

Sarebbero potuti, pertanto, essere ammessi alla procedura di concordato preventivo solamente gli imprenditori il cui dissesto si fosse già manifestato; il mero pericolo di una futura insolvenza sarebbe stato, invece, al pari che nella disciplina precedente alla riforma, del tutto ininfluenza ai fini dell'ammissione alla procedura in esame.

Taluni autori ¹⁸ ed alcune pronunce giurisprudenziali ¹⁹ ritennero che l'impostazione accolta dal Tribunale di Sulmona non fosse rispettosa della *ratio* ispiratrice della riforma, la quale era volta ad anticipare la soglia di tutela, offerta dalle procedure concorsuali alternative al fallimento, agli imprenditori che si trovassero in una situazione economica o finanziaria tale da comportare un concreto rischio di una futura insolvenza.

Crisi d'impresa ed insolvenza sarebbero stati di conseguenza due concetti del tutto distinti, in quanto il primo sarebbe stato configurabile solamente nell'ipotesi in cui l'insolvenza non si fosse ancora manifestata.

Sulla base di tali considerazioni, sarebbe potuto essere ammesso al concordato preventivo solamente l'imprenditore che si fosse trovato in stato di crisi (e quindi non ancora in stato di insolvenza); qualora, invece, il dissesto si fosse già manifestato, al debitore diventato insolvente la procedura in esame sarebbe stata preclusa.

La tesi in esame aveva avuto l'indubbio merito di evitare che i principi ispiratori della riforma, volti, come detto, ad anticipare la soglia di tutela offerta dalle procedure concorsuali, fossero del tutto trascurati.

Non era, tuttavia, condivisibile negare l'ammissione al concordato preventivo agli imprenditori già rivelatisi insolventi: la *ratio* che aveva guidato la riforma, infatti, era sì indirizzata a consentire l'accesso alle procedure concorsuali ad un novero di soggetti più ampio rispetto a quello previsto dalla disciplina previgente, ed in particolare a coloro che non fossero ancora in uno stato di dissesto conclamato (benché imminente), ma non era ovviamente volta ad escludere dalla procedura di concordato preventivo gli imprenditori il cui dissesto fosse al momento già manifesto.

¹⁸ G. Bozza, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato preventivo* in *Il Fallimento*, 2005, pag. 952.

¹⁹ Tribunale di Treviso, 15 luglio 2005, in *Il Fallimento* 2006, pag. 63, con osservazioni di S. Bonfatti. Nella pronuncia in esame, il tribunale negò l'ammissione al concordato preventivo ad una società insolvente in ragione della modifica del presupposto oggettivo del concordato preventivo.

Altre pronunce giurisprudenziali, accortesi probabilmente dell'incongruenza di tale interpretazione, stabilirono che lo "stato di crisi" potesse ricorrere tanto nella situazione di stato di insolvenza dell'imprenditore, quanto nelle diverse situazioni di difficoltà finanziaria o di squilibrio economico non ancora sfociate nell'insolvenza²⁰. Secondo quest'ultimo orientamento, quindi, tra i due concetti vi sarebbe un rapporto di genere a specie: lo stato di crisi sarebbe di conseguenza una nozione che ricomprende certamente lo stato di insolvenza, ma che ad essa non si esaurisce, abbracciando anche altre situazioni di difficoltà economiche o finanziarie ad essa finite.

Successivamente il legislatore, accogliendo quest'ultima impostazione, è intervenuto con un altro provvedimento normativo di interpretazione autentica, mediante il quale ha sancito che, ai fini dell'ammissione del debitore al concordato preventivo, per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza²¹.

Parte della dottrina ha sottolineato come il legislatore inizialmente non avesse voluto dare una definizione di crisi per lasciare ampio margine di manovra all'imprenditore che voglia salvare l'azienda, salvo poi modificare la norma una volta accortosi che una mancata previsione dell'insolvenza quale possibile requisito oggettivo avrebbe comportato il rigetto di buona parte delle domande di concordato preventivo²².

Alla luce dell'intervento del legislatore, quindi, lo stato di insolvenza rientra senza alcun dubbio nello stato di crisi, che però è un concetto più ampio. Si può affermare, quindi, che i due campi di operatività non coincidono, ma, in parte, si sovrappongono.

Se è certamente apprezzabile che il legislatore sia intervenuto per chiarire i rapporti intercorrenti tra i due fondamentali concetti di "crisi" ed "insolvenza", rimangono ancora non specificate le situazioni, diverse dall'insolvenza, che la più ampia nozione di "crisi" è in grado di includere.

²⁰ Si consulti il Tribunale di Milano, 7 novembre 2005, in *Il Fallimento* 2006, pag. 51 e il Tribunale di Pescara, 20 ottobre 2005, in *Il Fallimento* 2006, pag. 56.

²¹ L'interpretazione autentica è intervenuta con l'articolo 36 del D.L. 30 dicembre 2005 n. 273 (c.d. mille proroghe) convertito nella L. 23 febbraio 2006, n. 51.

²² È quanto rileva L.Panzani, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Il Fallimento* 2006, pag. 1013.

Per delineare con certezza i contenuti della nozione di stato di crisi, è necessario, come visto in precedenza, fare riferimento alla *ratio legis*.

A tale fine, un indizio utile è fornito dallo schema del d.d.l di riforma delle procedure concorsuali redatto dalla Commissione istituita con d. m. 27 febbraio 2004, in cui si afferma che “crisi” indica “la situazione economica o finanziaria in cui versa l’impresa, tale da determinare il *rischio di insolvenza*”.

Questa definizione consente di delineare in chiave positiva la nozione di “stato di crisi”, ricollegandola, oltre che all’insolvenza già in atto, al mero “rischio di insolvenza” che si ha nell’ipotesi in cui l’impresa, al momento solvente, attraversi una situazione economica o finanziaria di difficoltà ²³ tale per cui, se non viene fronteggiata con un intervento esterno (in particolare una ristrutturazione dell’indebitamento), non potrà che sfociare in vera e propria insolvenza.

La crisi dell’impresa, a differenza dell’insolvenza, che, come visto, richiede la manifestazione, può non esteriorizzarsi, non divenendo conoscibile ai terzi e rimanendo nella stretta sfera dell’imprenditore. Il che si allinea al fatto che il concordato preventivo è una procedura nell’esclusiva disponibilità dello stesso imprenditore; di modo che solo quest’ultimo, che è consapevole della propria crisi, può fare ricorso ad esso.

L’esistenza della crisi ²⁴ giustifica di per sé l’apertura del concordato preventivo, indipendentemente da qualsiasi indagine sulle cause che l’hanno generata. Sicché la crisi rileva sia se la sua nascita è da addebitare all’imprenditore, sia se, viceversa, è da imputare a fattori straordinari o a comportamenti di terzi.

Queste considerazioni consentono di percepire quanto si è allungata la distanza tra il nuovo ed il vecchio concordato preventivo, di cui era beneficiario il famoso imprenditore onesto ma sfortunato, che doveva meritarsi il trattamento di favore.

Da queste considerazioni si può constatare, inoltre, come la crisi sia un fenomeno in evoluzione che può, quindi, regredire o progredire e, pertanto, può essere riassorbito

²³ Si pensi ad esempio all’ipotesi di uno sbilancio patrimoniale non accompagnato da una mancanza attuale di liquidità. In tale situazione l’impresa, come visto, non può essere considerata insolvente; potrà invece trovarsi, laddove vi sia un concreto rischio di insolvenza, in stato di crisi.

²⁴ La quale, come preciserò al termine del presente capitolo, non deve però essere una mera difficoltà transitoria, superabile anche senza l’intervento di un accordo concordatario con i creditori, ma deve essere caratterizzata al contrario da un concreto rischio di una futura insolvenza.

in un ritrovato equilibrio patrimoniale e finanziario dell'impresa ovvero evolvere nel più grave stato di insolvenza.

Quest'ultimo aspetto potrebbe fare pensare che la crisi non si differenzi molto dalla (vecchia) "temporanea difficoltà ad adempiere".

Si potrebbe, infatti, affermare che, mentre l'insolvenza è una situazione irreversibile, la crisi, al pari della "temporanea difficoltà ad adempiere", può essere invece anche temporanea e, quindi, reversibile.

Come cercherò di dimostrare nel prossimo paragrafo, però, lo "stato di crisi" e la "temporanea difficoltà ad adempiere" non sono affatto concetti identici.

3.1 Confronto tra i concetti di "stato di crisi" e di "temporanea difficoltà ad adempiere".

Secondo una parte minoritaria della dottrina e della giurisprudenza, la soglia minima per accedere al concordato preventivo dovrebbe essere individuata (anche successivamente all'intervento del legislatore, grazie al quale è stato definitivamente chiarito che la crisi d'impresa sia un concetto **più ampio** dell'insolvenza) nella insolvenza non irreversibile, vale a dire nella situazione di "temporanea difficoltà ad adempiere" (la quale, come più volte ricordato, costituiva il presupposto della ora abrogata procedura di amministrazione controllata)²⁵.

Potrebbe essere così ammesso alla procedura di concordato preventivo, oltre ovviamente all'imprenditore la cui insolvenza sia irreversibile, solamente chi si trovi

²⁵ Prima dell'intervento del c.d. "decreto mille proroghe" si veda, come visto in precedenza, la pronuncia del Tribunale di Sulmona, 6/6/2005, in *il Fallimento*, 2005, pag. 796. Sul punto, si veda anche il Tribunale di Modena, 18.10 2005 in *Diritto Fallimentare* 2006, II, pag. 661.

Dopo il successivo intervento chiarificatore del legislatore, si veda il decreto del Tribunale di Roma, 2 febbraio 2006 citato da L. Panzani, cit., pag. 1015.

In dottrina si veda G. Galletti, *Commento all'articolo 160, Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, II, Bologna, 2007, pag. 2275 secondo il quale, lo stato di crisi non sarebbe "troppo lontano dal contenuto semantico del sintagma 'temporanea difficoltà ad adempiere'". Concorda anche P.F. Censoni, *Il "nuovo" concordato preventivo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2005, I, pag. 732.

in una situazione di temporanea difficoltà nel soddisfare regolarmente i propri creditori.

Il “*quid pluris*” della “crisi” rispetto all’insolvenza sarebbe pertanto meramente “quantitativo” e non “qualitativo”, alla stregua di quanto la Corte di Cassazione aveva statuito circa i rapporti tra “temporanea difficoltà ad adempiere” ed “insolvenza” nella vigenza della procedura di amministrazione controllata ²⁶.

L’impostazione della Cassazione, condivisa dai giudici di merito ²⁷, si basava, infatti, sul presupposto che “la difficoltà” e “il non essere in grado” ad adempiere esprimessero la medesima situazione; e si comprende: chi non è in grado è certamente anche in difficoltà; e chi è in difficoltà non può soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, perché diversamente non si vedrebbe dove altro stia la difficoltà. “Insolvenza” e “temporanea difficoltà ad adempiere” si differenziavano, quindi, unicamente per il fatto che nel primo caso l’imprenditore non era **più** in grado di adempiere, nel secondo, invece, non lo era solo **al momento**.

Era di conseguenza una situazione transeunte destinata a trovare rimedio attraverso un intervento di risanamento che la vecchia disciplina collocava nell’ambito della procedura di amministrazione controllata; questa situazione temporanea era però, bisogna ribadirlo, **già** insolvenza a tutti gli effetti. Non rilevava minimamente il rischio di una futura insolvenza non ancora in essere; quest’ultima era una ipotesi non contemplata dalla normativa fallimentare.

Un imprenditore in “temporanea difficoltà” nell’adempimento era **in quel preciso momento** insolvente, in quanto non aveva liquidità necessarie per far fronte alle proprie obbligazioni.

²⁶ Come visto in precedenza, infatti, la Corte di Cassazione, occupandosi in particolare del computo del periodo sospetto ai fini della revocatoria fallimentare in caso di consecuzione di procedimenti, aveva affermato che lo stato di insolvenza non era diverso da quello della “temporanea difficoltà ad adempiere”. Si vedano le già citate pronunce: Corte di Cassazione, 27 giugno 1994, n. 6154, in *Il Fallimento* 1994, pag. 1148; Corte di Cassazione, 22 giugno 1994 n. 5966, *ivi*, 1994, pag. 1147, con nota di Fabiani.

²⁷ Anche se è opportuno segnalare che, a partire dal 1986, il Tribunale di Genova e il Tribunale di Milano pronunciavano una serie di sentenze che si distaccavano dall’orientamento costante. Si veda, in particolare, il Tribunale di Milano, 7 aprile 1988, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1988, II, pag. 755 ss, con nota di A. Castagnola, *Decorrenza dei termini per le azioni revocatorie in caso di fallimento consecutivo ad amministrazione controllata*.

La differenza era perciò meramente quantitativa, in quanto una era temporanea e reversibile, l'altra definitiva e quindi irreversibile.

Lo stesso discorso potrebbe valere anche ora tra "stato di crisi" e "stato di insolvenza", presupposti oggettivi rispettivamente del concordato preventivo e del fallimento, oppure il primo concetto abbraccia ipotesi anche "qualitativamente" differenti?

Sul punto desidero soffermarmi poiché esso riveste notevoli implicazioni riguardo al tema che sto affrontando, ovvero quello della "consecuzione delle procedure concorsuali".

La tesi della Cassazione riguardo al rapporto tra i presupposti oggettivi dell'amministrazione controllata e del fallimento comportava, infatti, come si è appena visto, che la "temporanea difficoltà ad adempiere" fosse già insolvenza, benché superabile attraverso una sospensione dei pagamenti imposta ai creditori; qualora, nonostante l'adozione di tale rimedio eccezionale, la crisi non veniva superata, l'imprenditore non diventava, ma restava, insolvente.

Da questa impostazione derivava che, in caso di conversione dall'amministrazione controllata al fallimento, la teoria giurisprudenziale della "consecuzione delle procedure concorsuali" potesse trovare applicazione, nonostante il presupposto oggettivo delle due procedure non fosse propriamente lo stesso (almeno nominalmente).

L'interprete si deve allora domandare se l'impostazione in esame possa valere anche nella vigente normativa, in relazione alla consecuzione del fallimento al concordato preventivo; in particolare, occorre chiedersi se l'orientamento in questione sia configurabile laddove il debitore, al momento dell'ammissione al concordato preventivo, non sia ancora insolvente, ma semplicemente in "crisi".

Per rispondere a questi quesiti, è di primaria importanza stabilire con certezza se la crisi d'impresa possa comprendere, oltre ovviamente all'insolvenza irreversibile, solamente una situazione di difficoltà temporanea nell'adempimento, e quindi reversibile.

In caso di risposta affermativa, infatti, verrebbe meno una delle ragioni fondamentali in base alle quali una larga parte della dottrina ritiene oggi ormai non più

configurabile l'istituto della *consecutio*, ovvero la (presunta) diversità dei presupposti oggettivi delle procedure di concordato preventivo e di fallimento.

Qualora, infatti, si stabilisse che possano essere ammessi alla procedura di concordato preventivo solamente gli imprenditori la cui insolvenza sia irreversibile o meramente temporanea, l'accertamento di tale insolvenza, in caso di fallimento consecutivo, non sarebbe necessario, essendo già stato compiuto al momento dell'ammissione al concordato preventivo.

Se il presupposto fosse allora davvero identico, sarebbe di conseguenza più agevole dimostrare che le due procedure facciano parte di un unico procedimento.

Nella premessa al presente capitolo, ho avuto modo di precisare come il legislatore della riforma abbia voluto predisporre degli interventi nella fase iniziale di difficoltà dell'imprenditore, al momento non ancora, neppure temporaneamente, insolvente, volti a rimediare agli squilibri economici, patrimoniali e finanziari dell'impresa, così da riportare la gestione aziendale alle pregresse condizioni di economicità.

A tal fine, si è provveduto, tramite la modifica del presupposto oggettivo, ad aumentare il numero dei soggetti legittimati a chiedere l'ammissione al concordato preventivo, non più visto quindi come una procedura premiale, ma come un fondamentale strumento di risoluzione della crisi in cui versa l'impresa.

Il legislatore, lo si è detto più volte, ha opportunamente chiarito che la "crisi d'impresa" comprenda **anche** l'insolvenza; l'utilizzo della congiunzione "anche" non può che significare che tra "crisi" ed "insolvenza" vi sia un rapporto di *genus a species* e che quindi "crisi" comprenda, oltre alla "insolvenza", situazioni diverse e distinte.

Quali siano queste diverse ipotesi contemplate dal concetto di "crisi", lo chiarisce, come si è visto in precedenza, lo schema del d.d.l di riforma delle procedure concorsuali redatto dalla Commissione istituita con d.m. 27 febbraio 2004, in cui si afferma che "crisi" indica "la situazione economica o finanziaria in cui versa l'impresa, tale da determinare il *rischio di insolvenza*".

Quest'ultima è quindi una situazione economica o finanziaria patologica in cui versa l'imprenditore, che non è **ancora** insolvente (se la situazione è "tale da determinare il rischio di insolvenza", l'imprenditore non potrà pertanto essere già in tale stato) e che, dunque, al momento è in grado di soddisfare i suoi creditori, ma è da ritenere che

ben presto non ne sia più capace, per cui la crisi, se non scompare, è destinata a trasformarsi in insolvenza.

Il giudizio attuale dell'imprenditore è positivo (a differenza dell'insolvenza, sia essa definitiva o temporanea), tuttavia la prognosi è negativa.

Da queste considerazioni, si evince che la nozione di crisi d'impresa comprenda, **oltre** a tutte le ipotesi di insolvenza, siano esse irreversibili o temporanee, anche situazioni "qualitativamente" diverse da esse, nelle quali lo stato di illiquidità non si è ancora verificato.

Ne consegue, in definitiva, che tra "stato di crisi" e "temporanea difficoltà ad adempiere" vi sia il medesimo rapporto di genere a specie che intercorre tra lo stato di crisi e lo stato di insolvenza.

Un'interpretazione diversa sarebbe, come si è visto, in contrasto con la *ratio legis*, volta a prevenire e ad evitare, con interventi di ristrutturazione dell'indebitamento, una imminente (ma non attuale) insolvenza.

Di conseguenza, la vigente normativa non consente più di fondare l'istituto della consecuzione delle procedure concorsuali sulla base dell'identità (che ora è venuta meno) dei presupposti oggettivi del concordato preventivo e del fallimento.

A tal fine, è, dunque, del tutto improprio richiamare la disciplina dell'abrogata procedura di amministrazione controllata.

Ne è un'ulteriore prova il fatto che la precedente normativa, in caso di conversione di tale procedura nel fallimento, non richiedeva, a differenza di quanto avviene ora per il concordato preventivo²⁸, alcun accertamento dell'insolvenza del debitore.

Per rendersene conto è sufficiente una rapida lettura di alcune disposizioni, ora abrogate, relative all'amministrazione controllata.

Si prenda, innanzitutto, l'articolo 192 l. fall., il quale statuiva che, nelle ipotesi in cui l'amministrazione controllata non poteva essere continuata, sarebbe seguita senza

²⁸ A tal fine, rimando al prossimo capitolo, relativo ai profili processuali della conversione del concordato preventivo nel fallimento. È però opportuno precisare fin da ora come attualmente, in particolare a seguito delle modifiche apportate dal "decreto correttivo", è pacifico che il fallimento, successivo al concordato preventivo, possa essere dichiarato soltanto dopo aver accertato la sussistenza dello stato di insolvenza.

È inoltre necessaria una previa istanza di fallimento da parte dei creditori oppure una richiesta del pubblico ministero.

soluzione di continuità la dichiarazione di fallimento, salva la facoltà del debitore di proporre il concordato preventivo.

L'articolo 193 l. fall., inoltre, precisava che, se il debitore dimostrava “*di essere in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*”, poteva chiedere al tribunale la cessazione della procedura anche prima del termine stabilito.

Da quest'ultima norma, derivava una palese conferma della correttezza dell'orientamento della Cassazione: se il debitore, per concludere positivamente ed in anticipo la procedura, doveva dimostrare di essere in grado di adempiere, ne conseguiva che al momento dell'ammissione alla procedura in questione, egli non era in grado di adempiere, ed era, perciò, *testualmente* insolvente secondo la definizione di legge²⁹.

Al secondo comma, infine, la norma in esame chiariva che, qualora al termine dell'amministrazione controllata l'impresa fosse rimasta insolvente, ne sarebbe derivata automaticamente la dichiarazione di fallimento, salva ovviamente la possibilità per il debitore di chiedere il concordato preventivo.

Si può, in conclusione, affermare che, se nella vigenza della precedente disciplina era senz'altro lecito considerare l'amministrazione controllata e il successivo fallimento come se fossero parti di un unico procedimento, in ragione principalmente dell'identità dei presupposti (soggettivi e anche oggettivi) e in forza inoltre di una conversione automatica nella procedura fallimentare, ora tale impostazione non è più accettabile (almeno sulla base di tali ragioni); non si può, in particolare, richiamare la disciplina della amministrazione controllata per l'attuale concordato preventivo in quanto è differente il presupposto oggettivo ed è diversa la disciplina processuale in caso di conversione in fallimento.

Nei capitoli successivi valuterò altri possibili elementi su cui poter fondare la consecuzione delle procedure concorsuali nell'ambito della disciplina attuale e cercherò di stabilire se essi siano conformi con l'attuale dettato normativo.

È, tuttavia, necessario concludere prima l'analisi sul concetto di “stato di crisi” chiarendo quale sia effettivamente la soglia minima per poter accedere al concordato preventivo.

²⁹ Si veda sul punto A. Castagnola, *Decorrenza dei termini per le azioni revocatorie in caso di fallimento consecutivo ad amministrazione controllata*, cit., pag. 765.

3.2 La “crisi giuridicamente rilevante”.

Al fine di concludere l’analisi sul concetto di “stato di crisi”, è opportuno, dunque, identificare quelle situazioni di difficoltà transitoria che non arrivano ad integrare le soglie della crisi giuridicamente rilevante, al fine di evitare possibili usi strumentali del concordato preventivo.

A tale riguardo, in dottrina ³⁰ si è evidenziato come un imprenditore perfettamente solvibile potrebbe approfittare di una propria temporanea crisi (soprattutto se non particolarmente grave, si pensi alla mera perdita di capacità reddituale) sacrificando i diritti dei creditori dissenzienti, i quali, a seguito di una delibera presa a maggioranza, dovrebbero sopportare dei sacrifici che non sono strettamente necessari al superamento della crisi.

L’istituto del concordato preventivo non sarebbe certamente stato previsto per “*espropriare*”, con una delibera assunta a maggioranza, i diritti dei creditori ³¹.

L’autore ha posto all’attenzione degli interpreti una problematica di grande rilievo, (ovvero quella dei possibili usi strumentali del concordato preventivo) generata, come si è visto, dalla mancata stesura, da parte del legislatore, di una definizione esaustiva del concetto di “stato di crisi”.

Se è ormai indiscutibile, infatti, che la crisi d’impresa ricomprenda oltre all’insolvenza, situazioni ad essa finite, rimane ancora da chiarire quale sia la fattispecie di crisi “minima”, in presenza della quale l’imprenditore può legittimamente chiedere di beneficiare dell’istituto concordatario.

Secondo una pronuncia del Tribunale di Milano ³² la nozione di “crisi” sarebbe molto ampia, essendo considerata una condizione che solo eventualmente coincide con lo

³⁰ G. Terranova, cit., pag. 547 ss.

³¹ G. Terranova, cit., pag. 552. Nello scritto in esame, l’autore critica, inoltre, l’impostazione che ritiene oggi non più ammissibile l’istituto della consecuzione delle procedure.

Si rileva in particolare come la semplice proposta di un concordato preventivo potrebbe di fatto precludere (data la riduzione del periodo sospetto per gli atti normali a soli sei mesi) l’esercizio delle revocatorie fallimentari, con la conseguenza di lasciare il debitore arbitro di questo fondamentale strumento di tutela dei creditori.

La questione, di rilevanza centrale nell’argomento trattato nel presente lavoro, sarà approfondita nel prosieguo del lavoro.

stato di dissesto, potendo integrare anche la situazione di difficoltà finanziaria “*non necessariamente prodromica allo stato di insolvenza*”.

Non è difficile constatare come, adottando questa impostazione, imprenditori disonesti (“i soliti furbi”³³) potrebbero approfittarne usando il concordato preventivo in maniera indebita. A ben guardare, infatti, questo orientamento anticipa la soglia di ingresso alla procedura in esame ad un punto tale da risolversi in una sostanziale abrogazione del presupposto oggettivo del concordato preventivo; in questo modo, le imprese, che non siano afflitte da reali patologie, ma da una mera tensione finanziaria transitoria potrebbero ottenere gli effetti esdebitatori propri di tale procedura sulla base di un astratto rischio di una futura insolvenza³⁴.

Al fine di evitare di cadere in equivoche generalizzazioni, è opportuno precisare che tutti gli imprenditori commerciali sono sottoposti al rischio del fallimento: si tratta, infatti, di un fattore naturale della dinamica economica.

Ma non tutti sono, ovviamente, in crisi. Diverso è quando esista (non un’astratta possibilità ma) la probabilità concreta dell’insolvenza.

L’accertamento cui è chiamato il tribunale circa la sussistenza dello “stato di crisi” del debitore deve essere di conseguenza il più possibile accurato nel valutare se il pericolo di insolvenza sia concreto e reale, con la conseguenza che non potrebbe essere ammesso alla procedura in questione un imprenditore che lamenti una generica “crisi” e un astratto “pericolo di insolvenza” quando questi non siano accompagnati da determinate **patologie**³⁵, le quali, nonostante non manifestino un’attuale insolvenza, mostrino, tuttavia, una situazione di difficoltà che può in **concreto** sfociare nell’insolvenza medesima.

³² Tribunale di Milano, 7 novembre 2005, in *Giurisprudenza Italiana*, 2006, I, pag. 518.

³³ G. Terranova, cit., pag. 547.

³⁴ In dottrina, si è anche sostenuto che accogliere un concetto di crisi troppo ampio comporterebbe anche seri dubbi di costituzionalità in relazione alla minorata difesa dell’interesse economico dei creditori falcidiati e dissenzienti, che pure potevano essere soddisfatti integralmente. Si veda a tal proposito L. Pica, *Il concordato preventivo: da misura premiale a strumento di salvaguardia dell’azienda?*, in *Diritto Fallimentare*, 2007, pag. 352.

³⁵ Termine opportunamente utilizzato da S. Pacchi, *Il concordato preventivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di E. Bertacchini, L. Gualandi, S. Pacchi, G. Pacchi, G. Scarselli, Milano, 2007.

Merita, quindi, approvazione l'orientamento dottrinale ³⁶, il quale ritiene che la crisi giuridicamente rilevante include situazioni finite e prodromiche all'insolvenza, ma che tali ancora non sono, e che si distinguono per il loro possibile superamento, grazie ad interventi esterni che portino ad una ristrutturazione dell'indebitamento.

Il rischio di insolvenza sarà, dunque, concreto, e, quindi, la crisi sarà giuridicamente rilevante, solamente quando, per uscire dalla situazione patologica in cui versa l'impresa, sia necessario un intervento esterno, il quale implichi, quindi, una collaborazione dei creditori dell'impresa.

Qualora, invece, tale intervento non sia strettamente necessario, in quanto l'imprenditore è in grado di risolvere la situazione di difficoltà transitoria (dovuta ad esempio alla semplice perdita di capacità reddituale) senza bisogno di alcuna collaborazione esterna, non sarebbe configurabile uno stato di crisi ma semplicemente una mera "tensione finanziaria transitoria" (in quest'ultimo caso infatti non vi sarebbe per l'imprenditore nessun rischio concreto di diventare insolvente).

La crisi è, quindi, una fase successiva alla mera tensione finanziaria e ne rappresenta una sua degenerazione, caratterizzata da forti squilibri patrimoniali e finanziari che preannunciano una imminente insolvenza ³⁷.

A questo punto, è possibile concludere questa disamina dello "stato di crisi", precisando come questa nozione comprenda dunque sostanzialmente due situazioni.

La prima è costituita dallo stato di insolvenza, intesa come impossibilità (definitiva o temporanea) di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni.

La seconda, prodromica alla precedente, è rappresentata dal "rischio di insolvenza".

Deve trattarsi però di un rischio concreto, rimediabile solo grazie ad un intervento esterno dei creditori dell'impresa.

³⁶ S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in Trattato di diritto commerciale, diretto da G. Cottino, XI, Padova, 2008, pag. 23 ss.; L. Panzani, cit., 1015; L. Guglielmucci, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, pag. 60 ss.

³⁷ In dottrina (L. Pica, cit., pag. 356), si è correttamente affermato come la crisi rappresenti una fase successiva al semplice declino (o tensione finanziaria transitoria) e consista in situazioni di difficoltà economica che "si manifestano in fenomeni **esteriori** apprezzabili in termini economici o giuridici".

CAPITOLO 2:

IL PASSAGGIO DAL CONCORDATO PREVENTIVO AL FALLIMENTO – FATTISPECIE DI CONVERSIONE E PROFILI PROCESSUALI

1. Premessa

Il Legislatore del 1942 aveva previsto che, nelle ipotesi in cui la procedura di concordato preventivo non avesse potuto raggiungere i relativi scopi istituzionali, sarebbe automaticamente intervenuta la pronuncia di fallimento del debitore.

Il tribunale non aveva, infatti, bisogno di accertare i presupposti (soggettivi ed oggettivi) richiesti per la dichiarazione di fallimento, in quanto questi ultimi erano già stati verificati in sede di ammissione al concordato preventivo (oppure, in una fase ancora precedente, in sede di ammissione all'amministrazione controllata).

Ne conseguiva che un'eventuale opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento non potesse riguardare in alcun modo la sussistenza dei presupposti richiesti per la pronuncia di fallimento, ma solamente quella degli estremi richiesti per la conversione del precedente procedimento in fallimento³⁸.

Una tale impostazione si basava innanzitutto sull'identità dei presupposti, sia soggettivi che oggettivi, delle due procedure concorsuali in esame.

³⁸ Si veda F. De Marco, *La consecuzione dei procedimenti concorsuali*, in *Diritto Fallimentare*, 1953, I, pag. 283; nello scritto in questione, l'autore evidenziava come il Bonelli avesse invece ammesso la possibilità di una opposizione basata sul motivo della inesistenza della cessazione dei pagamenti (poi configurata come insolvenza) da parte dello stesso debitore allorché questa cessazione avesse potuto dimostrarsi esclusa da fatti nuovi prodottisi nel frattempo.

L'automaticità della dichiarazione di fallimento derivava, però, anche da un altro presupposto fondamentale: il fallimento poteva essere, infatti, dichiarato, a norma dell'articolo 6 del R. D. 16 marzo 1942, n. 267, anche d'ufficio, ovvero, senza la necessità di una previa istanza da parte dei creditori o del pubblico ministero.

Di conseguenza, una volta posto anticipatamente termine al concordato preventivo, al tribunale non restava altro che dichiarare contestualmente il fallimento, il quale ne costituiva, dunque, l'unico esito possibile.

Dato che il debitore era impossibilitato a tornare *in bonis* dopo la chiusura anticipata del concordato preventivo, in quanto la contestuale dichiarazione di fallimento comportava un'immediata indisponibilità dei propri beni, un intervallo di tempo che si potesse frapporre tra le due procedure non sarebbe stato possibile.

Il concordato preventivo ed il successivo fallimento costituivano di conseguenza due fasi di un unico procedimento, volto all'eliminazione dell'insolvenza del debitore: all'esito infausto del mezzo più "blando", ne sarebbe conseguito quello più drastico.

Tale contestualità tra la chiusura del concordato preventivo e l'apertura del fallimento aveva costituito, per la dottrina e la giurisprudenza, un fondamentale assunto (in aggiunta a quello dell'identità dei presupposti delle due procedure) su cui fondare la teoria della consecuzione delle procedure concorsuali ³⁹.

L'automatico passaggio dal concordato preventivo al fallimento era però stato messo in discussione a seguito delle modifiche, operate dalla l. 80/2005 e dal d. lgs. 5/2006, dei due presupposti su cui tale principio si fondava.

Il legislatore della riforma, infatti, aveva, da un lato, mutato il presupposto oggettivo del concordato preventivo, individuato ora nello "stato di crisi", e, dall'altro, aveva statuito, riformulando l'art. 6 l. fall., che il tribunale non fosse più in grado di dichiarare il fallimento d'ufficio.

In dottrina, si era correttamente osservato come, a seguito di tali innovazioni, in caso di esito infausto del concordato preventivo, il fallimento avrebbe costituito soltanto un possibile esito del concordato preventivo chiusosi anticipatamente, e non più

³⁹ La Corte di Cassazione, infatti, in una pronuncia già richiamata (si veda l'introduzione al presente lavoro) aveva definito la "consecuzione dei procedimenti concorsuali": "*quel fenomeno caratterizzato dal verificarsi, a carico dell'imprenditore e senza soluzione di continuità, di una serie di procedure concorsuali a causa dell'incapacità delle prime di conseguire i relativi scopi istituzionali*". Corte di Cassazione, 30 maggio 1994, n. 5284, in *Il Fallimento* 1995, pag. 138.

l'unico; la dichiarazione di fallimento sarebbe stata, infatti, subordinata, da un lato, ad una specifica istanza da parte dei soggetti legittimati e, dall'altro, ad un accertamento dell'insolvenza del debitore.

In mancanza di tali requisiti, il debitore avrebbe dovuto conseguentemente tornare *in bonis*, in attesa di una successiva (ed eventuale) dichiarazione di fallimento.

Contrastava, però, con tale interpretazione la mancata modifica delle singole disposizioni che prevedevano, e regolavano, il passaggio dal concordato preventivo al fallimento; tali norme, infatti, essendo ancorate al precedente sistema normativo, presupponevano ancora una conversione automatica del concordato preventivo nel fallimento ed erano, pertanto, apparse alla dottrina più attenta in contrasto con i principi ispiratori della riforma.

Un tale mancato coordinamento aveva determinato una grave insicurezza circa la disciplina processuale del passaggio dal concordato preventivo al fallimento, generando accesi contrasti in dottrina ed in giurisprudenza.

Il “decreto correttivo” del 2007 è intervenuto per porre fine a tali controversie, statuendo che, all'esito nefasto del concordato preventivo, la dichiarazione di fallimento debba essere pronunciata soltanto dopo una specifica istanza da parte dei creditori o una richiesta del pubblico ministero (sempre che ovviamente siano stati accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 della legge fallimentare).

Sebbene la disciplina processuale della conversione dal concordato preventivo in fallimento sia stata, a seguito del decreto correttivo, riformulata in conformità con l'attuale dettato normativo, sono, tuttavia, rimaste talune questioni controverse: la principale di esse attiene alla corretta individuazione della disciplina processuale in caso di risoluzione od annullamento del concordato preventivo, disciplinata dall'articolo 186 l. fall.

Il legislatore del decreto correttivo, nel riformulare tale disposizione, non è stato, infatti, preciso e dettagliato come, invece, era avvenuto nelle altre ipotesi di conversione in fallimento; in particolare, nella norma in esame è rimasto il richiamo (seppur con la precisazione “in quanto compatibili”) agli articoli 137 e 138 della legge fallimentare, relativi al concordato fallimentare, i quali prevedono una riapertura **automatica** del fallimento in caso di risoluzione o annullamento del concordato.

Nell'ipotesi in esame, secondo una parte della dottrina ⁴⁰, il fallimento dovrebbe essere ancora dichiarato automaticamente e contestualmente al provvedimento che risolve o annulla il concordato preventivo.

La questione, come si può constatare, è di primaria importanza, non soltanto in relazione all'individuazione della corretta disciplina processuale, ma anche riguardo alla problematica della consecuzione delle procedure concorsuali.

Prima di addentrarmi nel tema della *consecutio*, ritengo, però, necessario chiarire con precisione se la necessaria automaticità della dichiarazione di fallimento sia del tutto venuta meno, o se essa al contrario permanga ancora in talune ipotesi.

Nel presente capitolo il mio obiettivo è pertanto quello di analizzare dettagliatamente la disciplina processuale della conversione del concordato preventivo nel fallimento, cercando di risolvere le questioni problematiche emerse dalle recenti riforme della normativa delle procedure concorsuali.

Saranno, pertanto, vagliate le singole disposizioni nelle quali è previsto il passaggio dal concordato preventivo al fallimento, evidenziando non soltanto il procedimento volto alla declaratoria di fallimento, ma anche le relative fattispecie di conversione; anche queste ultime, infatti, non possono non essere considerate in relazione alla nuova configurazione del concordato preventivo e delle relative finalità.

Al termine di tale indagine, sarà, dunque, possibile svolgere delle prime riflessioni sulle ripercussioni che la nuova disciplina processuale del passaggio dal concordato preventivo in fallimento ha comportato all'istituto della consecuzione delle procedure concorsuali.

⁴⁰ Si veda, in particolare, U. Apice, *L'abolizione del fallimento d'ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento* 2008, pag. 129.

2. Le ipotesi di conversione

Se si analizza la disciplina del concordato preventivo, incontriamo diverse ipotesi nelle quali la legge dispone l'interruzione della procedura con possibile successiva dichiarazione di fallimento.

Tale dichiarazione è infatti prevista:

- 1) se il debitore non esegua il deposito per le spese previste per il concordato preventivo (art. 163, terzo comma l. fall.);
- 2) se il commissario giudiziale accerti che il debitore ha posto in essere uno degli atti indicati nell'art. 173 l. fall;
- 3) se il concordato non sia approvato dai creditori (art. 179 l. fall.);
- 4) se il concordato non sia omologato dal tribunale (art. 180, settimo comma l. fall.);
- 5) se il concordato sia risolto od annullato (art. 186 l. fall.)

In via preliminare va chiarito come non possa esservi conversione di procedimenti nell'ipotesi in cui la procedura minore non sia stata ancora instaurata.

Mi riferisco all'ipotesi contemplata dall'articolo 162 l. fall., in base alla quale il tribunale può dichiarare il fallimento a seguito della mancata ammissione del debitore al concordato preventivo.

In tale circostanza non può aversi la sostituzione di un nuovo procedimento al posto dell'iniziale, il quale non esiste ancora e, di conseguenza, il fallimento si pone in questo caso come prima ed unica procedura concorsuale ⁴¹.

⁴¹ Si veda, nella vigenza della precedente disciplina, F. De Marco, cit., pag. 292, il quale afferma che "la possibilità di consecuzione sorge invece soltanto dopo il decreto di ammissione perché solo da questo momento può aversi la sostituzione di un nuovo procedimento al posto di quello iniziale".

Si veda anche C. Sapienza, *Conversione e Consecuzione dei procedimenti concorsuali*, Milano, 1958, pag. 121, e A. Ceccherini, *Effetti nel fallimento consecutivo*, in *Il Fallimento*, 1992, pag. 313; nello scritto da ultimo citato, si evidenzia come l'assenza di un decreto di apertura, presente invece in tutte le altre ipotesi sopra citate, renda difficile configurare la stessa esistenza di un procedimento di concordato preventivo distinto da quello dichiarativo di fallimento.

Dopo la riforma si veda S. Pacchi, *Il concordato preventivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di E. Bertacchini, L. Gualandi, S. Pacchi, G. Pacchi, G. Scarselli, Milano, 2007, pag. 463.

Nonostante tale disposizione non riguardi, dunque, la problematica della consecuzione delle procedure, ritengo, tuttavia, opportuno analizzarla, in quanto la relativa disciplina è stata, ed è tuttora, richiamata da alcune delle norme sopra citate, che regolano la conversione tra le due procedure.

Nella pregressa normativa fallimentare, infatti, gli articoli 163, comma terzo, e 179 statuivano che, nelle ipotesi, rispettivamente, di mancato deposito delle spese della procedura e di mancata approvazione del concordato da parte dei creditori, il tribunale dovesse provvedere a norma dell'articolo 162 comma secondo; nella disciplina attuale, riformata dal decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169 (c.d. decreto correttivo), il richiamo all'art. 162 è invece rimasto soltanto nell'ipotesi di cui all'articolo 179.

La formulazione originaria della norma in esame prevedeva unicamente due commi; il primo di essi statuiva che il tribunale dovesse dichiarare inammissibile la proposta del debitore in assenza delle condizioni previste per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo dall'articolo 160 l. fall.

Al secondo comma era previsto che in tali casi il tribunale dovesse dichiarare d'ufficio il fallimento del debitore.

Per pronunciarsi validamente sulla domanda di ammissione, la norma richiedeva al tribunale di sentire preliminarmente il pubblico ministero e “*occorrendo*” il debitore (art. 162 primo comma l. fall. testo originario).

Con sentenza n. 110 del 27 giugno 1972, la Corte Costituzionale⁴² aveva dichiarato l'illegittimità di tale disposizione nella parte in cui prevedeva la “facoltà” dell'audizione del debitore, non assicurando, quindi, l'esercizio del diritto di difesa.

In effetti il debitore, con la presentazione della domanda, pur conoscendo la propria situazione, in caso di mancata audizione, non avrebbe avuto la possibilità di svolgere eventuali ulteriori difese, né a tale manchevolezza si sarebbe potuto sopperire con la proposizione del ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.* o l'opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento.

Oggi il nuovo testo normativo richiede espressamente la convocazione del debitore prima che venga dichiarata l'inammissibilità della domanda⁴³.

⁴² In Diritto Fallimentare, 1972, II, p. 537.

Questione importante e dibattuta era, inoltre, rappresentata dal carattere di obbligatorietà o meno che si voleva riconoscere all'intervento del pubblico ministero nella procedura di concordato preventivo; l'espressione utilizzata dal legislatore prima della riforma era, infatti, suscettibile di diverse interpretazioni⁴⁴.

L'intervento del pubblico ministero è oggi rimarcato, con la nuova formulazione dell'art. 162, nel caso in cui il tribunale accerti l'insussistenza dei presupposti di cui agli art. 160 e 161; come si dirà più dettagliatamente a breve, il legislatore ha espressamente attribuito al pubblico ministero una legittimazione attiva per promuovere dal tribunale l'accertamento dei presupposti di cui agli art. 1 e 5 l. fall. e la conseguente dichiarazione di fallimento⁴⁵.

Oltre ad ascoltare, nel modo sopra precisato, il debitore ed il pubblico ministero, il tribunale, al fine di pronunciarsi sulla ammissibilità della proposta, doveva verificare la sussistenza delle condizioni, c.d. soggettive, di cui all'art. 160 primo comma l. fall., e valutare la rispondenza delle condizioni, c.d. patrimoniali, offerte dal richiedente con quelle indicate nel secondo comma del medesimo articolo.

In mancanza di tali condizioni, ne sarebbe seguita la pronuncia di inammissibilità della proposta e, a norma del secondo comma della norma in esame, la dichiarazione di fallimento, pronunciata d'ufficio.

⁴³ Si veda G. U. Tedeschi, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2006, pag. 547.

⁴⁴ Secondo parte della giurisprudenza l'intervento del pubblico ministero era obbligatorio nel solo caso in cui le condizioni richieste per l'ammissione alla procedura non sussistevano. Si veda la pronuncia del Tribunale di Milano del 12 gennaio 1959, in *Diritto Fallimentare*, 1959, II, pag. 303.

Per la giurisprudenza successiva tale obbligo non sussisteva in caso di dichiarazione di fallimento *ex art. 173* (Corte di appello di Roma, 13 aprile 1981, in *Diritto Fallimentare*, 1981, II, pag. 240), e neppure nel procedimento di risoluzione *ex art. 186* (si veda la pronuncia del Tribunale di Milano del 30 giugno 1977, in *Giurisprudenza commerciale*, 1978, II, pag. 915).

La dottrina maggioritaria, invece, (si veda tra tutti G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, pag. 231) riteneva al contrario sempre necessario l'intervento del pubblico ministero, concretando tale fattispecie una delle applicazioni concrete *ex art. 70 n. 5 c.p.c.*; secondo tale orientamento, quindi, era lo stesso legislatore che statuiva l'obbligatorietà dell'intervento, nella tutela dell'interesse pubblico.

⁴⁵ Si veda in dottrina P. G. Demarchi, *Il concordato preventivo alla luce del decreto correttivo*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008, pag. 505; l'autore analizza il disposto del quinto comma dell'articolo 161 legge fallimentare, introdotto dal decreto correttivo, il quale dispone che il P.M. debba essere semplicemente informato della proposta di concordato preventivo. In questo caso l'autore non dubita che il pubblico ministero possa interloquire, facendo pervenire un proprio parere al tribunale o partecipando attivamente alle fasi del procedimento.

A tale riguardo, la dottrina più attenta rilevava come quest'ultima pronuncia non dovesse essere automatica, a differenza di quanto avveniva nelle ipotesi di conversione dal concordato preventivo al fallimento⁴⁶, nelle quali l'accertamento dei presupposti richiesto dall'art. 5 l. fall. era già intervenuto in sede di ammissione al concordato preventivo.

Nel caso in esame, invece, non si sarebbe potuto assimilare l'implicita ammissione dell'insolvenza, compiuta dal debitore nella proposta di concordato preventivo, ad un effettivo accertamento di essa compiuto dal tribunale.

Secondo tale orientamento ne sarebbe conseguito, dunque, che il tribunale, per via del necessario collegamento dell'art. 162 con l'art. 5 l. fall., una volta accertata l'eventuale insussistenza di qualcuno dei necessari presupposti per il fallimento (e in particolare dello stato di insolvenza), avrebbe dovuto dichiarare inammissibile la domanda, senza, tuttavia, emettere la sentenza dichiarativa di fallimento⁴⁷.

È opportuno segnalare che nell'ipotesi di declaratoria di fallimento *ex art. 162*, ultimo comma, l. fall. si riteneva che il termine per la proposizione delle azioni revocatorie decorresse dalla data della sentenza e non dalla proposta, in quanto quest'ultima, sempre secondo tale orientamento, poteva essere respinta anche senza dichiarare il fallimento quando il Tribunale non avesse ritenuto sussistente uno stato di insolvenza che veniva accertato appunto solamente con la declaratoria⁴⁸.

La giurisprudenza, tuttavia, non concordava con tale impostazione, esaltando al contrario la "conseguenzialità" della sentenza dichiarativa di fallimento⁴⁹, anche se non erano mancate alcune pronunce più vicine alla posizione dottrina evidenziata⁵⁰.

⁴⁶ Per l'individuazione delle quali si veda l'inizio del presente paragrafo.

⁴⁷ In tal senso, in dottrina, A. Bonsignori, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scajola Branca, Legge Fallimentare* a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna – Roma, 1979, pag. 121 ss.; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, terza edizione, Milano, 1986, pag. 169 ss.; F. Ferrara, *Il fallimento*, quarta edizione, Milano, 1989, pag. 174 ss.

Di contrario avviso, S. Satta, *Diritto Fallimentare*, seconda edizione, Padova, 1990, pag. 452 secondo il quale la declaratoria di fallimento, sarebbe "la conseguenza necessaria allo stesso stato di insolvenza riconosciuto dal debitore implicitamente nella sua domanda di ammissione alla procedura".

⁴⁸ In tal senso A. Bonsignori, cit., pag. 124.

⁴⁹ Tra tutte Corte di Cassazione 2 maggio 1994, n. 4231, in *Il Fallimento*, 1994, pag. 1146.

⁵⁰ Corte di Cassazione 11 aprile 1989, n. 1737, in *Il Fallimento*, 1988, pag. 901.

Con riguardo al decreto che dichiarava inammissibile la domanda, è da segnalare che l'orientamento prevalente considerava tale pronuncia non impugnabile con il ricorso per Cassazione *ex art. 111 Cost.*, in quanto la stessa si dimostrava **non autonoma ed inscindibilmente connessa** alla successiva e consequenziale sentenza dichiarativa di fallimento ⁵¹, la quale poteva invece essere oggetto di opposizione *ex art. 18 l.fall.* (testo originario).

L'articolo 162, non essendo stato modificato dalla novella di cui alla legge n. 80/2005, ha continuato a prevedere la declaratoria di inammissibilità della proposta e la dichiarazione di fallimento d'ufficio del debitore per le ipotesi, viste in precedenza, in cui non ricorressero *“le condizioni previste dal primo comma dell'art. 160”* o quelle indicate *“nel secondo comma dello stesso articolo”*.

Il richiamato art. 160 era stato, però, interamente riscritto dal legislatore del 2005, e la sua nuova versione, limitata ad un unico comma, non prevedeva più le condizioni soggettive di meritevolezza del debitore, né imponeva vincoli contenutistici in merito alle modalità ed alla percentuale minima di soddisfazione dei creditori, limitandosi invece a stabilire che l'imprenditore in “stato di crisi” potesse proporre un concordato sulla base di un piano di vario e libero contenuto.

A sua volta l'articolo 163, pure modificato dalla riforma del 2005, nel disciplinare “l'ammissione alla procedura” faceva riferimento nel primo comma ad una *verifica* del Tribunale sulla *“completezza e la regolarità della documentazione”*, e ad una eventuale *“valutazione sulla correttezza dei criteri di formazione delle diverse classi”*.

In tale nuovo contesto normativo, l'ammissibilità della domanda di concordato si trovava così ad essere disciplinata da due diverse disposizioni, la prima delle quali (art. 162) sanciva in negativo l'inammissibilità della domanda in mancanza delle condizioni di cui all'articolo 160, mentre la seconda (art. 163) prevedeva in termini positivi l'ammissibilità a seguito di un controllo sulla correttezza e regolarità della documentazione, per cui sembrava *“che per ammettere il debitore alla procedura”* fosse *“sufficiente un controllo sulla completezza e sulla regolarità della*

⁵¹ Si veda la pronuncia della Corte di Cassazione richiamata nella nota 50. In dottrina G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, op. ult. cit., pag. 169. *Contra* P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, quarta edizione, Milano, 1993, pag. 809.

*documentazione, nel mentre per escluderlo bisogna che si accerti nel merito la non fattibilità del piano o altro”*⁵².

In aggiunta alla problematica della difficile convivenza di tali disposizioni, in dottrina ed in giurisprudenza si discuteva se il secondo comma dell’art. 162 (il quale, come detto, prevedeva ancora la dichiarazione d’ufficio di fallimento) dovesse o meno ritenersi implicitamente abrogato per incompatibilità con il nuovo sistema che aveva mutato il presupposto oggettivo di accesso alla procedura di concordato, non più coincidente con lo stato di insolvenza, e che soprattutto aveva soppresso il potere del Tribunale di dichiarare d’ufficio il fallimento⁵³.

L’incertezza delle soluzioni che pervadeva il quadro interpretativo dell’art. 162 l. fall. ha imposto una completa “*riscrittura*” della norma, “*al fine di adeguare il contenuto alle modificazioni che le norme in esso richiamate avevano subito già in occasione dell’intervento operato con la legge 14 maggio 2005, n. 80, di conversione del decreto legge 16 marzo 2005, n. 35*”⁵⁴.

A tale riformulazione ha provveduto appunto il d.lgs. n. 169/2007, che per un verso ha modificato il secondo comma dell’art. 162 nel senso che il tribunale dichiara inammissibile la proposta di concordato “*se all’esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli art. 160, commi primo e secondo, e 161*”.

Per altro verso è intervenuto sul testo dell’art. 163, il cui primo comma “*ha subito le modificazioni necessarie a coordinare il contenuto con il novellato art. 162 del r.d.*” (così, ancora, la relazione illustrativa al decreto correttivo), dispone ora che l’organo giurisdizionale dichiara aperta la procedura di concordato preventivo “*ove non abbia provveduto a norma dell’art. 162, commi primo e secondo*”.

Alla luce, quindi, della “*correzione*” compiuta dal decreto legislativo 169/2007, l’autorità giudiziaria deve verificare, oltre alla sussistenza dei presupposti⁵⁵,

⁵² G. Bozza, *Il vecchio, l’attuale, e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 692.

⁵³ In dottrina si veda A. Paluchowsky, *I poteri del Tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo con particolare riferimento all’ipotesi di conversione della procedura in fallimento*, in *Diritto Fallimentare*, 2006, I, pag. 595.

⁵⁴ Relazione illustrativa al decreto legislativo 12/09/2007, n. 169 (c.d. decreto correttivo).

⁵⁵ A tal fine va sottolineato come la rubrica dell’art. 160 l. fall., originariamente riferita alle *condizioni per l’ammissione*, è stata da ultimo coerentemente modificata, e sostituita dai *presupposti* di ammissione.

soggettivo e oggettivo, per la sottoposizione del debitore alla procedura, anche che il piano concordatario abbia un contenuto compatibile con quanto stabilito dall'art. 160, commi primo e secondo; dovrà, inoltre, controllare che la documentazione allegata alla domanda di ammissione sia quella richiesta dall'art. 161 comma secondo, e che vi sia la relazione del professionista *ex art.* 161, comma terzo l. fall.

Qualora sia necessaria un'integrazione al piano o la produzione di nuovi documenti, il Tribunale, a norma del nuovo primo comma dell'art. 162 l. fall., può concedere al debitore un termine, non superiore a quindici giorni, al fine di porvi rimedio.

L'innovazione, tuttavia, più rilevante riguarda le conseguenze della inammissibilità della domanda.

Il legislatore del 2007, infatti, ha sancito che, qualora non ricorrano i presupposti per ammettere il debitore alla procedura concordataria, il tribunale non possa dichiarare *motu proprio* ed in via automatica il fallimento, potendo farlo solo dietro specifica istanza del creditore o richiesta del pubblico ministero, e previo accertamento della sussistenza dei presupposti oggettivo e soggettivo per la declaratoria di fallimento.

Per quanto riguarda la richiesta di fallimento del pubblico ministero, essa può preesistere, *ex art.* 7, alla domanda di concordato preventivo, ovvero essere stata presentata nel corso della procedura.

È controverso se l'iniziativa del pubblico ministero sia consentita dalla mera comunicazione della proposta di concordato preventivo prevista dall'articolo 161 comma quinto, l. fall., in quanto quest'ultima difficilmente può essere considerata come una segnalazione di cui all'art. 7 n. 2 l. fall.

Un autore ⁵⁶ ha sostenuto, tuttavia, che, una volta pronunciato il decreto di inammissibilità, il tribunale non sarebbe abilitato a segnalare l'insolvenza al pubblico ministero, dato che tale organo sarebbe già stato posto nella condizione processuale di partecipare al procedimento, ed anche di richiedere il fallimento, in virtù della comunicazione di cui all'art. 161 comma quinto l. fall.

Nonostante la norma non ne faccia menzione, in dottrina ⁵⁷ non si dubita che l'iniziativa possa provenire dallo stesso debitore, secondo la disposizione generale

⁵⁶ M. Ferro, *La legge fallimentare. Decreto Legislativo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni correttive. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2008, pag. 309.

⁵⁷ M. Ferro, *ibidem*; P. G. Demarchi, cit., pag. 505.

dell'art. 6 l. fall., ma occorrerebbe, tuttavia, una specifica richiesta subordinata al rigetto della domanda di concordato preventivo, non essendo sufficiente una confessione dello stato di insolvenza emergente dal ricorso.

Qualora il debitore sia stato sentito soltanto sulla proposta di concordato preventivo, è necessaria una nuova audizione, sì da consentirgli l'esercizio del diritto di difesa in riferimento all'istanza di fallimento presentata; il mancato richiamo dell'art. 15 l. fall. (richiamato invece dall'art. 173 l. fall.) ha indotto parte della dottrina a ritenere che possa prescindersi dalla disciplina processuale ivi prevista ⁵⁸, ma si deve obiettare che, qualora il procedimento per la dichiarazione di fallimento non sia già svolto precedentemente, non sembra possibile disapplicare una disciplina destinata ad assicurare il rispetto delle garanzie costituzionali in ogni ipotesi di dichiarazione di fallimento ⁵⁹.

Per la dichiarazione di fallimento, l'art. 162 comma secondo, richiede, come visto, l'accertamento dei presupposti di cui agli articoli 1 e 5. Orbene, mentre è facilmente comprensibile il riferimento al presupposto oggettivo in quanto il concordato preventivo può essere richiesto anche dal debitore che si trovi in stato di crisi, meno evidente potrebbe sembrare la ragione del riferimento al presupposto soggettivo, essendo questo identico nel fallimento come nel concordato preventivo.

Tuttavia in dottrina ⁶⁰ si è evidenziato come sia tecnicamente possibile che, nel lasso di tempo intercorrente tra la presentazione della domanda di concordato preventivo e l'apertura dell'istruttoria prefallimentare, possano intervenire dei fatti rilevanti *ex art. 1* comma secondo (ad esempio l'esposizione debitoria complessiva può essere nel frattempo scesa al di sotto della soglia dei 500 mila euro).

Qualora al decreto di inammissibilità non faccia seguito la dichiarazione di fallimento, nulla vieta la presentazione di una nuova proposta di concordato

⁵⁸ M. Ferro, cit., pag. 310.

⁵⁹ Nel senso dell'applicabilità del procedimento *ex art. 15 l. fall.* si veda V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d. lgs. 12. 9. 2007, n. 169*, Torino, 2008, pag. 423.

⁶⁰ D. Vattermolli, cit., pag. 347.

preventivo ⁶¹, emendata dal vizio o dalle carenze che hanno determinato l'inammissibilità di quella già esaminata dal tribunale.

La riproduzione è comunque consentita prima della dichiarazione di fallimento allorché, pronunciato il solo decreto di inammissibilità, sia pendente l'istruttoria per l'accertamento dello stato di insolvenza.

2.1 Mancato deposito delle spese previste per il concordato preventivo (art. 163 comma 3)

La prima ipotesi di conversione del concordato preventivo in fallimento si verifica allorquando non venga depositata in cancelleria la somma prevista dall'articolo 163, comma 2, n. 4 l. fall.

In caso di omesso deposito, quindi, l'ultimo comma della norma in esame dispone che il commissario giudiziale proceda a norma dell'articolo 173, comma 1, l. fall.

Tale fattispecie si distingue dall'ipotesi analizzata nel paragrafo precedente ⁶² in quanto in questo caso la procedura di concordato preventivo è già stata instaurata e, di conseguenza, un'eventuale successiva dichiarazione di fallimento comporterebbe un'effettiva sostituzione di un nuovo procedimento al posto di quello iniziale.

Il testo originario della norma ⁶³ statuiva che, al mancato deposito nella cancelleria del tribunale della somma necessaria per l'intera procedura, sarebbe stata applicabile la disciplina processuale di cui all'articolo 162, comma secondo.

In dottrina ⁶⁴ si era sostenuto che, in ragione di tale richiamo, l'ipotesi in questione non potesse essere assimilata alle fattispecie previste dall'art. 173, relativo alla

⁶¹ Si veda M. Ferro, *ibidem*.

⁶² Mi riferisco all'articolo 162 l. fall.

⁶³ Prima, quindi, della sostituzione operata dall'art. 2, comma 1, lettera f), del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, nella L. 14 maggio 2005, n. 80.

dichiarazione di fallimento intervenuta nel corso della procedura di concordato preventivo.

Secondo tale orientamento, infatti, la dichiarazione di fallimento, seppur prevista dall'ultimo comma della norma in esame, non scaturiva dalla pendenza del procedimento, ma bensì dall'*inammissibilità* della domanda di concordato ai sensi dell'art. 162 l. fall. e, di conseguenza, si riteneva che il caso rappresentato non potesse rientrare nella previsione di cui all'art. 173 l. fall.

L'impostazione ora evidenziata non era, tuttavia, esente da critiche: il mancato deposito della somma richiesta si concretizza, infatti, **dopo** che il tribunale ha emesso il decreto che dichiara aperta la procedura e, quindi, quando la stessa è già in corso.

Ne consegue, dunque, che la successiva dichiarazione di fallimento determina la sostituzione di un nuovo procedimento in luogo di quello iniziale.

Il richiamo al secondo comma dell'art. 162 l. fall. era, quindi, relativo unicamente alla disciplina processuale della conversione in fallimento; quest'ultima, dunque, non si basava affatto sull'*inammissibilità* della domanda, la quale era già stata dichiarata ammissibile, ma bensì sulla chiusura anticipata del concordato preventivo.

Tale richiamo era, tuttavia, va detto, del tutto erroneo ⁶⁵.

Laddove, infatti, la domanda fosse stata dichiarata *inammissibile ex art. 162*, la dichiarazione di fallimento non sarebbe stata automatica, dovendosi preliminarmente valutare la sussistenza dei presupposti (in particolare lo stato di insolvenza) previsti per la dichiarazione di fallimento ⁶⁶.

⁶⁴ A. Bonsignori, cit., pag. 288.

⁶⁵ Così come non era corretto il medesimo richiamo posto in essere dall'art. 179 l. fall. (alla cui trattazione rimando) in quanto, come detto, quest'ultimo configurava un'ipotesi in cui la procedura di concordato preventivo era già in corso. In questo caso tuttavia la dottrina richiamata dalla nota precedente, aveva, a differenza che nell'art. 163, criticato aspramente tale richiamo.

Tale disparità di giudizi tra le due norme non era comprensibile: in entrambe le situazioni infatti la dichiarazione di fallimento è successiva al decreto che dispone l'ammissione al concordato preventivo, e, di conseguenza, in entrambe le situazioni è improprio il richiamo all'art. 162.

⁶⁶ Lo stato di insolvenza, infatti, non poteva essere considerato accertato dalla semplice ammissione eseguita dal debitore nella proposta di concordato preventivo. Rimando a tal fine alla trattazione dell'art. 162 l. fall., eseguita nel paragrafo precedente, nella quale si era, tuttavia, evidenziato come la giurisprudenza maggioritaria non concordasse con questa impostazione.

Del tutto diversa la fattispecie di cui all'art. 163, nella quale l'accertamento dei presupposti del fallimento era già avvenuto in sede di ammissione al concordato preventivo⁶⁷.

In quest'ultima ipotesi, quindi, laddove non si fosse dato luogo al deposito in cancelleria della somma richiesta, la dichiarazione di fallimento sarebbe stata (a differenza dell'art. 162) sempre automatica e contestuale al provvedimento che poneva termine al concordato preventivo.

Nel testo novellato dalla l. 80/2005 l'ultimo comma dell'art. 163 disciplinava le conseguenze dell'omesso deposito stabilendo che, in tal caso, il commissario giudiziale provvedesse a norma di un inesistente quarto comma art. 173.

Gli interpreti si erano mostrati compatti nel ritenere che tale richiamo, frutto di un'evidente svista, dovesse essere in realtà inteso al primo comma dell'art. 173⁶⁸.

Il legislatore del 2007, raccogliendo l'auspicio di un intervento correttivo, formulato dalla dottrina⁶⁹, ha sostituito il richiamo al quarto comma dell'art. 173 con quello al primo comma di tale disposizione (a sua volta modificata), sicché il commissario giudiziale dovrà riferire del mancato deposito al tribunale, al quale spetterà provvedere d'ufficio ad aprire il procedimento di revoca del concordato preventivo.

Le problematiche relative al difetto di coordinazione tra le disposizioni riformate avevano, tuttavia, messo in secondo piano l'importanza della modifica operata dal legislatore del 2005, il quale, seppur richiamando un comma inesistente, aveva finalmente fatto riferimento alla disposizione corretta (l'art. 173 l. fall).

⁶⁷ Va evidenziato che, nella pregressa disciplina, i presupposti soggettivi ed oggettivi del fallimento erano identici a quelli del concordato preventivo.

⁶⁸ Si veda in particolare G. Alessi, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Diritto Fallimentare*, 2006, I, pag. 1134.

In tale scritto l'autore evidenziava come, a seguito della riforma, non sarebbe più stato possibile dichiarare il fallimento d'ufficio, nelle ipotesi di chiusura anticipata del concordato preventivo. L'unica ipotesi invece di successione automatica del fallimento, sempre secondo l'autore, sarebbe stata costituita proprio da quella prevista dall'articolo 163. In tale fattispecie, infatti, l'omesso deposito delle spese della procedura avrebbe dimostrato che il debitore non era più in stato di crisi, ma in stato di insolvenza, così che tale omesso deposito avrebbe costituito per legge presunzione assoluta di insolvenza.

⁶⁹ Richiamo in particolare le osservazioni di S. Ambrosini, P. G. De Marchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, pag. 104.

Come aveva osservato attenta dottrina ⁷⁰, infatti, “*l’omesso versamento è fatto sintomatico di una crisi più grave di quella denunciata dallo stesso debitore e accertata dal tribunale nel decreto di ammissione ed è equiparato, in punto di disciplina, agli atti dolosi o comunque (almeno potenzialmente) lesivi degli interessi dei creditori per i quali la legge (art. 173 l.fall.) prevede il (possibile) passaggio alla procedura maggiore*”.

Si può, dunque, affermare che il nuovo riferimento all’articolo 173 sia più corretto del riferimento, contenuto nel testo originario, all’art. 162, comma 2; infatti il mancato deposito si concretizza dopo che il tribunale ha emesso il decreto che dichiara aperta la procedura, quindi, quando la stessa è già in corso: e l’articolo 173 disciplina proprio la dichiarazione di fallimento nel corso della procedura.

È, pertanto, da escludere che in tal caso si possa parlare di inammissibilità della domanda ⁷¹.

Per quanto riguarda la successiva dichiarazione di fallimento, a seguito della riformulazione compiuta dal legislatore del 2007 dell’art. 173 ⁷² a cui, come visto, la norma in esame rinvia, elimina ogni dubbio circa la necessità di una previa istanza del creditore o del pubblico ministero ⁷³ e di un previo accertamento dei presupposti, soggettivo ed oggettivo, di quest’ultima procedura.

Al fine di concludere la trattazione di questa prima ipotesi di conversione del concordato preventivo in fallimento, è necessario precisare quali siano quelle fattispecie di omesso deposito che possono portare alla chiusura anticipata della procedura concordataria.

Il testo originario dell’articolo 163 l. fall. demandava al tribunale di stabilire l’ammontare della somma che si presumeva necessaria per l’intera procedura.

⁷⁰ S. Pacchi, *L’ammissione al concordato preventivo*, in *Il nuovo concordato preventivo: dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, a cura di S. Pacchi, 2005, pag. 136.

⁷¹ È quanto correttamente rileva I. Principe, *Ammissione alla procedura*, in *La riforma della legge fallimentare*, II, Torino, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, 2006, pag. 1004.

⁷² A tale riguardo rimando al prossimo paragrafo, dove sarà analizzata dettagliatamente la fondamentale disposizione di cui all’art. 173 l. fall.

⁷³ Le quali potranno essere preesistenti o pervenire a seguito della comunicazione prevista dall’art. 173, comma 1.

Tuttavia, essendo fisiologico che l'imprenditore in stato di crisi disponga di scarsa liquidità ⁷⁴, si è correttamente provveduto col decreto correttivo a modificare la disposizione in esame, al fine, dunque, di facilitare l'accesso alla procedura.

È stato di conseguenza limitato l'ammontare del deposito al 50% delle spese che si presumono necessarie ⁷⁵ ed è stato inoltre consentito al giudice di imporre un deposito in misura più ridotta, ma non inferiore al 20% dell'ammontare complessivo presunto.

Per quanto la legge faccia riferimento generalmente al "giudice", non può dubitarsi che la determinazione del deposito in misura inferiore al 50% delle spese complessive presunte spetti al tribunale (e non al giudice delegato), trattandosi di provvedimento contenuto nel decreto di apertura della procedura ⁷⁶.

Dato che la somma da depositare a copertura di dette spese può anche essere ingente, è stata prevista la possibilità che la stessa venga investita in strumenti finanziari, al fine di eliminare o ridurre i costi legati all'immobilizzazione, purché venga assicurata l'integrità del capitale (art. 34, comma 1 l. fall.).

Il deposito della somma sopra indicata deve avvenire, a norma dell'art. 163 comma 2 n. 4 l. fall, entro un termine, non superiore a quindici giorni, stabilito dal tribunale nel decreto con cui il debitore viene ammesso al concordato preventivo.

Tale termine, che a fine agevolativi è stato esteso rispetto a quello di otto giorni vigente prima della riforma, decorre dalla data della comunicazione del deposito in cancelleria, non potendosi esigere l'adempimento di un onere se non dal momento in cui il soggetto che vi è tenuto venga a conoscenza del provvedimento che ne determina il contenuto ⁷⁷.

Nella vigenza della disciplina abrogata, la giurisprudenza prevalente riteneva che il termine avesse natura perentoria; perentorietà, peraltro, rafforzata dalla

⁷⁴ Si veda P. G. Demarchi, cit., pag. 508.

⁷⁵ Autorevole dottrina ha evidenziato come le spese che si presumano necessarie debbano essere indicate nel provvedimento: M. Ferro, op. ult. cit., pag. 314.

⁷⁶ In questo senso si veda P. G. Demarchi, cit., pag. 508, e F. Dimundo, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, I edizione, Milano, 2008, pag. 1477.

⁷⁷ Così F. Dimundo, cit., pag. 1474.

“sanzione” della declaratoria di fallimento espressamente prevista in caso di mancata esecuzione⁷⁸.

Non era, tuttavia, mancato chi si sforzasse di attenuare tale rigore osservando che nel caso in esame la scadenza del termine non avrebbe comportato di per sé un’insanabile decadenza, come per i termini perentori, ma avrebbe imposto soltanto al tribunale la declaratoria fallimentare, con la possibilità, quindi, di un deposito “tardivo”, purché anteriore alla emanazione di quella declaratoria⁷⁹.

Quest’ultimo orientamento è stato condiviso dopo la riforma dalla dottrina prevalente⁸⁰ ammettendo quindi il versamento tardivo nelle more del procedimento *ex art. 173*.

È ormai pacifico, in dottrina e in giurisprudenza⁸¹, che il deposito possa essere eseguito anche da terzi, come confermato dal tenore letterale della norma, ferma restando la responsabilità del debitore ove il terzo che si sia assunto l’onere non abbia provveduto.

Nella vigenza della precedente disciplina, la prevalente giurisprudenza escludeva che il credito del terzo che avesse direttamente eseguito il deposito o che avesse mutuato la somma al debitore fosse considerabile, nel fallimento successivo, alla stregua di un debito di massa, trattandosi di un debito contratto dall’imprenditore nel suo esclusivo interesse⁸².

⁷⁸ Si veda in particolare la pronuncia del Tribunale di Roma del 1.10.1991, in *Diritto Fallimentare*, 1992, II, pag.831.

⁷⁹ A. Bonsignori, cit. pag 152; in giurisprudenza, si veda il Tribunale di Treviso, 27 marzo 1986, in *Il Fallimento*, 1987, pag. 330.

⁸⁰ Si veda G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, settima edizione, Milano, 2008, pag. 312 ss.; M. Ferro, in *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico* a cura di M. Ferro, Padova, 2007, pag. 1231.

In giurisprudenza, si veda il Tribunale di Messina, 24/9/2008, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 209.

⁸¹ M. Ferro, op. ult. cit., pag. 1230. In giurisprudenza Tribunale di Milano, 19/05/2007, in *Il Fallimento*, 2008, pag. 360.

⁸² Tribunale di Genova, 22/1/1992, in *Il Fallimento*, 1992, pag. 1168; Tribunale di Parma, 17/3/1998, in *Diritto Fallimentare*, 1998, II, pag. 536.

Oggi la nuova disciplina introdotta dall'art. 111 comma 2 l. fall. sembra consentire la prededuzione di tali crediti, in quanto sorti “*in occasione o in funzione*” del concordato preventivo ⁸³.

2.2 Revoca dell'ammissione al concordato preventivo e dichiarazione di fallimento nel corso della procedura (art. 173)

L'articolo 173 l. fall., incisivamente rinnovato dal decreto correttivo del 2007, è una norma nevralgica nel sistema del concordato preventivo, in quanto consente di innestare un incidente nel percorso del procedimento e al tribunale di incidervi, provocando la revoca dell'ammissione al concordato e in esito, sussistendone i presupposti e richiesta, di dichiarare il fallimento.

Nella previgente disciplina, la norma in esame era caratterizzata da un forte carattere sanzionatorio nei confronti del debitore non più meritevole del “beneficio” del concordato preventivo: una volta, infatti, che si fossero verificati dei comportamenti fraudolenti del debitore, oppure fossero venute meno le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo, all'accertamento di tali presupposti ne sarebbe conseguita la revoca del beneficio e, senza soluzione di continuità, la dichiarazione di fallimento del debitore.

Coerentemente con l'abrogazione del fallimento d'ufficio e con la differenziazione del presupposto oggettivo delle due procedure, la nuova disciplina non prevede più, in chiave sanzionatoria, una conversione del concordato preventivo in fallimento, ma dispone la revoca dell'ammissione al concordato ove si verifichi una deviazione dal

⁸³ In senso contrario sembra orientato M. Ferro, *ibidem*, quanto meno con riferimento al credito del terzo che abbia direttamente eseguito il deposito, non trattandosi, di atto del debitore autorizzabile *ex art. 167 l. fall.*

Non è tuttavia pacifico che tale presupposto possa incidere sulla prededucibilità. Sul punto tornerò più diffusamente nel capitolo seguente, relativo agli effetti di natura sostanziale prodotti dalla conversione del concordato preventivo in fallimento.

modello previsto dalla legge, subordinando la dichiarazione di fallimento all'esistenza di un'apposita istanza ed all'accertamento dei relativi presupposti.

Nel nuovo contesto normativo, quindi, la norma in esame ha perso il carattere "punitivo" che la caratterizzava e ha assunto, come autorevole dottrina⁸⁴ ha messo in luce, un ruolo centrale nell'assicurare un equilibrio all'assetto dell'istituto, facendo, quindi, da contrappeso all'esaltazione dell'aspetto contrattualistico ed impedendo che "il ceto creditorio possa deliberatamente accordarsi con il *decutus fraudator*"⁸⁵.

La norma in esame, infatti, riserva al tribunale un controllo della legittimità dei comportamenti del debitore e della permanenza (o originaria sussistenza) delle condizioni prescritte per l'ammissibilità al concordato, riservandogli pertanto un insopprimibile ruolo di garanzia del rispetto delle regole di correttezza e buona fede che devono presidiare l'esercizio del potere di autoregolamentazione della crisi attribuito all'imprenditore⁸⁶.

Se il procedimento diretto alla (ora solo eventuale) dichiarazione di fallimento è stato profondamente modificato, sono invece rimasti immutati i presupposti per la revoca dell'ammissione al concordato.

I primi di essi ad essere presi in considerazione dalla norma sono quelle condotte fraudolente perpetrate prima dell'apertura della procedura con la finalità di fuorviare la valutazione della proposta⁸⁷.

⁸⁴ M. Griffey, *La disciplina del concordato preventivo e le soluzioni della giurisprudenza*, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, op. cit., pag. 527.

⁸⁵ M. Griffey, *ibidem*.

⁸⁶ In questo senso si esprime M. Perrino, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, op. cit., pag. 1533.

Si veda anche S. Ambrosini, in *Le nuove procedure concorsuali*, a cura di S. Ambrosini, op. cit., pag. 536, dove viene richiamato il disposto di una pronuncia del Tribunale di Milano (decreto 31 ottobre 2007, inedita) in cui si afferma che l'articolo 173 sia finalizzato a "soddisfare esigenze di carattere pubblicistico e, in particolare, a garantire la correttezza sia delle informazioni fornite ai creditori sia della condotta tenuta dall'imprenditore in esecuzione del piano, nonché ad evitare un uso distorto ed egoistico della procedura concorsuale, assicurando che non siano in alcun modo tutelate, bensì represses e sanzionate, condotte fraudolentemente lesive degli interessi dei creditori".

⁸⁷ In realtà la norma non specifica se gli atti ivi elencati riguardino solamente quelli compiuti prima dell'apertura del procedimento, od anche quelli successivi. Nella vigenza della previgente disciplina sembrava prevalere l'orientamento che riferiva tali atti alla fase antecedente all'ammissione del debitore alla procedura. Si veda in particolare A. Bonsignori, cit. pag. 289.

Autorevole dottrina ritiene che a tale soluzione si dovrebbe pervenire anche nella nuova disciplina: G. Lo Cascio, *Il Concordato preventivo*, settima edizione, Milano, 2008, pag. 701.

Al primo comma dell'art. 173 l. fall., infatti, è prevista, prima, una serie di atti di frode tipizzati (l'occultamento o la dissimulazione di parte dell'attivo, l'omessa denuncia di uno o più crediti, l'esposizione di passività inesistenti) e, poi, con locuzione generale di chiusura, una serie non tipizzata individuata genericamente in "altri atti di frode".

Le prime due condotte previste dalla norma (l'occultamento e la dissimulazione di parte dell'attivo), hanno entrambe come effetto l'irreperibilità (o la difficile reperibilità) di componenti attive del patrimonio.

Per "occultamento" si intende il nascondimento **materiale** del bene che si differenzia dal nascondimento attraverso espedienti **giuridici**, come trasferimenti fittizi e intestazioni simulate, il quale prende il nome di "dissimulazione"⁸⁸.

Nella vigenza della previgente disciplina si era sostenuto che tali condotte si riferissero unicamente al concordato per cessione dei beni, e non invece al concordato per garanzia, in quanto, in quest'ultima ipotesi, la dissimulazione o l'occultamento dell'attivo non avrebbero assunto alcun rilievo, essendo l'adempimento degli obblighi assicurato dalle garanzie prestate⁸⁹.

Tuttavia, dato che la non corretta rappresentazione del patrimonio incideva in ogni caso sulla valutazione della proposta, si era correttamente obiettato come la rilevanza di tali condotte prescindesse dalla forma del soddisfacimento dei creditori; di conseguenza, la fattispecie in esame avrebbe dovuto riguardare certamente anche il concordato per garanzia⁹⁰.

A seguito della riforma, in base alla quale la proposta di concordato preventivo può avere un contenuto eterogeneo, sembra essere definitivamente prevalsa quest'ultima interpretazione⁹¹.

Gli altri atti di frode previsti espressamente dalla norma, "l'omessa denuncia di crediti" e "l'esposizione di passività inesistenti", sono condotte finalizzate,

⁸⁸ In tali termini si esprime C. Pedrazzi, *I reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, a cura di C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, edizione ridotta, Bologna, 2003, pag. 123.

⁸⁹ Celoria- Pajardi, *Commentario della legge fallimentare*, Milano, 1963, pag. 922.

⁹⁰ Si veda A. Bonsignori, cit., pag. 291; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, op. ult. cit., pag. 701.

⁹¹ G. Lo Cascio, *ibidem*.

rispettivamente, a sottostimare il fabbisogno e a realizzare distrazioni dell'attivo in favore di chi non sia creditore o ad accrescere la percentuale di soddisfacimento di chi lo sia in misura inferiore ⁹².

È controverso se la frode possa concretarsi anche nell'omissione della denuncia di un credito incerto o contestato.

La giurisprudenza, focalizzando l'attenzione unicamente sul danno arrecato ai creditori, sembra indirizzata ad una soluzione affermativa ⁹³.

A parere di chi scrive, non si dovrebbe in alcun modo prescindere dal fatto che la norma in esame richieda una condotta **dolosa** del debitore ⁹⁴, non essendo pertanto sufficiente un mero rimprovero di natura colposa.

Ne consegue che la revoca del concordato sarà possibile solamente laddove il debitore, nonostante si fosse **rappresentato** l'offesa (e il danno) che la mancata indicazione del credito avrebbe arrecato ai propri creditori, avesse, ciononostante, **volontariamente** compiuto l'atto in questione ⁹⁵.

Qualora, invece, venga omessa dal debitore l'indicazione di un credito, ritenuto (anche colpevolmente) inesistente, la revoca del concordato non potrebbe avere luogo, non essendovi la rappresentazione da parte del debitore dell'offesa ai propri creditori.

Alla luce di tali considerazioni, occorre, quindi, distinguere tra l'ipotesi di volontaria pretermissione di un debito certo e quella, ben diversa, della (colpevole, sicuramente, anche in relazione dei principi di prudenza, ma non necessariamente fraudolenta)

⁹² G. Rago, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, Padova, 1998, pag. 344.

Si consulti anche F. S. Filocamo, *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, a cura di M. Ferro, cit., pag. 1298, il quale rileva come l'esposizione di passività inesistenti sia in particolare finalizzata a creare maggioranze fittizie.

⁹³ Si veda il Tribunale di Palmi, 19/12/2003, in *Il Fallimento*, 2004, pag. 453, il Tribunale di Torino 12/11/1991, in *Il Fallimento*, 1992, pag. 95, il Tribunale di Roma, 11/4/1990, in *Il Fallimento*, 1991, pag. 83.

⁹⁴ La norma statuisce infatti che la revoca del concordato è possibile laddove il debitore abbia *“..dolosamente omissso di denunciare uno o più crediti...”*.

⁹⁵ Per quanto riguarda invece il grado del dolo, la norma non sembra richiedere l'intenzionalità, essendo quindi sufficiente che il debitore, pur non volendo recare un'offesa ai propri creditori, abbia accettato il rischio di recarla ugualmente (c.d. dolo eventuale).

mancata considerazione di un credito che l'imprenditore non consideri, ritenendolo inesistente⁹⁶.

In conclusione, non possono integrare la fattispecie in esame le omissioni o gli errori rispetto ai quali sia riconoscibile la buona fede del debitore.

L'ipotesi che, senza dubbio, ha destato maggiori problemi interpretativi all'interno delle condotte fraudolente, previste dal primo comma dell'art. 173 l. fall., è quella, di portata residuale, degli "altri atti di frode" del debitore.

In mancanza, infatti, di una definizione legislativa di tale locuzione, appare alquanto arduo individuare con certezza quali condotte fraudolente, al di fuori di quelle tipizzate, possano essere considerate "atti di frode".

È sicuramente un atto fraudolento la distrazione di parte dell'attivo, la cui nozione abbraccia, oltre all'occultamento e alla dissimulazione, tutte le altre condotte atte a rendere un bene inidoneo alla funzione di garanzia che gli è propria, come ad esempio la "distruzione" (da intendersi in senso economico, come diminuzione del valore del bene) o la "dissipazione" (sensibile depauperamento dell'attivo in funzione di soddisfazioni estranee a ragionevoli esigenze di vita)⁹⁷.

Più problematica la possibile configurazione tra gli "altri atti di frode" delle condotte proprie di reati diversi dalla bancarotta patrimoniale fraudolenta, come la bancarotta documentale fraudolenta (art. 216 comma 1 n. 2 l. fall.), la bancarotta preferenziale (art. 216 comma 3) e, in particolare, il reato disciplinato dall'articolo 236 l. fall.

Interpretando poi la nozione in esame in senso lato, potrebbero essere realizzati atti fraudolenti anche al di fuori delle condotte proprie dei reati c.d. "fallimentari", come ad esempio le "false comunicazioni sociali" disciplinate dagli art. 2621 e 2622 c.c.

In dottrina ci si è infine chiesti se possano essere considerati atti di frode anche gli atti del debitore astrattamente revocabili.

Nella vigenza della precedente disciplina, si era ritenuto compreso nella categoria di "altri atti di frode" qualunque atto fraudolento, precedente alla presentazione della

⁹⁶ In tali termini si esprime P. Bosticcio, *La "resurrezione giurisprudenziale" dell'art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti di frode e sopravvenienze inattese*, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 1450.

⁹⁷ La nozione di "distrazione" di un bene è stata ricavata dalla dottrina dal disposto dell'art. 216 comma 1, n. 1 relativo al reato di bancarotta patrimoniale fraudolenta; si veda, per una precisazione di tale fondamentale nozione, C. Pedrazzi, cit., pag. 121.

domanda di concordato preventivo, volto ad ottenere l'ammissione al concordato in difetto dei presupposti o a condizioni più favorevoli ⁹⁸.

In quest'ottica, si riteneva che i fatti di bancarotta, non soltanto patrimoniale fraudolenta, ma anche documentale fraudolenta e preferenziale ⁹⁹, nonché la norma penale di cui all'art. 236 l. fall., sarebbero risultati rilevanti ai fini dell'applicazione dell'art. 173 l. fall. solamente nel caso in cui fossero stati preordinati in vista dell'ammissione alla procedura.

Non era pertanto sufficiente, ai fini della revoca del concordato e della successiva (oltre che automatica) dichiarazione di fallimento, il compimento di fatti penalmente rilevanti; era inoltre necessario che tali condotte fossero finalizzate ad una falsa rappresentazione della situazione patrimoniale del debitore in vista dell'ammissione al concordato preventivo.

Lo stesso principio venne affermato anche con riguardo alle condotte delle false comunicazioni sociali, mentre, per quanto riguarda gli atti revocabili la dottrina prevalente aveva correttamente precisato come gli atti di frode dovessero necessariamente avere rilevanza penale, con la conseguenza che gli atti astrattamente revocabili potevano portare alla revoca del concordato solamente laddove fossero integrati fatti di bancarotta preferenziale ¹⁰⁰.

Appare, dunque, evidente il nesso che sussisteva tra la disposizione in questione e i requisiti di ammissibilità previsti dalla previgente disciplina, in relazione, tanto alla meritevolezza del debitore, quanto alla consistenza e convenienza della proposta di concordato.

Non sorprende, dunque, che, a seguito della l. 80/2005, venuti meno i predetti requisiti di ammissibilità, si fosse prospettata in dottrina l'assoluta irrilevanza, ai fini

⁹⁸ A. Bonsignori, cit., pag. 289. *Contra* F. Vassalli, *La condotta del debitore nella "conversione" delle procedure concorsuali*, Milano, 1980, pag. 35.

⁹⁹ Si veda in particolare F. Vassalli, cit., pag. 17.

¹⁰⁰ Si veda, in particolare, A. Bonsignori, cit., pag. 290; l'autore evidenziava come gli atti astrattamente revocabili sarebbero potuti comunque essere colpiti sia indirettamente, tramite il voto contrario dei creditori, sia direttamente, ad opera del tribunale fallimentare, ma in sede di omologa. L'autore evidenziava inoltre il diverso presupposto soggettivo richiesto dagli atti fraudolenti e dagli atti revocabili: nel primo caso veniva infatti richiesta la frode del debitore, nel secondo invece semplicemente la conoscenza dell'insolvenza.

Si consulti anche G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, quinta edizione, Milano, 2002, pag. 578.

dell'applicabilità dell'art. 173, degli atti che il debitore avesse posto in essere prima della domanda di concordato al fine di fornire una falsa rappresentazione della propria condizione.

Secondo tale linea di ragionamento, il comportamento del debitore avrebbe potuto solamente essere oggetto di valutazione da parte dei creditori in sede di voto e il comma 1 dell'art. 173 l. fall. avrebbe dovuto pertanto essere considerato implicitamente abrogato ¹⁰¹.

La tesi dell'abrogazione implicita del primo comma della norma in esame, peraltro correttamente contrastata dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria ¹⁰², può ritenersi definitivamente superata dalla *voluntas legis* emergente dal decreto correttivo, il quale, come visto, pur modificando il procedimento volto alla revoca del concordato preventivo, ha riprodotto integralmente le fattispecie sostanziali idonee a comportare l'arresto della procedura ¹⁰³.

Una volta accertato che il primo comma dell'art. 173 l. fall. è pienamente applicabile al nuovo dettato normativo, rimane ora da chiarire se la nozione di "altri atti di frode" assunta dalla dottrina e dalla giurisprudenza nella vigenza della precedente normativa sia oggi ancora ammissibile.

A tale riguardo, bisogna evidenziare come la norma in esame vada coordinata con l'accentuazione della natura contrattuale dell'istituto concordatario ed in particolare si deve considerare che, se in passato la norma aveva la funzione di sanzionare il "disvalore" di taluni comportamenti del debitore che lo rendevano immeritevole del beneficio concordatario, attualmente il criterio determinante (eliminato ogni riferimento alla correttezza contabile ed alla meritevolezza comportamentale) deve essere visto alla luce della richiesta adeguatezza del piano di soluzione della crisi e della valutazione positiva di esso da parte dei creditori.

¹⁰¹ Al riguardo G. Canale, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, pag. 908.

¹⁰² Si veda in particolare la pronuncia del Tribunale di Roma, 26/9/2008, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 187 e del Tribunale di Milano, 20/7/2007, in *Diritto Fallimentare*, 2008, pag. 451.

In dottrina S. Ambrosini, P. G. Demarchi, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2005, pag. 107.

¹⁰³ In tal senso si veda S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *trattato di diritto commerciale*, diretto da Cottino, volume II, Padova, 2008, pag. 77ss.

Seguendo tale criterio interpretativo, la giurisprudenza sembra ora indirizzata a revocare l'ammissione alla procedura solamente quando il consenso dei creditori sia stato viziato a seguito della condotta fraudolenta del debitore, sicché la frode va ravvisata laddove gli atti del debitore siano direttamente finalizzati a trarre in errore i propri creditori ¹⁰⁴.

Se nella vigenza della precedente normativa, quindi, erano considerati "altri atti di frode" quelle condotte fraudolente volte ad ottenere il raggiungimento delle, non facilmente ricorrenti, condizioni di ammissibilità alla procedura, oggi, venute meno tali condizioni, si ritiene che gli atti fraudolenti del debitore, affinché possano essere considerati rilevanti *ex art. 173 comma 1 l. fall.*, debbano essere finalizzati a trarre in inganno i creditori.

In tale prospettiva, la revoca all'ammissione alla procedura, esclusa una configurabilità quale misura meramente sanzionatoria, dovrebbe essere destinata ad impedire che il consenso dei creditori si formi sulla falsa rappresentazione della situazione patrimoniale del debitore e su un piano inattendibile.

Ne consegue che, ai fini della revoca del concordato, gli atti fraudolenti debbano essere "*direttamente collegati alla proposta presentata e tali da influire sul piano presentato*" ¹⁰⁵, in modo tale che siano effettivamente idonei a trarre in errore i creditori.

In considerazione di tale principio, il Tribunale di Piacenza ha ritenuto che non comportassero l'arresto della procedura atti di frode commessi prima dell'apertura del procedimento di concordato dei quali i creditori siano stati compiutamente informati tramite la relazione del commissario giudiziale ¹⁰⁶.

¹⁰⁴ Tribunale di Piacenza, 4/12/2008, in www.ilcaso.it, (il dispositivo di tale pronuncia si trova anche in *Il Fallimento*, 2009, pag. 623); Tribunale di Roma, 1/2/2006, in *Diritto Fallimentare*, 2006, II, pag. 95; Tribunale di Milano 30/10/2007, in *Diritto Fallimentare*, 2008, II, pag. 452; Tribunale di Milano 20/7/2007 in *Diritto Fallimentare*, 2008, pag. 451; Tribunale di Milano 24/4/2007 in *Il Fallimento* 2007, pag. 1441.

¹⁰⁵ Tribunale di Roma, 1/2/2006, cit.; nello stesso senso il Tribunale di Milano, 30/10/2007, cit., che ha escluso la rilevanza, in riferimento all'art. 173, di operazioni pregiudizievoli risalenti ad epoca molto anteriore rispetto alla data della proposta e compiute nell'ambito di rapporti di collegamento societario, con possibili benefici indiretti. Si veda anche la pronuncia del Tribunale di Milano, 20/7/2007, cit., secondo la quale l'atto fraudolento deve essere "tale da spiegare influenza sulla consistenza del patrimonio offerto dal debitore ai propri creditori".

¹⁰⁶ Tribunale di Piacenza, 4/12/2008, cit.

Nella pronuncia in esame, quindi, il Tribunale, nonostante avesse considerato “censurabili” le condotte del debitore, ha tuttavia ritenuto che tali fatti non avessero inciso sul voto dei creditori, essendo stati loro, come detto, tempestivamente comunicati.

Si può, quindi, affermare che gli atti distrattivi rendono applicabile l’art. 173 soltanto se occultati dal debitore, poiché, diversamente, i creditori potrebbero esprimersi consapevolmente, tenendo conto delle eventuali azioni recuperatorie esperibili in sede fallimentare.

Nessun dubbio sussiste in ordine al fatto che la locuzione “altri atti di frode”, così come le altre ipotesi tipizzate di cui al primo comma dell’art. 173 l. fall., si riferisca esclusivamente alle condotte poste in essere precedentemente alla presentazione del concordato preventivo: a tale conclusione si giunge in quanto il terzo comma dell’art. 173 l. fall., disciplina espressamente le condotte che possono portare all’arresto della procedura se commesse dopo l’ammissione, con ciò delineando l’ambito temporale del primo comma.

A tale considerazione, si aggiunga che, come esemplificato in dottrina, ragionando diversamente, e quindi attribuendo rilievo ai soli atti distrattivi successivi alla domanda “*basterebbe sottrarre la cassa il giorno prima del deposito del ricorso per sfuggire all’applicazione della norma*”¹⁰⁷.

Una volta chiarito che per “altri atti di frode” si intende l’insieme delle condotte fraudolente, precedenti all’ammissione al concordato preventivo, miranti a trarre in inganno i creditori e a quest’ultimi celate dal debitore, rimane ora da precisare se, tra le condotte in esame, possano rientrare anche fatti diversi da quelli della bancarotta patrimoniale fraudolenta.

Ho avuto modo di precisare come, nella previgente disciplina, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti avessero ritenuto compresi in tale categoria non solo gli altri fatti di bancarotta (compresa la figura delittuosa di cui all’art. 236) ma anche altri comportamenti censurabili, come le false comunicazioni sociali¹⁰⁸; erano invece rimasti esclusi, almeno secondo l’orientamento prevalente, gli atti revocabili.

¹⁰⁷ In tali termini si esprime S. Ambrosini, op. ult. cit., pag. 80.

¹⁰⁸ Alla condizione, tuttavia, che tali atti fossero preordinati all’ammissione al concordato preventivo.

Tale impostazione sembra prevalere anche all'interno dell'attuale disciplina e, di conseguenza, gli unici atti di frode che esulerebbero dal relativo campo di operatività sono i semplici addebiti di *mala gestio* o di pagamenti revocabili mossi dal commissario all'indirizzo dell'imprenditore (o degli amministratori della società) in concordato ¹⁰⁹.

Per quanto concerne, invece, la rilevanza di eventuali false comunicazioni sociali, in dottrina si è operata una distinzione tra le condotte di fraudolenta esposizione del passivo o di fraudolenta sottrazione dell'attivo e le condotte di natura meramente valutativa, “annettendo solo alle prime la conseguenza dell'improcedibilità del concordato, anche alla luce di quanto disposto in tema di annullamento dal combinato disposto degli art. 186 e 138” ¹¹⁰.

Mentre le fattispecie previste nel primo comma della norma in esame si riferiscono, come visto, a condotte precedenti l'ammissione alla procedura, le ipotesi disciplinate dal terzo comma riguardano degli eventi intervenuti durante la procedura concordataria.

A norma, infatti, del terzo comma dell'art. 173 l. fall. l'ammissione al concordato preventivo può essere revocata laddove vengano compiuti dal debitore atti non autorizzati *ex art.* 167, o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori o se infine risultino in qualunque momento che manchino le condizioni di ammissibilità del concordato.

Va ricordato come a tali ipotesi vada aggiunto il mancato deposito delle spese della procedura, a seguito dell'esplicito richiamo operato dall'ultimo comma dell'art. 163. In quest'ultimo caso, come si è visto, la revoca dell'ammissione alla procedura è giustificata dall'impossibilità di garantire, sotto il profilo economico, lo svolgimento delle attività processuali.

¹⁰⁹ Si veda in particolare S. Ambrosini, *ibidem*; G. Lo Cascio, *Il Concordato preventivo*, settima edizione, Milano, 2008, pag. 701.

¹¹⁰ Così S. Ambrosini, *ibidem*, il quale rileva inoltre come per le falsità di carattere valutativo si pone un serio problema di prova dell'elemento soggettivo, in quanto è difficile dimostrare che tali condotte siano accompagnate dal dolo. In senso conforme G. Fauceglia, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento nel corso della procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, pag. 1699; *contra* U. De Crescenzo, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da Jorio, II, Bologna, 2006, pag. 2468 ss.

Si discuteva, sotto la disciplina abrogata, se il compimento di atti non autorizzati a norma dell'art. 167 comportasse automaticamente la dichiarazione di fallimento, senza necessità di verificare se gli atti fossero diretti a frodare le ragioni dei creditori¹¹¹, ovvero se fosse consentito al tribunale valutare la convenienza dell'applicazione della sanzione¹¹².

La tesi più liberale appare, oggi, maggiormente coerente con le finalità della disciplina dell'istituto, dovendosi valutare la corrispondenza dell'atto rispetto al piano e quindi la sua utilità in funzione dell'obiettivo del soddisfacimento dei creditori¹¹³.

Non appare pertanto condivisibile, in quanto eccessivamente rigorosa, la decisione del Tribunale di Modena¹¹⁴ di revocare l'ammissione alla procedura in caso di cessione di credito non autorizzata, effettuata per acquisire la provvista necessaria per il deposito di cui all'art. 163 comma 2 n. 4 l. fall.

L'ammissione al concordato preventivo può essere revocata anche laddove sia stato compiuto dal debitore un atto che, seppur autorizzato dal giudice delegato, fosse diretto a frodare i creditori.

All'interno infatti della locuzione "*atti.. comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori*" si identificano tutti quei comportamenti del debitore volti a perseguire, nel corso della procedura, interessi contrastanti con la funzione del concordato¹¹⁵; di conseguenza, può trattarsi di atti incompatibili col piano, benché autorizzati dal giudice delegato, il quale non si sia avveduto del carattere fraudolento, ovvero nei casi più gravi, di condotte integranti il reato di bancarotta fraudolenta *post-fallimentare*, applicabile anche nel caso di ammissione al concordato preventivo,

¹¹¹ In tal senso si era espresso il Tribunale di Lucca, 26/7/1979, in *Il Fallimento*, 1980, pag. 713. In dottrina si consulti S. Satta, *Diritto fallimentare*, cit., pag. 497.

¹¹² Si veda in particolare la pronuncia del Tribunale di Firenze, 19/1/1982, in *Diritto Fallimentare*, 1982, II, pag. 1558, secondo cui non sarebbe stato ammissibile fermarsi alla constatazione del compimento di atti vietati *ex art. 167 l. fall.* e procedere automaticamente alla dichiarazione di fallimento, dovendosi avere bensì riguardo all'interesse dei creditori alla continuazione della procedura ove tale soluzione si fosse prospettata più vantaggiosa.

¹¹³ Così la dottrina prevalente. Si consulti in particolare P. Bosticcio, cit., pag. 1446; G. U. Tedeschi, cit., pag. 560.

¹¹⁴ 14/10/2005, in *Diritto Fallimentare* 2006, II, pag. 661.

¹¹⁵ Si veda, benché con riferimento alla previgente disciplina, Tribunale di Reggio Emilia, 15/1/1981, in *Diritto Fallimentare*, 1982, II, pag. 1107.

indipendentemente da una successiva dichiarazione di fallimento, in virtù dell'estensione disposta dall'art. 236 comma 2 l. fall.¹¹⁶

Ipotesi residuale dell'arresto della procedura è quella della mancanza delle condizioni di ammissibilità del concordato, sia essa originaria o sopravvenuta.

Le condizioni di ammissibilità a cui la norma fa riferimento sono le qualità d'imprenditore, il suo stato di crisi e il suo piano concordatario.

A tale riguardo, va precisato che la dottrina prevalente ritenga che il tribunale, in sede di ammissione al concordato preventivo, non possa valutare la fattibilità del piano, essendogli ora affidato unicamente un controllo di legittimità della proposta.

Occorre, tuttavia, chiarire se il sindacato sulla fattibilità del piano, precluso nel giudizio di ammissibilità, possa essere esercitato nelle successive fasi della procedura sulla base degli accertamenti eseguiti dal commissario giudiziale.

Autorevole dottrina¹¹⁷ propende per la soluzione negativa rilevando come la disposizione in esame non possa restare, per ragioni sistematiche, disgiunta dalla lettura degli articoli 162 e 180 l. fall., i quali circoscrivono e regolano i margini di intervento del tribunale in sede di ammissibilità della proposta e di conclusione del procedimento in sede di omologazione.

In base a tale impostazione si è pertanto escluso che all'autorità giudiziaria possa riconoscersi, nel corso del procedimento, un potere di intervento sulle modalità concrete di fattibilità del piano in relazione alla sua idoneità a soddisfare i creditori.

In giurisprudenza non sono mancate pronunce orientate in tale direzione nelle quali si è statuito che *“la realizzabilità del piano, nelle sue concrete realizzazioni e modalità, non è questione che attenga alla sfera officiosa del giudice”* e pertanto la valutazione di possibile insufficienza dimensionale del piano a soddisfare i creditori potrà essere rilevata soltanto dal commissario e/o dai diretti interessati e tale apprezzamento *“ne orienterà di conseguenza il voto”*¹¹⁸.

¹¹⁶ Anche se limitatamente agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, non esistendo analoga estensione per i fatti commessi dall'imprenditore individuale ammesso al concordato preventivo.

¹¹⁷ G. Fauceglia, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento nel corso della procedura*, cit., pag. 1694. Si veda anche P. Bosticco, cit., pag. 1447.

¹¹⁸ Così Corte di appello di Milano, 4/10/2007, in *Diritto Fallimentare*, 2008, II, pag. 317. Si veda anche Corte di appello di Torino, 11/6/2006, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 1238.

A tale orientamento si contrappone l'opinione secondo la quale il controllo del tribunale sulla fattibilità del piano risulta dalla legge diversamente disciplinato nelle varie fasi della procedura ¹¹⁹.

In sede di ammissione al concordato preventivo, infatti, l'impossibilità, per il tribunale, di sindacare la fattibilità del piano discenderebbe, oltre che dal combinato disposto degli art. 161 e 163, anche dalla circostanza che, in tale sede, il tribunale non dispone di altre informazioni e valutazioni che non siano quelle fornite dal debitore e dai professionisti che lo assistono riguardo alla consistenza dei beni oggetto di cessione ed alle relative possibilità di realizzo.

Il tribunale sarà, invece, posto nella condizione di apprezzare l'effettiva attendibilità del piano dopo che il commissario giudiziale abbia provveduto al deposito della relazione di cui all'art. 172, oppure, in una fase ancora precedente, abbia ravvisato gli estremi della conclamata non fattibilità del piano e abbia di conseguenza avviato il procedimento volto alla revoca dell'ammissione al concordato preventivo *ex art.* 173.

A parere di chi scrive, tuttavia, la circostanza in base alla quale il tribunale abbia o meno strumenti sufficienti per valutare la fattibilità del piano, non dovrebbe essere rilevante in quanto il nuovo dettato normativo ha conferito al tribunale, in ogni fase del procedimento, un mero controllo sulla legittimità e non più sul merito della proposta del debitore, indipendentemente dalle informazioni di cui il tribunale è a disposizione.

La *ratio* in base alla quale, in sede di ammissione al concordato preventivo, il tribunale debba soltanto controllare che il piano sia sufficientemente chiaro ed articolato, non discende infatti dalla mancanza, in capo al tribunale, delle informazioni necessarie per poter sindacare il merito della proposta, ma deriva invece dalla volontà legislativa atta a consentire ai creditori di esprimere in modo consapevole il voto in sede di approvazione.

¹¹⁹ In dottrina si veda, in particolare, S. Ambrosini, *Il problema della fattibilità del piano nel concordato preventivo*, in *Le nuove procedure concorsuali*, op. cit. pag. 533 ss.

In giurisprudenza si è pronunciato in conformità con tale orientamento il Tribunale di Monza, 16/10/2005, in *Diritto Fallimentare*, 2006, II, pag. 100.

Il controllo, affidato al tribunale, sulla regolarità e sulla completezza del piano è pertanto finalizzato a garantire che la proposta del debitore sia il più possibile ampia e circostanziata in modo tale che i creditori possano effettuare le opportune valutazioni.

Tale controllo non può che rimanere identico nell'ipotesi in cui il tribunale sia nuovamente chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del piano nel corso della procedura: il fatto che, in tale momento, il tribunale possa disporre di strumenti idonei per sindacare il merito della proposta, non ha importanza, in quanto, come visto, quest'ultima valutazione spetta solamente ai creditori.

Non è difficile constatare come, adottando una diversa impostazione, il sistema stridrebbe con il diritto dei creditori a definire con il proprio debitore una situazione di dissesto.

Ne costituisce un'ulteriore prova il fatto che, come avrò modo di precisare in seguito, la valutazione sul merito della proposta è preclusa al tribunale anche in sede di omologazione del concordato, salvo che intervenga un'opposizione di taluni creditori.

Dunque, se si accogliesse la tesi che ritiene il sindacato del tribunale diversamente disciplinato nelle varie fasi della procedura, si dovrebbe concludere che *“quel controllo che è precluso in sede di omologa ed è in quella sede consentito solo nell'interesse dei creditori opposenti, potrebbe essere invece avviato d'ufficio nel bel mezzo del concordato...per iniziativa del commissario e deciso definitivamente sulla base delle valutazioni del tribunale sulla fattibilità”*¹²⁰.

Di conseguenza, l'art. 173 ultima parte, per mancanza (originaria o sopravvenuta) *“delle condizioni prescritte per ammissibilità al concordato”*, si riferisce, oltre che all'assenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi della procedura, all'incompletezza o all'irregolarità del piano e non invece al merito del suo contenuto.

Qualora invece sia risultata, nel corso della procedura, l'inconsistenza della proposta del debitore, questa sarà segnalata nella relazione del commissario giudiziale, e da costui illustrata, a norma dell'art. 175 l. fall., nell'adunanza dei creditori, i quali

¹²⁰ P. Bosticco, cit., pag. 1449.

saranno dunque, sulla scorta della relazione del commissario giudiziale, i migliori “giudici” della proposta concordataria.

Prima di procedere all’analisi del procedimento volto alla revoca dell’ammissione al concordato preventivo e alla (ora solo eventuale) successiva dichiarazione di fallimento, è opportuno chiarire quale sia, alla luce del processo riformatore, il termine ultimo per la revoca del concordato *ex art. 173 l. fall.*

In passato, per quanto riguardava le formule adoperate dalla legge “durante la procedura” e “in qualunque momento” per l’applicazione della sanzione di cui all’art. 173 l. fall., la giurisprudenza di legittimità aveva fissato il termine ultimo nel momento in cui si teneva l’udienza innanzi al collegio per l’assegnazione a sentenza dell’omologazione, sul presupposto della cessazione, dopo tale momento, dell’attività del giudice delegato ¹²¹.

Di diverso avviso era stata la giurisprudenza di merito ¹²² e la prevalente dottrina ¹²³, secondo cui sarebbe stato possibile dichiarare il fallimento ai sensi dell’art. 173 l. fall. sino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione.

A tale riguardo si riteneva che l’approvazione della proposta da parte dei creditori non fosse d’ostacolo alla dichiarazione di fallimento ¹²⁴.

Nella nuova disciplina, trattandosi di revoca dell’**ammissione** alla procedura, cui il fallimento consegue in via soltanto eventuale, sembra che il potere del tribunale incontri un limite temporale nella definitività del decreto di omologazione, il quale impedisce che i presupposti del concordato e i comportamenti del debitore possano essere rimessi in discussione salvo l’esercizio delle azioni di risoluzione e di annullamento ¹²⁵.

¹²¹ Si veda la risalente pronuncia della Corte di Cassazione 18/12/1952, n. 3243, in *Diritto Fallimentare*, 1953, II, pag. 131.

¹²² Tribunale di Bari, 4/5/2004, in *Il Fallimento* 2004, pag. 1056; Tribunale di Genova 23/5/1990, in *Il Fallimento* 1990, pag. 1257.

¹²³ Si veda, tra gli altri, A. Bonsignori, *cit.*, pag. 292ss.

¹²⁴ Corte di appello di Roma, 13/4/1981, in *Diritto Fallimentare*, 1981, II, pag. 240.

¹²⁵ Si veda in particolare D. Galletti, *Il nuovo concordato preventivo: contenuto del piano e sindacato del Giudice*, in *Giurisprudenza Commerciale*, II, 2006 pag. 928; concorda F. S. Filocamo, in *La legge Fallimentare. Commentario teorico pratico*, *cit.*, pag. 1301.

Autorevole dottrina anticipa ulteriormente il termine all'apertura del giudizio di omologazione ¹²⁶.

Terminata l'analisi delle ipotesi che possono comportare la revoca dell'ammissione al concordato, e una volta precisati i limiti temporali di applicazione della norma, è ora possibile affrontare il procedimento di revoca dell'ammissione alla procedura, la cui disciplina è stata profondamente modificata dal decreto correttivo.

Nel vecchio testo dell'art. 173 l. fall. il commissario giudiziale, una volta accertata l'esistenza di una delle fattispecie espressamente indicate dalla norma, avrebbe dovuto relazionare (ovvero "*darne immediata notizia*") al giudice delegato, il quale, accertato definitivamente il fatto, trasmetteva gli atti al tribunale per la conseguente successiva (ed automatica) dichiarazione di fallimento ¹²⁷.

La conversione del procedimento di concordato in fallimento poteva ben essere sollecitata da qualunque soggetto, anche non interessato, mediante denuncia agli organi della procedura di uno dei fatti indicati dalla norma in esame, mentre era da escludersi ai medesimi soggetti una legittimazione attiva a promuovere il procedimento di conversione ¹²⁸.

Nonostante la norma in esame non lo prevedesse espressamente, la dottrina non dubitava che il procedimento di cui all'art. 173 l. fall non avrebbe potuto prescindere da una previa audizione del debitore, al quale ultimo, secondo taluno, avrebbe dovuto anzi essere riconosciuto il diritto di svolgere una completa istruzione nell'ambito del procedimento ¹²⁹.

¹²⁶ U. De Crescenzo, in *Il nuovo diritto fallimentare*, cit., pag. 2471.

¹²⁷ Sul tema U. De Crescenzo, cit., pag. 2459 ss., il quale correttamente non accede alla tesi secondo la quale al giudice delegato avrebbe dovuto attribuirsi non solo l'accertamento della fattispecie rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. 173 l. fall., ma pure la verifica della sussistenza dei presupposti dello stato di insolvenza.

¹²⁸ Si veda in particolare la pronuncia del Tribunale di Parma, 9/1/1956, in *Diritto Fallimentare*, 1956, II, pag. 219; sul tema anche Tribunale di Milano, 2/2/1978, in *Il Fallimento*, 1979, pag. 126.

¹²⁹ A tale riguardo si veda A. Bonsignori, cit., pag. 296 ss. Secondo l'autore lo stesso ambito dell'istruttoria (come dell'eventuale opposizione alla sentenza che avesse poi provveduto alla "conversione" del concordato preventivo in fallimento), conseguente all'apertura del procedimento di conversione *ex art.* 173 l. fall., avrebbe potuto essere piuttosto ampio, non potendosi escludere che si potesse discutere sia della sussistenza originaria che, a maggior ragione, del successivo venir meno dei presupposti dello stato di insolvenza e della qualità dell'imprenditore, sui quali non si sarebbe formato accertamento vincolante né giudicato.

Contra F. De Marco, *La consecuzione dei procedimenti concorsuali*, cit., pag. 301. In giurisprudenza si veda il Tribunale di Firenze, 14/2/1949, in *Diritto Fallimentare*, 1949, II, pag. 139.

La giurisprudenza era, invece, improntata da un'interpretazione sostanzialistica, volta a ritenere non essenziale ed indispensabile, ai fini di assicurare il diritto di difesa, la convocazione del debitore in camera di consiglio, quanto piuttosto la circostanza che il medesimo sia informato dell'iniziativa ed abbia, pertanto, la possibilità di contrastare, con deduzione e l'eventuale ausilio di un difensore, la minacciata dichiarazione di fallimento ¹³⁰.

La giurisprudenza aveva, peraltro, ritenuto manifestamente infondata la censura di costituzionalità dell'art. 173 l. fall. in relazione all'art. 3 Cost. nella parte in cui, a differenza dell'art. 162 l. fall, non prevedeva che dovesse essere sentito il parere del pubblico ministero ¹³¹.

La riformulazione dell'art. 173, operata come visto dal decreto correttivo, ha reso più coerente il procedimento da esso previsto con l'impianto generale delle procedure concorsuali riformate.

A 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.

In dottrina si è sostenuto che, nonostante la norma in esame faccia riferimento unicamente al commissario giudiziale, la segnalazione al tribunale possa provenire anche dal pubblico ministero, dai creditori o anche da terzi interessati ¹³².

La tesi in esame, qualora fosse accolta, comporterebbe l'inutile compimento di gravose incombenze processuali, in particolare in caso di impulso dei creditori o dei terzi, dovendosi comunicare il decreto di apertura al pubblico ministero e a tutti i creditori; è opportuno evidenziare poi che tale comunicazione, ove non sia effettivamente necessario procedere, potrebbe ingenerare un'influenza negativa sulla propensione al voto dei creditori nel caso in cui tale procedimento sia aperto prima dell'adunanza.

¹³⁰ Si veda la Corte di Cassazione 7/7/1978, n. 3372, in *Diritto Fallimentare*, II, pag. 568. Si veda anche il Tribunale di Viterbo, 14/10/1978, in *Diritto Fallimentare*, 1980, II, pag. 640 la quale aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 173 l. fall. in relazione con l'art. 24 Cost.

¹³¹ Si veda il Tribunale di Milano, 26/7/1978, in *Il Fallimento*, 1980, pag. 536 sul presupposto che le disposizioni di cui agli art. 162 e 173 l. fall. non sono omogenee.

¹³² F. S. Filocamo, *La legge Fallimentare. Decreto Correttivo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni correttive. Commentario teorico pratico* a cura di Massimo Ferro, Padova, 2008, pag. 322.

È di conseguenza preferibile la tesi sostenuta da autorevole dottrina ¹³³, secondo cui l'iniziativa resterebbe sempre attribuita al commissario, il quale potrà procedere all'accertamento dei fatti impeditivi alla continuazione del concordato anche su segnalazione di un creditore o di un terzo.

In base a tale impostazione, un'eventuale denuncia dei creditori fatta direttamente al tribunale “*dovrà essere considerata improcedibile ed inammissibile, dovendo il tribunale rinviare la denuncia al commissario per l'accertamento necessario sui presupposti di fatto*” ¹³⁴.

Il procedimento si svolge con le forme del rito camerale disciplinato dall'art. 15 l. fall. e in esito ad esso il tribunale può pronunciare il fallimento non più d'ufficio, ma su istanza del creditore ovvero del pubblico ministero e previo accertamento dei presupposti generali contemplati dagli articoli 1 e 5 l. fall.

Il riferimento all'art. 15 induce a ritenere che non possa essere trascurata l'audizione del debitore prima della dichiarazione di fallimento ¹³⁵.

La norma non prevede la non reclamabilità del decreto che revoca o conferma l'ammissione al concordato preventivo, mentre prevede la reclamabilità *ex art.* 18 della sentenza dichiarativa di fallimento; si è ritenuto in dottrina che, in applicazione analogica dell'art. 162 comma 3, con il reclamo avverso la dichiarazione di fallimento possano farsi valere anche i profili inerenti la revoca dell'ammissione al concordato preventivo ¹³⁶.

Quando alla revoca non si accompagni la dichiarazione di fallimento, deve ritenersi consentita la presentazione di una nuova proposta di concordato preventivo, a meno che l'arresto della procedura non sia stato causato dall'accertamento dell'originaria mancanza dei presupposti soggettivo ed oggettivo di ammissibilità o del sopravvenuto superamento dello stato di crisi.

¹³³ G. Fauceglia, cit., pag. 1702.

¹³⁴ G. Fauceglia, *ibidem*. L'autore richiama correttamente l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi nella precedente disciplina.

¹³⁵ In tali termini si esprime G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, settima edizione, cit., pag. 705, 705.

¹³⁶ Si veda F. S. Filocamo, op. ult. cit., pag. 323.

È stato sostenuto in dottrina che l'ammissibilità di una nuova proposta di concordato preventivo sarebbe preclusa ove la revoca sia stata causata dal compimento di atti fraudolenti, trattandosi di vicende insuscettibili di sanatoria ¹³⁷.

Avverso tale orientamento si è rilevato correttamente come non possa escludersi, a meno di ripristinare valutazioni riferibili alla meritevolezza, “*che la nuova proposta sia scevra da rappresentazioni infedeli o ingannatorie e sia basata su una situazione patrimoniale resa immune dal pregiudizio derivante da pregressi illeciti*” ¹³⁸.

¹³⁷ S. Ambrosini, *Il Concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., pag. 77; U. De Crescenzo, cit., pag. 2466 ss.

¹³⁸ F. Audino, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, diretto da A. Maffei Alberti, quinta edizione, Padova, pag. 998.

2.3 Mancata approvazione del concordato da parte dei creditori (art. 179)

Un'ulteriore ipotesi di chiusura anticipata del concordato preventivo si verifica allorquando, in sede di votazione, non vengano raggiunte le maggioranze previste dall'art. 177 l. fall.

In tali casi l'articolo 179 statuisce che il giudice delegato debba riferire immediatamente al tribunale "*che deve provvedere a norma dell'art. 162, secondo comma*".

L'originaria formulazione dell'art. 179 è stata conservata dal legislatore del 2007, il quale si è limitato ad espungere dal testo il richiamo all'art. 178 l. fall., il quale non è più coerente con la disciplina delle maggioranze, come riformata, ormai contenuta esclusivamente nell'art. 177 l. fall.

Permane, tuttavia, un implicito richiamo dell'art. 178 per quanto riguarda "*i termini stabiliti*" per il raggiungimento delle maggioranze richieste dall'art. 177 comma primo, alla cui formulazione concorrono le adesioni pervenute nei venti giorni successivi all'adunanza dei creditori.

L'art. 179 l. fall. risente, ovviamente, delle modifiche apportate dal legislatore, in particolare, all'art. 177, quanto alle maggioranze necessarie per l'approvazione del concordato e all'art. 162, secondo comma, per ciò che attiene ai provvedimenti conseguenti alla mancata approvazione della proposta.

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 e solo all'esito procedere al calcolo dei voti e verificare il raggiungimento o meno della maggioranza richiesta (oggi semplice e non più dei due terzi ammessi al voto).

Scaduto il termine dei venti giorni per le adesioni tardive, il giudice delegato, se le maggioranze richieste dal primo comma dell'art. 177 non sono raggiunte, riferisce immediatamente al tribunale, il quale, prima di dichiarare l'improcedibilità del concordato preventivo, deve compiere un'autonoma indagine in ordine al mancato raggiungimento delle maggioranze, controllando la legittimazione al voto, la

legittimità dei provvedimenti emessi dal giudice delegato *ex art.* 176, comma primo, l. fall., e la regolarità della votazione ¹³⁹.

In applicazione dell'art. 162 comma 2, il tribunale deve, a tal fine, convocare il debitore in camera di consiglio per consentirgli l'esercizio del diritto di difesa riguardo alle questioni che influiscono sul calcolo delle maggioranze ¹⁴⁰.

La norma non richiede che il provvedimento di convocazione del debitore debba essere pubblicizzato, con la grave conseguenza di precludere ai creditori ed al pubblico ministero di partecipare alla fase dell'accertamento dell'esito della votazione, nonostante la norma subordini la dichiarazione di fallimento ad una loro istanza ¹⁴¹.

Un autore ¹⁴² ha proposto di sopperire tale *deficit* di tutela attraverso prassi applicative che prevedano la comunicazione al pubblico ministero del provvedimento di convocazione del debitore ovvero la sua annotazione presso il registro delle imprese.

Una volta accertata la mancanza delle maggioranze richieste dall'articolo 177 e una volta effettuati gli altri controlli di cui si è detto, il tribunale "*deve provvedere a norma dell'art. 162, secondo comma*".

Nella vigenza della precedente disciplina, la dottrina più attenta aveva rilevato correttamente come tale richiamo fosse del tutto erroneo, in quanto la fattispecie di cui all'art. 162 l.fall. si riferiva "*non ad un'ipotesi di conversione del concordato preventivo in fallimento, con tutti i conseguenti problemi di raccordo tra i due procedimenti, bensì di apertura del fallimento stesso a seguito della reiezione in limine della proposta*" ¹⁴³.

¹³⁹ In tali termini si esprime F. S. Filocamo, op. ult. cit., pag. 340.

Si esprimeva nello stesso senso la giurisprudenza in riferimento alle verifiche necessarie in caso di dichiarazione di fallimento per la mancata approvazione del concordato. Si consulti in particolare la pronuncia del tribunale di Catania, 23/8/1971, in *Diritto Fallimentare*, 1972, II, pag. 174. In dottrina si veda P. Bosticco, in *Le procedure concorsuali*, parte seconda, a cura di Tedeschi, Torino, 1997, pag. 204.

¹⁴⁰ V. Vitalone, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, op. cit., pag. 1729.

¹⁴¹ Si veda F. S. Filocamo, op. ult. cit., pag. 341, e G. Lo Cascio, op. ult. cit., pag. 741.

¹⁴² F. S. Filocamo, *ibidem*.

¹⁴³ A. Bonsignori, cit., pag. 392.

Nonostante il decreto correttivo abbia inopportunamente mantenuto tale rinvio, è stato rilevato in dottrina ¹⁴⁴ come il tribunale, in tali casi, non debba dichiarare inammissibile la proposta di concordato preventivo (come prescrive l'art. 162) bensì *non approvato* il concordato e chiudere così la procedura.

In virtù del richiamo dell'art. 162 comma secondo, alla declaratoria dell'improcedibilità del concordato preventivo per la mancata approvazione dei creditori può fare seguito la dichiarazione di fallimento del debitore, previo accertamento dei relativi presupposti, quando sia stata presentata la relativa istanza da parte di un creditore o del pubblico ministero.

Prima dell'intervento chiarificatore del decreto correttivo, la giurisprudenza di merito aveva, invece, interpretato l'articolo 6 nel senso della compatibilità dell'abolizione della dichiarazione di fallimento d'ufficio con le norme, rimaste immutate, che prevedevano l'automatismo del fallimento successivo alla proposta di concordato preventivo ¹⁴⁵.

L'istanza di fallimento del creditore può essere preesistente alla proposta di concordato preventivo o essere pervenuta nel corso dell'istruttoria preconcordataria.

Allo stesso modo, la richiesta del pubblico ministero può preesistere alla domanda di concordato, ovvero essere stata presentata successivamente alla comunicazione prevista dall'art. 161 comma 5, ricorrendo i presupposti di cui all'art. 7 l. fall.

In mancanza di istanze di fallimento, il tribunale, qualora abbia rilevato lo stato di insolvenza, effettuerà la segnalazione al pubblico ministero a norma dell'art. 7 n. 2) onde sollecitarne l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento sussistendo l'esigenza di prevenire una dispersione del patrimonio del debitore a seguito dell'improcedibilità del concordato ¹⁴⁶.

Autorevole dottrina ¹⁴⁷ ha sottolineato l'importanza, a tal fine, dell'efficienza dei coordinamenti tra il collegio fallimentare e l'ufficio della procura della Repubblica.

¹⁴⁴ D. Vattermoli, cit., pag. 369.

¹⁴⁵ Si veda in particolare la pronuncia del Tribunale di Ancona, 23/5/2007, in *Il Fallimento*, 2008, pag. 231 ed il relativo commento di L. A. Bottai, *Se cessa il concordato preventivo, l'iniziativa passa ai creditori o al pubblico ministero?*, *ivi*, pag. 234.

¹⁴⁶ S. Ambrosini, op. ult. cit., pag. 121.

¹⁴⁷ P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, pag. 869.

Il tribunale non può provvedere alla dichiarazione di fallimento senza aver preliminarmente convocato il debitore in camera di consiglio per consentirgli l'esercizio del diritto di difesa rispetto all'istanza di fallimento, a meno che il procedimento per la dichiarazione di fallimento non sia stato già svolto prima dell'ammissione alla procedura.

Nella trattazione dell'art. 162 l. fall. ho avuto modo di evidenziare come fosse controversa l'applicazione in quella sede della disciplina procedimentale prevista dall'art. 15 l. fall., non essendo tale disposizione richiamata, a differenza che nell'art. 173, dall'art. 162.

Il problema si ripropone nella norma in esame in ragione del richiamo alla disciplina di cui all'art. 162 comma secondo.

Un autore ¹⁴⁸ ha sostenuto che non debba essere introdotto un autonomo procedimento prefallimentare, potendo il tribunale instaurare il contraddittorio con il debitore e le parti istanti il fallimento nelle forme e nei termini rimessi alla sua discrezionalità.

Sembra, tuttavia, preferibile assicurare al debitore le maggiori garanzie insite nel procedimento disciplinato dall'art. 15, in tutti i casi in cui la dichiarazione di fallimento sia conseguenza della chiusura anticipata del concordato preventivo.

Il secondo comma dell'art. 162, a cui fa rinvio, come visto, l'art. 179, qualifica il decreto di improcedibilità emesso dal tribunale "non soggetto a reclamo".

La dottrina ha manifestato forti perplessità in ordine alla riaffermata non reclamabilità del decreto di improcedibilità emesso dal tribunale, rilevando che se era comprensibile nel sistema originario "*in cui alla inammissibilità o improcedibilità si accompagnava necessariamente la dichiarazione di fallimento*" appare "*meno logicamente congrua nel sistema riformato- ed ancora meno in quello ultimamente corretto- in cui la dichiarazione di fallimento è solo eventuale*" ¹⁴⁹.

L'indiscutibile previsione contenuta nell'art. 162, secondo comma, l. fall., tuttavia, "*non lascia ombra di dubbio sulla non reclamabilità del provvedimento del tribunale non accompagnato dalla dichiarazione di fallimento, ipotesi nella quale potranno*

¹⁴⁸ F. S. Filocamo, op. ult. cit., pag. 342 ss.

¹⁴⁹ F. S. Filocamo, op. ult. cit., pag. 341.

*essere fatte valere anche tutte le contestazioni in ordine alla procedibilità della proposta di concordato”*¹⁵⁰.

Per quanto riguarda, infine, la proponibilità del ricorso per cassazione ai sensi dell’art. 111 Cost. nei confronti del decreto di improcedibilità, ove non sia stato dichiarato il fallimento, essa dipende dall’essere il provvedimento dotato dei caratteri della decisorietà e definitività.

Proprio per il carattere né decisorio né definitivo del provvedimento di improcedibilità emesso dal tribunale, autorevole dottrina¹⁵¹ ha rilevato come non appare sostenibile la ricorribilità *ex art. 111 Cost.*

Secondo altri, nonostante la riproponibilità della domanda di concordato preventivo, l’impugnabilità in cassazione non dovrebbe essere negata, trattandosi infatti di provvedimento, non altrimenti impugnabile, destinato ad incidere sul diritto soggettivo del debitore (ma anche di terzi interessati) alla prosecuzione del procedimento¹⁵².

¹⁵⁰ T. Manferoce, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, I edizione, Milano, 2008, pag. 1569.

¹⁵¹ T. Manferoce, *ibidem*.

¹⁵² In tali termini F.S. Filocamo, *ibidem*.

2.4 Mancata omologazione del concordato da parte del tribunale (art. 180 ultimo comma)

Una volta approvata dai creditori la proposta presentata dal debitore, si apre il giudizio di omologazione.

La *ratio juris* dell'atto di omologazione consiste nell'esigenza pubblicistica di sottoporre determinati atti, che svolgono i propri effetti al di là delle parti contraenti il negozio soggetto ad omologa, ad un **controllo** che diviene condizione di efficacia¹⁵³.

L'autorità giudiziaria, quindi, nel momento in cui approva l'atto di autonomia privata, lo integra conferendogli il connotato dell'esecutività.

La riforma è intervenuta incisivamente anche su questa parte della disciplina del concordato preventivo, che oggi, per effetto delle successive modifiche che hanno interessato, dapprima, la procedura *de qua* (2005), successivamente, il concordato fallimentare (2006) e, da ultimo, entrambi i concordati (2007), si presenta pressoché identica a quella dettata dall'art. 129¹⁵⁴.

La disciplina del '42 aveva conferito al tribunale un potere alquanto ampio in sede di omologazione del concordato: oltre infatti a controllare la *regolarità formale* dell'iter concordatario, poteva, e doveva, entrare nel *merito* della proposta, relativamente sia alla fattibilità sia alla convenienza dell'offerta, nonché valutare la *meritevolezza* del debitore; in passato, quindi, il tribunale poteva anche andare di contrario avviso rispetto alla valutazione dei creditori.

Il testo originario dell'art. 181 l. fall. prevedeva infatti che il tribunale dovesse, innanzitutto, accertare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità del debitore alla procedura, temporalmente riferibile al momento della pronuncia, cosicché, se nel frattempo queste fossero divenute meno, non sarebbe stato più possibile pronunciare l'omologazione¹⁵⁵.

¹⁵³ In tali termini si esprime S. Pacchi, *L'omologazione. La risoluzione e l'annullamento*, in *Il nuovo concordato preventivo: dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, op. cit., pag. 224.

¹⁵⁴ Si veda D. Vattermoli, cit., pag. 369.

¹⁵⁵ G. Lo Cascio, op. ult. cit., pag. 753; per una diversa prospettazione, A. Bonsignori, cit., pag. 413.

Il tribunale doveva, poi, verificare se la procedura si fosse svolta regolarmente, esaminando la legittimità delle operazioni, accertando che il decreto di ammissione fosse stato pubblicato, che fosse stata disposta la convocazione dei creditori, e che si fosse provveduto al deposito per le spese nel termine di legge ¹⁵⁶.

Il tribunale doveva giudicare, quindi, la convenienza economica del concordato per i creditori in relazione alle attività esistenti ed all'efficienza dell'impresa non mancando di esaminare il presumibile realizzo delle attività, la potenzialità dell'azienda ¹⁵⁷, il vantaggio dei creditori, l'interesse pubblico perseguito in dipendenza del recupero dell'impresa, dei tempi di durata della procedura.

Doveva altresì, stabilire se fossero state raggiunte le maggioranze di legge, eseguendo il più ampio controllo possibile, sia in materia di ammissione, sia di esclusione di voto.

Il tribunale era, inoltre, chiamato ad accertare la sicurezza delle garanzie offerte (in caso di concordato per garanzia) e la sufficienza dei beni (nell'ipotesi di concordato per cessione).

Occorreva infine, come si è visto, stabilire se il debitore, in relazione alle cause che avevano determinato il dissesto e la sua condotta, potesse essere ritenuto meritevole del beneficio ¹⁵⁸.

Il secondo comma dell'art. 181 l. fall. prevedeva che il giudizio si chiudesse con una sentenza, di omologazione, se occorrevano le esaminate condizioni, altrimenti dichiarativa di fallimento.

Si era correttamente evidenziato in dottrina come, in realtà, la legge si fosse opportunamente limitata ad indicare gli esiti più significativi del giudizio, in quanto la decisione non solo non avrebbe dovuto assumere in ogni caso veste di sentenza, ma il suo contenuto poteva sfuggire all'alternativa omologazione-fallimento.

¹⁵⁶ A. Bonsignori, cit., pag. 425.

¹⁵⁷ A. Audino, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, quarta edizione, 2000, pag. 715.

¹⁵⁸ Ai fini della meritevolezza, autorevole dottrina aveva ritenuto che il controllo del tribunale dovesse investire anche i profili etici della sua condotta: A. Bonsignori, cit., pag. 429.

Così, la mancanza o l'invalidità di atti o provvedimenti avrebbe potuto comportare, a seconda dei casi, l'emanazione di una sentenza o di un'ordinanza di rimessione al giudice delegato per il compimento o la rinnovazione degli stessi ¹⁵⁹.

Così ancora, sarebbe potuta essere disposta, con ordinanza, la sospensione o l'interruzione del processo o dichiarata con sentenza la cessazione della materia del contendere allorché si fosse accertato il venir meno dello stato di insolvenza del debitore ¹⁶⁰.

La sentenza di rigetto del concordato aveva un contenuto meno ampio e articolato di quella di omologazione (dovendo essa preoccuparsi, oltre che di pronunciare l'omologazione, dell'esecuzione del concordato).

Essa si sostanziava, infatti, nella sentenza di fallimento (con la nomina del curatore) senza espandersi oltre la natura sua propria di sentenza che decide il giudizio di omologazione. Era pacifico che non sussistesse alcuna autonomia in capo alla dichiarazione di fallimento, che non affiancava il provvedimento di negazione del concordato ma era il suo stesso contenuto diretto e tipico, come indicava con chiarezza il secondo comma dell'art. 181 l. fall. ¹⁶¹

Allo stesso modo, l'intero giudizio di omologazione, nel caso di esito negativo, conteneva in sé la *cognitio* sul ricorrere dei presupposti del fallimento sicché, ad esempio, non era necessaria una (nuova) audizione del debitore ¹⁶².

L'attuale testo dell'art. 180 l. fall ¹⁶³ disciplina diversamente il procedimento a seconda che l'omologazione riguardi una proposta caratterizzata dalla mancanza

¹⁵⁹ Si pensi ad esempio ad una qualificazione di taluni crediti come chirografari anziché privilegiati nel caso in cui i relativi voti siano determinanti ai fini del raggiungimento delle maggioranze. Il tribunale non avrebbe potuto calcolare senz'altro come negativo il voto dei creditori in questione in assenza di una qualsiasi loro partecipazione, ma avrebbe dovuto rimettere il processo innanzi al giudice delegato affinché si proceda ad una nuova votazione della proposta. Si confronti Corte di Cassazione, 22/5/1969, n. 1792, in *Diritto Fallimentare*, 1969, II, pag. 370 ss.

In dottrina si consulti A. Bonsignori, cit., pag. 414.

¹⁶⁰ Si veda A. Bonsignori, cit., pag. 437.

¹⁶¹ Si veda la Corte di Cassazione 10/8/1977, n. 3673, in *Diritto Fallimentare*, 1978, II, pag. 49 ss.

¹⁶² In tal senso Corte di Cassazione, 19/10/1992, n. 11439, in *Diritto Fallimentare*, 1993, pag. 690 ss., la quale precisò altresì che era invece necessario l'intervento del pubblico ministero, e che tuttavia "*in considerazione del carattere unitario della procedura nelle sue varie fasi, fino alla scadenza dell'omologazione di primo grado, il precetto dell'art. 71 c. p. c. è soddisfatto con la comunicazione al P.M. della domanda iniziale per il parere previsto dall'art. 162 l. fall.*".

della divisione in classi ed inoltre dall'assenza di opposizioni, o che viceversa sia connotata dalla presentazione di opposizioni o dalla divisione in classi con una mancata adesione ad essa da parte di una o più classi integranti la minoranza, o da entrambe queste ultime eventualità.

La scelta del legislatore è quella di distinguere il rito in maniera significativa, a seconda che si presenti l'una o l'altra delle anzidette ipotesi.

Se non ci sono opposizioni all'omologazione (e, in presenza di diverse classi di creditori, tutte queste siano consenzienti) *“il tribunale, verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame”* (art. 180 terzo comma).

In tale ipotesi, dunque, il controllo d'ufficio del tribunale si riduce ad una verifica della regolarità formale dell'iter concordatario e del rispetto delle maggioranze di cui all'art. 177; autorevole dottrina ha evidenziato come quest'ultimo aspetto sia *“la manifestazione più evidente del processo di privatizzazione che ha investito l'istituto concordatario, con un progressivo restringimento dello spazio di intervento dell'autorità giudiziaria”*¹⁶⁴.

Tale impostazione, seppur prevalente¹⁶⁵, non è condivisa da parte della dottrina¹⁶⁶ e della giurisprudenza¹⁶⁷, la quale ritiene che il sindacato del giudice in sede di omologazione debba essere esteso anche alla fattibilità del piano, in quanto l'omologazione presupporrebbe il controllo della permanenza delle condizioni di

¹⁶³ Il quale articolo è stato, come visto, sostituito, una prima volta, dall'art. 2, comma 1, lett. H), del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito, con modificazioni, nella L. 14 maggio 2005, n. 80 e, in un secondo momento, dall'art. 16, comma 2, del D. lgs. 14 settembre 2007, n. 169, a decorrere dal 1° gennaio 2008.

¹⁶⁴ D. Vattermoli, cit., pag. 370.

¹⁶⁵ In dottrina si veda G. Bozza, *L'omologazione della proposta (i limiti alle valutazioni del giudice)*, in *Il Fallimento*, 2006, pag. 1069; Tedeschi, cit., pag. 565; S. Ambrosini, op. ult. cit., pag. 126; G. Lo Cascio, *Aspetti interpretativi del giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 551; L. Guglielmucci, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2006, pag. 107.

In giurisprudenza si consulti, tra le altre, le pronunce del Tribunale di Modena, 21/11/2008, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 742 e del Tribunale di Milano, 23/5 /2008, in *Il Fallimento*, 2008, pag. 1226.

¹⁶⁶ P. Genoviva, *I limiti del sindacato del tribunale nel concordato preventivo alla luce del “correttivo”*, in *Il Fallimento*, 2008, pag. 695.

¹⁶⁷ Tribunale di Venezia, 30/10/2008, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 742.

ammissibilità del concordato preventivo, come confermato dall'art. 173 comma terzo, applicabile in qualunque fase della procedura.

Secondo un'ulteriore interpretazione, al tribunale sarebbe affidata la valutazione riguardo alla concreta fattibilità del piano solamente in sede di revoca dell'ammissione al concordato preventivo, a norma dell'art. 173 terzo comma l. fall., con la conseguenza che, qualora, dopo l'approvazione del concordato da parte dei creditori, emergano fondate incertezze in merito all'attualità del piano, il controllo del tribunale dovrà essere esercitato nell'ambito del procedimento di cui all'art. 173 e non già in sede di omologazione¹⁶⁸.

Ho avuto modo in precedenza¹⁶⁹ di precisare come il controllo sulla fattibilità del piano debba ritenersi precluso al tribunale non solo in sede di ammissione al concordato preventivo, ma anche durante l'intero procedimento; in sede di omologazione, laddove non vi siano opposizioni, la legge non solo non richiede un accertamento sulla fattibilità del piano, ma non richiede neppure un accertamento riguardo alla sussistenza delle condizioni di ammissibilità del concordato.

Il terzo comma della norma in esame statuisce infatti, come visto, che in assenza di opposizioni, il tribunale debba verificare unicamente **“la regolarità della procedura e l'esito della votazione”**; le condizioni di ammissibilità esulano invece dall'oggetto di valutazione del tribunale¹⁷⁰.

Qualora queste venissero meno dopo l'approvazione del concordato da parte dei creditori, il relativo accertamento dovrà essere compiuto in sede di revoca del concordato preventivo *ex art. 173 l. fall.*, dove, va ribadito, deve ritenersi escluso un sindacato del tribunale riguardo alla attuabilità del piano.

Appare quindi condivisibile l'opinione che esclude che le questioni rilevanti *ex art. 173* possano essere decise nell'ambito del procedimento di omologa, dato che, a meno che l'opposizione sia incentrata proprio sulle fattispecie previste da tale norma,

¹⁶⁸ A. Audino, cit., pag. 1028.

¹⁶⁹ A tal fine rimando alla trattazione dell'art. 173, terzo comma, l. fall.

¹⁷⁰ A differenza che nella disciplina del '42 dove, come si è visto, a norma dell'art. 181, era richiesto al tribunale un previo accertamento sulla sussistenza delle condizioni di ammissibilità della procedura.

il diritto di difesa del debitore non sarebbe garantito in misura equipollente a quella assicurata dall'art. 15¹⁷¹.

Nel caso in cui, invece, la proposta sia costituita da una suddivisione dei creditori in classi ed alcune di dette classi, integranti la minoranza, siano dissenzienti rispetto alla proposta concordataria, ed uno o più dei creditori inseriti in una delle classi dissenzienti chiedano la verifica di convenienza, o nella frequente ipotesi in cui all'omologazione si opponga uno dei creditori dissenzienti od altro soggetto interessato, il tribunale è investito dell'accertamento dei fatti che, sulla base dei motivi in concreto dedotti, impedirebbero l'omologazione del concordato.

Per quel che concerne i motivi dell'opposizione, è pacifico che quest'ultima possa fondarsi non solo sui motivi attinenti il **procedimento** (come ad esempio la non regolarità della comunicazione di cui all'art. 171 comma 2 l. fall.), ma anche sulla **non fattibilità** del piano (come ad esempio l'insufficienza delle risorse finanziarie necessarie all'adempimento); tale valutazione è prevista soltanto nell'interesse dei creditori oppositori¹⁷².

Qualora, invece, l'opposizione attenga all'esistenza di condotte fraudolente o alla mancanza delle condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato, nulla sembra vietarne la cognizione nell'ambito del giudizio di omologazione (senza quindi dover ricorrere al procedimento di cui all'art. 173 l. fall.), che si svolge con modalità idonee a garantire il diritto di difesa del debitore, così osservandosi il principio di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato¹⁷³.

Dubbi sorgono, invece, con riferimento alla possibilità di fondare l'opposizione sulla **non convenienza**, per il creditore opponente, della proposta accettata dalla maggioranza dei crediti ammessi al voto.

Come noto, uno dei principi informativi della riforma è quello che sottrae al tribunale il potere-dovere di controllo sulla convenienza della proposta di concordato, essendo ora devoluta solo ai creditori la valutazione relativa alla

¹⁷¹ F. S. Filocamo, op. ult. cit., pag. 357.

¹⁷² P. Bosticco, op. ult. cit., pag. 1449. Si veda anche S. Pacchi, op. ult. cit., in cui si evidenzia come escludere qualsiasi potere di indagine di merito del giudice, "riducendone l'ambito a quello dell'adunanza, alla formazione delle classi e delle ammissioni al voto, sterilizzerebbe le eccezioni di parte".

¹⁷³ F. S. Filocamo, *ibidem*; S. Ambrosini, op. ult. cit., pag. 126.

preferibilità della soluzione concordataria rispetto all'alternativa della liquidazione in sede fallimentare.

Un'eccezione a tale principio è prevista laddove, all'interno di una classe dissenziente, almeno uno dei creditori inserito in tale classe proponga opposizione all'omologazione contestando la convenienza del concordato con riferimento al trattamento del proprio credito ¹⁷⁴.

In questo caso il concordato può essere omologato soltanto qualora il tribunale escluda che le alternative concretamente praticabili possano consentire il soddisfacimento del credito dell'opponente in misura superiore a quella prevista dal piano.

Nell'effettuare il giudizio di convenienza, il tribunale deve rappresentarsi un progetto di riparto fittizio tra creditori, sulla base di quanto deriverebbe dalla liquidazione fallimentare, al fine di determinare se quanto derivante dal piano concordatario possa integrare strumento di maggior soddisfazione dei creditori inseriti nella classe dissenziente ¹⁷⁵.

Qualora l'esito del procedimento di omologazione sia negativo, il tribunale dichiarerà con sentenza il fallimento contestualmente al decreto che rigetta l'omologazione del concordato.

La contestualità tra i due provvedimenti sarà però possibile soltanto nel caso in cui vi sia una relativa istanza di un creditore o una richiesta del pubblico ministero, e comunque dopo che sia stata accertata la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 1 e 5 l. fall. (art. 180 ultimo comma).

Si può constatare come, anche in tale ipotesi di conversione dal concordato preventivo al fallimento, il decreto correttivo abbia precisato le conseguenze della chiusura anticipata del concordato preventivo statuendo che la contestualità tra il

¹⁷⁴ Mentre prima dell'intervento chiarificatore del decreto correttivo il giudizio del tribunale sulla convenienza doveva essere praticato ogni volta che vi fosse una classe dissenziente (a garanzia dei creditori di queste), oggi "*il tribunale interviene solo in fase di omologa e solo se vi è almeno un creditore che presenta opposizione, contestando la convenienza della proposta*", P. G. Demarchi, cit., pag. 503.

L'autore rileva dal dato letterale della norma come l'opposizione debba riguardare unicamente il trattamento del credito del creditore istante e non quello dei creditori dell'intera classe di appartenenza.

¹⁷⁵ P. G. Demarchi, *ibidem*.

provvedimento che rigetti l'omologa del concordato e la declaratoria di fallimento, seppur ancora possibile, possa anche mancare nel caso in cui i presupposti del fallimento o la relativa istanza risultino mancanti.

Prima di tale intervento chiarificatore il problema delle conseguenze del rigetto della domanda di omologazione ¹⁷⁶ veniva risolto in modo diverso: una prima tesi, più conservativa, continuava a riconoscere il potere del tribunale di dichiarare il fallimento d'ufficio in caso di rigetto della domanda di omologazione, in considerazione della natura speciale della disciplina di cui all'art. 160 ss. l. fall. rispetto a quella regolatrice del fallimento, da cui derivava la possibilità di non applicare al concordato il principio, dettato dall'art. 6 l. fall., dell'iniziativa di parte.

I sostenitori di questa tesi evidenziavano come in tali casi si fosse comunque in presenza di una procedura concorsuale volontaria, in cui veniva presentato da parte del debitore un ricorso (quello diretto ad ottenere l'ammissione al concordato), integrante una confessione dello stato di crisi ¹⁷⁷.

Un autore ¹⁷⁸, pur aderendo a tale impostazione aveva tuttavia evidenziato come fosse necessario, ai fini della dichiarazione di fallimento, un previo accertamento dello stato di insolvenza del debitore.

Autorevole dottrina ¹⁷⁹ e talune pronunce giurisprudenziali ¹⁸⁰ adottarono invece una tesi maggiormente evolutiva ed in linea con il principio dell'iniziativa di parte, in base alla quale la dichiarazione di fallimento veniva subordinata ad una previa istanza di uno o più creditori o del pubblico ministero.

Il decreto correttivo, accogliendo quest'ultima impostazione, ha implicitamente statuito che il fallimento costituisce soltanto un possibile esito ulteriore del concordato preventivo, essendo oggi configurabile uno spazio temporale tra il decreto che rigetta la domanda di omologazione e la declaratoria di fallimento.

¹⁷⁶ Il quale, come si è visto più volte, discendeva, da un lato, dalla divergenza concettuale esistente tra i presupposti oggettivi delle due procedure e, dall'altro, dalla nuova disciplina introdotta dagli articoli 6 e 7 l. fall., che preclude al tribunale di dichiarare il fallimento d'ufficio.

¹⁷⁷ In giurisprudenza si era pronunciato in tal senso il Tribunale di Torino, 17/11/2005, in Foro Italiano, 2006, I, pag. 911.

¹⁷⁸ G. B. Nardecchia, *Concordato preventivo, ipotesi di passaggio a fallimento ed amministrazione controllata*, in *Trattato di diritto fallimentare*, a cura di M. Ferro, 2005, pag. 222ss.

¹⁷⁹ G. U. Tedeschi, cit., pag. 564.

¹⁸⁰ Si veda il Tribunale di Milano, 12/10/2006, in www.ipsoa.it/fallimento.

Va, inoltre, precisato che il fallimento potrà essere dichiarato all'esito di un procedimento che si svolga nelle forme di cui all'art. 15, così come previsto dall'art. 173 secondo comma l. fall. (da intendersi implicitamente richiamato); ne consegue che il debitore dovrà essere convocato in camera di consiglio *ex art. 15* in un momento precedente alla pronuncia del decreto di rigetto dell'omologazione; in caso contrario la contestualità tra i due provvedimenti è da ritenersi esclusa¹⁸¹.

È, però, opportuno evidenziare che il procedimento prefallimentare di cui all'art. 15 l. fall. potrebbe essere stato svolto in una fase antecedente al rigetto della domanda di omologazione, rendendo in tal caso del tutto inutile un'ulteriore convocazione del debitore.

Si prenda in considerazione l'ipotesi in cui, prima della presentazione della domanda di concordato preventivo, uno o più creditori, oppure il pubblico ministero, abbiano richiesto il fallimento del debitore e che, a seguito di tale istanza, sia stata espletata una compiuta istruttoria prefallimentare, nella quale siano stati accertati i presupposti del fallimento.

La giurisprudenza ha ritenuto che, in tali casi, la successiva proposta di concordato preventivo non renderebbe le istanze del p.m. e dei creditori "improcedibili", ma semplicemente "sospese", in attesa dell'esito definitivo della procedura di concordato preventivo¹⁸².

¹⁸¹ Non manca tuttavia in dottrina chi ritenga che il tribunale, una volta accertata l'impossibilità di omologare il concordato, debba emettere un provvedimento interlocutorio, di natura meramente ordinatoria, di fissazione dell'udienza di cui all'art. 15 e contestualmente disporre la trasmissione degli atti al p. m., perché questi presenti la richiesta di fallimento. Si veda a tale riguardo M. Vitello, cit., pag. 1588. L'autore rileva, tuttavia, che la mancanza di richieste di fallimento nell'udienza fissata dal tribunale comporterebbe un ritorno *in bonis* del debitore

¹⁸² Si veda la Corte di Appello di Torino, 17/7/2008, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 51, dove si evidenzia come nel sistema concorsuale del 1942 fosse pacifico che la presentazione di una proposta di concordato preventivo comportasse l'improcedibilità delle istanze di fallimento pendenti. Tale conclusione era perfettamente funzionale con la disciplina che contemplava l'identità dei presupposti delle due procedure, nonché una conversione automatica in fallimento. La riforma delle procedure concorsuali ha invece messo in discussione tale conclusione, in conseguenza dell'attuale diversità del presupposto oggettivo delle due procedure, e del venir meno del potere officioso di dichiarare il fallimento da parte del tribunale.

Nel caso in esame si è pertanto ritenuto opportuno sospendere la trattazione delle istanze di fallimento, per effetto della presentazione della proposta di concordato preventivo. Non concorda con tale scelta P. Genoviva, *Rigetto della proposta di concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: questioni di diritto processuale e transitorio*, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 63 e 64, il quale, commentando la sopra citata pronuncia, ritiene preferibile applicare l'istituto della riunione dei procedimenti per connessione soggettiva a norma degli art. 33 e 274 c.p.c.

Qualora tale esito sia infausto (quindi non solo nell'ipotesi in esame di mancata omologazione del concordato da parte del tribunale, ma anche in tutte le ipotesi sopra considerate di cessazione anticipata della procedura), il tribunale può (e deve) dichiarare con sentenza il fallimento del debitore contestualmente al decreto che chiude il concordato preventivo (nel caso in esame, il decreto di rigetto della domanda di omologa), senza dover attendere la (ri)presentazione della richiesta di fallimento e senza dover procedere alla convocazione del debitore *ex art. 15 l. fall.*

Si può quindi concludere che, all'esito infausto del concordato preventivo, il fallimento del debitore possa essere dichiarato anche in presenza di istanze dei creditori o del p.m. che siano preesistenti al concordato preventivo, la cui trattazione sia stata sospesa in forza del principio della prevenzione¹⁸³; qualora poi l'istruttoria prefallimentare sia stata compiuta prima della domanda di concordato, il fallimento, potrà essere dichiarato senza che sia necessario instaurare un nuovo contraddittorio tra le parti.

Maggiori problemi sorgono nell'ipotesi in cui, nei confronti dell'istanza di fallimento precedente alla proposta di concordato, non si sia radicato (ad esempio mancata notifica al debitore), o compiutamente svolto (es. ammissione al concordato preventivo *in limine* dell'istruttoria prefallimentare) il contraddittorio.

In tali casi, così come nell'ipotesi in cui l'istanza di fallimento sia stata depositata in cancelleria nel corso della procedura di concordato preventivo, il tribunale, ai fini della declaratoria di fallimento, dovrà procedere alla convocazione del debitore in camera di consiglio a norma dell'art. 15 l. fall.¹⁸⁴.

Ove, poi, l'istanza di fallimento sia stata presentata in sede di opposizione all'omologazione, la convocazione del debitore in camera di consiglio potrà risultare

¹⁸³ Tale principio, pacifico nella progressiva disciplina (si veda, tra tutti, A. Bonsignori, op. ult. cit., pag. 29), comportava l'improcedibilità delle istanze di fallimento sino alla decisione della domanda di concordato preventivo.

Tale impostazione non sembra dover essere messa in discussione, in quanto la predetta prevalenza del concordato preventivo discende dalla funzione stessa dell'istituto, volto a prevenire la dichiarazione di fallimento (si veda P. Pajardi, A. Paluchowski, cit., pag. 810 ss.); autorevole dottrina (G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, settima edizione, op. cit., pag. 295), pur ricollegando la prevalenza del concordato preventivo all'interesse pubblicistico al recupero dell'impresa, evidenzia una compressione dei diritti dei creditori ove l'imprenditore sia insolvente.

¹⁸⁴ A. Audino, cit., pag. 1037

superflua soltanto nel caso in cui nel corso del giudizio di omologazione sia stato garantito il diritto di difesa del debitore ¹⁸⁵.

2.5 Risoluzione e annullamento del concordato preventivo (art. 186)

L'ultima ipotesi di conversione del concordato preventivo in fallimento è disciplinata dall'art. 186 l. fall., in base al quale il fallimento può essere dichiarato in seguito alla risoluzione o all'annullamento del concordato preventivo.

La norma in commento, rimasta immutata a seguito delle riforme introdotte dal d.l. n. 35/2005 e dal d. lgs. n. 5/2006, è stata radicalmente modificata dal d. lgs. n. 169/2007.

Il testo originario dell'art. 186 l. fall. disciplinava la risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo mediante un rinvio alle norme previste per la risoluzione e l'annullamento del concordato fallimentare (precisamente gli art. 137 e 138 l. fall); per quanto riguarda, poi, i rapporti con la successiva dichiarazione di fallimento, il terzo comma dell'art. 186 prevedeva che *“con la sentenza che risolve o annulla il concordato il Tribunale dichiara il fallimento”*.

Il concordato preventivo poteva essere risolto, nel concordato con garanzia, qualora il debitore non avesse provveduto alla costituzione delle garanzie in conformità alla proposta di concordato omologato oppure, nel concordato con cessione dei beni, qualora non avesse adempiuto regolarmente agli obblighi derivanti dal concordato e dalla sentenza di omologazione (testo originario dell'art. 137, primo comma, l. fall.).

Nel primo caso ciò che rilevava ai fini della risoluzione era unicamente che il debitore non avesse provveduto alla costituzione delle garanzie promesse, al pagamento delle spese della procedura, all'integrale soddisfazione dei creditori

¹⁸⁵ In tali termini si esprime A. Audino, *ibidem*.

privilegiati ed al pagamento dei creditori chirografari nei limiti della percentuale garantita e nei tempi previsti nella sentenza di omologazione.

Non assumevano rilievo le cause dell'inadempimento, ovvero se questo fosse o meno giustificabile, dovendosi verificare solo il mancato avveramento delle condizioni previste nella proposta di concordato omologata: condizioni che dovevano essere rispettate senza deroga alcuna ¹⁸⁶.

Era pertanto esclusa ogni indagine sulla colpevolezza e sulla **gravità dell'inadempimento** ¹⁸⁷; si era ritenuto, infatti, che il Tribunale non disponesse neanche del potere di prorogare in sede di esecuzione le singole scadenze previste per i pagamenti ¹⁸⁸.

Anche in caso di risoluzione del concordato per cessione dei beni, rilevava unicamente l'inadempimento del debitore agli obblighi assunti con il concordato, la cui esatta individuazione, però, risultava più complicata rispetto alla prima ipotesi esaminata. L'art. 186, secondo comma, 1 .fall., infatti, escludeva che si fosse potuto procedere alla risoluzione se *“nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore al quaranta per cento”*.

La norma aveva un contenuto abbastanza oscuro, che era stato vivacemente dibattuto sia in giurisprudenza che in dottrina con l'individuazione di soluzioni spesso contrastanti che presupponevano, evidentemente, una diversa ricostruzione degli obblighi gravanti sul debitore.

Si discuteva in particolare se l'art. 186, secondo comma, 1. fall. facesse riferimento ai soli creditori chirografari o anche a quelli privilegiati.

¹⁸⁶ Si veda in giurisprudenza, Corte di Cassazione, 18/7/1979, n. 4169, in Giurisprudenza Commerciale, 1980, II, pag. 162 dove si chiarì che il procedimento di risoluzione fosse diretto ad accertare l'inadempimento del debitore non come fatto causativo della sua responsabilità ma, appunto, quale mancato avveramento delle condizioni del concordato.

¹⁸⁷ Si veda R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. III, Milano, 1974, pag. 1939.

¹⁸⁸ Si veda A. Bonsignori, cit., pag. 508, il quale sottolineava come tale conseguenza discendesse da una caratteristica propria della sentenza di omologazione *“che ha contenuto necessario nel senso che si può, mediante essa, solo omologare le clausole del concordato o respingerle, senza poterle modificare, neppure allo scopo di concedere ulteriori dilazioni”*. Orbene, osservava l'autore, se tale limitazione operava già in sede di omologazione, a maggior ragione avrebbe dovuto ritenersi operante in sede di risoluzione; si veda anche C. Sapienza, cit., pag. 198 ss.

Un primo orientamento, sostenuto da taluni autori e da parte della giurisprudenza, propendeva per la prima soluzione, sottolineando in particolare il riferimento contenuto nella norma alla percentuale del 40 %¹⁸⁹.

Secondo tale impostazione i creditori privilegiati rimanevano, per così dire, estranei alla procedura proprio perché dovevano essere soddisfatti per intero. La norma, prendendo in considerazione il mancato realizzo della percentuale garantita, intendeva far riferimento solo a quella categoria di creditori per i quali fosse previsto un pagamento in percentuale, ovvero i creditori chirografari. Se ne era tratta la conseguenza che il concordato preventivo per cessione dei beni potesse essere risolto solo quando non si fossero ricavati dalla liquidazione i mezzi necessari per il pagamento dei creditori privilegiati per i quali, appunto, la norma in esame non consentiva alcuna deroga confermando che il pagamento dovesse avvenire per intero. La conseguenza principale di tale ricostruzione della portata della norma era che l'obbligo che incombeva sul debitore concordatario fosse esclusivamente quello del pagamento per intero dei creditori privilegiati.

La tesi, autorevolmente sostenuta, non era prevalsa nella più recente giurisprudenza che, a partire da una lontana pronuncia della Suprema Corte¹⁹⁰, aveva ritenuto invece che il pagamento dei soli creditori privilegiati non costituisse elemento sufficiente ad evitare la risoluzione del concordato occorrendo, a questo scopo, che una percentuale, seppur minima, fosse corrisposta ai creditori chirografari¹⁹¹.

Tale diversa opinione, poi definitivamente prevalsa, fondava il suo convincimento sull'argomento che l'art. 186, secondo comma, l. fall., prevedendo l'ipotesi della liquidazione dei beni che non realizzasse i mezzi sufficienti al pagamento della percentuale del 40%, postulava la certezza dell'intero soddisfacimento dei creditori privilegiati e poneva la necessità che nella liquidazione si fosse ricavato comunque una percentuale per la soddisfazione dei creditori chirografari, sia pure insufficiente a garantire il pagamento del 40 % del loro credito.

¹⁸⁹ La tesi aveva avuto un consistente riconoscimento nella giurisprudenza meno recente e in dottrina. Si consulti in particolare Corte di Appello di Milano, 10/5/1963, in *Diritto Fallimentare*, 1963, II, pag. 366. In dottrina A. Bonsignori, cit., pag. 531.

¹⁹⁰ Corte di Cassazione, 5/6/1967, n. 1223, in *Diritto Fallimentare*, 1967, II, pag. 848.

¹⁹¹ Oltre alla prima decisione citata dalla nota precedente, si veda, tra numerose pronunce giurisprudenziali, Corte di Cassazione, 21/1/1993, n. 709, in *Diritto Fallimentare*, 1993, II, pag. 920.

Ebbene si era osservato che il nulla non avrebbe potuto costituire una percentuale e che, quindi, avrebbe dovuto ritenersi operante, anche nel caso in cui i chirografari non avessero ottenuto nulla dalla liquidazione dei beni del debitore, l'esenzione dal rimedio risolutorio prevista dal secondo comma dell'art. 186 l. fall.¹⁹²

Si era, pertanto, rilevato che la *ratio* ispiratrice del concordato preventivo fosse quella di tentare il salvataggio dell'impresa con parziale sacrificio dei suoi creditori. Se, però, in concreto il sacrificio di questi fosse risultato totale e non vi fosse stato più spazio per una ripresa dell'impresa, sarebbe allora venuta meno ogni ragione d'essere della procedura e si sarebbe dovuto lasciare spazio al fallimento anche allo scopo di provvedere all'esercizio delle azioni revocatorie.

Se la portata del secondo comma dell'art. 186 l. fall. aveva generato contrasti in dottrina e in giurisprudenza, non altrettanto poteva dirsi per l'ipotesi in cui il debitore non avesse consegnato i beni al liquidatore per la conseguente vendita. In questo caso era del tutto pacifica l'esistenza di una causa di risoluzione anche per coloro che non ritenevano rilevante, a questi fini, il pagamento dei creditori.

Nel caso in cui si fossero verificate le ipotesi di inadempimento sopra illustrate, sarebbe scattata la procedura prevista dall'art. 137 l. fall, richiamato dall'art. 186 l. fall., per la pronuncia della risoluzione del concordato e la conseguente (oltre che contestuale) dichiarazione di fallimento (art. 186, terzo comma, l. fall.) il quale viene dichiarato per la prima volta, a differenza dell'ipotesi di concordato fallimentare, nel quale, invece, l'art. 137, secondo comma, l. fall., precisava (e precisa tuttora) che "*il Tribunale riapre la procedura di fallimento*"¹⁹³.

La norma si limitava a prevedere che, verificatasi una ipotesi di inadempimento, il commissario giudiziale avrebbe dovuto riferirne al tribunale, il quale però poteva

¹⁹² In dottrina si veda G. Lo Cascio, *Il Concordato preventivo*, terza edizione, cit., pag. 510 ss., il quale, peraltro, sottolineava che la percentuale che in concreto veniva pagata ai chirografari doveva essere tale da rendere "*apprezzabile.. il diritto del creditore al mantenimento del concordato in modo tale che il procedimento possa adempiere alla sua naturale funzione remissoria, ma comunque soddisfattiva delle obbligazioni concorsuali*". L'autore ne traeva la conseguenza che il significato della norma non potesse essere tanto dilatato da portare a ritenere esenti dalla risoluzione casi in cui la liquidazione dei beni avesse consentito una distribuzione di una percentuale che si fosse discostata sensibilmente dal 40 %.

¹⁹³ Nonostante il richiamo dell'art. 137, contenuto nell'art. 186, fosse integrale e senza riserve, la precisazione contenuta nell'art. 186, terzo comma, l. fall, portava, senza tema di smentita, ad escludere l'applicazione dell'art. 137, secondo comma l. fall. nell'ipotesi di risoluzione del concordato preventivo.

essere investito della questione anche dal giudice delegato, o su ricorso dei creditori, privilegiati e chirografari, ovvero procedere anche d'ufficio.

Concordemente si riteneva che in caso di risoluzione del concordato preventivo e conseguente dichiarazione di fallimento, il tribunale non dovesse nuovamente procedere all'accertamento della qualità di imprenditore commerciale del debitore e del suo stato di insolvenza, dovendo solo accertare se le garanzie promesse non fossero state costituite o se fossero rimasti inadempiti gli obblighi derivanti dal concordato.

La declaratoria di fallimento era altresì automatica e contestuale nel caso in cui il concordato preventivo fosse stato annullato.

L'istituto dell'annullamento era preordinato (e lo è tuttora) ad invalidare il concordato quando, successivamente all'omologazione, fossero emersi comportamenti dolosi del debitore idonei a rappresentare falsamente la convenienza della proposta ed a viziare il consenso dei creditori.

Anche per l'ipotesi dell'annullamento del concordato, l'art. 186 l. fall. si limitava a richiamare l'art. 138 l. fall., relativo all'annullamento del concordato fallimentare. In base a quest'ultima norma l'azione di annullamento era esperibile laddove fosse stato dolosamente esagerato il passivo o sottratta o dissimulata parte dell'attivo.

Le ipotesi in cui era possibile procedere all'annullamento del concordato erano tassative. La conclusione era imposta da un inciso contenuto sempre nell'art. 138, primo comma, l. fall. (mantenuto anche nella nuova formulazione) secondo il quale *“nessun'altra azione di nullità è ammessa”*; nessuna altra ipotesi fraudolenta, diversa da quelle sopra illustrate, poteva quindi condurre all'annullamento del concordato, neanche il *“mercato di voto”*¹⁹⁴.

Come accennato, il decreto correttivo della riforma ha provveduto a modificare in maniera sensibile il testo dell'art. 186 l. fall, armonizzandolo con i nuovi principi e risolvendo dubbi interpretativi ed applicativi che erano sorti dopo la riforma del 2005¹⁹⁵, rispetto ad un testo che, richiamando l'art. 137 l. fall., ed essendo ancorato

¹⁹⁴ Si veda G. Lo Cascio, op. ult. cit., pag. 522.

¹⁹⁵ Per una dettagliata analisi delle problematiche relative all'interpretazione dell'art. 186 l. fall. prima dell'intervento del decreto correttivo si veda A. C. Marollo, *La risoluzione del concordato preventivo e la successiva dichiarazione di fallimento nella riforma della legge fallimentare: vige ancora la c.d. consecuzione delle procedure?*, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 444 ss.

ad una impostazione pubblicistica, prevedeva, come si è visto, la legittimazione del commissario a chiedere la risoluzione, nonché la possibilità che quest'ultima venisse dichiarata anche d'ufficio dal tribunale, con una sentenza che implicava un'automatica e contestuale dichiarazione di fallimento del debitore concordatario.

Il nuovo articolo 186, ad eccezione dell'ultimo comma, è dedicato interamente all'ipotesi della risoluzione.

Ai sensi dell'art. 186, comma primo, l. fall. "*Ciascuno dei creditori può chiedere la risoluzione del concordato per inadempimento*"; con la modifica recata dal d.lgs. n. 169/2007, quindi, è venuta meno, da un lato, la legittimazione in capo agli organi della procedura a richiedere la risoluzione del concordato, e, dall'altro, il potere del tribunale di dichiarare la risoluzione d'ufficio.

A seguito della nuova normativa, dunque, la risoluzione del concordato preventivo non può essere chiesta né dal debitore, né dal tribunale d'ufficio, né dal commissario giudiziale, e neppure dal giudice delegato; ne sono invece legittimati soltanto i creditori, sia privilegiati sia chirografari, anche se rimasti estranei alla procedura¹⁹⁶.

Nel nuovo sistema l'inadempimento viene dunque visto come un evento rilevante esclusivamente all'interno del rapporto debitore-creditori, denunziabile conseguentemente soltanto da questi ultimi.

A differenza di quanto stabilito in tema di concordato fallimentare, il nuovo art. 186, comma 2, precisa che "*Il concordato non si può risolvere se l'inadempimento ha scarsa importanza*"; la norma, che richiama implicitamente il disposto dell'art. 1455 c. c. sull'importanza dell'inadempimento, si giustifica con la volontà di assicurare una maggiore tenuta dell'accordo concordatario, evitando quindi che lo stesso possa essere risolto in presenza di violazioni del piano di scarsa rilevanza.

Ne consegue dunque che il tribunale, in presenza di una richiesta di risoluzione, non potrà limitarsi ad accertare la sussistenza dell'inadempimento, dovendosi altresì valutare l'importanza.

¹⁹⁶ In tal senso si esprime G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, settima edizione, cit., pag. 846.

Ritiene invece esclusi i creditori rimasti estranei alla procedura G.U. Tedeschi, cit., pag. 764.

L'accentuazione della prospettiva privatistica dell'inadempimento, emergente nella nuova disciplina, non giustifica l'estensione alla risoluzione del concordato del presupposto dell'**imputabilità dell'inadempimento**, dovendosi qui accertare l'inosservanza degli obblighi concordatari non come fatto causativo della responsabilità del debitore, bensì quale mancato avveramento delle condizioni previste nel concordato ¹⁹⁷.

Il legislatore ha provveduto inoltre a eliminare la disposizione, prevista dal precedente secondo comma dell'art. 186 l. fall., che impediva la risoluzione del concordato mediante cessione dei beni laddove, nella liquidazione dei beni, si fosse ricavata una percentuale inferiore al 40%.

A seguito del processo riformatore, dunque, il concordato preventivo per cessione dei beni può essere fondato sul mero realizzo degli stessi, senza alcun vincolo per l'imprenditore di garantire il pagamento di una percentuale minima ai creditori, sia perché questo limite non è più previsto dalla legge, sia perché tale forma di concordato deve essere inteso come un strumento esclusivo di adempimento degli obblighi assunti con la proposta.

Autorevole dottrina ¹⁹⁸ ha rilevato come oggi *“se si volesse ancorare il risultato della cessione a determinati parametri minimi di soddisfacimento dei creditori, si dovrebbe ricorrere a clausole aggiuntive che, nell'ambito della libera regolamentazione dei rapporti obbligatori, potrebbero essere legittimamente stipulate”*.

Ne consegue che il concordato preventivo per cessione dei beni non possa essere soggetto a risoluzione in dipendenza del risultato negativo della liquidazione ¹⁹⁹.

La norma contenuta nel terzo comma dell'art. 186 limita temporalmente il possibile ricorso al rimedio della risoluzione.

¹⁹⁷ In tali termini si esprime A. Audino, cit., pag. 1110.

¹⁹⁸ G. Lo Cascio, op. ult. cit., pag. 842.

¹⁹⁹ G. Lo Cascio, *ibidem*; l'autore evidenzia come siano venute meno quelle ragioni che prima giustificavano la risoluzione del concordato per cessione dei beni *“dovendo ritenersi che l'istituto non persegue più la finalità minima contemplata dalla trascorsa normativa e che il contenuto della proposta si identifica in una cessione dei beni ai creditori, senza alcuna garanzia minima di percentuale, cosicché la funzione del concordato è assolta adempiendo a questa modalità”*.

Rispetto alla passata disciplina, che prevedeva analoga limitazione (con il rinvio operato dall'art. 186, primo comma all'art. 137), l'ambito temporale utile per la risoluzione viene ampliato, dal momento che la scadenza viene prevista non più per la pronuncia della risoluzione, ma soltanto per la presentazione del ricorso intesa ad ottenerla; vengono con ciò superate le incertezze, sorte sotto il vigore della precedente norma, quanto alla idoneità della domanda di risoluzione ad interrompere il decorso dell'anno²⁰⁰.

Va inoltre rilevato che il *dies a quo* di decorrenza del termine viene ora individuato, non più nella scadenza dell'ultimo pagamento stabilito nel concordato, ma nella scadenza del termine fissato per l'ultimo adempimento, con una modifica lessicale e concettuale opportunamente ritagliata sulle varietà dei contenuti che il concordato può ora assumere, ed in particolare sulla possibile previsione di forme di soddisfacimento del ceto creditorio alternative al pagamento.

Il quarto comma dell'art. 186 mantiene la tradizionale esclusione della possibilità di risolvere il concordato quando gli obblighi derivanti dal concordato siano stati assunti da un terzo, con liberazione immediata del debitore.

Il legislatore ha mantenuto anche la previsione, ora contenuta nell'ultimo comma della norma in esame, in base alla quale “*Si applicano le disposizioni degli art. 137 e 138...intendendosi sostituito al curatore il commissario giudiziale*”; ora, però, gli art. 137 e 138 l. fall., dettati per il concordato fallimentare, possono essere applicati soltanto “*in quanto compatibili*” con la disciplina del concordato preventivo.

Il permanere del rinvio alle due disposizione sopra citate, nelle quali è prevista, come conseguenza della risoluzione e dell'annullamento del concordato fallimentare, la riapertura automatica della procedura di fallimento, ha tuttavia generato delle problematiche in relazione al rapporto intercorrente tra il provvedimento che risolve o annulla il concordato preventivo e la successiva dichiarazione di fallimento.

Il legislatore è stato, infatti, inspiegabilmente laconico riguardo alle conseguenze della pronuncia di risoluzione o di annullamento del concordato preventivo, in particolare in relazione alla problematica della sussistenza (o meno), in capo al tribunale, del potere di dichiarare il fallimento d'ufficio.

²⁰⁰ Per la soluzione negativa, sulla base del chiaro tenore letterale della norma, G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, quinta edizione, op. cit., pag. 703.

Mentre in tutte le altre ipotesi di conversione tra le due procedure, il decreto correttivo ha espressamente statuito che, in tali ipotesi, la declaratoria di fallimento sia subordinata, oltre che all'accertamento dei relativi presupposti, anche ad una previa istanza di uno o più creditori o alla richiesta del pubblico ministero, in sede di risoluzione o annullamento del concordato, invece, il procedimento volto alla successiva dichiarazione di fallimento non è stato disciplinato (eccezion fatta per il richiamo, sopra illustrato, alle disposizioni di cui agli art. 137 e 138).

Va tuttavia evidenziato come l'attuale testo dell'art. 186 l. fall. non contenga più la disposizione, prevista invece dal precedente terzo comma dell'art. 186, in base alla quale "*Con la sentenza che risolve o annulla il concordato il Tribunale dichiara il fallimento*", e, di conseguenza, dovrebbe ritenersi che, grazie a tale modifica, il legislatore abbia chiarito che la declaratoria di fallimento può anche non essere contestuale al provvedimento che risolve o annulli il concordato.

Nonostante quest'ultima disposizione non sia più prevista dall'art. 186, in dottrina si è evidenziato come, a seguito della risoluzione o dell'annullamento del concordato preventivo, il tribunale possa ancora pervenire alla dichiarazione di fallimento d'ufficio, prescindendo dunque da un'istanza proveniente da un terzo ²⁰¹.

Tale tesi si fonda sui seguenti motivi:

- a) l'eliminazione dell'ultimo comma dell'originario art. 186 l. fall. ("*Con la sentenza che risolve o annulla il concordato il tribunale dichiara il fallimento*") null'altro autorizzerebbe a dedurre se non che revoca e dichiarazione di fallimento non dovranno necessariamente coesistere in unico atto;
- b) il mantenimento, nel nuovo testo dell'art. 186, del richiamo agli art. 137 e 138 dimostrerebbe la chiara volontà del legislatore di lasciare al tribunale, in tale ipotesi di conversione, il potere di dichiarare d'ufficio il fallimento;
- c) un'ulteriore conferma deriverebbe dalla mancata riproduzione della disposizione in base alla quale, nelle altre ipotesi di conversione, la

²⁰¹ U. Apice, *L'abolizione del fallimento d'ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento 2008*, pag. 133; l'autore, anche in considerazione di tali ragioni, ritiene che il principio della consecuzione delle procedure concorsuali sia ancora vigente. Sul riflesso del venir meno del fallimento d'ufficio sulla problematica della *consecutio* si veda il prossimo paragrafo.

dichiarazione di fallimento sia subordinata all'azione di un soggetto terzo (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit, tacuit*).

In base a tale impostazione, ai fini della declaratoria di fallimento, non sarebbe neppure richiesto l'accertamento dello stato di insolvenza del debitore, in quanto sarebbe assolutamente incontestabile che i fatti che generano la risoluzione o l'annullamento del concordato siano “*rilevatori di una macroscopica insolvenza*”²⁰². Si è infatti evidenziato come il legislatore statuisca che il concordato preventivo non possa risolversi per un inadempimento di scarsa importanza; quanto all'annullamento, poi, è pacifico che le relative condotte (precisamente di esagerazione del passivo, di sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo) debbano essere rilevanti.

L'accoglimento di tale impostazione comporterebbe dunque che, laddove fossero accertati gravi inadempimenti nell'esecuzione del concordato, oppure fossero scoperte delle dolose macchinazioni, il tribunale dovrebbe dichiarare il fallimento contestualmente al provvedimento di risoluzione o di annullamento del concordato, senza bisogno di attendere un'istanza del creditore o una richiesta del p. m. e senza dover effettuare un accertamento, ritenuto del tutto inutile²⁰³, circa la sussistenza dello stato di insolvenza.

In tale ipotesi di conversione tra le due procedure, quindi, il debitore non potrebbe in alcun modo tornare momentaneamente *in bonis*, in attesa dell'apertura di un successivo (ed eventuale) procedimento prefallimentare; il fallimento sarebbe, di conseguenza, sempre consecutivo al concordato preventivo, dichiarato risolto od annullato.

Nonostante l'orientamento in esame riconosca che tale contestualità potrebbe non esservi nelle altre ipotesi di conversione, è indubbio che verrebbero così drasticamente ridotte le possibilità in cui la declaratoria di fallimento possa non essere più consecutiva alla chiusura anticipata del concordato preventivo.

²⁰² U. Apice, *ibidem*.

²⁰³ Si osserva che tale inutile duplicato (sentenza dichiarativa di fallimento), sopraggiungendo dopo un infinito lasso di tempo, avrebbe il solo risultato di “*far scappare i buoi dalla stalla*”, U. Apice, cit., pag. 134.

Va, tuttavia, evidenziato come la dottrina e la giurisprudenza prevalenti non concordino con l'impostazione sopra illustrata rilevando al contrario come il richiamo, operato dall'art. 186 l. fall., agli art. 137 e 138 l. fall., **nei limiti della compatibilità**, comporti che il fallimento non possa essere dichiarato se non su istanza di un creditore o su richiesta del p. m. e dopo che sia stata accertata l'effettiva sussistenza dello stato di insolvenza²⁰⁴.

Quest'ultimo orientamento sembra essere preferibile e maggiormente conforme ai principi ispiratori della riforma, nonostante permangano delle perplessità riguardo al *modus operandi* adottato dal legislatore nella stesura del nuovo testo dell'art. 186: è opportuno infatti precisare come il richiamo operato agli art. 137 e 138 l. fall. sia del tutto improprio (almeno per quanto riguarda il procedimento volto alla dichiarazione di fallimento del debitore).

Nella trattazione del testo originario dell'art. 186, ho infatti avuto modo di precisare come il richiamo agli articoli 137 e 138 l. fall. riguardasse esclusivamente l'individuazione delle fattispecie proprie della risoluzione e dell'annullamento nonché il relativo procedimento; tale richiamo non concerneva invece le conseguenze di tali provvedimenti, delle quali se ne occupava direttamente l'art. 186, terzo comma l. fall., statuendo, come si è visto, che *“Con la sentenza che risolve o annulla il concordato il Tribunale dichiara il fallimento”*.

Il fallimento in questo caso veniva dichiarato per la prima volta, a differenza dell'ipotesi di risoluzione o di annullamento del concordato fallimentare, nel quale, invece, gli art. 137, secondo comma, e 138, secondo comma, correttamente prevedevano che, in tali casi, il tribunale **riaprisse** la procedura di fallimento.

Tali disposizioni non erano senza alcun dubbio applicabili in sede di risoluzione o di annullamento del concordato preventivo, nonostante il richiamo agli art. 137 e 138, contenuto nell'art. 186, fosse integrale.

Il nuovo testo dell'art. 186 l. fall., a differenza del precedente, non regola più direttamente il procedimento volto alla successiva dichiarazione di fallimento, ma al

²⁰⁴ Si veda D. Vattermolli, cit., pag. 376; S. Ambrosini, op. ult. cit., pag. 155; F. S. Filocamo, op. ult. cit., pag. 387; in giurisprudenza, Tribunale di Venezia, 2/10/2008, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 742.

Contra, nel senso del perdurante automatismo della dichiarazione di fallimento a seguito della risoluzione o dell'annullamento del concordato preventivo, P. Pajardi, A. Paluchowsky, cit., pag. 893

contrario ne rimanda l'individuazione alle relative norme del concordato fallimentare purché però esse siano **compatibili** con la disciplina del concordato preventivo; non è difficile constatare come le disposizioni previste dagli attuali articoli 137, comma 4, e 138, comma 2, le quali prevedono una riapertura automatica della procedura fallimentare, vadano applicate con due necessari accorgimenti.

Il primo di essi concerne la terminologia utilizzata dalle predette norme: la declaratoria di fallimento, successiva alla risoluzione o all'annullamento del concordato preventivo, non può "riaprire" una procedura mai nata, ma determina semplicemente una "apertura" della procedura fallimentare.

Il secondo correttivo da porre in essere riguarda invece la contestualità della declaratoria di fallimento con il provvedimento di risoluzione o di annullamento del concordato preventivo: essa ora è possibile solamente in presenza di un'apposita istanza del creditore o richiesta del p. m.

Non è pertanto condivisibile l'orientamento che ritiene ancora perdurante il necessario automatismo della dichiarazione di fallimento in caso di risoluzione o annullamento del concordato.

Tale necessario automatismo è definitivamente venuto meno a seguito della mancata riproduzione del precedente terzo comma dell'art. 186 nella formulazione attuale della norma; l'eliminazione di tale disposizione, infatti, non determina soltanto che revoca e dichiarazione di fallimento non debbano più necessariamente coesistere in un unico atto, ma anche che la stessa dichiarazione di fallimento non sia più necessariamente automatica.

A tale proposito è opportuno precisare che già prima dell'intervento chiarificatore del decreto correttivo, la dottrina più attenta²⁰⁵ aveva correttamente rilevato come il terzo comma del 'vecchio' art. 186 avrebbe dovuto essere considerato implicitamente abrogato, per cui il tribunale avrebbe dovuto dichiarare, in mancanza dell'istanza di fallimento, solo la risoluzione, posto che l'eliminazione della dichiarazione d'ufficio

²⁰⁵ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, sesta edizione, Milano, 2007, pag. 844.

In giurisprudenza, si veda il Tribunale di Sulmona, 14/11/2006, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 110.

Contra P. F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, pag. 415 e 462.

di fallimento (art. 6 d. lgs. n. 5/2006) si sarebbe “propagato” anche nel procedimento di concordato preventivo²⁰⁶.

Il fatto che il decreto correttivo abbia definitivamente eliminato tale disposizione, costituisce una chiara conferma della correttezza di quest’ultimo orientamento.

In conclusione, si può affermare che, coerentemente con l’abrogazione, in via generale, della dichiarazione di fallimento d’ufficio (art. 6 l. fall.), il nuovo testo dell’art. 186 non prevede più la dichiarazione come effetto automatico della risoluzione (o dell’annullamento) del concordato preventivo; l’applicabilità delle disposizioni di cui agli art. 137, comma 4, e 138, comma 2, in quanto compatibili, comporta che il fallimento non possa essere dichiarato se non su istanza di un creditore o su richiesta del p. m. e dopo che sia stata accertata l’effettiva sussistenza dello stato di insolvenza.

Quest’ultimo accertamento, va riconosciuto, il più delle volte costituirà un atto puramente formale: è in effetti difficile da contestare che, in particolare per quanto riguarda le fattispecie che possono portare alla risoluzione, un inadempimento non di scarsa importanza di un imprenditore, il cui stato di crisi sia stato definitivamente accertato in sede di omologazione del concordato, non possa che evidenziare un’incapacità **attuale** ad adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni e quindi un insolvenza già in atto.

L’istanza di fallimento può essere contenuta nello stesso ricorso per la risoluzione presentato dal creditore²⁰⁷, mentre la richiesta del pubblico ministero potrà derivare dalla manifestazione dell’insolvenza nelle ipotesi previste dall’art. 7, n. 1).

In difetto di iniziativa di parte, il tribunale dovrà limitarsi ad emettere il provvedimento di accoglimento o di rigetto dell’istanza. Se, però, nel corso del procedimento di risoluzione o di annullamento il tribunale abbia rilevato lo stato di insolvenza del debitore ed abbia inoltrato al p. m. la segnalazione di cui all’art. 7 n. 2)²⁰⁸, il fallimento potrà essere dichiarato su richiesta di quest’ultimo.

²⁰⁶ Di contrario avviso una parte della giurisprudenza antecedente al decreto correttivo. Ad esempio, il Tribunale di Biella, 15/11/2006, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 441 ss., aveva ritenuto applicabile l’ultimo comma dell’art. 186 e aveva di conseguenza dichiarato automaticamente il fallimento del debitore.

²⁰⁷ Si veda F.S. Filocamo, op. ult. cit., pag. 387 ss.

²⁰⁸ Si veda il Tribunale di Venezia, 2/10/2008, cit.

Ove sia stata richiesta la dichiarazione di fallimento, il procedimento disciplinato dall'art. 15 sarà volto ad accertare sia i presupposti della risoluzione o dell'annullamento, sia la sussistenza dello stato di insolvenza.

Non dovranno essere accertati, invece, la qualità di imprenditore commerciale del debitore, sulla quale il decreto definitivo di omologazione, come si è visto, esercita autorità di cosa giudicata²⁰⁹.

Nulla vieta che il tribunale dichiari il fallimento con la stessa sentenza che risolve o annulla il concordato. È però astrattamente possibile che il tribunale risolva od annulli il concordato rigettando l'istanza di fallimento, qualora difetti uno stato di insolvenza²¹⁰.

Al fine di concludere la trattazione dell'art. 186 l. fall., rimane da evidenziare come venga disciplinato l'annullamento del concordato preventivo.

Si è detto che l'art. 186 si occupa dell'azione di annullamento solamente nell'ultimo comma rinviando alla disciplina dettata dall'art. 138 per il concordato fallimentare.

L'art. 138, pur riscritto dal legislatore nel decreto correttivo n. 169/2007, è rimasto nella sostanza inalterato rispetto alla precedente stesura: le uniche novità sono costituite dal riferimento all'ultimo adempimento, e non più all'ultimo pagamento, quale termine di decorrenza del periodo utile per la presentazione dell'istanza, e dalla precisazione che la sentenza che a seguito di annullamento riapre il fallimento è reclamabile ai sensi dell'art. 18 l. fall.

Le cause di annullamento restano dunque le due di sempre, tassativamente indicate nella dolosa esagerazione del passivo e nella sottrazione o dissimulazione di una parte rilevante dell'attivo.

Come si è visto trattando la precedente disciplina, dalla tassatività dell'indicazione discende che restano privi di sanzione altri comportamenti, come ad esempio il mercato di voto.

I detti comportamenti, necessariamente dolosi, sono considerati dal legislatore indicativi dell'intenzione del debitore di ingannare il ceto creditorio quanto al requisito della convenienza della proposta.

²⁰⁹ Si veda P. Pajardi, A. Paluchowsky, cit., pag. 893.

²¹⁰ Ho già avuto modo di precisare come tale ipotesi sia di difficile applicazione. Sul tema si veda la dettagliata analisi di F. S. Filocamo, *ibidem*.

Nella trascorsa disciplina si era ritenuto che le difformità determinate dall'azione dolosa del debitore avessero dovuto essere **rilevanti** ai fini dell'annullamento del concordato.

Doveva cioè verificarsi se le esagerazioni del passivo o le sottrazioni o dissimulazioni dell'attivo fossero state di entità tale da influenzare la formazione della volontà dei creditori nella valutazione della convenienza del concordato o nella formazione delle maggioranze ²¹¹.

È pacifico che tale impostazione permanga anche nella nuova disciplina ²¹².

²¹¹ Si veda A. Bonsignori, cit., pag. 529.

²¹² Si veda G. Fauceglia, *La risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2006, pag. 1107.

3. Prime riflessioni sulla problematica della consecuzione delle procedure concorsuali

Alla luce dell'analisi, appena svolta, circa i profili processuali del passaggio dal concordato preventivo al fallimento, si può definitivamente affermare che, all'esito infausto del concordato preventivo, la declaratoria di fallimento costituisce ora soltanto un **possibile esito ulteriore**; in assenza infatti delle relative istanze e/o in mancanza dei presupposti di natura soggettiva e/o oggettiva richiesti per la dichiarazione di fallimento, il tribunale è tenuto semplicemente a chiudere la procedura di concordato preventivo, oppure a revocarla od ad annullarla, senza poter dichiarare il fallimento del debitore, il quale tornerà di conseguenza *in bonis*.

Qualora poi, dopo un indefinito lasso di tempo, intervenisse la declaratoria di fallimento, sarebbe davvero arduo configurare la successione delle due procedure concorsuali come un procedimento unitario (e, conseguentemente, ritenere applicabile l'istituto della consecuzione delle procedure), in quanto, in tal caso, il fallimento non sarebbe affatto consecutivo al concordato preventivo.

È opportuno rammentare, infatti, che nella vigenza della precedente disciplina uno dei pilastri della teoria della consecuzione delle procedure concorsuali era costituito dalla circostanza in base alla quale la conversione tra le procedure (non solo tra il concordato preventivo e il fallimento, ma anche, come visto, tra amministrazione controllata e il fallimento) fosse automatica e, di conseguenza, avvenisse “*senza soluzione di continuità*”²¹³.

Nel caso in esame, invece, a carico dell'imprenditore si verificherebbe sì una serie di procedure concorsuali, ma non sarebbe realizzato un unico procedimento, in quanto quest'ultimo non verrebbe in essere senza soluzione di continuità, ma sarebbe al contrario **interrotto** per un periodo di tempo, il quale potrebbe anche essere consistente, durante il quale l'imprenditore può disporre pienamente dei propri beni,

²¹³ Si veda la pronuncia, citata più volte, della Corte di Cassazione, 30 maggio, 1994, n. 5284, in *Il Fallimento*, 1995, pag. 138

senza subire, dunque, alcun controllo da parte degli organi della procedura e senza dover adempiere alle disposizioni concordatarie ²¹⁴.

È opportuno evidenziare che, qualora si considerassero le due procedure come parti di un unico procedimento, e si ritenesse di conseguenza applicabile l'istituto della consecuzione delle procedure, verrebbero esclusi da revocatoria quegli atti compiuti dal debitore nello spazio temporale tra la chiusura della procedura di concordato e l'apertura del fallimento.

Nella vigenza della precedente disciplina, si riteneva, infatti, che, sulla base del principio dell'unitarietà delle procedure, potessero essere revocati soltanto gli atti compiuti **prima** dell'ammissione del debitore al concordato preventivo (data a partire dalla quale veniva retrodatato il termine del decorso dell'azione revocatoria).

Gli atti compiuti dal debitore successivamente all'ammissione al concordato preventivo erano di conseguenza esclusi da revocatoria fallimentare, purché però questi fossero eseguiti nel rispetto delle prescrizioni di cui all'art. 167 l. fall. ²¹⁵

Ora, nel caso in esame, il debitore, a seguito della chiusura del concordato preventivo, non è tenuto a rispettare alcuna direttiva imposta dagli organi della procedura, e, di conseguenza, se si ammettesse la retrodatazione del periodo sospetto alla data dell'ammissione al concordato preventivo, tali atti sarebbero altresì esclusi da revocatoria ²¹⁶.

²¹⁴ In dottrina si è tuttavia sostenuto come la *ratio* della teoria della *consecutio* non avesse come presupposto la continuità temporale tra le due procedure, ma, al contrario, quella causale (G. B. Nardecchia, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2008, pag. 1249). A tal fine è stata richiamata una pronuncia della Cassazione (26/6/1992, n. 8013, in *Il Fallimento*, 1992, pag. 1027) secondo la quale la consecuzione dei procedimenti non sarebbe esclusa “*dal mero fraporsi di un intervallo di tempo tra due procedure prese in considerazione, quando la seconda sia espressione della medesima crisi economica che abbia determinato la prima*”.

Anche qualora si adottasse quest'ultima impostazione, la teoria della *consecutio* non sarebbe tuttavia più ammissibile, in quanto la Suprema Corte, nella pronuncia in esame, richiede, per la configurabilità della predetta *consecutio*, la **necessaria continuità** dei presupposti (tra cui ovviamente l'insolvenza) tra i vari procedimenti (la Corte sul punto è chiarissima; si veda, in *Il Fallimento*, 1992, pag. 1029). Ora, a seguito della riforma, i presupposti oggettivi delle due procedure non sono più necessariamente coincidenti, con inevitabili ripercussioni sulla problematica in esame.

²¹⁵ Si era peraltro sostenuto che neppure gli atti non autorizzati fossero revocabili, in quanto colpiti dall'inefficacia originaria ex art. 167 comma 2: si veda la Corte di Appello di Roma, 1/6/1998, in *Il Fallimento* 1998, pag. 1190.

²¹⁶ Si veda sul punto la già citata pronuncia della Cassazione (26/6/1992) in *Il Fallimento*, 1992, pag. 1028.

Tale impostazione, tuttavia, non convince, in quanto, in tal modo, la tutela dei creditori nei confronti degli atti compiuti dal debitore tra la chiusura anticipata del concordato preventivo e la successiva dichiarazione di fallimento ²¹⁷ verrebbe ad essere irrimediabilmente elusa.

Alla luce di queste prime considerazioni, quindi, l'istituto della *consecutio* non sarebbe più configurabile nelle ipotesi in cui la declaratoria di fallimento non sia contestuale al provvedimento che pone anticipatamente termine al concordato (oppure che lo revoca o lo annulla).

La correttezza di tale impostazione è confermata dalla circostanza in base alla quale lo iato temporale tra le due procedure sia del tutto indeterminato, con la conseguente concreta possibilità che il successivo fallimento possa essere dichiarato a causa di un dissesto diverso e distinto da quello che aveva portato l'imprenditore ad essere ammesso alla procedura di concordato preventivo.

Si consideri, ad esempio, l'ipotesi in cui il fallimento sia determinato da fattori esterni imprevedibili ed imprevedibili, e non quindi dalla naturale evoluzione negativa della crisi che aveva portato all'apertura della prima procedura.

Come sarebbe possibile, in tal caso, configurare i due procedimenti come una "sostanziale realizzazione di un'unica procedura concorsuale" ²¹⁸ se la stessa crisi che le ha generate è dovuta a fattori del tutto diversi?

È innegabile che in quest'ultimo caso non sarebbe possibile configurare l'istituto della *consecutio* e, quindi, retrodatare determinati effetti propri del fallimento (in particolare il decorso del termine per l'esercizio dell'azione revocatoria) a partire dall'ammissione del debitore al precedente concordato preventivo: sul punto la dottrina è unanime ²¹⁹.

Un autore ²²⁰ ha però precisato che, al di fuori di tale ipotesi residuale ²²¹, l'istituto della consecuzione delle procedure concorsuali sarebbe certamente ancora applicabile, anche in presenza di uno iato temporale tra le due procedure.

²¹⁷ I quali potrebbero essere diretti a frodare le ragioni creditorie.

²¹⁸ Corte di Cassazione, 30/5/1994, n. 5284, cit.

²¹⁹ Concordano infatti anche coloro che ritengono in tutti gli altri casi configurabile la teoria della consecuzione delle procedure concorsuali; si veda in particolare G. B. Nardecchia, cit., pag. 1245.

²²⁰ G. B. Nardecchia, cit., pag. 1249.

A tal fine però, osserva l'autore, è necessario che il tribunale verifichi che il fallimento sia dichiarato in base all'accertamento dell'evoluzione negativa di quella medesima crisi economica (sia pur di diversa gradazione) che aveva portato all'ammissione del decreto *ex art. 163 l. fall.*

Secondo tale impostazione sarebbe, poi, possibile presumere l'esistenza di tale rapporto identitario (e quindi il fatto che la dichiarazione di fallimento sia casualmente e direttamente ricollegabile a quella stessa crisi economica, sia pur di diversa gradazione, la cui esistenza è stata accertata in sede di ammissione al concordato), dal breve lasso di tempo eventualmente intercorso tra la cessazione della procedura e la dichiarazione di fallimento ²²².

Avverso tale tesi, finalizzata a consentire, anche in caso di fallimento dichiarato non contestualmente al provvedimento che pone termine al concordato preventivo, l'applicazione del principio della consecuzione delle procedure e, quindi, la retrodatazione del periodo sospetto, si deve obiettare che la richiesta attività valutativa da parte del tribunale non sia prevista dalla nuova disciplina del concordato preventivo ²²³.

Il decreto correttivo si è limitato, infatti, a precisare che, all'esito infausto del concordato preventivo, la dichiarazione di fallimento del debitore non sia più necessariamente automatica, essendo perciò possibile che questa sia dichiarata in un momento successivo alla chiusura della precedente procedura.

Orbene, in quest'ultimo caso, non vi è alcuna disposizione che richieda al tribunale un controllo più incisivo di quello normalmente previsto in sede di dichiarazione di fallimento, nella quale, come noto, è demandato al tribunale l'accertamento circa la sussistenza dei presupposti di cui agli art. 1 e 5 l. fall.

²²¹ Nella quale, come detto, il dissesto che ha portato al fallimento del debitore non dipende dalla medesima crisi che aveva portato all'ammissione del concordato preventivo.

²²² G. B. Nardecchia, *ibidem*, il quale rileva come il fattore tempo operi, quindi, sul piano probatorio, "quale indizio sul quale desumere, *ex art. 2727 c.c., l'esistenza dell'identità della crisi*".

Rimarrebbe ferma tuttavia la possibilità del terzo convenuto in revocatoria di eccepire l'interruzione di questo collegamento causale.

²²³ Si veda P. Catalozzi, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*, in *Il Fallimento*, 2008, pag. 442.

Ne consegue, pertanto, che, anche nel caso in esame, il tribunale sia tenuto a verificare, da un lato, che il debitore sia soggetto al fallimento e, dall'altro, che questi sia insolvente; non saranno invece rilevanti le ragioni del dissesto dell'impresa e, di conseguenza, il tribunale non dovrà verificare se il fallimento sia stato o meno dichiarato in base all'accertamento dell'evoluzione negativa di quella crisi che aveva comportato l'ammissione alla precedente procedura.

A tale riguardo, non sarebbe possibile imputare tale mancata previsione ad una mera dimenticanza del legislatore: se quest'ultimo avesse infatti davvero ritenuto necessario tale accertamento, in particolare, come visto, ai fini della retrodatazione del periodo sospetto, lo avrebbe dovuto prevedere **espressamente**, introducendo in tal modo un'eccezione alla regola generale.

La circostanza che tale specificazione non sia presente nel dettato normativo, induce di conseguenza a ritenere che il legislatore non distingua a seconda che il fallimento sia dichiarato come conseguenza diretta della mancata risoluzione della crisi che aveva portato all'ammissione al precedente concordato preventivo, oppure che questo sia dipendente da cause del tutto diverse.

Ciò che rileva invece è che il fallimento sia dichiarato in un momento successivo alla chiusura anticipata, o alla risoluzione o annullamento, del concordato preventivo; in tal caso le due procedure, e le relative discipline, vanno tenute distinte e non considerate come se fossero parti di un unico procedimento²²⁴.

Una volta effettuate tali precisazioni, è possibile tracciare delle conclusioni relative alla problematica della configurabilità dell'istituto della consecuzione delle procedure nel caso in cui il fallimento del debitore venga dichiarato dopo un indefinito lasso di tempo rispetto alla chiusura anticipata del concordato preventivo.

Nell'ipotesi in esame il principio della *consecutio* non può trovare applicazione per tre ragioni fondamentali:

²²⁴ Questo non comporta, però, che determinati atti compiuti durante la procedura di concordato non possano avere rilievo nel successivo fallimento; come avrà infatti modo di precisare nel prossimo capitolo, la riforma al R. D. 267 /1942 ha provveduto a disciplinare, in modo tassativo, gli effetti della successione delle procedure, ossia: l'esenzione dalla revocatoria degli atti, dei pagamenti, e delle garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo (art. 67, comma 3, lett. E); la prededucibilità dei crediti sorti in occasione o in funzione di quest'ultimo (art. 111, comma 2). Si veda sull'argomento, D. Vattermolli, cit., pag. 377.

- 1) le due procedure concorsuali (concordato preventivo e fallimento) non si susseguono senza soluzione di continuità ma, al contrario, il relativo procedimento (non più unitario) subisce un'interruzione che può essere anche di durata rilevante; ne consegue, pertanto, che, nel caso in esame, viene meno uno dei presupposti fondamentali su cui si fondava la teoria giurisprudenziale della consecuzione delle procedure²²⁵;
- 2) qualora si ritenesse invece il procedimento ancora unitario, verrebbero sottratti da revocatoria gli atti compiuti dal debitore durante lo spazio temporale che intercorre tra la chiusura del concordato e la dichiarazione di fallimento, con conseguente grave pregiudizio dei creditori;
- 3) non si potrebbe escludere che, in ragione di una possibile lunga durata dello iato temporale tra le procedure, il fallimento venga dichiarato a seguito di un dissesto nuovo, non dipendente, dunque, dall'evoluzione di quella crisi che aveva portato all'ammissione del debitore al precedente concordato; dato che è assolutamente incontestabile che la fattispecie in esame non possa in alcun modo configurare un'ipotesi di consecuzione di procedure concorsuali, e dato che un accertamento giudiziale sulle ragioni del dissesto esulerebbe dai poteri del tribunale, se ne deve dedurre che l'istituto della consecuzione delle procedure concorsuali non possa in ogni caso trovare applicazione.

A seguito di tali considerazioni, rimane da precisare se la configurabilità della teoria della consecuzione delle procedure concorsuali sia venuta meno solamente in presenza di uno iato temporale tra le due procedure oppure vada ritenuta esclusa in ogni caso.

A tale riguardo, va evidenziato che la contestualità tra il provvedimento che pone termine al concordato e la dichiarazione di fallimento non è stata negata a priori dal legislatore, ma resa da necessaria a eventuale, subordinata alla presenza di istanze dei creditori o alla richiesta del pubblico ministero²²⁶.

Laddove, quindi, vi sia tale contestualità, è innegabile che in tal caso le due procedure si susseguano senza soluzione di continuità, non trovando, di conseguenza,

²²⁵ Ovvero che la successione delle procedure concorsuali fosse automatica. Si veda in particolare C. Sapienza, cit., pag. 54 ss., De Marco, cit., pag. 292.

²²⁶ Si veda G. B. Nardecchia, cit., pag. 1249.

ostacoli a configurare tale successione all'interno di un più ampio processo unitario volto alla risoluzione della crisi dell'impresa.

È opportuno, tuttavia, rimarcare che la teoria della consecuzione delle procedure concorsuali si fondava non solo su una continuità temporale delle procedure, ma anche sul fatto che i relativi presupposti fossero identici.

Si riteneva di conseguenza che, in presenza di una successione di procedimenti concorsuali ²²⁷, il momento da cui far decorrere determinati effetti del fallimento non fosse quello della relativa dichiarazione ma, al contrario, quello in cui venivano accertati i comuni presupposti.

In base a tale impostazione si riteneva che, qualora il fallimento fosse stato pronunciato in seguito all'infausto esito del concordato preventivo ²²⁸, il presupposto dell'azione revocatoria (che normalmente era la dichiarazione di fallimento) sarebbe stato in tal caso l'accertamento dell'insolvenza del debitore, con conseguente retrodatazione del termine per il relativo esercizio ²²⁹.

L'orientamento in esame era, però, legittimo in quanto l'insolvenza costituiva il presupposto oggettivo sia del concordato preventivo che del fallimento (nonché, seppur "quantitativamente" diverso, dell'amministrazione controllata).

Ora, a seguito della riforma, tale identità di presupposti è venuta meno: il nuovo presupposto oggettivo del concordato preventivo è ora individuato nello stato di crisi, concetto ben più ampio dello stato di insolvenza, in quanto ricomprende, oltre all'insolvenza vera e propria, situazioni in cui l'insolvenza non si è ancora manifestata, ma appare tuttavia come un pericolo **concreto ed imminente**.

Come sarebbe possibile, in tali casi, retroagire determinati effetti propri del fallimento ad un momento in cui l'insolvenza non è ancora in essere, ma rappresenta solamente una (possibile) conseguenza futura?

Nel primo capitolo del presente lavoro ho ricordato come secondo taluni autori, i quali interpretano lo stato di crisi come ricomprensivo soltanto fenomeni di

²²⁷ I cui effetti non erano disciplinati dal legislatore: quest'ultimo si limitava, come si è visto, a stabilire varie ipotesi in cui era possibile o necessario che una procedura si convertisse in altra diversa, senza peraltro nulla dire in ordine agli effetti di tale conversione.

²²⁸ Oppure dell'amministrazione controllata.

²²⁹ Si veda C. Sapienza, cit., pag. 146 ss.

un'insolvenza irreversibile o reversibile, la consecuzione tra le due procedure sarebbe senz'altro configurabile (così come era configurabile in passato tra amministrazione controllata e fallimento), essendo **qualitativamente** omogenei i presupposti ²³⁰.

Nel capitolo in esame ho altresì evidenziato come, però, la nozione di “stato di crisi” sia non solo “quantitativamente” ma anche “qualitativamente” diversa dello “stato di insolvenza”; la nozione di “crisi d'impresa” infatti non ricomprende soltanto situazioni nelle quali il debitore non è più **definitivamente** in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni (“stato di insolvenza”), oppure non lo è più soltanto **momentaneamente** (mera “temporanea difficoltà ad adempiere”), ma comprende anche ipotesi in cui vi sia un mero “rischio di insolvenza”, nelle quali l'insolvenza del debitore non si è ancora manifestata, ma appare, tuttavia, come un pericolo concreto.

Avevo perciò rilevato come non sia possibile fondare la sussistenza della teoria della *consecutio* sulla base di un'identità “qualitativa” dei presupposti delle due procedure, sulla scorta di quanto la giurisprudenza della Cassazione aveva argomentato in relazione alla conversione dell'amministrazione controllata in fallimento ²³¹.

²³⁰ Prima dell'intervento del c.d. “decreto mille proroghe” si veda la pronuncia del Tribunale di Sulmona 6/6/2005, in *Il Fallimento*, 2005, 796. Sul punto si veda anche il Tribunale di Modena 18.10.2005 in *Diritto Fallimentare* 2006, II, 661.

Dopo il successivo intervento chiarificatore del Legislatore si veda il decreto del Tribunale di Roma, 2 febbraio 2006 citato da L. Panzani, *Soggetti e presupposto oggettivo*, cit., 1015.

In dottrina si veda D. Galletti *Commento all'articolo 160, Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio, II, Bologna, 2007, pag. 2275, secondo il quale lo stato di crisi non sarebbe “*troppo lontano dal contenuto semantico del sintagma ‘temporanea difficoltà ad adempiere’*”. Concorda anche P.F. Censoni *Il “nuovo” concordato preventivo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2005, I, 732.

²³¹ Come si è visto, anche l'amministrazione controllata aveva un presupposto “nominalmente” distinto dall'insolvenza, che consisteva nella “temporanea difficoltà ad adempiere”; in quel caso tuttavia il presupposto dell'amministrazione controllata non si differenziava affatto dall'insolvenza (almeno da un punto di vista qualitativo). Un imprenditore che infatti era in difficoltà temporanea nell'adempimento, era “temporaneamente” nell'impossibilità ad adempiere alle proprie obbligazioni, e, quindi, insolvente.

Il richiamo alla disciplina dell'amministrazione controllata è altresì inopportuno in quanto le relative norme processuali prevedevano, all'esito negativo della procedura, l'immediata dichiarazione di fallimento, senza dover quindi accertare la sussistenza dell'insolvenza del debitore.

Si veda, a tale riguardo, la trattazione, maggiormente approfondita, del capitolo 1, paragrafo 3.1 del presente lavoro.

Preso atto dell'impraticabilità di ricostruzioni tendenti ad equiparare lo stato di crisi con lo stato di insolvenza, idonee ad avvalorare la sussistenza del principio in esame, è stato ipotizzato che il tribunale, nell'ammettere il concordato preventivo, dovrebbe valutare anche se lo stato di crisi che legittima il debitore alla proposizione della domanda sia da qualificarsi come stato di insolvenza o meno, provvedendo, eventualmente, al relativo accertamento e alla conseguente dichiarazione²³².

Secondo un'altra impostazione, il tribunale dovrebbe effettuare tale valutazione, secondo una prognosi *ex ante*, in sede di dichiarazione di fallimento²³³.

Laddove, dunque, si riscontrasse, in sede di ammissione al concordato preventivo o in sede di dichiarazione di fallimento, che il debitore fosse già insolvente al momento dell'ammissione alla prima procedura, il principio della *consecutio* sarebbe senz'altro ancora configurabile.

Entrambi gli orientamenti prospettati contrastano tuttavia con il dettato normativo che non richiede affatto la richiesta attività valutativa del tribunale, la quale non appare inoltre rientrare nell'ambito della funzione di controllo del corretto svolgimento della procedura allo stesso demandate²³⁴.

Valgono, quindi, le osservazioni fatte precedentemente, in base alle quali i poteri del tribunale in sede di ammissione al concordato preventivo o di dichiarazione di fallimento non possano che essere quelli previsti dalla legge, non essendo possibile interpretare estensivamente le relative disposizioni; se, infatti, il legislatore avesse davvero voluto, ai fini della retrodatazione di determinati effetti propri del fallimento, che il tribunale, in sede di ammissione al concordato o in sede di

²³² La tesi è prospettata da G. Limitone, *Revocatoria concorsuale*, in *Le Insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, IV, Padova, 2006, pag. 157. Al riguardo si veda anche L. Panzani, *Soggetti e presupposto oggettivo*, cit., pag. 1016 il quale afferma che "l'interprete dovrà verificare se il presupposto di ammissione al concordato preventivo, costituito dallo stato di crisi, integri gli estremi dell'insolvenza".

²³³ Si veda G. B. Nardecchia, *Concordato preventivo*, in *Le insinuazioni al passivo*, op. cit., pag. 50 ss.; G. Bozza, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato*, cit., pag. 959 ss.; si veda anche la pronuncia del Tribunale di Vicenza del 15/2/2007 segnalata da F. S. Filocamo, op. ult. cit., pag. 324, nella quale la sussistenza dello stato di insolvenza è stato accertata, ai fini dell'eventuale consecuzione di procedure, in sede di **omologazione** del concordato preventivo.

²³⁴ Si veda L. Guglielmucci, *Le azioni di ricostruzione del patrimonio*, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 1045 ss.

dichiarazione di fallimento, dovesse accertare la natura della crisi in cui versasse l'impresa, lo avrebbe dovuto indicare **espressamente**.

Tale accertamento non è, invece, mai richiesto dall'attuale dettato normativo, neppure a seguito del decreto correttivo della riforma (il quale, come visto, ha provveduto ad armonizzare la disciplina processuale della conversione delle due procedure con i nuovi principi emersi nelle riforme del 2005 e del 2006).

Ne consegue, dunque, che, in mancanza di tale accertamento, non sia possibile stabilire se l'insolvenza del debitore, accertata nella dichiarazione di fallimento, fosse già in essere al momento dell'apertura della procedura concordataria.

Tali considerazioni non possono che avere un notevole impatto sulla possibilità di retroagire determinati effetti del fallimento al momento dell'ammissione al concordato preventivo e, quindi, sulla problematica della configurabilità, nell'attuale dettato normativo, della teoria della consecuzione delle procedure concorsuali.

In dottrina, si è tuttavia evidenziato come la sussistenza di detta teoria sarebbe comprovata dall'esenzione da revocatoria degli atti posti in essere in esecuzione del concordato preventivo (art. 67 comma 3 lett. E l. fall.)²³⁵, nonché dalla previsione, nell'art. 111 comma 2 l. fall., della prededucibilità dei crediti "*sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*"²³⁶.

Sotto un diverso profilo, è stato poi rilevato che se il legislatore della riforma non avesse ritenuto ancora operanti i principi della consecuzione, il termine di decadenza quinquennale decorrente dal compimento dell'atto, previsto dall'art. 69 *bis* per l'esercizio delle azioni revocatorie, non sarebbe mai applicabile, posto che il massimo periodo sospetto è quello di due anni di cui agli art. 64 e 65 e che la revocatoria deve essere esercitata entro l'ulteriore termine decadenziale di tre anni dalla dichiarazione di fallimento, previsto dalla norma stessa²³⁷.

La fondatezza di tali argomentazioni sarà valutata nel prossimo capitolo, relativo agli effetti sostanziali prodotti dalla dichiarazione di fallimento intervenuta nel corso o all'esito del concordato preventivo.

²³⁵ Si veda C. D'Ambrosio, *Commento all'art. 67, comma 3 lett. d), e), g)*, in *Il Nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fagiani, Bologna, 2006, pag. 996 ss.

²³⁶ U. Apice, cit., pag. 135; G. B. Nardecchia, cit., pag. 1248.

²³⁷ U. Apice, *ibidem*.

CAPITOLO 3:

GLI EFFETTI DEL FALLIMENTO “CONSECUTIVO”

1. Premessa

Nella pregressa disciplina era pacifico che, in presenza di una conversione di due o più procedure concorsuali, taluni effetti propri del fallimento retroagissero a partire dall'inizio della prima procedura concorsuale instaurata.

Tale impostazione era, come noto, ricollegata all'istituto di origine giurisprudenziale della consecuzione delle procedure concorsuali.

Dato che la sopravvivenza della predetta impostazione è ora messa in seria discussione a seguito delle profonde riforme che hanno recentemente investito il R.D. 16 marzo 1942, n. 267, lo studio degli effetti prodotti dalla conversione del concordato preventivo nel fallimento costituisce oggi una delle maggiori problematiche della normativa concorsuale.

Al principio del presente capitolo, ho perciò ritenuto opportuno, da un lato, chiarire preliminarmente quali fossero gli effetti collegati alla teoria della consecuzione delle procedure concorsuali, e, dall'altro, appurare se l'impostazione vigente prima delle riforme sia a tutt'oggi ancora configurabile.

Ho provveduto di conseguenza a tracciare delle prime conclusioni sulla questione centrale circa l'incerta sopravvivenza della teoria della consecuzione dei procedimenti nell'attuale dettato normativo, sulla scorta di quanto già rilevato al termine del precedente capitolo.

A tal fine, è stata data un'attenzione particolare alle disposizioni di cui agli art. 67 terzo comma lett. e), e 111, secondo comma, del R. D. 16 marzo 1942, n. 267, dal cui

studio non è possibile prescindere, data la fondamentale rilevanza di queste due norme all'interno del tema sopra prospettato.

Soltanto dopo tali opportune precisazioni, è stato possibile affrontare dettagliatamente i principali effetti del fallimento "consecutivo", rimarcando sempre in tali sedi le differenze tra la "vecchia" e la nuova disciplina normativa.

Con esclusivo riguardo alla previgente disciplina, ho poi riportato delle disarmonie interpretative che in passato erano state colte dalla dottrina più attenta, evidenziando pertanto i problemi provocati da un istituto, quello appunto della consecuzione dei procedimenti, non disciplinato dal legislatore.

Particolarmente controversa era, poi, l'applicabilità di detto istituto per i creditori personali dei soci illimitatamente responsabili di società che erano state in precedenza ammesse al concordato preventivo; sul punto, come si vedrà, si è recentemente pronunciata la Suprema Corte in controtendenza a quanto era stato statuito in passato dalla stessa Cassazione.

Al termine del capitolo, ho infine affrontato la problematica della possibile conservazione delle garanzie prestate dai terzi per l'adempimento degli obblighi concordatari a seguito della risoluzione o dell'annullamento del concordato, la quale aveva generato in passato dei contrasti in dottrina e in giurisprudenza.

Sebbene tale questione sia oggi indipendente dal fatto che intervenga o meno la dichiarazione di fallimento, è opportuno chiarire, qualora si propenda per la soluzione affermativa, a chi spetti, nell'eventuale fallimento successivo, l'escussione del garante.

2. Gli effetti collegati alla teoria della consecuzione delle procedure

La disciplina antecedente alle riforme del 2005-2007 si era limitata a stabilire varie ipotesi in cui era possibile o necessario che una procedura concorsuale si convertisse in un'altra diversa, senza peraltro nulla dire in ordine agli effetti di tale conversione.

Nel silenzio della legge, in dottrina e in giurisprudenza era opinione assolutamente dominante che la successione del fallimento al concordato preventivo (e, in un momento cronologicamente anteriore, del concordato preventivo all'amministrazione controllata) non comportasse la nascita di una nuova procedura²³⁸.

Si sosteneva in particolare che la consecuzione del fallimento al concordato preventivo non costituisse una semplice successione di procedimenti, ma, al contrario, la realizzazione di un procedimento unitario nell'ambito del quale gli effetti caratterizzanti la procedura che chiudeva la sequenza (il fallimento) venivano estesi alla precedente fase del procedimento (il concordato preventivo)²³⁹.

Dall'impostazione così assunta veniva fatto discendere che:

- i termini per l'esercizio delle azioni revocatorie fallimentari decorressero dalla data del decreto di ammissione al concordato preventivo, non già dalla dichiarazione di fallimento;
- gli atti compiuti dal debitore nel rispetto di quanto stabilito dall'art. 167 l. fall. non potessero essere assoggettati all'azione revocatoria fallimentare;
- la sospensione degli interessi convenzionali e legali prodotta dalla presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo (*ex art. 55, comma 1 richiamato dall'art. 169*) continuasse ad operare nel corso del fallimento successivo;

²³⁸ In dottrina si veda A. Bonsignori, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scajola Branca, Legge fallimentare* a cura di F. Bricola, F. Galgano, G. Santini, Bologna- Roma, 1979; in giurisprudenza si consulti la Corte di Appello di Milano, 5/2/1971, in *Diritto Fallimentare*, 1972, II, pag. 793.

²³⁹ Si consulti C. Sapienza, *Conversione e consecuzione di procedimenti concorsuali*, Milano, 1958, pag. 54 ss; F. De Marco, *La consecuzione dei procedimenti concorsuali*, in *Diritto Fallimentare*, 1953, I, pag. 292.

- il divieto di compensazione tra i crediti anteriori alla proposta ed i debiti successivi permanesse anche nel fallimento dichiarato successivamente.

Oltre agli effetti sopra elencati, l'istituto della consecuzione delle procedure comportava che il fallimento dell'imprenditore cessato o defunto potesse essere dichiarato anche successivamente alla scadenza del termine di cui agli art. 10 e 11, quando facesse seguito alla procedura di concordato preventivo aperta entro il termine stesso.

Riguardo invece alla problematica della prededuzione, nel successivo fallimento, dei crediti sorti nel corso della procedura di concordato preventivo, esistevano opinioni contrastanti: secondo la prevalente giurisprudenza, i crediti contratti nel corso della procedura dal debitore, il quale, salva l'autorizzazione del giudice delegato per gli atti di straordinaria amministrazione, poteva validamente ed efficacemente obbligarsi, non potevano essere soddisfatti in prededuzione, stante la funzione meramente liquidatoria del concordato preventivo, rispetto alla quale rimaneva estranea ed indifferente l'eventuale continuazione dell'esercizio dell'impresa²⁴⁰.

Un'altra parte della giurisprudenza aveva ritenuto pagabili in prededuzione nel fallimento successivo i crediti derivanti da atti compiuti nell'osservanza dell'art. 167 e funzionalmente collegati con la gestione dell'impresa²⁴¹.

Secondo un terzo orientamento, infine, la prededucibilità doveva limitarsi ai crediti che fossero stati utilmente contratti ai fini della gestione del patrimonio²⁴².

Il fatto che, nella pregressa disciplina, la giurisprudenza esitasse a trarre tutte le logiche conseguenze del fenomeno della consecuzione delle procedure concorsuali, comportava che quest'ultimo istituto non trovasse un'applicazione incondizionata, con la conseguenza, quindi, di estendere la disciplina del fallimento soltanto **se e in**

²⁴⁰ Si veda, tra le altre, Corte di Cassazione, 14/7/1997, n. 6352, in *Il Fallimento*, 1998, pag. 177.

²⁴¹ Si veda il Tribunale di Monza, 3/1/1991, in *Il Fallimento*, 1991, pag. 847, che richiedeva la preventiva autorizzazione del tribunale, in virtù di un'interpretazione estensiva dell'art. 90.

²⁴² Si veda la Corte di Appello di Milano, 10/2/1976, in *Diritto Fallimentare*, 1976, II, pag. 478.

Va tuttavia precisato che la prevalente dottrina fosse invece favorevole alla prededucibilità dei crediti sorti tra il decreto di ammissione al concordato preventivo e la sentenza di omologazione: si veda in particolare A. Bonsignori, cit., pag. 314 ss.; G. Alessi, *La prededuzione nel fallimento dei debiti sorti durante il concordato preventivo*, in *Diritto Fallimentare*; 1996, I, pag. 607; U. Apice, *Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 1988, pag. 949 ss.; *contra* S. Satta, *Diritto Fallimentare*, Padova, 1997, pag. 515 ss.

quanto fosse **conciliabile** con quella relativa alle precedenti procedure concorsuali e riguardasse situazioni che, nell'ambito delle stesse, non trovassero espressa e chiara regolamentazione²⁴³.

Sulla scorta di questo principio si era deciso che l'insensibilità del concordato preventivo ai rapporti giuridici preesistenti permanesse anche nel caso di conversione in fallimento, non essendo ammissibile una retrodatazione della disciplina di cui agli art. 72-83 l. fall.²⁴⁴

Le riforme del 2005-2007, se, da un lato, hanno continuato a non disciplinare in via generale gli effetti prodotti dalla consecuzione del fallimento al concordato preventivo, dall'altro, hanno provveduto ad attribuire la prededucibilità ai crediti sorti in occasione o in funzione del concordato preventivo (art. 111 comma 2 l. fall.), nonché l'esenzione dalla revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo (art. 67, comma 3, lett. e, l. fall.).

Si può, quindi, affermare che il legislatore delle riforme abbia **espressamente** statuito che determinati atti ed effetti del concordato preventivo operino anche nel successivo fallimento e abbia posto definitivamente termine alle controversie inerenti alla prededucibilità o meno dei crediti sorti in occasione del concordato preventivo, propendendo per la soluzione affermativa.

È tuttavia controverso stabilire se il legislatore, attraverso tali disposizioni, abbia voluto riconoscere, anche nell'attuale dettato normativo, la validità della teoria della *consecutio*, oppure abbia deciso di regolare autonomamente (e tassativamente) i singoli effetti prodotti dal fallimento "consecutivo".

Una parte della dottrina propende per la prima soluzione, conferendo, dunque, alle due disposizioni in esame una portata generale: queste ultime, lungi dall'essere tassative, provvederebbero a riconoscere implicitamente la sussistenza di un procedimento unitario volto alla risoluzione della crisi dell'impresa (seppur di diversa gradazione) e quindi confermerebbero la validità, anche nell'attuale dettato normativo, dell'istituto della consecuzione delle procedure concorsuali²⁴⁵.

²⁴³ Si veda Corte di Cassazione, 30/5/1994, n. 5284, in *Il Fallimento*, 1995, pag. 138.

²⁴⁴ Si veda Tribunale di Genova, 11/1/1996, in *Il Fallimento*, 1996, pag. 1015.

²⁴⁵ Propendono per questa soluzione C. D'Ambrosio, *Commento all'art. 67, comma 3 lett. d), e), g)*, in *Il Nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, e coordinato da M. Fabiani, Bologna,

In quest'ottica l'esonazione da revocatoria degli atti compiuti in esecuzione del concordato preventivo (art. 67 comma 3 lett. e), nonché la prededucibilità dei crediti sorti in occasione ed in funzione del concordato preventivo (art. 111 comma 2) non potrebbe esaurire la portata degli effetti prodotti dal fallimento "consecutivo": tra questi ultimi vi rientrerebbero certamente anche gli altri effetti propri della teoria della *consecutio* (in particolare la retrodatazione del termine per l'esercizio dell'azione revocatoria).

A tale impostazione, è stato obiettato da altra dottrina che il venir meno dei due presupposti su cui la teoria della consecuzione delle procedure si fondava ²⁴⁶ non potrebbe che escluderne la configurabilità ²⁴⁷; di conseguenza, nessun altro effetto, al di fuori di quelli sopra menzionati, potrebbe essere ricavato in via interpretativa ²⁴⁸.

Al fine di valutare quale di queste due impostazioni sia maggiormente conforme all'attuale dettato normativo, ritengo opportuno richiamare le osservazioni compiute al termine del precedente capitolo.

In quella sede si era evidenziato come l'istituto della *consecutio* non potesse trovare applicazione in presenza di uno iato temporale tra le due procedure: laddove, quindi, la declaratoria di fallimento non sia contestuale al provvedimento che pone anticipatamente termine al concordato preventivo, non sarebbe possibile configurare i due procedimenti come parte di un processo unitario svoltosi senza soluzione di continuità, essendo intervenuta un'interruzione che escluderebbe la predetta continuità.

2006, pag. 996 ss.; U. Apice, *L'abolizione del fallimento d'ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2008, pag. 135; G. B. Nardecchia, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2008, pag. 1248. Si veda anche A. Patti, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, I edizione, Milano, 2008, pag. 554.

²⁴⁶ Come si è visto in precedenza, a seguito del processo riformatore sono venuti meno, da un lato, l'identità dei presupposti oggettivi delle due procedure, e, dall'altro, la necessaria automaticità della dichiarazione di fallimento a seguito dell'esito infausto del concordato preventivo.

²⁴⁷ Si veda D. Vattermoli, *Il concordato preventivo*, in *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 2009, a cura di A. Nigro, D. Vattermoli, pag. 376, 377; P. Pajardi, A. Paluchowsky, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, pag. 454, 455; P. Catalozzi, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*, in *Il Fallimento*, 2008, pag. 441 ss.; A. Nigro, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro, e M. Sandulli, Torino, 2006, I, pag. 371 ss.; G. Alessi, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Diritto Fallimentare*, 2005, I, pag. 1152.; A. Coppola, *L'omologazione. La risoluzione e l'annullamento*, in *Il Nuovo concordato preventivo*, a cura di S. Pacchi, 2005, pag. 250.

²⁴⁸ In tali termini si esprime D. Vattermoli, *ibidem*.

A conferma di tale impostazione si era rilevato che la durata dell'interruzione potrebbe essere di rilevante entità, con la conseguenza che il fallimento potrebbe essere dichiarato a seguito di un dissesto **diverso** e **distinto** da quello che aveva portato il debitore ad essere ammesso al concordato preventivo.

Dato che tale ipotesi è pacificamente estranea al fenomeno della consecuzione delle procedure concorsuali, e non essendo richiesto, in sede di dichiarazione di fallimento, un accertamento giudiziale circa la sussistenza o meno della predetta ipotesi, si era constatato come il legislatore delle riforme avesse escluso che, in presenza di qualsiasi iato temporale, le due procedure potessero far parte di un procedimento unitario.

La configurabilità dell'istituto della consecuzione delle procedure concorsuali è stata poi messa in discussione anche nei casi in cui la dichiarazione di fallimento intervenga contestualmente al provvedimento di chiusura del concordato preventivo; nonostante in quest'ultimo caso le due procedure si susseguano senza soluzione di continuità, la retrodatazione di determinati effetti del fallimento al momento dell'ammissione del debitore al concordato preventivo è infatti ora ostacolata dalla diversità del presupposto oggettivo delle due procedure.

Se nella previgente disciplina era pacifico che, in caso di successione di più procedimenti concorsuali, gli effetti propri dell'ultima procedura che chiudeva la sequenza dovessero decorrere dal momento in cui venivano accertati i comuni presupposti, oggi, venuta meno la predetta identità, sembra difficile poter fare retroagire gli effetti del fallimento ad un momento in cui il debitore potrebbe anche non essere stato insolvente.

Si era allora concluso che, mentre nella previgente disciplina la lacuna normativa relativa agli effetti prodotti dalla conversione delle procedure concorsuali poteva essere colmata mediante un ricorso ai principi generali dell'ordinamento, nonché ai principi informativi della legge fallimentare, in base ai quali l'identità dei presupposti e la necessaria continuità tra le procedure non poteva che configurare un unico procedimento, nella attuale disciplina tale impostazione non sembra più ammissibile.

Attualmente, infatti, l'istituto della consecuzione delle procedure, venuti meno i presupposti su cui esso si fondava, potrebbe essere ancora configurabile solamente

laddove vi fosse una previsione legislativa che riconosca in via generale la retrodatazione degli effetti propri del fallimento a partire dall'apertura del concordato preventivo, e, a tal fine, richieda al giudice l'accertamento della natura della crisi che aveva portato il debitore ad essere ammesso al concordato preventivo.

Tali previsioni, tuttavia, non sono presenti nel dettato normativo: manca, in particolare, una disposizione che regoli in via generale gli effetti del fallimento consecutivo.

Il fatto che, oggi, gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo siano esentati da revocatoria (art. 67 comma 3 lett. e) e che i crediti sorti in occasione ed in funzione del concordato siano prededucibili nel fallimento successivo (art. 111 comma 2), null'altro autorizza a dedurre se non che il legislatore abbia voluto disciplinare tassativamente gli effetti prodotti dalla conversione del concordato preventivo in fallimento.

Le due disposizioni sopra richiamate si riferiscono, infatti, solamente ad alcuni degli effetti propri del fenomeno della consecuzione delle procedure, ma non ne esauriscono la portata: si pensi, in particolare, al decorso del termine dell'azione revocatoria, principale conseguenza dell'istituto della *consecutio*, il quale è rimasto non disciplinato.

Perché, allora, il legislatore avrebbe voluto confermare la validità del fenomeno della consecuzione delle procedure concorsuali disciplinando solamente una parte dei relativi effetti?

Perché, poi, mantenere il principale di essi (ovvero la retrodatazione del termine per l'esercizio dell'azione revocatoria) privo di regolamentazione normativa?

Gli art. 67 comma 3 lett. e) e 111 comma 2 l. fall., oltre a disciplinare tassativamente gli effetti della conversione delle due procedure, sono, in realtà, espressione di un diverso principio, quello del *favor* per la composizione negoziale della crisi d'impresa, ritenuta maggiormente efficiente sotto il profilo sia della conservazione dei valori dell'impresa, sia della tempestiva emersione della crisi, sia, infine, della soddisfazione delle ragioni creditorie²⁴⁹. A mio parere, quindi, le due norme che ho richiamato sopra si spiegano e si giustificano proprio con l'intento del legislatore

²⁴⁹ In tali termini si esprime P. Catalozzi, cit., pag. 443.

della riforma di indurre i creditori ad assecondare l'imprenditore nel tentativo di risanamento e/o liquidazione dell'impresa attraverso lo strumento concordatario.

Le due disposizioni in esame, invece, non possono essere considerate come un implicito riconoscimento della validità della teoria della consecuzione delle procedure, la quale, a seguito delle profonde modifiche apportate dal processo riformatore alle procedure concorsuali, sembra aver perduto il fondamento giuridico che la sosteneva.

Alla luce di tali considerazioni, appare condivisibile l'orientamento dottrinale, richiamato in precedenza, secondo il quale, al di fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge, nessun altro effetto può essere dedotto in via interpretativa ²⁵⁰.

Come si vedrà più analiticamente nel prosieguo del capitolo, l'accertamento del venir meno del principio della consecuzione delle procedure concorsuali dovrebbe, in particolare, condurre a ritenere inammissibile la retrodatazione dei termini per il computo del periodo sospetto per l'esercizio dell'azione revocatoria.

²⁵⁰ Cfr. nota 248.

3. Decorrenza del termine per l'esercizio dell'azione revocatoria

L'effetto principale della teoria della consecuzione delle procedure concorsuali era costituito, come si è più volte precisato, dalla retrodatazione del termine per l'esercizio dell'azione revocatoria.

Nonostante il testo originario dell'art. 67 l. fall. statuisse che fossero revocabili gli atti compiuti nei due anni o nell'anno anteriori alla dichiarazione di fallimento, la Corte di Cassazione aveva ritenuto che, in caso di fallimento consecutivo a concordato preventivo e/o ad amministrazione controllata, il riferimento cronologico andasse fatto non alla data della dichiarazione, bensì a quella di apertura della prima delle procedure consecutive.

La prima decisione sul punto fu resa con riferimento ad ipotesi di fallimento consecutivo a concordato preventivo ²⁵¹, mentre il caso di consecuzione ad amministrazione controllata fu presa per la prima volta in considerazione della sentenza della Cassazione 7/12/1966, n. 2872 ²⁵².

La conclusione alla quale, in entrambi i casi di conversione, pervenne la Suprema Corte, era fondata su di un'interpretazione estensiva della norma dell'art. 67 l. fall.

Fermando l'attenzione sulle due sentenze, sopra citate, che costituirono i *leading cases*, va evidenziato come la Suprema Corte avesse affermato che l'art. 67, nella parte in cui faceva decorrere i termini a ritroso dalla data di dichiarazione di fallimento, andasse interpretato estensivamente *“nel senso che il legislatore si sia in esso riferito alla dichiarazione di fallimento come al normale mezzo legale di accertamento dello stato di insolvenza, con ciò implicitamente volendo attribuire la stessa efficacia anche al decreto di ammissione alla procedura di concordato*

²⁵¹ Corte di Cassazione, 27/10/1956, n. 3981, in Foro Italiano, 1957, I, pag. 2114.

²⁵² In Foro Italiano, 1967, I, pag. 756.

Numerose furono le successive decisioni conformi, tra le quali si segnalano quelle relative al caso di consecuzione ad amministrazione controllata: si veda in particolare Corte di Cassazione, 19/6/1972, n. 1938 e 28/7/1972, n. 2579 in Foro Italiano, 1973, I, pag. 73; Corte di Cassazione, 22/6/1985, n. 3757, in Il Fallimento, 1986, pag. 28.

preventivo, che...costituisce il provvedimento giurisdizionale cui l'accertamento di tale stato è affidato" ²⁵³.

La decisione fu resa con riguardo ad una ipotesi in cui il fallimento era stato dichiarato a seguito di risoluzione del concordato, ma in base a considerazioni che valevano per ogni ipotesi di conversione del concordato preventivo in fallimento ed, infatti, in successive pronunce lo stesso principio di diritto si trovò enunciato in termini generali ²⁵⁴.

Quanto ai motivi della scelta interpretativa operata, la Suprema Corte ritenne impossibile che il legislatore avesse voluto *“assoggettare a revocatoria fallimentare gli atti compiuti dal debitore durante la procedura di concordato, atti che, secondo la durata di questa, potrebbero ricadere non soltanto nell'anno, ma addirittura nel biennio anteriore al fallimento...ovvero consentire che il tempo necessario della procedura, nell'ipotesi in cui questa sfoci in una dichiarazione di fallimento, vada a detrimento, in tutto o in parte, di quello utile per l'esercizio delle azioni revocatorie”*.

La decisione era, dunque, ispirata alla preoccupazione, del resto esplicitamente espressa nella motivazione della sentenza, in base alla quale la facoltà concessa all'imprenditore in stato di insolvenza di domandare il concordato preventivo potesse trasformarsi *“in un espediente per procrastinare la dichiarazione di fallimento e sottrarre così alla revoca gli atti anteriormente compiuti in frode alla massa dei creditori”* ²⁵⁵.

Se l'interpretazione in esame era certamente valida per la consecuzione del fallimento al concordato preventivo, maggiori problemi sorgevano nel caso in cui il fallimento fosse seguito senza soluzioni di continuità all'amministrazione controllata. In quest'ultimo caso, infatti, la diversità dei presupposti oggettivi delle due procedure costituiva un ostacolo alla predetta interpretazione estensiva dell'art. 67 l. fall.

²⁵³ Corte di Cassazione n. 3981/1956, cit.

²⁵⁴ Si veda per esempio Corte di Cassazione, 7/1/1965, n. 3, in Foro Italiano, 1965, I, pag. 17 ove si fa riferimento all'ipotesi di fallimento dichiarato *“nel corso della procedura di concordato o per effetto della risoluzione o dell'annullamento”*.

²⁵⁵ Corte di Cassazione n. 3981/1956, cit.

Già nel primo capitolo del presente lavoro si era tuttavia precisato che la Corte di Cassazione avesse ritenuto che il presupposto dell'amministrazione controllata differisse da quello del fallimento “*solo per il carattere della temporaneità*” e che “*la temporanea difficoltà ad adempiere non è uno stato sostanzialmente diverso da quello dell'insolvenza, perché la difficoltà ad adempiere che determina il mancato o non integrale adempimento altro non è che insolvenza*”²⁵⁶.

L'orientamento seguito dalla Corte di Cassazione nelle due pronunce, sopra richiamate, fu mantenuto nella successiva evoluzione interpretativa rimanendo, quindi, condiviso il principio della retrodatazione del periodo sospetto alla data del decreto di ammissione dell'imprenditore al concordato preventivo o all'amministrazione controllata²⁵⁷.

A partire dal 1986, il Tribunale di Genova e il Tribunale di Milano pronunciavano, tuttavia, una serie di sentenze che si distaccavano dall'orientamento costante: di queste sentenze, le prime contraddicevano la Cassazione con riferimento sia all'amministrazione controllata, sia al concordato preventivo, poiché facevano decorrere in entrambi i casi i termini per le azioni revocatorie dalla data della dichiarazione di fallimento²⁵⁸.

In seguito, la soluzione differenziata del decorso dei termini dalla data del fallimento, anziché dalla data dell'inizio della prima procedura, veniva limitata all'amministrazione controllata, continuando per il concordato preventivo a trovare applicazione il vecchio orientamento²⁵⁹.

La “ribellione” dei giudici milanesi e genovesi, la quale trovò nella dottrina consensi²⁶⁰ ma suscitò altresì talune critiche²⁶¹, fondava il proprio convincimento su

²⁵⁶ Corte di Cassazione n. 2872/1966 cit.

²⁵⁷ In dottrina si veda L. Panzani, *Il concordato preventivo. Risoluzione e annullamento*, in *Il Fallimento*, 1992, pag. 310; L. A. Russo, *Consecuzione di procedimenti concorsuali e decorrenza del periodo sospetto per l'azione revocatoria fallimentare*, in *Il Fallimento*, 1991, pag. 903.

²⁵⁸ Tribunale di Genova, 2/10/1986, in *Il Fallimento*, 1987, pag. 1172; Tribunale di Milano, 7/5/1988, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1988, II, pag. 755 con nota di A. Castagnola, *Decorrenza dei termini per le azioni revocatorie in caso di fallimento consecutivo ad amministrazione controllata*; in *Giustizia Civile*, 1988, I, pag. 1831, con nota di G. Lo Cascio, *Consecuzione di procedimenti concorsuali e retrodatazione del periodo sospetto dell'azione revocatoria fallimentare*.

²⁵⁹ Si veda il Tribunale di Milano, 7/5/1990, in *Il Fallimento*, 1991, pag. 384, con nota di C. M. Ruggeri.

²⁶⁰ G. Tarzia, *Consecuzione di procedure e revocatoria fallimentare*, in *Il Fallimento*, 1987, pag. 1172

due presupposti fondamentali: si evidenziava, infatti, che, da un lato, la retrodatazione del periodo sospetto non fosse affatto prevista dal dettato normativo, e, dall'altro, con riguardo esclusivamente alla consecuzione ad amministrazione controllata, la temporanea difficoltà ad adempiere si differenziasse notevolmente dallo stato di insolvenza.

Riguardo al primo profilo, la teoria della consecuzione delle procedure venne criticata in quanto sarebbe stata in palese contrasto con un triplice dato testuale: vale a dire con la lettera dell'art. 67 l. fall., che parlava di “dichiarazione di fallimento” e non di “accertamento dell'insolvenza”; con il mancato richiamo operato dalle norme disciplinatrici del concordato preventivo alle norme fallimentari sugli atti pregiudizievoli ai creditori (pur in presenza di espreso richiamo alle norme sugli effetti del fallimento per i creditori); infine, con la mancanza di un disegno normativo di consecuzione, poiché l'assunto disegno non avrebbe potuto emergere dalla delineazione degli istituti così come prospettata dal legislatore.

Riguardo, poi, al secondo profilo, la tesi della *consecutio* non sarebbe stata corretta laddove assimilava temporanea difficoltà ad adempiere ed insolvenza in un unico concetto di fenomeno economico patologico; esse si sarebbero, invece, differenziate perché, con riferimento alla prima, sarebbe stato predisposto uno strumento di risanamento dell'impresa, e, con riferimento alla seconda, sarebbe stato predisposto un mezzo di tutela per i creditori per la dissoluzione dell'impresa.

L'orientamento in esame venne poi condiviso dalla Corte di Appello di Milano ²⁶², con riferimento esclusivo alla procedura di amministrazione controllata.

La questione fu, tuttavia, nuovamente riesaminata dalla Corte di Appello di Milano, la quale, in una successiva pronuncia ²⁶³ ritornò sui propri passi, riconfermando l'orientamento della Cassazione, che faceva decorrere i termini dal decreto di ammissione alla prima procedura instaurata.

²⁶¹ G. Lo Cascio, op. ult. cit., pag. 1831; A. Castagnola, cit., pag. 755 ss.

²⁶² Corte di Appello di Milano, 24/11/1989, in Giustizia Civile, 1990, II, pag. 826, con nota critica di G. Lo Cascio, *Ancora sul computo del periodo sospetto per l'esercizio delle azioni revocatorie nell'ipotesi di consecuzione di procedimenti concorsuali*.

²⁶³ Corte di Appello di Milano, 9/4/1991, in Giurisprudenza Commerciale, 1991, II, pag. 446 ss.

Il ripensamento della Corte milanese traeva spunto dalla rivisitazione critica dei due argomenti fondamentali che usualmente sorreggevano la tesi della decorrenza dei termini per la revocatoria dalla data della dichiarazione di fallimento, vale a dire l'argomento testuale da un lato, e la differenza tra temporanea difficoltà ad adempiere ed insolvenza: dato che il primo argomento presuppone necessariamente il secondo, appare opportuno invertire l'ordine dei due argomenti ed esporre anzitutto il secondo.

La Corte di Appello milanese ritenne il concetto di stato d'insolvenza, presupposto del fallimento, equivalente al concetto di temporanea difficoltà ad adempiere le proprie obbligazioni, presupposto dell'amministrazione controllata.

Si osservò in particolare che la difficoltà temporanea nell'adempimento fosse superabile *“soltanto se ed in quanto sia concessa la sospensione dei pagamenti, ossia grazie al ricorso ad un mezzo in sé anormale”*: tale situazione non sarebbe stata, dunque, antitetica rispetto all'insolvenza, ma l'avrebbe al contrario postulata, poiché la temporanea difficoltà non sarebbe stata altro che un'insolvenza non superabile con altri mezzi, che non fossero la sospensione legale dei pagamenti.

I giudici di merito ritennero, di conseguenza, che il passaggio dall'amministrazione controllata al fallimento costituisse la dimostrazione del permanere della situazione originaria di insolvenza **nonostante** l'adozione dello speciale mezzo offerto dalla legge per superarla ²⁶⁴.

Una volta fissata l'equivalenza tra il concetto di insolvenza e quello di temporanea difficoltà, e una volta riconosciuto quindi che il decreto che ammetteva il debitore alla procedura di amministrazione controllata conteneva l'accertamento giudiziale di uno stato equivalente all'insolvenza, la Corte svolse alcune considerazioni connesse con l'argomento letterale, le quali si ponevano come una conseguenza delle conclusioni raggiunte sul punto precedente: il problema era, dunque, quello di vedere se il termine “dichiarazione di fallimento”, contenuto nell'art. 67 l. fall., potesse essere interpretato nel senso di “provvedimento giudiziale che accerta lo stato di insolvenza”.

²⁶⁴ Sulla nozione di “temporanea difficoltà ad adempiere” (e sulle differenze con il concetto, di recente introduzione, dello “stato di crisi”) si veda la più analitica analisi eseguita nel primo capitolo del presente lavoro.

Come si può constatare, quest'ultima questione non si riferiva unicamente all'ipotesi di passaggio dall'amministrazione controllata al fallimento, ma anche all'ipotesi della consecuzione del fallimento al concordato preventivo.

A tale riguardo la sentenza affermò la debolezza dell'argomento "*che fa leva sul tenore letterale del testo legislativo*", osservando come nel nostro ordinamento sia certamente ammesso il ricorso all'interpretazione estensiva e all'interpretazione analogica.

Alla luce di tali considerazioni, la corte ritenne che, laddove la legge fallimentare parlava di "dichiarazione di fallimento", come di provvedimento al quale ancorare i termini per l'esercizio della revocatoria, essa intendesse con tale termine il provvedimento che normalmente accerta lo stato di insolvenza.

Ne conseguiva, dunque, che, quando tale stato venisse accertato da provvedimenti aventi forma e natura diversi, era a tali provvedimenti che i termini avrebbero dovuto essere ancorati.

Per comprendere a fondo l'impostazione della Corte milanese (che poi era la stessa della Cassazione), è opportuno precisare che l'istituto della consecuzione delle procedure non era in alcun modo disciplinato dal legislatore; come si è visto più volte, infatti, quest'ultimo si limitava a stabilire varie ipotesi in cui era possibile o necessario che una procedura si convertisse in un'altra diversa, senza peraltro nulla dire in ordine agli effetti di tale conversione.

Secondo la Corte, dunque, non era corretto ancorarsi a dati testuali contenuti nella disciplina di ciascuna singola procedura, considerata dal legislatore isolatamente, per ricavare la disciplina di fattispecie non previste, in quanto scaturenti dal collegamento consecutivo di due o più procedure.

Una volta rilevato ciò, non sarebbe stato possibile dubitare del fatto che il rimedio revocatorio scaturisse dalla dichiarazione di fallimento, e non dal decreto di amministrazione controllata o al concordato preventivo, per la semplice ragione che, qualora l'amministrazione controllata e il concordato preventivo si fossero conclusi positivamente, la legge non prevedeva che l'istituto della revocatoria trovasse applicazione.

Non era, di conseguenza, altresì dubitabile che nel caso di fallimento autonomo, il termine per l'esercizio della revocatoria decorresse dalla data della sentenza dichiarativa.

Il problema concerneva, invece, l'ipotesi in cui il fallimento conseguisse ad una procedura minore, dando origine ad una fattispecie non prevista dal legislatore.

Ricondotto in tali termini l'argomento letterale e testuale, si trattava di valutare l'opportunità o la correttezza di un'interpretazione estensiva dell'art. 67 l. fall.

La soluzione accolta dai giudici della Corte di Appello di Milano, anche se apparentemente forzava la lettera dell'art. 67 l. fall., trovava la sua giustificazione nella necessaria ricorrenza di un unico fenomeno di insolvenza alla base di tutte le procedure concorsuali.

Il nesso di consecuzione temporale e funzionale esistente tra le procedure concorsuali succedutesi l'una all'altra obbligavano a ritenere che l'accertamento dell'insolvenza, contenuto nella dichiarazione di fallimento, dispiegasse efficacia a partire dall'analogo e precedente accertamento di essa compiuto con il provvedimento di ammissione alla procedura di amministrazione controllata o di concordato preventivo²⁶⁵.

Successivamente al ripensamento della Corte di Appello di Milano, veniva sollevata dal Tribunale di Milano, con due distinte ordinanze²⁶⁶, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 67 l. fall. nella parte in cui, secondo il "diritto vivente", individuava il periodo sospetto ai fini dell'azione revocatoria fallimentare a far tempo dal provvedimento di ammissione dell'imprenditore fallito alla precedente procedura instaurata, anziché dalla dichiarazione di fallimento.

Osservava il Tribunale di Milano che l'apertura della procedura minore²⁶⁷ avvenisse sempre su istanza di parte, al contrario del fallimento che poteva anche essere dichiarato d'ufficio.

²⁶⁵ Si veda C. Sapienza, cit., pag. 54 ss.

²⁶⁶ Tribunale di Milano, 29/7/1994, ord. e Tribunale di Milano, 23/9/1994, in *Il Fallimento*, 1995, pag. 206, con commento critico di L. Panzani, *Legittimazione costituzionale della retrodatazione del periodo sospetto*.

²⁶⁷ Il Tribunale di Milano si era riferito in particolare alla procedura di amministrazione controllata, ma le relative osservazioni erano applicabili anche al concordato preventivo.

Con riferimento esclusivo all'amministrazione controllata, si rilevò come tale procedura si sostanziasse in una moratoria dei pagamenti attuata con il consenso dei creditori, chiamati ad esprimere il proprio voto sulla proposta del debitore.

L'assoluta rilevanza che assumeva la volontà dei creditori, ai fini di consentire al debitore la continuazione della sua attività, comportava che l'amministrazione controllata dovesse essere considerata vicenda diversa dal fallimento *“non solo perché l'inesistenza della decozione costituisce un requisito preliminare della procedura minore, ma perché l'atteggiamento favorevole dei creditori ribadisce nei fatti l'inesistenza della decozione”*.

Trattare in modo uguale, ai fini della revocatoria, situazioni differenti, fallimento e amministrazione controllata, avrebbe significato violare il precetto di uguaglianza, che impone una disciplina differenziata di fenomeni diversi, e quindi l'art. 3 Cost.

Il Tribunale si lamentava inoltre della lesione dell'art. 24 Cost., e quindi del diritto di difesa del creditore colpito dalla revocatoria, non potendo egli contestare l'insolvenza (oggetto di una presunzione *iuris et de iure*), e della violazione dell'art. 41 Cost., e quindi del diritto di libertà di iniziativa economica in quanto la revocabilità dei pagamenti effettuati dall'imprenditore ammesso all'amministrazione controllata poteva incidere sulla disponibilità dei creditori ad accordargli fiducia e dunque turbare ingiustificatamente gli equilibri dei negozi interprivati.

Dato che la turbativa era ammessa soltanto in caso di insolvenza, la libertà di iniziativa economica sarebbe, dunque, stata compromessa senza che entrasse in gioco alcun interesse contrario meritevole di tutela.

La Corte Costituzionale, dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale posta in relazione alla consecuzione dei procedimenti concorsuali e alla retrodatazione del computo del periodo sospetto alla data di ammissione alla prima procedura, pose la parola fine ad una tormentata vicenda interpretativa ²⁶⁸.

Infatti la questione di legittimità costituzionale dell'art. 67 l. fall. nella consolidata lettura della Corte di cassazione fu confutata dalla Corte costituzionale.

In particolare:

²⁶⁸ Corte Costituzionale, 6/4/1995, n. 110, e Corte Costituzionale, 1/6/1995, n. 224, ord., in il Fallimento, 1995, pag. 707.

- a) l'orientamento consolidato non trattava in modo uguale due situazioni diseguali, giacché le due situazioni presentavano comunque un innegabile nucleo fondamentale comune, identica essendo la patologia dell'impresa che è alla base di entrambe le situazioni; dalla equiparazione delle soluzioni discendeva la non irragionevolezza della equiparazione degli effetti;
- b) non era rilevabile la paventata limitazione del diritto di difesa, perché la presunzione assoluta di (iniziale) insolvenza riguardava soltanto il profilo oggettivo del presupposto della revocatoria, mentre, quanto al profilo soggettivo, permaneva la necessità che fosse fornita al giudice la prova della consapevolezza in cui il creditore versava circa lo stato di insolvenza del debitore poi fallito;
- c) non era infine ravvisabile una violazione del principio di libertà degli scambi economici, in quanto, la lamentata incidenza negativa sull'efficienza del mercato *“rientra comunque nel bilanciamento.. 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 in presenza della crisi dell'impresa debitrice”*.

Con la nuova disciplina normativa la consecuzione delle revocatorie dovrebbe essere disconosciuta in ragione delle osservazioni compiute nel precedente paragrafo.

Va ricordato, in particolare, che la diversità dei presupposti oggettivi del concordato preventivo e del fallimento non consenta più di ricorrere, al fine di retrodatare il termine per l'esercizio dell'azione revocatoria, all'interpretazione estensiva e all'interpretazione analogica.

In precedenza si è infatti constatato come nella previgente disciplina l'identità dei presupposti delle procedure concorsuali avesse consentito di interpretare il termine “dichiarazione di fallimento”, contenuto nell'art. 67 l. fall., nel senso di “provvedimento giudiziale che accerta lo stato di insolvenza”.

Qualora tale stato fosse stato accertato da provvedimenti aventi forma e natura diversi, era a tali provvedimenti che i termini dovevano essere ancorati.

L'impostazione della Corte di Cassazione trovava, dunque, la sua giustificazione nella necessaria ricorrenza di un unico fenomeno di insolvenza alla base di tutte le procedure concorsuali.

Attualmente, invece, il provvedimento che ammette il debitore al concordato preventivo contiene l'accertamento non dello stato di insolvenza del debitore, ma di un più ampio stato di crisi.

Ora, anche qualora si ritenesse ancora valida l'interpretazione in base alla quale la "dichiarazione di fallimento" di cui parla l'art. 67 l. fall. vada intesa nel senso di "provvedimento giudiziale che accerta lo stato di insolvenza", il termine per l'esercizio dell'azione revocatoria decorrerebbe **in ogni caso** dalla dichiarazione di fallimento, in quanto soltanto in quella sede viene accertata l'insolvenza del debitore. A tale riguardo va ricordato che, in sede di ammissione al concordato preventivo, al tribunale non sia richiesto di valutare se lo stato di crisi che legittima il debitore alla proposizione della domanda sia da qualificarsi come stato di insolvenza o come semplice crisi ²⁶⁹; tale valutazione non è altresì richiesta, secondo una prognosi *ex ante*, in sede di dichiarazione di fallimento ²⁷⁰.

Preso atto dell'impossibilità di ricostruzioni atte ad onerare il tribunale di un controllo non richiesto, un autore ²⁷¹ ha sostenuto che il decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo contenga l'accertamento giudiziale di uno stato di crisi che, per effetto del mancato superamento con il piano sottoposto, risulta *a posteriori* essere stato un vero e proprio stato di insolvenza.

In altre parole, secondo tale impostazione "ai fini dell'individuazione del *dies a quo* del periodo sospetto legale in caso di consecuzione di procedure concorsuali, all'accertamento giudiziale contenuto nel decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, che aveva in precedenza il rilievo di accertamento di stato di insolvenza, sembra potersi equiparare la verifica *a posteriori* risultante dalla dichiarazione di fallimento consecutiva" ²⁷².

²⁶⁹ Si vedano sul punto le osservazioni fatte nel paragrafo 3 del capitolo 2.

²⁷⁰ Anche su questo punto rimando al paragrafo 3 del capitolo 2.

²⁷¹ L. Guglielmucci, *Diritto Fallimentare*, terza edizione, Torino, 2008, pag. 153.

²⁷² L. Guglielmucci, *ibidem*; nel prosieguo del capitolo (paragrafo 7.1) avrò modo di rimarcare come l'impostazione in esame sia stata recentemente adottata anche dalla Corte di Cassazione nella pronuncia n. 18436 del 06/08/2010, nella quale la Suprema Corte ha espressamente affermato la sopravvivenza della teoria della consecuzione delle procedure nell'attuale disciplina. A tale riguardo, rimando al relativo commento critico.

Anche l'orientamento in esame, tuttavia, non sembra essere esente da critiche: la dichiarazione di fallimento, successiva alla chiusura anticipata del concordato preventivo, si limita infatti ad accertare che **in quel momento** il debitore non è più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni.

L'insolvenza del debitore, appurata dunque nella predetta declaratoria, potrebbe essersi manifestata già al momento dell'ammissione al concordato preventivo oppure in un momento successivo, con la conseguenza che la successiva dichiarazione di fallimento non potrebbe provare in alcun modo l'insolvenza **originaria** del debitore.

Sulla delicata problematica della retrodatazione del periodo sospetto per l'esercizio dell'azione revocatoria si inserisce la questione inerente all'esatta portata della disposizione di cui all'art. 69 *bis* l. fall. relativa alla decadenza delle azioni revocatorie.

In passato, nel silenzio della legge fallimentare, si riteneva che le azioni revocatorie nel fallimento fossero soggette al termine di *prescrizione* quinquennale previsto dall'art. 2903 c.c. e decorrente, quanto alla revocatoria fallimentare, dalla data di dichiarazione di fallimento.

L'art. 69 *bis*, introdotto dalla riforma del 2006, pone ora due distinti termini di *decadenza* per la proposizione delle "azioni revocatorie disciplinate nella" sezione dedicata agli atti pregiudizievoli ai creditori:

- un termine di *tre anni* decorrente dalla data della dichiarazione di fallimento;
- un termine di *cinque anni* decorrente dalla data del compimento dell'atto.

Un autore ²⁷³ ha osservato che, se il legislatore della riforma non avesse ritenuto ancora operanti i principi della consecuzione (e quindi la retrodatazione del periodo sospetto), il termine di decadenza quinquennale decorrente dal compimento dell'atto, previsto dall'art. 69 *bis* per l'esercizio delle azioni revocatorie, non sarebbe mai applicabile, posto che il massimo periodo sospetto è quello di due anni di cui agli art. 64 e 65 e che la revocatoria deve essere esercitata entro l'ulteriore termine decadenziale di tre anni dalla dichiarazione di fallimento, previsto, come visto, dalla norma stessa.

²⁷³ U. Apice, op. ult. cit., pag. 135

Nell'analizzare la norma in esame, va innanzitutto precisato come siano oscure le ragioni che hanno indotto il legislatore a scegliere, da un lato, di utilizzare lo strumento della decadenza in luogo di quello della prescrizione e, dall'altro, di porre ben due diversi termini di decadenza²⁷⁴.

Per quanto riguarda in particolare la seconda questione, la *ratio* della norma sembra essere quella di porre una barriera definitiva alla possibilità di attaccare con la revocatoria atti anche molto lontani nel tempo²⁷⁵; quest'impostazione non comporta però un implicito riconoscimento della retrodatazione del periodo sospetto, dato che il decorso dalla data del compimento dell'atto si giustifica per l'azione revocatoria ordinaria esperibile dal curatore (art. 66 l. fall.)²⁷⁶.

In tal modo, dunque, la nuova previsione dell'art. 69 *bis* l. fall. viene ad assicurare proprio che il termine quinquennale dell'art. 2901 c.c. non possa sommarsi con il termine triennale di decadenza a disposizione del curatore²⁷⁷.

Per concludere la disamina sulla problematica del decorso del termine dell'azione revocatoria in caso di consecuzione del fallimento al concordato preventivo, è opportuno chiedersi se la negazione della retrodatazione del periodo sospetto possa portare ad eludere la tutela degli interessi dei creditori, con conseguente diminuzione sensibile dell'attivo recuperabile dall'utilizzo dell'azione revocatoria²⁷⁸.

In dottrina si è infatti posta l'attenzione su un rischio concreto che si verificherebbe allorché la retrodatazione del periodo sospetto venisse negata: precisamente la semplice proposta di un concordato preventivo *“potrebbe di fatto precludere (data la riduzione del periodo sospetto per gli atti normali a soli sei mesi) l'esercizio delle*

²⁷⁴ Si veda A. Nigro, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro, M. Sandulli, Torino, 2006, I, pag. 399 ss.

²⁷⁵ A. Nigro, *ibidem*.

²⁷⁶ A. Nigro, *Diritto della crisi delle imprese*, op. cit., pag. 155.

²⁷⁷ Non concorda con tale impostazione U. Apice, *ibidem*, il quale osserva come tale argomento contrasti *“con la quasi unanime giurisprudenza formatasi sul punto, secondo cui la prescrizione dell'azione revocatoria ordinaria, anche quando è esercitata dal curatore fallimentare, comincia pur sempre a decorrere dalla data dell'atto impugnato e non dalla dichiarazione di fallimento, per cui anche nella vecchia disciplina l'azione revocatoria ordinaria non poteva essere esercitata decorsi cinque anni dall'atto”*. L'argomento adottato non è certo da sottovalutare, ma non mi sembra decisivo: non si può escludere che il legislatore abbia voluto sancire espressamente tale principio giurisprudenziale.

²⁷⁸ Questo rischio è stato evidenziato in dottrina da G. Terranova, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapienza patrimoniale*, in *Diritto Fallimentare*, 2006, pag. 574.

*revocatorie fallimentari, con la conseguenza di lasciare il debitore arbitro della sorte di questo fondamentale strumento di tutela dei creditori”*²⁷⁹.

Sebbene tale pericolo non possa essere sottovalutato, è opportuno, a tale riguardo, riportare quanto autorevole dottrina²⁸⁰ ha recentemente messo in luce in relazione al possibile venir meno della teoria della consecuzione delle procedure: “*va detto che il numero delle revocatorie normali è così crollato che dal punto di vista statistico non vi sarà una incidenza reale sull’attivo recuperabile per i creditori che, in generale, si è molto ridotto in forza della inertizzazione di gran parte della revocatoria dell’art. 67, co. 2*”.

Nonostante, dunque, non si possa escludere il verificarsi di usi strumentali del concordato preventivo, non vi sarebbe una tangibile e concreta *diminutio* dell’attivo recuperabile per i creditori, stante il pesante depotenziamento dell’azione revocatoria provocato dalle recenti riforme delle procedure concorsuali.

Va, infine, osservato che il venir meno della retrodatazione del periodo sospetto è certamente coerente sia con l’esigenza, particolarmente avvertita dal legislatore delle riforme, di salvaguardare la sicurezza delle contrattazioni, sia con la finalità di favorire l’emersione anticipata della crisi, “altrimenti pregiudicata dall’interesse dei principali creditori di non presentare istanze di fallimento per non incorrere nell’esercizio ai loro danni di azioni revocatorie”²⁸¹.

²⁷⁹ G. Terranova, cit., pag. 552.

²⁸⁰ P. Pajardi, A. Paluchowsky, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, pag. 455.

²⁸¹ In tali termini si esprime P. Catalozzi, cit., pag. 443 e 444.

4. Efficacia degli atti compiuti prima e dopo l'omologazione

Una volta dichiarato il fallimento a seguito della chiusura anticipata del concordato preventivo, si pone il problema della sorte degli atti compiuti dal debitore sia durante la procedura, sia successivamente all'omologazione.

La questione riguarda, in particolare, la possibilità o meno di esperire nel fallimento conseguente a concordato preventivo l'azione revocatoria fallimentare nei confronti degli atti sopra richiamati.

Si tratta di un quesito la cui soluzione provoca riflessi di enorme importanza pratica. Da un lato, una conclamata esperibilità in questi casi dell'azione revocatoria *ex art. 67 l. fall.* farebbe insorgere nei terzi, che vengano a contatto con il debitore sottoposto a concordato, una giustificabile apprensione sulla efficacia degli atti che intendessero compiere e finirebbero quindi con il rendere ancora più difficile, se non del tutto impossibile, la riuscita della procedura concordataria.

Dall'altro, l'esclusione della revocatoria comporterebbe un non lieve ostacolo alla ricostruzione del patrimonio del fallito.

Nella vigenza della precedente disciplina, le argomentazioni adottate a favore e contro l'efficacia degli atti compiuti durante il concordato preventivo nel fallimento consecutivo non avevano trovato altra spiegazione, se non ricorrendo alla soluzione interpretativa della consecuzione dei procedimenti ²⁸².

Se era stata, perciò, ritenuta legittima la retrodatazione del periodo sospetto per l'esercizio delle revocatorie dalla data dell'apertura del concordato preventivo, lo era stato altrettanto il principio della conservazione di tutti gli atti validamente posti in essere durante tale procedimento ²⁸³.

Si era inoltre osservato che la *ratio* della revocatoria fallimentare fosse quella di rendere impugnabili gli atti posti in essere in frode ai creditori, mentre gli atti compiuti nel corso della procedura di concordato avevano il solo ed opposto scopo di rendere possibile, nell'interesse dei creditori, l'esecuzione della proposta e quindi

²⁸² L. Pinto, *Sulla revocatoria fallimentare degli atti posti in essere durante il precedente concordato*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1998, I, pag. 560.

²⁸³ L. Panzani, *Il concordato preventivo. Risoluzione ed annullamento*, cit., pag. 310.

l'eliminazione dell'insolvenza mediante l'esdebitazione parziale e/o la dilazione di pagamento.

La non assoggettabilità a revocatoria fallimentare degli atti compiuti nel corso della procedura di concordato preventivo era infine motivata dalla considerazione in base alla quale, essendo già prevista una sanzione di inefficacia nell'art. 167 l. fall. per gli atti compiuti senza l'autorizzazione del giudice, l'inefficacia conseguente alla revocatoria fallimentare di cui all'art. 67 l. fall. sarebbe venuta ad affiancarsi alla prima con un'evidente discrasia del sistema che il legislatore non avrebbe voluto.

Per gli atti compiuti durante il concordato, si era allora distinto quelli riferibili all'arco di tempo compreso tra la data del decreto di ammissione e quella di omologazione rispetto a quelli successivi.

Quanto ai primi, si riteneva che essi fossero intangibili se compiuti nell'osservanza dell'art. 167 l. fall..

La norma in esame, nel regolare i poteri del debitore, statuiva che questi conservasse l'amministrazione dei propri beni e l'esercizio dell'impresa sotto la vigilanza del commissario giudiziale e la direzione del giudice delegato, e, nel contempo, che alcuni atti espressamente elencati potessero essere compiuti soltanto previa autorizzazione del giudice in considerazione della loro particolare rilevanza economica.

Tale sistema, che costituisce, secondo autorevole dottrina, uno spossessamento attenuato²⁸⁴, consente all'interessato il compimento di tutti quegli atti necessari per il proseguimento dell'attività aziendale e, nel contempo, per la predisposizione dei mezzi occorrenti per l'esecuzione degli impegni assunti con la proposta di concordato.

Questi atti, siano essi *leciti*, perché compiuti nei limiti dell'ordinaria amministrazione o nell'esercizio dell'impresa, siano essi *autorizzati*, perché compiuti con l'osservanza delle forme di legge prescritte nell'art. 167 l. fall., erano in ogni caso sottratti all'azione revocatoria fallimentare.

²⁸⁴ R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, Milano, 1974, pag. 2248.

Di essi soltanto i secondi potevano eventualmente essere colpiti con l'azione revocatoria ordinaria, qualora il curatore avesse provato il dolo degli organi giudiziari nell'ottenimento e/o nel rilascio dell'autorizzazione²⁸⁵.

A tale conclusione si era giunti oltre che per le argomentazioni fin qui tratteggiate, anche perché gli atti autorizzati, pur se compiuti dal debitore, erano ricollegabili all'ufficio al quale risaliva la responsabilità dell'amministrazione, per cui doveva presumersi l'impossibilità per l'imprenditore di commettere atti di frode ai creditori²⁸⁶.

Maggiori problemi sorgevano nell'ipotesi in cui fossero stati compiuti degli atti di straordinaria amministrazione senza l'autorizzazione del giudice delegato: in tal caso, dovendosi comunque escludere l'assoggettabilità all'azione revocatoria fallimentare per le ragioni sopra prospettate, si discuteva se, e con quali mezzi, il curatore del fallimento avrebbe potuto eventualmente impugnare tali atti.

A tale riguardo si era precisato che nel concordato preventivo il compimento di atti non autorizzati fosse colpito da una duplice sanzione, precisamente dal fallimento del debitore (*ex art. 173 l. fall.*) e dall'inefficacia automatica sancita dall'ultima parte dell'art. 167 l. fall., la quale era limitata ai soli creditori anteriori all'inizio della procedura e non comportava la nullità o l'invalidità dell'atto.

Nel fallimento, invece, mentre la prima sanzione veniva meno in quanto già attuata, trovava applicazione la seconda, con la conseguenza che l'inefficacia automatica si estendeva a tutti i creditori anteriori alla dichiarazione di fallimento²⁸⁷.

In ordine agli atti posti in essere nella fase successiva all'omologazione del concordato, e, quindi, a seguito della cessazione dei limiti ai poteri dispositivi del debitore, qualora fosse stata esclusa la retrodatazione del periodo sospetto, non si sarebbe dubitato della loro revocabilità²⁸⁸.

Nel caso in cui si fosse riconosciuta la validità del principio interpretativo della retrodatazione, la soluzione sarebbe stata più complessa, se non altro perché, ove non fosse esclusa la revocabilità degli atti di frode compiuti dal debitore, ormai

²⁸⁵ R. Provinciali, cit., pag. 2366.

²⁸⁶ F. De Marco, cit., pag. 325.

²⁸⁷ R. Provinciali, *ibidem*.

²⁸⁸ L. Panzani, op. ult. cit., pag. 310.

pienamente libero di disporre del suo patrimonio, sarebbe stato necessario ammettere una diversa decorrenza del termine per l'esercizio delle azioni revocatorie, in dipendenza degli atti compiuti anteriormente all'ammissione al concordato e di quelli posti in essere dopo l'omologazione.

In dottrina ²⁸⁹ non si dubitò che nei confronti di tali atti si applicassero le sanzioni ordinarie e che, a seguito del fallimento, dal regime di inefficacia automatica si passasse al regime ordinario, non sussistendo più quelle particolari ragioni che avevano militato a favore dei creditori divenuti tali in pendenza del processo.

Tale impostazione, tuttavia, non comportava l'applicabilità dell'azione revocatoria fallimentare a tutti gli atti successivi all'omologazione, dovendo, al contrario, essere limitata ai soli casi in cui l'atto non risultasse finalizzato all'adempimento degli obblighi concordatari.

Si era perciò distinto a seconda che l'atto fosse a titolo gratuito o a titolo oneroso.

Nel primo caso, la gratuità, essendo incompatibile con la particolare situazione in cui si trovava il debitore, giustificava, secondo alcuni ²⁹⁰, l'applicazione della sanzione prevista dall'art. 123, secondo comma, richiamata dall'art. 140 (anche se l'art. 186, dettato per la risoluzione e l'annullamento del concordato preventivo non rinvia all'art. 140), secondo altri ²⁹¹, l'inquadramento nella fattispecie nell'ambito dell'art. 64 l. fall.

Viceversa gli atti a titolo oneroso avrebbero mantenuto la loro efficacia, se destinati all'esecuzione del concordato.

Si sottolineò in particolare che, da un lato, lo stesso debitore potesse, già all'inizio della procedura di concordato preventivo, individuare gli atti che intendesse compiere dopo l'omologazione per dare concreta attuazione agli impegni derivanti dall'omologazione, e, dall'altro, lo stesso tribunale potesse d'ufficio imporre nella sentenza particolari procedure per vincolare l'attività del debitore nella fase di

²⁸⁹ P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1983, III edizione, pag. 775.

²⁹⁰ L. Panzani, op. ult. cit., pag. 310.

²⁹¹ A. Bonsignori, cit., pag. 524.

esecuzione del concordato disponendo che il commissario intervenisse negli atti da compiere ²⁹².

Ne conseguiva, dunque, che, qualora il debitore, violando gli schemi tracciati da lui stesso o i vincoli imposti dal tribunale, avesse compiuto atti non finalizzati all'adempimento del concordato, gli stessi avrebbero potuto essere impugnati nel successivo fallimento dal curatore con l'azione di cui all'art. 67 l. fall.

Se, nella vigenza della precedente disciplina, il problema dell'efficacia o meno degli atti compiuti prima o dopo l'omologazione del concordato veniva risolto facendo ricorso alla teoria della consecuzione delle procedure ²⁹³, il venir meno, nell'attuale dettato normativo, dell'istituto in esame ²⁹⁴ impone di affrontare tale problematica in un'ottica diversa.

L'efficacia nel fallimento successivo degli atti compiuti durante la procedura di concordato preventivo è infatti ora autonomamente disciplinata dall'art. 67, terzo comma, lett. e) il quale statuisce che gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo (nonché dell'accordo "di ristrutturazione" previsto dall'art. 182 *bis* l. fall.) sono esonerati da revocatoria.

In base alla disposizione in esame, dunque, sono ora esentati da revocatoria solo gli atti suscettibili di essere considerati **esecutivi** del concordato preventivo: in mancanza, quindi, di tale connotazione l'atto potrà senza dubbio essere revocato.

In dottrina non è, tuttavia, pacifica l'individuazione del *dies a quo* dell'esenzione: mentre secondo taluni autori ²⁹⁵ questa riguarderebbe solamente gli atti successivi all'omologa da parte del tribunale, secondo altri ²⁹⁶ occorrerebbe avere riguardo al

²⁹² Si veda, in particolare, Corte di Appello di Catania, 22/11/1982, in *Diritto Fallimentare*, 1983, II, pag. 154.

²⁹³ Non senza delle incongruenze: come si è visto, infatti, gli atti successivi all'omologazione potevano essere revocati nel caso in cui non fossero stati esecutivi del concordato; di conseguenza, era stata prevista una diversa decorrenza del termine per l'esercizio delle azioni revocatorie a seconda che gli atti del debitore fossero precedenti o successivi all'omologazione del concordato preventivo.

²⁹⁴ Si vedano, a tale riguardo, le osservazioni compiute nel paragrafo 2 del presente capitolo.

²⁹⁵ A. Nigro, cit., pag. 378, A. Silvestrini, G. Fauceglia, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione nella nuova disciplina del fallimento. La recente disciplina della revocatoria*, Salerno, 2005, pag. 127.

²⁹⁶ S. Bonfatti, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia, L. Panzani, Torino 2009, I, pag. 659.

deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo presso il tribunale (e dell'accordo di ristrutturazione presso il registro delle imprese).

Qualora venga adottata quest'ultima impostazione, che personalmente ritengo preferibile ²⁹⁷, potrebbero essere revocati, nel fallimento consecutivo, anche gli atti posti in essere nel corso della precedente procedura di concordato preventivo, tutte le volte che tali atti non possano dirsi compiuti in "esecuzione" della procedura.

Il fatto che la norma presupponga la revocabilità di tutti gli atti posti in essere durante il concordato preventivo, ma non in esecuzione dello stesso, costituisce un ulteriore ostacolo alla *retrodatazione* della decorrenza a ritroso del "periodo sospetto" dalla data di apertura della prima procedura concorsuale consecutiva.

In dottrina, si è infatti evidenziato che con ciò "*viene necessariamente messo in dubbio, come ognuno vede, un caposaldo della teoria della c.d. consecuzione di procedure concorsuali*" ²⁹⁸.

Focalizzando l'attenzione sugli atti esecutivi del concordato dopo l'omologa, autorevole dottrina ²⁹⁹ ha precisato che il limite dell'esenzione sia senza dubbio l'accertamento dell'esistenza di un nesso di esecutività necessario tra l'atto compiuto ed il piano di ristrutturazione e/o soddisfo predisposto dal debitore ed accettato dai creditori con la votazione.

Tale nesso non deve essere esaminato dal giudice della revocatoria sotto il profilo della fattibilità, ma sotto il profilo della **strumentalità** rispetto al piano depositato e della non contraddittorietà rispetto agli scopi ed al progetto imprenditoriale o economico che il debitore ha formulato.

²⁹⁷ E ciò in considerazione, da un lato, del principio di favore per la composizione negoziale della crisi e, dall'altro, del suo corollario della tutela dei valori dell'impresa, che non tollererebbero le interruzioni nella gestione aziendale.

²⁹⁸ S. Bonfatti, *ibidem*.

²⁹⁹ P. Pajardi, A. Paluchowsky, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., pag. 436.

5. Prededucibilità dei crediti

Come si è constatato nel paragrafo 2 del presente capitolo, durante la previgente disciplina era controverso stabilire se i crediti sorti durante una procedura concorsuale minore dovessero essere considerati prededucibili nel fallimento successivo.

Per quanto riguarda in particolare la problematica della prededucibilità o meno dei crediti sorti durante il concordato preventivo, essa fu ripetutamente sottoposta all'esame della giurisprudenza, la quale, nonostante qualche esitazione da parte di alcuni giudici di merito ³⁰⁰, si era a lungo schierata in senso negativo, argomentando con il carattere eccezionale della norma di cui all'art. 111, n. 1 l. fall. ³⁰¹

Tale norma, in quanto derogatrice del principio della *par condicio*, sarebbe stata suscettibile di essere applicata, a seguito di un'interpretazione estensiva, solo ai creditori sorti nel corso dell'amministrazione controllata.

L'art. 111, n. 1, infatti, disponendo il pagamento in prededucazione delle spese e dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, era riferibile a tutti i debiti ricollegabili alle finalità della procedura e, quindi, non soltanto a quelli relativi alle spese in senso stretto dell'amministrazione giudiziaria, ma anche a quegli altri che venivano assunti per l'amministrazione del patrimonio del fallito o per l'esercizio provvisorio dell'impresa.

Secondo la Corte era innegabile, infatti, che tra gestione dell'impresa dell'amministrazione controllata ed esercizio provvisorio dell'impresa nel fallimento, pur in presenza di differenze nei presupposti e nelle modalità di svolgimento, sussistesse un'affinità desumibile non soltanto dal carattere comune della loro temporaneità e dell'assoggettamento degli atti di gestione o di esercizio al controllo

³⁰⁰ Hanno riconosciuto il carattere della prededucibilità dei crediti sorti durante il concordato preventivo, tra le altre pronunce, Tribunale di Roma, 4/2/1998, in *Giustizia Civile*, 1998, I, pag. 2316; Corte di Appello di Roma, 31/3/1995, in *Diritto Fallimentare*, 1995, II, pag. 625; Tribunale di Milano, 30/5/1985, in *Il Fallimento*, 1985, pag. 1189.

³⁰¹ Si veda, tra le tante, Corte di Cassazione 14/7/1997, n. 6352, in *Il Fallimento*, 1998, pag. 177; Corte di Cassazione 28/10/1976, n. 3943, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1977, II, pag. 141, con nota di G. Lo Cascio, *Ancora sulla prededucazione: nuove incertezze nella giurisprudenza*.

degli organi della procedura, ma soprattutto dal fatto che entrambi gli istituti tendessero a conservare il valore economico dell'impresa nell'interesse dei creditori. La medesima applicazione in via estensiva della norma di cui all'art. 111 n. 1 l. fall. non era stata, invece, riconosciuta nel concordato preventivo, assumendo questo un contenuto satisfattivo e liquidatorio nel quale l'esercizio dell'impresa era soltanto eventuale e, comunque, se non proprio estraneo, certamente indifferente rispetto alle finalità dell'istituto.

La Suprema Corte aveva inoltre evidenziato come ostava alla qualificazione dei crediti derivanti dal concordato preventivo quali crediti nei confronti della massa l'assenza della loro necessaria riferibilità dal lato passivo agli organi della procedura, trattandosi invece di rapporti obbligatori instauratisi a seguito di decisioni del debitore concordatario, non spossessato del suo patrimonio e non privato del suo diritto di disporre validamente ed efficacemente dello stesso, sia pure nei limiti di cui all'art. 167 l. fall.³⁰²

Ad opposta conclusione si pervenne, invece, con riferimento alle spese dell'ufficio preposto al concordato preventivo, in ragione del fatto che sia il commissario giudiziale sia il liquidatore, nel caso di cui all'art. 182 l. fall., agiscono proprio nell'interesse della massa suddetta, in quanto organi essenziali della procedura, la cui attività è stata ritenuta strumentale alle funzioni liquidative e satisfattive comuni anche nel successivo fallimento e, pertanto, assimilabile, attraverso un'interpretazione estensiva dell'art. 111, n. 1 l. fall. a quella dell'amministrazione del patrimonio fallimentare³⁰³.

L'impostazione della Cassazione era stata criticata dalla prevalente dottrina³⁰⁴, la quale aveva insistentemente denunciato l'irragionevole esclusione dal novero dei

³⁰² Si veda sul punto la già citata Corte di Cassazione, 28/10/1976, n. 3942.

³⁰³ Così Corte di Cassazione, 27/10/1995, n. 11216, in *Il Fallimento*, 1996, pag. 529, con nota di S. Marchetti, *Consecuzione di procedimenti e prededucibilità del credito*.

³⁰⁴ Si vedano in particolare F. De Marco, cit., pag. 283 ss.; C. Sapienza, cit.; G. Lo Cascio, *Sulla prededucibilità dei crediti nel fallimento*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1975, I, pag. 347; G. Lo Cascio, *Ancora sulla prededuzione: nuove incertezze in giurisprudenza*, cit., pag. 141 ss.; A. Bonsignori, cit., pag. 287 ss.; S. Pacchi Pesucci, *Concordato preventivo e prededuzione*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1980, I, pag. 575; S. Pacchi Pesucci, *Continuazione dell'impresa nel concordato preventivo e prededuzione*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1986, I, pag. 87; U. Apice, *Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 1988, pag. 949.

debiti di massa dei crediti sorti durante il concordato preventivo e l'arbitraria differenziazione del regime di questi ultimi rispetto a quelli sorti nell'amministrazione controllata.

Si era, dunque, osservato come *“bisognerebbe essere davvero ingenui a sperare che i finanziatori si sentano spinti a dare credito ad un'impresa in crisi in forza di un altruistico sentimento di collaborazione al risanamento anziché per il convincimento che comunque il nuovo credito sarà facilmente recuperato”*³⁰⁵.

Sotto un profilo più strettamente giuridico, lo sforzo ermeneutico fu rivolto a cercare di dimostrare l'applicabilità dell'art. 111 n. 1 l. fall. anche al concordato preventivo. Si era infatti sostenuto che anche nel concordato preventivo vi fosse la continuazione dell'esercizio dell'impresa (nel senso di cui all'art. 90 l. fall.) *“funzionalizzata allo scopo della procedura che è quello di giungere ad una liquidazione del complesso produttivo per soddisfare, nei termini e nelle modalità stabilite dall'accordo, i creditori”*³⁰⁶.

La continuazione dell'esercizio dell'impresa nel concordato rispondeva pertanto alla necessità, analogamente al fallimento, sia di portare a compimento operazioni in corso, sia di utilizzare, al solo fine di garantire ai creditori una liquidazione ottimale dei beni, l'organismo produttivo finché questo poteva dare nuova attività³⁰⁷.

Si era allora concluso che, se l'esercizio dell'impresa nel concordato si imponeva per le stesse ragioni che lo rendono, talvolta, indispensabile nel fallimento, si sarebbe certamente dovuto ammettere l'applicazione dell'art. 111, primo comma, legge fallimentare anche nell'ipotesi concordataria³⁰⁸.

Si era inoltre osservato che la prededuzione, nel successivo fallimento, dei crediti sorti durante il concordato preventivo fosse motivata con il dettato dell'art. 167 l. fall., il quale, interpretato coerentemente con la teoria della consecuzione delle procedure, avrebbe reso tali crediti opponibili ai creditori anteriori anche in caso di successivo fallimento, sempre che, qualora avessero titolo in atti eccedenti

³⁰⁵ U. Apice, *ibidem*.

³⁰⁶ S. Pacchi Pesucci, op. ult. cit., pag. 100 ss.

³⁰⁷ S. Pacchi Pesucci, *ibidem*.

³⁰⁸ S. Pacchi Pesucci, *ibidem*.

l'ordinaria amministrazione, fossero autorizzati dal giudice delegato ai sensi del secondo comma del medesimo articolo ³⁰⁹.

Pertanto tutto ciò che era stato compiuto, senza l'osservanza di quei controlli e di quelle limitazioni previste dalla legge, nel successivo fallimento sarebbe dovuto essere considerato *tamquam non esset*, mentre qualsiasi altro atto necessario od utile alla procedura ed autorizzato dal giudice delegato, sarebbe stato opponibile nel successivo fallimento.

Non è difficile constatare come tale impostazione fosse strettamente correlata a quella della consecuzione delle procedure concorsuali in quanto, riconosciuto il principio della retrodatazione del termine per l'esercizio dell'azione revocatoria dal momento in cui il dissesto si era effettivamente manifestato ed era stato accertato (dal decreto di ammissione all'amministrazione controllata o al concordato preventivo), si sarebbe dovuta riconoscere la salvezza degli effetti degli atti legittimamente compiuti, sia pure con il rispetto di quelle regole imposte dalla legge (art. 167 e 188 l. fall.).

Il richiamo al principio dell'unitarietà delle procedure concorsuali succedutesi senza soluzione di continuità fu tuttavia ritenuto non pertinente dalla Suprema Corte ³¹⁰.

A metà degli anni '90 il (granitico) orientamento della giurisprudenza di legittimità è stato oggetto di un processo di (parziale) rivisitazione che, attraverso la valorizzazione della possibile funzione conservativa del concordato preventivo, ha consentito di riconoscere natura prededucibile anche ai crediti derivanti da obbligazioni sorte in costanza di quest'ultima procedura, qualora la gestione dell'impresa sia prevista nella proposta quale modalità necessariamente dedotta in concreto per la migliore realizzazione dell'azienda nella sua unità operativa e formi oggetto del decreto di ammissione ed, infine, di valutazione da parte dei creditori e del tribunale nella sede del processo di omologazione ³¹¹.

Conducendo a più compiuta maturazione la riflessione intrapresa, la Suprema Corte ha, quindi, essenzialmente affermato l'astratta compatibilità di una gestione

³⁰⁹ G. Lo Cascio, *Sulla prededucibilità dei crediti nel fallimento*, cit., pag. 359 ss.

³¹⁰ Si veda in particolare, per la motivazione esaustiva, Corte di Cassazione, 18/7/1990, n. 7339, in *Il Fallimento*, 1990, pag. 945.

³¹¹ Corte di Cassazione 27/10/1995, n. 11216, cit.

dell'impresa a fini conservativi di valori per una più proficua liquidazione con il concordato preventivo con cessione di beni ³¹² ed esteso, poi, tale giudizio a qualsiasi forma di concordato preventivo, non potendosi escludere che la gestione dell'impresa possa costituire una modalità essenziale di realizzazione di ogni forma concordataria ³¹³.

La Suprema Corte ritenne dunque che non si ravvisassero ragioni per “*negare tale configurabilità anche nel concordato per garanzia o in quelle forme di concordato per così dire misto, in cui pure lo scopo liquidatorio non soltanto è coordinabile con la gestione dell'impresa ma può trovare in questa una modalità essenziale di realizzazione sotto la vigilanza del commissario giudiziale e la direzione del giudice delegato*” ³¹⁴.

Ai fini della configurabilità di tale impostazione non sarebbe poi rilevante il fatto che nel concordato preventivo la gestione rimanga al debitore, dato che ciò “*avviene in un sistema di controlli e di autorizzazioni... i quali danno sufficiente affidamento che l'attività sia posta in essere nel perseguimento dei fini propri della procedura*” ³¹⁵.

La significativa apertura cui pervenne la Cassazione a favore delle prededucibilità, sia pure a condizione che la gestione dell'impresa diventasse parte integrante della proposta ed oggetto, quindi, dell'approvazione dei creditori e dell'omologazione del tribunale, non fu, tuttavia, condiviso da una parte della dottrina ³¹⁶.

Si evidenziò in particolare come la tesi del Supremo collegio costituisse un modo inutilmente tortuoso di disattendere la tesi seguita costantemente dalla stessa Suprema Corte. Infatti, o si ritiene che il credito risponda ai requisiti della prededucibilità, ed allora la via maestra è quella di applicare estensivamente l'art. 111 n. 1 l. fall., o si opina per l'opposta tesi ³¹⁷.

³¹² Corte di Cassazione, 5/8/ 1996, n. 7140, in *Il Fallimento*, 1997, pag. 269, con nota di M. Fabiani, *Somministrazione e prededuzione: chiusura con spiragli nel concordato preventivo*.

³¹³ Corte di Cassazione, 12/3/1999, n. 2192, in *Il Fallimento*, 2000, pag. 370, con nota di G. Rago, *Prededucibilità nel fallimento dei debiti contratti durante il concordato preventivo*.

³¹⁴ Corte di Cassazione, 12/3/1999, n. 2192, cit.

³¹⁵ Corte di Cassazione, 12/3/1999, n. 2192, cit.

³¹⁶ Si veda in particolare l'ampio commento, riservato alla pronuncia citata più volte in precedenza (Corte di Cassazione, 12/3/1999, n. 2192), di G. Rago, *Prededucibilità nel fallimento dei debiti contratti durante il concordato preventivo*, cit.

³¹⁷ Così G. Rago, cit., pag. 381.

La tesi della Cassazione era stata poi criticata in quanto essa presupponeva che il consenso del Tribunale e dei creditori circa l'esercizio dell'impresa legittimasse ulteriormente l'attività del debitore (come se non bastasse quella del legislatore ex art. 167 l. fall.) conferendo, quindi, ai crediti contratti il carattere della prededucibilità nel successivo fallimento.

Si era allora rilevato come *“ammesso, e non concesso che tale ragionamento sia valido, bisogna poi spiegare come questa attività tutta prededucibile possa venire opposta, nel successivo fallimento, ai creditori privilegiati che non hanno partecipato alla procedura”*³¹⁸.

Infine, sotto un profilo strettamente empirico, la presa di posizione della Suprema Corte era apparsa non di grande aiuto al debitore concordatario: *“ed infatti se condizione per la successiva prededucibilità dev'essere la gestione dell'impresa come espressa modalità della proposta, ben difficilmente i creditori potranno approvarla, senza contare il fatto che, probabilmente si moltiplicheranno le opposizioni da parte dei privilegiati per il concreto rischio di vedersi eroso, successivamente, in caso di fallimento, da parte di creditori estranei alla procedura, il patrimonio su cui potevano contare”*³¹⁹.

Alla luce di tali considerazioni, la volontà o il consenso del tribunale o degli stessi creditori anteriori non avrebbe potuto avere alcuna valenza giuridica dato che solo il legislatore avrebbe potuto qualificare un credito di massa e, quindi, prededucibile.

Tale qualifica era prevista unicamente all'art. 163 n. 4 l. fall. il quale statuiva che il ricorrente dovesse depositare la somma stabilita dal tribunale nel decreto di ammissione *“che si presume necessaria per l'intera procedura”*.

Dato che queste, e solamente queste, sarebbero state le spese prededucibili, era logico che, per *argumentum a contrario*, altri non ne sarebbero potuti sussistere sicché i debiti contratti dal debitore nell'esercizio dell'impresa tali non potevano considerarsi perché non rientravano *“nella somma necessaria per l'intera procedura”*,³²⁰.

³¹⁸ G. Rago, *ibidem*.

³¹⁹ G. Rago, cit., pag. 382.

³²⁰ G. Rago, cit., pag. 383.

A seguito della riforma introdotta dal d. lgs. n. 5/2006, il problema della prededucibilità dei crediti venuti ad esistenza nel corso della procedura di concordato preventivo si deve considerare risolto in senso affermativo, posto che l'art. 111, comma secondo, statuisce che sono considerati crediti prededucibili quelli “sorti in occasione ed in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge”³²¹.

Il riferimento ai crediti sorti “in occasione” della procedura individua quelli derivanti dagli atti compiuti dal debitore nel corso del concordato preventivo, che dunque saranno prededucibili nel successivo fallimento se, ed in quanto, detti atti siano efficaci *ex art. 167 l. fall.*³²².

Non è, quindi, condivisibile l'opinione in base alla quale l'art. 111 e l'art. 167 l. fall. operino su piani diversi³²³.

I crediti sorti nel corso del concordato preventivo sono prededucibili nel successivo fallimento, a norma dell'art. 111 l. fall., solamente nel caso in cui gli atti, da cui tali crediti derivano, siano posti in essere “in occasione” del concordato preventivo, dovendo, pertanto, essere assunti per perseguire interessi non contrastanti con le finalità della procedura.

Ora, dato che l'art. 167 l. fall. prevede, a garanzia di ciò, che l'operato del debitore sia sorvegliato dal commissario giudiziale, e che i relativi atti debbano essere autorizzati dal giudice delegato, l'atto compiuto senza l'autorizzazione di tale organo della procedura non potrà palesemente essere considerato come posto in essere “in occasione” del concordato preventivo, proprio perché non è riferibile agli organi della procedura, e, dunque, alle relative finalità.

In altre parole, l'art. 111 l. fall., laddove prevede la prededucibilità dei crediti sorti “in occasione” del concordato preventivo, mira ad incentivare la stipulazione di atti

³²¹ L. Guglielmucci, cit., pag. 333; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, settima edizione, Milano, 2008, pag. 510; G. B. Nardecchia, *Concordato preventivo*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, IV, Padova, 2006, pag. 49.

³²² A. Audino, in *Commentario breve della legge fallimentare*, diretto da A. Maffei Alberti, quinta edizione, Padova, pag. 968.

³²³ A. Guiotto, *Il credito del professionista nella consecuzione di concordato preventivo in fallimento*, in *Il Fallimento*, 2010, pag. 582; L. Boggio, *Crediti sorti in funzione del concordato preventivo: prededucazione..ma non troppo*, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 1421.

con il debitore ammesso al concordato preventivo, purché però essi possano fornire un contributo al buon esito della procedura ³²⁴.

La prededucibilità non è, dunque, prevista indistintamente per ogni credito sorto durante il concordato preventivo, ma soltanto per quelli riconducibili agli interessi della procedura e che quindi non siano stati dichiarati inefficaci.

L'art. 111 l. fall. prevede poi la prededucibilità dei crediti sorti "in funzione" del concordato preventivo, senza precisare però il significato di tale locuzione e i rapporti con quella precedente.

Appare in particolare controverso stabilire se tale locuzione sia una mera specificazione dei crediti sorti "in occasione" del concordato preventivo, oppure se essa debba implicare la prededucibilità anche dei crediti sorti prima dell'apertura del concordato preventivo o successivamente all'omologazione, purché ovviamente gli atti, dai quali i crediti derivano, siano "in funzione" della procedura.

In relazione alla problematica della prededucibilità, o meno, dei crediti sorti prima della procedura, taluni giudici di merito ³²⁵ si sono pronunciati in senso negativo, ritenendo di conseguenza prededucibili soltanto i crediti sorti durante il concordato preventivo, sotto il controllo dei suoi organi.

Secondo tale orientamento, nulla induce a ritenere che la nuova disposizione normativa abbia voluto aprire la porta ai debiti sorti prima dell'ammissione alla procedura concordataria "*col che si sarebbe legittimato l'accesso alla prededuzione ad una vera e propria valanga di crediti, nati per la sola iniziativa dell'imprenditore e (non lo si potrebbe escludere) magari finalizzati proprio a pregiudicare le ragioni dei creditori anteriori*" ³²⁶.

Si è poi osservato che la natura prededucibile dei crediti sorti durante il concordato preventivo è motivata dal controllo sugli atti del debitore previsto dall'art. 167 l. fall., secondo il quale, come si è più volte constatato, gli atti compiuti dal debitore senza

³²⁴ A tale riguardo, non sembra necessario che la procedura abbia effettivamente un esito fausto (e che quindi il concordato sia poi approvato dai creditori). Ciò che rileva è che l'atto stipulato dal debitore sia destinato, attraverso le operazioni liquidatorie o conservative previste dal piano, al soddisfacimento delle loro ragioni creditorie.

³²⁵ Tribunale di Udine, 15/10/2008, in www.unijuris.it; Tribunale di Pordenone, 8/10/2009, in www.ilcaso.it.

³²⁶ Tribunale di Pordenone, 8/10/2009, cit., il quale richiama il disposto del decreto del Tribunale di Firenze, 26/3/2008.

l'autorizzazione del giudice delegato sono inefficaci nei confronti dei creditori anteriori al concordato: *“sarebbe davvero singolare se quelli compiuti prima dell'apertura della procedura (e dunque senza controllo giurisdizionale) addirittura diventassero prededucibili”*³²⁷.

A tale orientamento si è obiettato, a mio avviso correttamente, che una siffatta interpretazione contrasterebbe con il dettato normativo, non cogliendo la scelta del legislatore di rendere autonome le due ipotesi di crediti sorti “in occasione” o in funzione” del concordato. La scelta è chiara e fatta palese dall'utilizzo della congiunzione “o” nel testo di legge³²⁸.

Pertanto, a meno di voler ritenere che il requisito della funzionalità si risolva in un mero duplicato dell'occasionalità³²⁹, *“deve ammettersi che la prededuzione operi anche per quei crediti che siano venuti ad esistenza al di fuori dei limiti temporali della procedura, purché legati ad essa da un nesso di propedeuticità”*³³⁰.

Si può dunque affermare che a differenza dei crediti che sorgono “in occasione” della procedura, i quali, trovando causa nell'amministrazione dei beni o nell'esercizio dell'impresa nel corso del concordato preventivo, sono considerati prededucibili in quanto la sorveglianza del commissario giudiziale e le autorizzazioni del giudice delegato offrono sufficiente garanzia che i relativi debiti siano stati assunti per perseguire interessi non contrastanti con le finalità della procedura, i crediti sorti “in funzione” della procedura presuppongono che il negozio da cui traggono origine sia finalizzato all'ammissione al concordato preventivo o alla sua esecuzione.

In questo modo vanno inclusi in questa categoria tutti quegli atti sorti prima dell'apertura della procedura, purché essi siano “in funzione” del concordato, nel senso sopra indicato.

Seguendo tale linea di ragionamento, non si vede perché non possano poi rientrare nella categoria in esame anche quei crediti sorti successivamente all'omologazione

³²⁷ Cfr. nota precedente.

³²⁸ L. Boggio, cit., pag., 1418; si veda anche G. Limitone, voce *Prededuzione*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, IV, Padova, 2006, pag. 117.

³²⁹ Portando di conseguenza ad un'abrogazione implicita di quella parte della disposizione di legge che prevede la “funzionalità” quale autonomo titolo di prededucibilità. Così L. Boggio, *ibidem*.

³³⁰ S. Ambrosini, *Il Fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottimo, XI, 2, Padova, 2008, pag. 662.

del concordato, derivanti quindi da atti esecutivi del concordato preventivo, come ad esempio i debiti originati dalle operazioni straordinarie, previste dal piano, finalizzate al soddisfacimento dei creditori³³¹.

Alla luce di queste considerazioni sulla nuova formulazione dell'art. 111 l. fall., possono certamente essere considerati crediti prededucibili quelli conseguenti al finanziamento necessario per costituire il deposito per le spese di procedura³³², ovvero i debiti contratti per la continuazione dell'esercizio dell'impresa che sia prevista dal piano quale condizione per il suo risanamento o per il migliore realizzo dell'attivo (in caso di procedura liquidatoria)³³³, oltre ovviamente a quelli derivanti dal funzionamento della procedura, come i compensi del commissario giudiziale, dello stimatore dei beni, del liquidatore giudiziale, della cui prededucibilità non si è mai dubitato.

Sembra infine risolta positivamente la questione circa il carattere prededucibile o meno del credito del professionista che assiste l'imprenditore sia nella fase antecedente l'apertura del concordato preventivo, sia nel periodo dall'apertura all'omologazione del concordato, sia, ancora, nel periodo successivo alla sua omologazione.

Soffermando, però, l'attenzione sulla natura del credito del professionista che assiste l'imprenditore nella fase antecedente al concordato preventivo, mediante la predisposizione della domanda di concordato preventivo o della relazione prevista dall'art. 161 comma 3, è necessario chiarire se il carattere della prededucibilità di tale credito sorga indipendentemente dal fatto che la domanda di concordato venga dichiarata ammissibile o se, al contrario, l'apertura del concordato sia da considerarsi un requisito implicito della prededucibilità.

Qualora si propenda per la seconda ipotesi, è opportuno precisare se la prededucibilità del credito sia poi subordinata anche all'approvazione del concordato da parte dei creditori.

³³¹ L. Guglielmucci, cit., pag. 250; M. Vitello, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, op. cit., pag. 1670.

³³² A. Audino, cit., pag. 953.

³³³ L. Guglielmucci, *ibidem*.

Il Tribunale di Milano ha statuito in una recente pronuncia ³³⁴ che il credito di un professionista che ha redatto la relazione che deve accompagnare la domanda di concordato preventivo sia prededucibile nel successivo fallimento anche nel caso in cui il concordato non venga approvato dai creditori, essendo sufficiente che la domanda di concordato sia dichiarata ammissibile.

In precedenza, il Tribunale di Udine ³³⁵ aveva dichiarato non prededucibile nel successivo fallimento, il credito del professionista che ha redatto la domanda di concordato preventivo dichiarata inammissibile, in quanto è necessario che la procedura sia stata effettivamente aperta a norma dell'art. 163 l. fall.

Come si può constatare, entrambe le pronunce in esame hanno ritenuto necessario, ai fini della prededucibilità, che la domanda di concordato preventivo venga dichiarata ammissibile.

Per quanto riguarda poi la problematica circa la necessità o meno dell'approvazione del concordato da parte dei creditori affinché il credito venga considerato prededucibile nel successivo fallimento, essa è stata affrontata solamente dal Tribunale di Milano, il quale ha optato per la soluzione negativa.

Nella pronuncia in esame, infatti, il Tribunale di Milano ha evidenziato che *“se il legislatore avesse inteso subordinare il riconoscimento della prededuzione ad un ulteriore requisito quale l'approvazione della proposta concordataria da parte dei creditori o la successiva omologa avrebbe diversamente formulato la norma”*.

Secondo il Tribunale di Milano, dunque, il legislatore, facendo ricorso al concetto di nesso occasionale e funzionale senza operare alcuna distinzione tra le fasi interne della procedura, ha voluto tutelare in modo evidente i professionisti che prestano la loro opera al fine di agevolare l'ammissione del debitore al concordato preventivo.

L'impostazione in esame, sebbene abbia ricevuto l'approvazione della prevalente dottrina ³³⁶, è stata tuttavia criticata da un autore ³³⁷ il quale ha rilevato una contraddizione insita nel ragionamento del Tribunale meneghino, il quale, da un lato,

³³⁴ Tribunale di Milano, 20/8/2009, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 1413.

³³⁵ Tribunale di Udine, 15/10/2008, cit.

³³⁶ Si veda in particolare G. B. Nardecchia, *L'art. 169 l. fall. dopo la riforma del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 642.

³³⁷ L. Boggio, cit., pag. 1423.

riconosce la piena tutela ai professionisti, e, dall'altro, subordina la prededucibilità del relativo credito all'apertura della procedura concordataria.

Si è infatti osservato che l'affermazione, in base alla quale la legge voglia tutelare **pienamente** i soggetti che prestano la propria opera al fine di procurare l'accesso al concordato preventivo, non può che comportare che il credito del prestatore di servizi sia prededucibile a prescindere dal risultato della propria opera.

In altri termini, la tutela del professionista che assiste l'imprenditore, per dirsi davvero "piena", non può in alcun modo subire eccezioni o vincoli di alcun tipo, dovendosi di conseguenza escludere che la prededucibilità sia subordinata all'ammissione della domanda di concordato preventivo.

In caso contrario, i creditori per rapporti "strumentali" all'accesso al concordato preventivo, essendo nell'incertezza del pagamento del loro corrispettivo, tenderebbero ad evitare, in difetto della prededucazione nel fallimento consecutivo, di svolgere prestazioni necessarie al debitore per accedere alla procedura ³³⁸.

Sulla questione in esame, e più in generale sulla problematica della prededucazione dei crediti sorti in occasione ed in funzione delle procedure concorsuali, è intervenuto il legislatore inserendo nella legge fallimentare una nuova disposizione, l'art. 182-*quater*, introdotto dall'art. 48 della legge finanziaria di cui al decreto legge n. 78 del 31 maggio 2010, la quale, da un lato, ha risolto taluni problemi interpretativi, e dall'altro, ne ha posti degli altri.

È dunque assai opportuno analizzare tale nuova disposizione in particolare in relazione alle problematiche sollevate nel presente paragrafo.

³³⁸ L. Boggio, cit., pag. 1425.

5.1 Art. 182- *quater* R.D. 16 marzo 1942, n. 267

L'art. 182- *quater* statuisce che sono prededucibili ai sensi e per gli effetti dell'art. 111 l. fall. i crediti derivanti da finanziamenti in qualsiasi forma effettuati da banche ed intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli art. 106 e 107 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, in esecuzione del concordato preventivo o degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

Tale disposizione, statuendo che la nuova finanza concessa all'impresa in crisi sia prededucibile purché essa sia effettuata in esecuzione di un concordato preventivo, non fa che confermare l'orientamento interpretativo di cui si è detto in precedenza circa l'art. 111 l. fall.: all'interno infatti dei crediti sorti "in funzione" del concordato preventivo vi rientrano senza alcun dubbio anche quelli sorti dopo l'omologazione del concordato preventivo, purché gli atti, da cui tali crediti derivano, siano esecutivi, e quindi "in funzione", dell'accordo omologato.

In dottrina ³³⁹ si è dunque rilevato che tale innovazione sia stata particolarmente opportuna, più che per il concordato preventivo, soprattutto per l'accordo di ristrutturazione, non essendo esso qualificabile come procedura concorsuale.

Il secondo comma, ispirato alla medesima finalità ³⁴⁰, precisa poi che sono altresì prededucibili i crediti derivanti da finanziamenti effettuati dai soggetti sopra precisati in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo o della domanda di accordo di ristrutturazione dei debiti **purché il concordato preventivo o l'accordo siano omologati.**

Il riconoscimento della natura prededucibile ai crediti derivanti da finanziamenti concessi "in funzione" della presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo (o a quella di omologazione dell'accordo di ristrutturazione) è

³³⁹ S. Ambrosini, *Appunti "flash" sull'art. 182-quater della legge fallimentare*, in www.ilcaso.it

³⁴⁰ S. Ambrosini, *op. ult. cit.*

senza dubbio coerente con le interpretazioni meno restrittive fornite in dottrina e in giurisprudenza sul secondo comma dell'art. 111 ³⁴¹.

È stato dunque precisato che l'area della prededucibilità vada estesa a tutti i crediti che risultino, in concreto, strumentali all'accesso dell'impresa in crisi ad uno dei due strumenti in questione.

Va tuttavia rimarcato che la legge ora subordini la prededucibilità del finanziamento all'omologazione del concordato preventivo, col rischio concreto *“di disincentivare la concessione di nuova finanza da parte delle banche, costituendo il provvedimento di omologazione un evento eccessivamente incerto, oltre che potenzialmente lontano nel tempo”* ³⁴².

La necessità dell'omologa ai fini della configurazione della prededucibilità è richiesta poi anche al quarto comma della norma in esame per i compensi spettanti al professionista incaricato di predisporre la relazione di cui agli art. 161, terzo comma, 182- *bis*, primo comma.

A prescindere dalla opportunità o meno di subordinare la prededucibilità del credito del professionista attestatore *ex art. 161 l. fall.* all'omologazione del concordato, è opportuno domandarsi quale sia la natura del credito degli altri professionisti coinvolti nel tentativo di evitare il fallimento (come i redattori del piano e del ricorso per l'accesso alla procedura).

Il fatto che la norma in esame non faccia alcun riferimento a tali soggetti, potrebbe, infatti, generare il dubbio che il relativo credito non sia prededucibile.

Ma ammesso che lo sia ugualmente, non è chiaro se la prededucibilità di tali crediti sia subordinata (come hanno ritenuto i tribunali di Milano e di Udine) all'accoglimento della domanda di concordato preventivo, oppure, come taluno ³⁴³ ha sostenuto, la piena tutela riservata ai professionisti che assistono l'imprenditore in crisi non possa subire alcuna deroga o limitazione.

Per rispondere a tali quesiti, va preliminarmente precisata la corretta collocazione dell'art 182- *quater* all'interno del vigente sistema concorsuale.

³⁴¹ Alla cui trattazione rimando.

³⁴² S. Ambrosini, op. ult. cit.

³⁴³ L. Boggio, cit., 1423.

In dottrina ³⁴⁴ si è correttamente rilevato come tale norma non vada ad interferire con il disposto del secondo comma dell'art. 111, costituendo al contrario “*una fattispecie dotata di autonomia concettuale e precettiva*”.

Ne consegue che i crediti dei soggetti non menzionati dall'art. 182- *quater*, come i professionisti che redigono il piano o il ricorso per l'accesso alla procedura, siano prededucibili qualora gli atti da cui essi derivano siano posti “in occasione o in funzione di una procedura concorsuale di cui alla presente legge”.

Una volta chiariti i rapporti tra l'art. 111 e l'art. 182-*quater* l. fall., rimane da appurare se i crediti che siano sorti prima dell'apertura del concordato, e che non rientrino nelle fattispecie contemplate dall'art. 182-*quater* l. fall., siano da considerarsi prededucibili nel successivo fallimento soltanto nel caso in cui il concordato venga effettivamente aperto, oppure indipendentemente da tale circostanza.

A parere di chi scrive, sembra preferibile la prima soluzione: il fatto che l'art. 182-*quater* l. fall. richieda, non soltanto l'approvazione, ma anche l'omologazione del concordato preventivo, dovrebbe infatti comportare che, per tutti gli altri crediti, non menzionati dalla norma, sorti in funzione dell'ammissione al concordato preventivo, sia richiesta *almeno* l'effettiva apertura della procedura concordataria ³⁴⁵.

In altre parole, l'art. 111 l. fall., laddove conferisce il carattere prededucibile ai crediti sorti “in funzione” del concordato, vuole sì incoraggiare e “premiare” i professionisti che abbiano fornito un contributo importante nella fase di ammissione alla procedura, ma non incondizionatamente, richiedendo, implicitamente, che il debitore venga poi effettivamente ammesso.

Va tuttavia evidenziato come sia davvero incomprensibile la scelta operata dal legislatore di prevedere all'art. 182-*quater* una diversa disciplina per alcuni

³⁴⁴ S. Ambrosini, op. ult. cit.

³⁴⁵ Non è chiaro invece se sia richiesta anche l'approvazione del concordato da parte dei creditori: sulla delicata questione, generata da una lacuna normativa, sembra corretta l'impostazione seguita dal Tribunale di Milano (20/8/2009, cit.), esposta nel paragrafo precedente.

In tale sede, si è visto infatti che il Tribunale menegino non avesse ritenuto necessaria, ai fini del riconoscimento della prededucazione, l'approvazione del concordato, sottolineando che “*se il legislatore avesse inteso subordinare il riconoscimento della prededucazione ad un ulteriore requisito quale l'approvazione della proposta concordataria da parte dei creditori o la successiva omologa avrebbe diversamente formulato la norma*”.

professionisti, in base alla quale, come visto, la prededucibilità è vincolata anche all'omologazione del concordato.

Perché, allora, il credito del professionista attestatore del piano *ex art. 161* è considerato prededucibile solamente nel caso in cui il concordato venga in seguito omologato, quando invece gli altri professionisti coinvolti nel tentativo di evitare il fallimento (come i redattori del piano), non menzionati dalla norma, possono fruire della più benevola disciplina di cui all'art. 111 l. fall.?

In dottrina ³⁴⁶ si è cercato di superare queste indubbe incongruenze riformulando l'ultima parte del secondo comma, come l'ultima parte del quarto, nel modo seguente: “purché la domanda di ammissione al concordato preventivo sia accolta o l'accordo sia omologato”.

Si è poi rilevato che, in un'ottica di soluzione dei problemi, sarebbe preferibile che la norma facesse riferimento anche “ai professionisti incaricati di elaborare e predisporre il piano di concordato preventivo o l'accordo di ristrutturazione, di redigere e presentare la domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione” ³⁴⁷.

Per quanto riguarda il terzo comma della norma in esame, esso prevede una deroga agli art. 2467 e 2497-*quinquies* del codice civile, stabilendo che “*il primo comma si applica anche ai finanziamenti effettuati dai soci, fino a concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare*”.

Con tale disposizione il legislatore cambia radicalmente prospettiva rispetto a quanto disposto con la riforma del diritto societario del 2003, nella quale si era deciso di imboccare la via del rigore stabilendo (negli art. 2467 e 2497-*quiniess* c.c.) la postergazione del credito del socio rispetto ai creditori della società.

Ora invece il credito del socio da postergato si trasforma in prededucibile.

In dottrina ³⁴⁸ si è evidenziato che la ragione di un siffatto mutamento di rotta vada intravisto nella volontà di incentivare i soci ad assumersi un impegno finanziario che

³⁴⁶ S. Ambrosini, op. ult. cit.

³⁴⁷ S. Ambrosini, op. ult. cit.

³⁴⁸ M. Fabiani, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fallimento*, 2010, pag. 905.

sanno potrà essere remunerato e non verrà di conseguenza più considerato a fondo perduto.

Sorgono tuttavia almeno due problemi: da un lato vi possono essere delle complicazioni sistematiche di diritto societario, dall'altro il beneficio della prededuzione ai soci si può trasformare in un mezzo di pressione da parte delle banche *“disponibili all'erogazione del finanziamento ma a condizione che facciano altrettanto i soci”*³⁴⁹, col rischio concreto che gli istituti di credito diventino più riluttanti nel concedere nuove risorse.

Il quinto comma dispone infine che *“con riferimento ai crediti indicati ai commi secondo, terzo e quarto, i creditori sono esclusi dal voto e dal computo delle maggioranze per l'approvazione del concordato ai sensi dell'art. 177 e dal computo della percentuale dei crediti prevista all'articolo 182- bis, primo e sesto comma”*.

Riguardo a tale ultima disposizione, si è rilevato come notoriamente i creditori privilegiati e, quindi, *a fortiori*, quelli da soddisfarsi in prededuzione siano privi di voto, con la conseguenza *“il riferimento potrebbe pertanto venire espunto”*³⁵⁰.

³⁴⁹ M. Fabiani, *ibidem*.

³⁵⁰ S. Ambrosini, op. ult. cit.

6. Sospensione del decorso degli interessi

In forza del rinvio, operato dall'art. 169 l. fall., all'art. 55 l. fall., dalla data della presentazione della proposta di concordato preventivo rimane sospeso il decorso degli interessi convenzionali o legali sui crediti chirografari, mentre continuano a decorrere gli interessi sui crediti assistiti da ipoteca, pegno, privilegio generale o speciale.

L'art. 54, comma 3, richiamato dall'art. 55 l. fall., stabilisce che l'estensione del diritto di prelazione agli interessi è regolata dagli art. 2749, 2788 e 2855, commi secondo e terzo, c.c.

In passato, si era discusso se il blocco degli interessi dovesse operare non soltanto quando la procedura di concordato preventivo si fosse conclusa positivamente, ma anche nel caso in cui ad essa fosse seguita la dichiarazione di fallimento.

In proposito, una parte minoritaria della dottrina aveva ritenuto che il blocco degli interessi alla data della domanda di ammissione al concordato preventivo avrebbe avuto ragione d'essere soltanto in caso di esito fruttuoso della procedura, perché viceversa, in caso di successivo fallimento, la loro cessazione avrebbe avuto inizio da tale momento ³⁵¹.

La soluzione adottata dalla giurisprudenza e dalla prevalente dottrina aveva invece portato alla sospensione del decorso degli interessi a partire dalla presentazione della domanda di concordato anche nei casi in cui il concordato si fosse concluso negativamente, con conseguente dichiarazione di fallimento ³⁵², salvo però l'ipotesi in cui la domanda di concordato fosse stata disattesa, non potendosi configurare in questo caso una consecuzione di procedimenti ³⁵³.

Tale orientamento si fondava sulla teoria della consecuzione delle procedure concorsuali, in base alla quale, come noto, la conversione del concordato preventivo

³⁵¹ G. Alessi, *Sospensione degli interessi nel concordato preventivo seguito da fallimento*, in *Il Fallimento*, 1992, pag. 113 ss.

³⁵² Corte di Appello di Milano, 3/2/1984, in *Il Fallimento*, 1984, pag. 970; Tribunale di Venezia, 3/5/1986, in *Il Fallimento*, 1986, pag. 1393.

³⁵³ Tribunale di Pavia, 1/10/1987, in *Nuova Giurisprudenza Commerciale*, 1988, I, pag. 413.

in fallimento costituiva un unico processo, di modo che gli atti, le preclusioni, le attività e gli effetti del secondo procedimento sarebbero stati retrodatati alla data del sorgere del primo.

Ne conseguiva pertanto che anche i termini previsti dall'art. 55 l. fall. sarebbero decorsi dal momento in cui fosse stata accertata l'insolvenza, ossia dal concordato preventivo.

In dottrina si era però dubitato che la conservazione nel fallimento degli effetti della sospensione del decorso degli interessi sui crediti non assistiti da prelazione avvenisse anche nell'ipotesi in cui il fallimento fosse stato dichiarato a seguito della risoluzione o dell'annullamento del concordato preventivo.

Alcuni autori, infatti, avevano sostenuto che, nel caso della risoluzione e dell'annullamento, non avrebbe trovato applicazione il principio sopra enunciato, perché si sarebbe trattato, invece, di due procedimenti legati indubbiamente da un nesso di causalità, ma che presentavano un intervallo temporale idoneo ad escludere la conclusione sopraddetta ³⁵⁴.

La dottrina prevalente riteneva, tuttavia, che la sospensione continuasse ad operare anche nel periodo intercorrente tra l'omologazione e la risoluzione del concordato preventivo ³⁵⁵.

Laddove la declaratoria di fallimento seguisse alla chiusura anticipata del concordato preventivo di società, con conseguente dichiarazione di fallimento dei soci illimitatamente responsabili, la sospensione degli interessi avrebbe operato dalla data della proposta di concordato preventivo anche in riferimento alle obbligazioni personali di questi ultimi, nonostante costoro non fossero stati assoggettati alla prima procedura ³⁵⁶.

Il problema tuttavia più controverso in materia di sospensione del decorso degli interessi in caso di successione di procedure concorsuali si presentava laddove il fallimento fosse intervenuto dopo un infruttuoso esperimento dell'amministrazione

³⁵⁴ A. Bonsignori, op. cit., pag. 525.

³⁵⁵ Si veda in particolare G. Rago, *L'esecuzione del concordato preventivo*, 1996, pag. 227 ss.

³⁵⁶ Corte di Cassazione, 30/5/1994, n. 5284, in *Il Fallimento*, 1995, pag. 138; Tribunale di Bologna, 19/3/1988, in *Il Fallimento*, 1989, pag. 301. Sull'applicabilità della teoria della consecuzione dei procedimenti ai soci illimitatamente responsabili si veda la più diffusa disamina di cui al paragrafo 10 del presente capitolo.

controllata, non essendovi in tale sede una norma che richiamasse espressamente l'art. 55 l. fall. (a differenza di quanto avveniva nell'ambito del concordato preventivo con l'art. 169 l. fall.).

La tesi dominante optava per far decorrere la sospensione degli interessi dal giorno della sentenza dichiarativa di fallimento³⁵⁷ proprio sulla base della mancanza, nella disciplina normativa dell'amministrazione controllata, di un richiamo diretto o indiretto all'art. 55 l. fall.

Si era poi evidenziato come nella fattispecie in esame non fossero rinvenibili ragioni ermeneutiche che giustificassero l'estensione all'amministrazione controllata, procedura con funzione conservativa, della cristallizzazione dei crediti chirografari, prevista per il fallimento e per il concordato preventivo, e cioè per procedure di carattere liquidatorio e satisfativo.

Avverso a tale impostazione, si era rilevato come il mancato richiamo all'art. 55 l. fall., certamente non imputabile ad una svista del legislatore, si limitasse a provare che nessuna falcidia di interessi fosse voluta per la durata dell'amministrazione controllata³⁵⁸.

Diverso il caso in cui fosse sopraggiunto il fallimento, dovendosi applicare in tal caso l'istituto giurisprudenziale della *consecutio*, il quale non avrebbe comportato affatto l'estensione all'amministrazione controllata dell'effetto di cristallizzazione dei crediti previsto per le procedure liquidatorie, ma semplicemente avrebbe fatto decorrere il blocco degli interessi dalla data effettiva dell'**accertamento dell'insolvenza** eseguito in questo caso in sede di ammissione all'amministrazione controllata.

Secondo l'orientamento in esame, contrastante con la giurisprudenza di legittimità e la dottrina prevalente, se era unico il fenomeno economico alla radice delle due procedure, e se era unica la finalità principale perseguita delle due procedure, ovvero la tutela paritaria dei creditori, sarebbe stato altresì unico il procedimento complessivo in cui si sostanziava la consecuzione di procedure.

³⁵⁷ Si veda in particolare la pronuncia della Corte di Cassazione, 15/2/1995, n. 1638 in *Il Fallimento*, 1995, pag. 945.

³⁵⁸ U. Apice, *Consecuzione di procedure ed effetti del fallimento*, in *Il Fallimento*, 1996, pag. 727.

Ne conseguiva che sarebbe stata pertanto ingiustificata la discriminazione di effetti in ordine al congelamento dei crediti.

Oggi, la problematica circa il decorso del blocco degli interessi in caso di successione di procedure concorsuali, concerne solamente l'ipotesi in cui il fallimento venga dichiarato a seguito dell'esito infruttuoso del concordato preventivo, dato che la procedura di amministrazione controllata è stata abrogata dal d. lgs. 5/2006.

Sulla base di quanto evidenziato nei paragrafi precedenti ³⁵⁹, si può affermare che attualmente concordato preventivo e fallimento abbiano autonomi e distinti presupposti, finalità e disciplina così che quando vi sia un susseguirsi di essi, pur senza soluzione di continuità, non si verifica alcuna retrodatazione di effetti dalla seconda alla prima procedura, ma una semplice sequenza temporale, priva di ogni rilevanza giuridica.

La cessazione del concordato, anche se contestualmente seguita dalla dichiarazione di fallimento del debitore, produce la caducazione di tutti gli effetti sorti in essa, salvo quelli che il legislatore dichiara espressamente di far salvi ³⁶⁰.

Venuto pertanto meno il principio della consecuzione delle procedure concorsuali, la sospensione degli interessi inizia a decorrere, in caso di sopraggiunto fallimento, dalla relativa declaratoria, e non più dalla data di presentazione della domanda di concordato preventivo.

A tale riguardo non è rilevante il fatto che l'art. 169 abbia mantenuto il rinvio all'art. 55 l. fall.

L'art. 55 dispone che la dichiarazione di fallimento sospende per i creditori chirografari il corso degli interessi agli effetti del concorso sino alla chiusura della procedura, mentre l'art. 169 sancisce l'applicabilità dell'art. 55 al concordato preventivo, sospendendo gli interessi alla data di presentazione del concordato preventivo.

³⁵⁹ Si veda in particolare il paragrafo 2 del presente capitolo.

³⁶⁰ Ovvero, come noto, l'esenzione da revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo (art. 67, comma 3, lett. e) e la prededucibilità dei crediti sorti in occasione ed in funzione di quest'ultimo (art. 111 l. fall.)

Ora, l'art. 55, applicato al concordato, va inteso nel senso che la presentazione della domanda di concordato preventivo sospende per i creditori chirografari il corso degli interessi "agli effetti del concorso sino alla chiusura del concordato".

Pertanto, la sospensione degli interessi si verifica solo se si perviene alla chiusura del concordato mentre cessa se viene dichiarato il fallimento.

In tale ultima ipotesi, dalla sentenza di fallimento inizia una nuova sospensione degli interessi del tutto autonoma da quella disposta dal concordato.

7. La compensazione

Dispone l'art. 169 l. fall. che “*si applicano, con riferimento alla data di presentazione della domanda di concordato, le disposizioni degli articoli...56...*”.

Quindi, sulla base del combinato disposto dei suddetti articoli, deve affermarsi che la compensazione di cui all'art. 56 l. fall. si applica anche alla procedura di concordato preventivo, con la conseguenza che l'art. 56 l. fall. va così letto: “*I creditori hanno diritto di compensare coi loro debiti verso il debitore concordatario i crediti che essi vantano verso lo stesso, ancorché non scaduti prima della data di presentazione della domanda di concordato preventivo.*”

Per i crediti non scaduti la compensazione tuttavia non ha luogo se il creditore ha acquistato il credito per atto tra vivi dopo la data di presentazione della domanda di concordato preventivo o nell'anno anteriore”.

Sulla base di tale riformulazione, il creditore *in bonis* non può compensare il debito contratto con il debitore concordatario, successivamente alla data di presentazione della domanda di concordato, con il credito che egli vantava nei confronti del suddetto debitore prima della suddetta domanda in quanto, contrariamente, ne risulterebbe alterata la *par condicio creditorum*: ammesso il debitore alla procedura di concordato, i crediti diventano inesigibili stante la cristallizzazione della massa destinata al pagamento dei creditori concordatari, sicché viene a mancare uno dei requisiti (l'esigibilità) perché la compensazione possa avere luogo³⁶¹.

Si può ritenere invece ammissibile la compensazione tra il debito che il contraente *in bonis* ha nei confronti del debitore concordatario con il credito che vanta a seguito di un'obbligazione sorta durante il concordato.

In tal caso, infatti, sia il debito che il credito devono essere pagati integralmente, sicché, non vi è ragione di non far luogo alla compensazione.

Quanto al momento in cui la compensazione deve essere fatta valere, alcuni autori avevano ritenuto che sarebbe stato necessario tener conto del passaggio in giudicato della sentenza di omologazione, a decorrere dal quale la compensazione avrebbe

³⁶¹ A. Di Majo, in *Codice commentato del fallimento*, op. cit., diretta da G. Lo Cascio, pag. 1519.

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 per effetto della falcidia concordataria ³⁶².

Si era, però, replicato che, mancando un giudizio di accertamento del passivo, la richiesta di compensazione non potesse che avvenire nella fase d'esecuzione del concordato, in quanto in precedenza la dichiarazione dei crediti risultava finalizzata esclusivamente al computo del voto ³⁶³.

Nella nuova normativa, nonostante la regola di cui all'art. 56 relativamente agli effetti compensativi non abbia subito alcuna modifica, è opportuno rimarcare che non è più prevista una procedura rigida, *“né sussiste alcuna preclusione al contenuto specifico della proposta ed alla conclusione di accordi tra debitore e creditori con cui possono essere definiti i rapporti obbligatori di ciascuna classe di creditori, sicché questa diversa situazione dovrebbe riflettersi anche sulle modalità della compensazione e sui tempi in cui possa essere fatta valere”* ³⁶⁴.

L'ipotesi tuttavia più controversa riguardava (e riguarda tuttora) il caso in cui alla procedura di concordato seguisse il fallimento.

In tale ipotesi, ove il creditore abbia, durante la procedura, contratto un debito nei confronti del debitore concordatario, se si fosse tenuto conto soltanto della procedura di fallimento, avulsa dal concordato, entrambi i crediti e i debiti sarebbero esistiti alla data di fallimento, e, pertanto, sarebbero stati compensabili ai sensi dell'art. 56 l. fall. Se, invece, si fosse considerata l'unitarietà delle due procedure si sarebbe dovuto riconoscere che lo stato d'insolvenza dell'imprenditore che caratterizzava l'apertura della prima procedura fosse quello stesso che concerneva il fallimento.

Pertanto la cristallizzazione delle posizioni patrimoniali del debitore, con effetto dalla data di ammissione al concordato, avrebbe determinato tutte le sue conseguenze, anche in tema di compensazione e di applicazione della disposizione di cui all'art. 56.

³⁶² R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, IV, Milano, 1974, pag. 2276.

³⁶³ G. Bozza, *Il concordato preventivo: effetti per i creditori*, in *Il Fallimento*, 1992, pag. 246 ss.

³⁶⁴ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, settima edizione, Milano, 2008, pag. 465.

Durante la previgente disciplina era prevalsa la seconda impostazione per cui il debito contratto durante la procedura di concordato non poteva essere compensato con il credito che il suddetto creditore vantava nei confronti del debitore per un'obbligazione sorta prima dell'ammissione alla procedura di concordato³⁶⁵.

Si era poi ritenuto che alla stessa soluzione si dovesse pervenire anche nell'ipotesi in cui, a favore del creditore *in bonis* fosse sorto un credito durante la procedura; e questo anche nel caso in cui si fosse voluto optare per la tesi che i suddetti crediti andassero pagati in prededuzione nel successivo fallimento.

Infatti, sarebbe stato pur sempre un credito sorto dopo il fallimento (in virtù dell'effetto retroattivo) sicché sarebbe mancata la condizione principale per l'operatività della compensazione ossia che le obbligazioni fossero sorte entrambe prima del fallimento³⁶⁶.

Nella nuova normativa, la prospettiva dell'unitarietà delle due procedure di concordato e di fallimento successivo non è più configurabile, in quanto la prima procedura si potrebbe fondare su uno stato di crisi diverso dall'insolvenza, cosicché le due situazioni devono essere valutate autonomamente.

La compensazione dovrebbe operare limitatamente alle obbligazioni che sorgono prima dell'inizio del concordato, restando preclusa sia quella tra crediti e debiti sorti, rispettivamente, prima e dopo l'apertura della procedura, sia la retrodatazione degli effetti compensativi a decorrere dal concordato in caso di fallimento consecutivo.

Sul tema si è tuttavia pronunciata la Cassazione, nella sentenza n. 18437 del 06/08/2010 (sezione I civile), in cui ha confermato la validità dell'orientamento vigente nella pregressa disciplina in base al quale, dunque, nel fallimento dichiarato consecutivamente al concordato preventivo, il credito sorto, nei confronti dell'imprenditore concordatario, in epoca anteriore alla presentazione della domanda di concordato non è compensabile col debito contratto nel corso della procedura.

³⁶⁵ Si veda tra le altre Corte di Cassazione, 28/8/1995, n. 9030, in *Il Fallimento*, 1996, pag. 69; con riferimento all'ipotesi in cui il fallimento fosse seguito all'amministrazione controllata, si veda Corte di Cassazione, 5/8/1997, n. 7194, in *Il Fallimento*, 1998, pag. 56 con nota di G. Tarzia.

³⁶⁶ G. Bozza, op. ult. cit., *ibidem*.

L'impostazione della Suprema Corte si fonda sulla (ritenuta) sopravvivenza, nell'attuale dettato normativo, della teoria giurisprudenziale della consecuzione delle procedure concorsuali.

Nella pronuncia in esame, il Supremo Collegio ha, infatti, statuito espressamente che *“il principio della consecuzione delle procedure debba trovare applicazione anche dopo l'entrata in vigore della nuova normativa fallimentare”*.

Data la notevole importanza dell'intervento della Corte di Cassazione sul tema centrale della validità della teoria della consecuzione delle procedure concorsuali nella nuova disciplina, ritengo opportuno dedicare alla predetta sentenza un relativo paragrafo.

7.1 Corte di Cassazione 06/08/10, n. 18437: verso la conferma della teoria della *consecutio*?

Il caso sottoposto alla Corte concerneva la compensabilità o meno di un credito sorto, nei confronti del debitore concordatario, in epoca anteriore alla presentazione della domanda di concordato con un debito contratto nel corso della procedura.

Il caso in esame riguardava una banca che aveva stipulato con una società un mutuo fondiario ipotecario, al tasso annuo variabile indicizzato euribor a tre mesi e con interessi di mora maggiorati dell'uno per cento rispetto al tasso contrattuale.

Il mutuo era garantito, oltre che da ipoteca, anche dal pegno di obbligazioni della banca che avevano maturato cedole fino ad un determinato periodo e dal pegno, munito di data certa, di una polizza vita a favore della società, scaduta, con il relativo accredito ricevuto dalla banca.

La mutuataria non aveva provveduto a pagare le rate scadute, per cui la società risultava debitrice di una notevole somma per capitale, nonché di un ulteriore importo per interessi contrattuali (corrispettivi e moratori).

La società in questione, dopo essere stata ammessa al concordato preventivo, veniva dichiarata fallita dal tribunale di Venezia, non essendo state raggiunte le maggioranze richieste per l'approvazione del concordato.

La banca chiedeva l'ammissione al passivo per la somma di cui ai titoli detti, oltre agli interessi contrattuali e di mora del 7,35% e poi legali fino alla data del progetto di riparto, somma dalla quale la banca chiedeva fosse dedotto, per compensazione, l'ammontare complessivo delle cedole e dell'accredito della polizza vita.

Il giudice delegato ammetteva la banca al passivo fallimentare per la somma in linea capitale oltre interessi contrattuali al 7,35% e interessi legali successivi fino alla vendita del bene, non riconoscendo la compensazione.

La banca proponeva opposizione avverso tale provvedimento, sostenendo che, essendo venuto meno per effetto della legge n. 80/2005, dei decreti legislativi n. 5/2006 e 169/2007 il principio della consecuzione delle procedure concorsuali, la stessa aveva diritto di ritenere e portare in compensazione con il proprio credito privilegiato le somme derivate dalle cedole.

Il Tribunale di Venezia rigettava l'opposizione della banca, ritenendo applicabile, nel caso di specie, l'istituto della *consecutio*, con conseguente riconoscimento di minori interessi e l'esclusione della invocata compensazione.

Avverso tale decreto, la banca proponeva ricorso per Cassazione.

Ad avviso del ricorrente, il Tribunale avrebbe errato nel retrodatare gli effetti della sentenza di fallimento alla data di presentazione della domanda di concordato ai fini dell'individuazione dell'anno in corso e del divieto di compensazione, in quanto il giudice non avrebbe tenuto conto che, a seguito della riforma delle procedure concorsuali, non sarebbero stati applicabili, nella ipotesi in cui fosse stata dichiarata l'inammissibilità della domanda concordataria³⁶⁷, i precedenti principi giurisprudenziali in tema di cristallizzazione degli effetti delle due procedure alla data di presentazione della domanda di concordato³⁶⁸.

³⁶⁷ In realtà sia il ricorrente che il tribunale sono incorsi in una imprecisione: come si è visto infatti nel paragrafo 2.3 del precedente capitolo, nonostante l'art. 179 l. fall. faccia incautamente rinvio all'art. 162 secondo comma, il tribunale dovrà dichiarare non già inammissibile, bensì **non approvato** il concordato e chiudere così la procedura.

³⁶⁸ È opportuno precisare che, all'interno degli effetti prodotti dal fallimento consecutivo, la retrodatazione di essi alla presentazione della proposta di concordato preventivo si verificava

Ciò perché, in conseguenza di tale riforma, il provvedimento di diniego del concordato e la successiva sentenza di fallimento dovrebbero ritenersi distinti e autonomi l'uno rispetto all'altra, considerato che la condizione in cui deve trovarsi attualmente l'imprenditore per accedere al concordato è lo stato di crisi, che non coincide necessariamente con lo stato di insolvenza, e considerato altresì che, nel vigore della pregressa disciplina, all'esito infausto del concordato preventivo il fallimento ne costituiva l'unico sbocco possibile, mentre ora si dovrebbe valutare in concreto se sussista detta condizione di fallibilità.

Con il provvedimento di diniego del concordato preventivo, pertanto, cesserebbero anche gli effetti di cui al combinato disposto degli art. 169-55-56 l. fall. per cui dovrebbe ritenersi ammissibile la compensazione tra i crediti e i debiti sorti durante il concordato.

Il ricorso in esame è stato rigettato dalla Cassazione sulla base delle considerazioni che seguono.

Il collegio ha evidenziato come, nella vigenza della previgente disciplina, il principio della consecuzione delle procedure venisse ritenuto applicabile non solo nell'ipotesi in cui il fallimento fosse seguito al concordato preventivo (dove vi era una assoluta identità di presupposti) ma anche laddove il fallimento fosse dichiarato a seguito dell'amministrazione controllata, procedura con un presupposto oggettivo almeno nominalmente differente da quello delle altre due procedure³⁶⁹.

Secondo la Suprema Corte, l'affermazione di tale principio era avvenuta dando preminente rilievo alla ritenuta affinità, sia strutturale che funzionale, ed alla conseguente complementarità delle procedure, attribuendo alla sentenza dichiarativa di fallimento la natura di **atto terminale del procedimento**, in alternativa al naturale sviluppo delle procedure minori, posto che, in definitiva, presupposto comune delle stesse era l'insolvenza, anche quando, come nell'amministrazione controllata, era la

solamente in tema di interessi legali e convenzionali e di compensazione, in forza dell'espressa previsione di cui all'art. 169 (il quale fa proprio riferimento alla presentazione della proposta).

Nelle altre ipotesi invece (si pensi al decorso dell'azione revocatoria) gli effetti retroagivano a partire dal **decreto di ammissione al concordato preventivo**.

³⁶⁹ Ovvero la "temporanea difficoltà ad adempiere".

temporanea difficoltà ad adempiere a giustificare la procedura minore, che solo “ex post” abbia manifestato un vero e proprio stato di decozione.

Dopo tali precisazioni, il collegio ha affrontato la problematica della possibile conservazione del principio della consecuzione delle procedure concorsuali nella nuova normativa fallimentare.

Secondo la Cassazione, il nuovo presupposto oggettivo del concordato preventivo, individuato dall’art. 160 l. fall. nello “stato di crisi”, deve ritenersi comprensivo sia della situazione di insolvenza vera e propria che di uno stato di difficoltà economico-finanziaria non necessariamente destinato ad evolversi nella definitiva impossibilità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni.

Qualora però intervenga successivamente la declaratoria di fallimento, verrebbe accertato *ex post* che lo stato di crisi, in base al quale l’imprenditore ha chiesto l’ammissione al concordato preventivo, è uno stato di crisi irreversibile, cioè un vero e proprio stato di insolvenza³⁷⁰.

In tal caso anche se il fallimento non viene dichiarato automaticamente, come necessariamente avveniva sotto l’impero della precedente normativa, si deve in ogni caso attribuire alla sentenza dichiarativa di fallimento la natura di atto terminale del procedimento, in alternativa al naturale sviluppo della procedura minore.

Le due procedure andrebbero, dunque, equiparate, avendo a base la medesima situazione sostanziale *“non potendosi dare decisivo rilievo agli aspetti procedurali della iniziativa di un creditore o del pubblico ministero ed al fatto che lo stato di insolvenza deve essere effettivamente accertato, quando la dichiarazione di fallimento si palesa come l’unico sbocco necessario della crisi dell’impresa”*.

A conferma di tale impostazione, la Suprema Corte ha rilevato come oggi l’art. 111, secondo comma, l. fall. consideri prededucibili anche i crediti sorti in occasione ed in funzione del concordato preventivo.

Con tale disposizione, dunque, il legislatore avrebbe preso atto della continuità delle procedure consecutive, il che imporrebbe, secondo la Suprema Corte, di valutare in maniera unitaria determinati aspetti della disciplina fallimentare.

³⁷⁰ Così come avveniva, secondo la Cassazione, nell’ipotesi di passaggio dall’amministrazione controllata al fallimento.

Ne consegue in definitiva che, con specifico riferimento alla possibilità o meno di compensare i crediti sorti precedentemente alla domanda di concordato con i debiti venuti in essere durante tale procedura, la Cassazione propende per la soluzione negativa, sulla scorta dell'orientamento che si era consolidato nella pregressa disciplina.

È alquanto probabile che la pronuncia in esame possa avere in futuro notevoli ripercussioni non soltanto in relazione alla problematica della compensabilità o meno, nel fallimento successivo al concordato preventivo, tra i crediti sorti prima dell'apertura del concordato e i debiti sorti nel corso di detta procedura, ma anche (e soprattutto) relativamente alla questione centrale circa la validità o meno del principio della consecuzione delle procedure concorsuali all'interno dell'attuale dettato normativo.

Quest'ultimo problema era, infatti, stato fino ad ora affrontato solamente da taluni giudici di merito ³⁷¹, con decisioni spesso contrastanti, le quali avevano ulteriormente alimentato il vivace dibattito sviluppatosi in dottrina a seguito del processo riformatore che ha investito le procedure concorsuali ³⁷².

La Suprema Corte, con la sentenza in esame, prende drasticamente posizione sul delicato problema sopra prospettato, sposando la tesi di chi ritiene ancora configurabile l'istituto della consecuzione delle procedure concorsuali, che ora sarebbe addirittura espressamente riconosciuto dalla legge attraverso la disposizione di cui all'art. 111 l. fall.

Secondo la Cassazione, lo si è visto, il fatto che sia venuta meno l'identità dei presupposti oggettivi del concordato preventivo e del fallimento non sarebbe affatto d'ostacolo alla configurazione dell'unitarietà delle due procedure, posto che, con la dichiarazione di fallimento, il tribunale accerterebbe *ex post* che lo stato di crisi, che

³⁷¹ Si veda il Tribunale di Pescara, 20/10/2005, in *Il Fallimento*, 2006, pag. 56, il quale ha negato la consecuzione tra concordato preventivo e fallimento con riferimento al computo del termine di cui agli art. 10 e 11 l. fall.; per una diversa prospettazione si veda il Tribunale di Vicenza, 15/2/2007, segnalata da F.S. Filocamo, in *La Legge Fallimentare. Commentario teorico- pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2007, pag. 324, che ha accertato in sede di omologazione, la sussistenza dello stato di insolvenza ai fini dell'eventuale consecuzione di procedure.

³⁷² Per una prospettazione generale del dibattito sviluppatosi in dottrina dopo le riforme circa l'incerta sopravvivenza della teoria della consecuzione delle procedure concorsuali, si veda A. Audino, cit., pag. 999.

ha portato il debitore ad essere ammesso al concordato, è in realtà un vero e proprio stato di insolvenza.

Va ricordato che tale impostazione era già stata avanzata in dottrina, con particolare riferimento al decorso del termine dell'azione revocatoria, dove si era evidenziato che “ai fini dell'individuazione del *dies a quo* del periodo sospetto legale in caso di consecuzione di procedure concorsuali, all'accertamento giudiziale contenuto nel decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, che aveva in precedenza il rilievo di accertamento di stato di insolvenza, sembra potersi equiparare la verifica *a posteriori* risultante dalla dichiarazione di fallimento consecutiva”³⁷³.

In base a questo orientamento, non si richiede al giudice di accertare se il debitore fosse già insolvente al momento dell'ammissione al concordato preventivo, secondo una prognosi *ex ante* (ovvero in sede di ammissione della proposta di concordato)³⁷⁴, o secondo una prognosi *ex post* (ovvero in sede di successiva dichiarazione di fallimento)³⁷⁵, in quanto la prova di tale insolvenza sarebbe dimostrata dal sopraggiungere del fallimento del debitore.

Il concordato preventivo e il fallimento consecutivo, secondo l'orientamento in esame, non potrebbero, pertanto, essere considerati **autonomamente**, ma dovrebbero essere inquadrati all'interno di un procedimento unitario, volto alla risoluzione di una crisi di diversa gradazione, la cui irreversibilità risulterebbe comprovata *a posteriori* dall'intervento della declaratoria di fallimento.

Analizzando l'orientamento in esame, si era però evidenziato come, in realtà, la declaratoria di fallimento, intervenuta in seguito alla chiusura anticipata del concordato preventivo, si limitasse ad accertare che, **in quel preciso momento**, il debitore non fosse più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni e, pertanto, fosse divenuto insolvente.

³⁷³ L. Guglielmucci, *Diritto Fallimentare*, cit., pag. 153; tale impostazione è analizzata nel par. 3 del presente capitolo.

³⁷⁴ Tesi sostenuta in dottrina da G. Limitone, *Revocatoria concorsuale*, in *Le Insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, IV, Padova, 2006, pag. 157. Sul punto si veda il paragrafo 3 del capitolo 2 del presente lavoro.

³⁷⁵ Si veda G. B. Nardecchia, *Concordato preventivo*, in *Le insinuazioni al passivo*, op. cit., pag. 50 ss.

Quest'ultimo stato potrebbe essersi manifestato, per la prima volta, già al momento dell'ammissione al concordato preventivo oppure in un momento ad esso successivo, come ad esempio nel corso della procedura di concordato oppure dopo la sua chiusura anticipata, nel caso in cui il fallimento non fosse seguito senza soluzione di continuità.

Si era allora rilevato come non fosse corrispondente al vero che la dichiarazione di fallimento consecutiva implicasse automaticamente che il debitore fosse insolvente già al momento dell'ammissione al concordato preventivo, e che, pertanto, non sarebbe stato corretto dare a tale declaratoria una portata maggiore di quella che le viene conferita dal dettato normativo.

Tali osservazioni critiche non possono che essere ora riproposte in sede di commento alla sentenza della Cassazione, evidenziando, peraltro, come non siano esenti da critiche le analogie, formulate nella pronuncia in esame, con l'ipotesi di passaggio dall'amministrazione controllata al fallimento.

Osserva, infatti, la Suprema Corte che, nella vigenza della precedente disciplina, l'istituto della consecuzione delle procedure trovava applicazione anche quando era la temporanea difficoltà ad adempiere a giustificare la procedura minore (ovvero l'amministrazione controllata), “*che solo ex post si appalesi corrispondere ad un vero e proprio stato di decozione*”.

Seguendo tale linea di ragionamento, non sarebbe una novità fondare la validità del principio della *consecutio* su un accertamento *a posteriori* dell'insolvenza, risultante con la successiva dichiarazione di fallimento, dato che tale impostazione era pacificamente riconosciuta anche nella vigenza della previgente disciplina con riferimento all'ipotesi di passaggio dall'amministrazione controllata al fallimento.

Nel presente lavoro ho più volte avuto modo di precisare, proprio sulla base di quanto in passato era stato statuito dalla Suprema Corte, come non sia corretto equiparare l'attuale conversione del concordato preventivo in fallimento con quella che si aveva in passato tra l'amministrazione controllata e il fallimento³⁷⁶.

Lo impone principalmente la differenza che intercorre tra i concetti di “temporanea difficoltà ad adempiere” e di “stato di crisi”: mentre il primo configura

³⁷⁶ Rimando in particolare al paragrafo 3.1 del capitolo 1.

necessariamente un'insolvenza già in atto, seppure reversibile, il secondo abbraccia, oltre all'insolvenza, situazioni ad essa prodromiche, nelle quali, tuttavia, l'insolvenza non si è ancora manifestata.

Ora, nel primo caso il tribunale accerta l'insolvenza, seppure reversibile, già in sede di ammissione alla prima procedura instaurata (l'amministrazione controllata), mentre la successiva declaratoria di fallimento si limita ad appurare che l'insolvenza del debitore è diventata irreversibile³⁷⁷.

Nel secondo caso, invece, l'insolvenza viene accertata per la prima volta in sede di declaratoria di fallimento, dato che l'ammissione del debitore al concordato preventivo non implica necessariamente uno stato di decozione.

Alla luce di tali considerazioni, si può convenire che, nella conversione dell'amministrazione controllata in fallimento, l'insolvenza non veniva appurata *a posteriori* con il sopraggiungere della declaratoria di fallimento, sicché l'impostazione emersa nella pronuncia in esame della Cassazione non può essere equiparata a quella che aveva seguito in passato la stessa Cassazione con riferimento al passaggio dall'amministrazione controllata al fallimento.

L'impostazione seguita ora dalla Suprema Corte contrasta inoltre con il venir meno, nell'attuale dettato normativo, della necessaria automaticità della dichiarazione di fallimento in seguito alla chiusura anticipata del concordato.

Come si è infatti più volte rimarcato, il fatto che ora si possano verificare degli iati temporali (i quali possono essere anche di notevole entità) tra la chiusura del concordato e l'apertura del fallimento comporta che quest'ultimo possa essere dichiarato per un dissesto **diverso** e **distinto** da quello che aveva portato il debitore ad essere ammesso alla procedura di concordato preventivo.

³⁷⁷ Come si ricorderà, fu la stessa Cassazione a considerare la temporanea difficoltà ad adempiere come un'insolvenza reversibile, in particolare ai fini della configurazione della teoria della consecuzione delle procedure concorsuali.

A tale riguardo ritengo opportuno richiamare quanto affermato nella già citata sentenza della Suprema Corte n. 2872/1966 (si veda il paragrafo 3), in base alla quale “*il presupposto dell'amministrazione controllata differisce da quello della dichiarazione di fallimento solo per il carattere della temporaneità*” e che “*la temporanea difficoltà ad adempiere non è uno stato sostanzialmente diverso da quello dell'insolvenza, perché la temporanea difficoltà ad adempiere che determina il mancato e non integrale adempimento altro non è che insolvenza*”.

In tal caso, sarebbe davvero arduo affermare che la successiva dichiarazione di fallimento accerti *ex post* che la crisi, in base alla quale l'imprenditore aveva chiesto l'ammissione al concordato preventivo, era non soltanto un vero e proprio stato di insolvenza, ma addirittura espressione del medesimo dissesto.

La Cassazione afferma che non si possa attribuire decisivo rilievo agli aspetti procedurali della iniziativa di un creditore o del pubblico ministero ed al fatto che lo stato di insolvenza debba essere effettivamente accertato, posto che l'importante è che la sentenza dichiarativa di fallimento, anche se non automatica, assuma la natura di atto terminale del procedimento "*in alternativa al naturale sviluppo della procedura minore*".

Mi pare però di potere affermare che il problema non sia tanto quello di dare o no eccessivo rilievo agli aspetti processuali, ma riguardi il fatto che, a seguito delle modifiche nel procedimento volto alla successiva dichiarazione di fallimento ³⁷⁸, quest'ultimo non costituisca più necessariamente l'atto terminale del procedimento.

La Suprema Corte fa bene ad evidenziare che l'unitarietà delle due procedure concorsuali non possa essere esclusa laddove il fallimento costituisca l'alternativa al naturale sviluppo della procedura minore; il punto, però, è che, a seguito del processo riformatore, il fallimento costituisce ora soltanto un **possibile esito ulteriore** della chiusura anticipata del concordato preventivo e non più l'unico.

Come autorevole dottrina ³⁷⁹ ha evidenziato, in aggiunta alla diversità dei presupposti oggettivi delle due procedure, è il totale venir meno delle ipotesi di dichiarabilità d'ufficio del fallimento, e la conseguente possibilità di iati temporali tra le due procedure, a mettere in seria crisi la configurabilità dell'istituto della consecuzione di procedimenti.

Le implicazioni determinate dal venir meno della necessaria automaticità e contestualità della dichiarazione di fallimento consecutiva avrebbero pertanto meritato un maggiore approfondimento, in quanto non è chiaro, in base al ragionamento della Suprema Corte, se l'istituto della *consecutio* sia configurabile anche in presenza di iati temporali tra le due procedure.

³⁷⁸ È opportuno ricordare che il fallimento è ora subordinato alla previa istanza di un creditore o del pubblico ministero, nonché all'accertamento dell'insolvenza del debitore.

³⁷⁹ P. Pajardi, A. Paluchowsky, *Manuale di diritto fallimentare*, 2008, cit., pag. 455.

Venendo, infine, alla disposizione normativa, l'art. 111, secondo comma, l. fall., che proverebbe la correttezza dell'impostazione della Suprema Corte, ritengo che essa vada messa in relazione con quella di cui all'art. 67, terzo comma, lett. e), l. fall., a norma della quale gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo sono esenti da revocatoria.

Si è visto in precedenza³⁸⁰ come quest'ultima disposizione implichi *a contrario* che tutti gli atti compiuti durante la procedura di concordato, oppure durante la sua esecuzione, siano revocabili qualora non siano "esecutivi" del concordato stesso, inibendo pertanto la prospettabilità della retrodatazione del termine per l'esercizio dell'azione revocatoria, principale effetto della teoria della consecuzione delle procedure concorsuali.

Ne consegue, dunque, che, analizzando entrambe le disposizioni sopra richiamate, la comune *ratio* vada ricercata nella finalità opposta a quella rilevata dalla Cassazione: lungi dall'essere espressione del principio della *consecutio*, gli art. 67, comma 3 lett. e), e 111, comma 2, l. fall. sono invece volti a disciplinare **tassativamente** gli effetti prodotti dal passaggio dal concordato preventivo nel fallimento³⁸¹.

Alla luce di tali osservazioni, si può ritenere che i dubbi che erano stati sollevati in dottrina circa la sopravvivenza della teoria della consecuzione delle procedure concorsuali anche dopo le riforme della normativa fallimentare non siano stati definitivamente fugati dal principio affermato dalla Corte di Cassazione con la sentenza in esame.

È alquanto probabile allora che le questioni rimaste irrisolte possano alimentare ulteriormente quel dibattito dottrinale e giurisprudenziale verificatosi successivamente al processo riformatore che ha investito le procedure concorsuali.

³⁸⁰ Si veda il paragrafo 4 del presente capitolo.

³⁸¹ Va anche ricordato quanto evidenziato in precedenza (paragrafo 2): perché il legislatore avrebbe voluto confermare la teoria della *consecutio* disciplinando espressamente soltanto taluni effetti propri di tale teoria, lasciando il principale di essi (la retrodatazione del periodo sospetto) privo di regolamentazione normativa?

8. Formalità per rendere opponibili gli atti ai terzi

In passato, la dottrina e la giurisprudenza avevano avuto modo di occuparsi dell'applicabilità della disciplina dettata dall'art. 45 l. fall. al concordato preventivo.

Qualora si fosse adottata la soluzione affermativa, le formalità eseguite per rendere opponibili determinati atti ai terzi, se compiute dopo la presentazione della domanda di concordato, sarebbero state senza effetto rispetto ai creditori concordatari.

Nella previgente normativa del concordato preventivo, tuttavia, non essendovi alcun richiamo alla disposizione di cui all'art. 45 l. fall., si era ritenuto che tale norma non potesse essere applicata alla procedura in questione³⁸².

Si era poi osservato che una eventuale applicazione analogica dell'art. 45 fosse preclusa sia dalla natura eccezionale della stessa, sia dalla mancanza della *eadem ratio* che giustificasse l'*eadem legis dispositio*. Peraltro, a differenza del fallimento, il debitore conservava l'amministrazione del patrimonio e l'esercizio della sua impresa, sia pure con il limite di cui al secondo comma dell'art. 167, con la conseguenza che i terzi non si trovavano di fronte ad un patrimonio insensibile a qualsiasi iniziativa che ne potesse alterare la consistenza. Tutto ciò aveva portato a riconoscere che non fosse concepibile un vincolo d'inopponibilità di tutti gli atti in conseguenza dell'apertura del concordato preventivo³⁸³.

Da tale impostazione derivava che, ad esempio, le cessioni di credito stipulate prima della domanda di concordato preventivo, proposta dal cedente, avrebbero potuto, ai fini dell'opponibilità ai creditori concordatari, essere notificate dal cessionario al debitore ceduto o da costui essere accettate con atto di data certa, ai sensi dell'art. 1265 c.c., anche nel corso della procedura concordataria.

Ne conseguiva, poi, che le alienazioni di beni immobili o di beni mobili iscritti in pubblici registri sarebbero state opponibili ai creditori concordatari anche se trascritte nel corso della procedura di concordato.

³⁸² Si veda in particolare A. Bonsignori, cit., pag. 253.

³⁸³ Si veda Corte di Cassazione, 1/6/1999, n. 5306, in *Il Fallimento*, 2000, pag. 486; A. Bonsignori, *ibidem*.

Qualora poi fosse seguito al concordato il fallimento, la giurisprudenza aveva ritenuto che il compimento di tali atti sarebbe stato opponibile anche nel fallimento successivo³⁸⁴.

Nella pronuncia citata, infatti, la Suprema Corte aveva avuto modo di precisare come il disposto dell'art. 45 l. fall., una volta dichiarato il fallimento a seguito della chiusura anticipata del concordato preventivo, non avrebbe dovuto essere ritenuto operante a decorrere dall'inizio della procedura concordataria.

Secondo la Suprema Corte, il fatto che il rapporto tra le due procedure concorsuali non fosse di mera successione cronologica, ma di consecuzione di procedimenti, non implicava affatto la retroattività degli effetti del fallimento all'inizio della procedura, *“giacché, se così fosse, in conseguenza della dichiarazione di fallimento dovrebbero diventare inefficaci ex tunc gli atti suddetti e, in genere, tutti quelli posti in essere dall'imprenditore durante la procedura”*.

Si era allora ribadito che la norma non fosse tra quelle richiamate per il concordato preventivo dall'art. 169 l. fall. e che non vi fosse, tra gli effetti che l'ammissione dell'imprenditore al concordato determinava a carico dei creditori e dei terzi, il divieto di compiere le formalità per rendere opponibili *erga omnes* gli atti dispositivi di data certa stipulati dal debitore: *“d'altra parte, se si guarda alla attività consentita a quest'ultimo, è agevole osservare che nel corso del procedimento sono vietati gli atti di straordinaria amministrazione, non quelli di ordinaria amministrazione (art. 167 l. fall.), fra i quali vanno certamente annoverate le formalità in questione, che non hanno rilievo costitutivo (come accade invece per l'iscrizione dell'ipoteca), bensì attengono a diritti di cui il debitore concordatario si è già privato”*.

La Cassazione aveva infine osservato come nel concordato preventivo i terzi non si trovassero di fronte ad un patrimonio destinato esclusivamente alla liquidazione coattiva, e, quindi, insensibile a qualunque atto che ne alterasse la consistenza; e ciò comportava, sul piano normativo, che le limitazioni relative all'opponibilità dei loro atti avrebbero dovuto risultare positivamente, non potendosi desumere dalla mera apertura del procedimento o addirittura dalla sola presentazione della domanda.

³⁸⁴ Corte di Cassazione 22/9/1990, n. 9650, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1992, II, pag. 391; Corte di Appello di Milano, 19/6/1990, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1992, II, pag. 448.

In definitiva, secondo la Suprema Corte le formalità realizzate dopo la presentazione della domanda di concordato costituivano un atto legittimo, con la conseguenza che i relativi effetti si sarebbero conservati nel fallimento consecutivo.

Con il D. Lgs. n. 5/2006 nell'art. 169 l. fall. è stato inserito il richiamo all'art. 45 l. fall. ed è stato quindi espressamente previsto che le formalità dettate dalla legge per rendere opponibili gli atti ai terzi sono prive di effetto rispetto ai creditori se compiute dopo il deposito della domanda di concordato.

Ciò comporta che il patrimonio resti insensibile ai negozi e agli atti di disposizione per i quali la legge richiede, ai fini dell'opponibilità ai terzi, l'adempimento, da parte del debitore o di terzi, di particolari formalità. Queste formalità, destinate a risolvere il conflitto tra creditori e terzi che hanno acquistato un diritto sui beni del debitore, possono consistere nella trascrizione degli atti o delle domande giudiziali nei pubblici registri, nella iscrizione delle ipoteche, nella notifica delle cessioni di credito o nella loro accettazione da parte del debitore, nella attività necessaria per rendere certa la data delle scritture private.

Se compiute dopo il deposito del ricorso, tali formalità sono prive di effetto verso i creditori concordatari, anche se riguardano fatti perfezionati in epoca antecedente, a prescindere dalla buona o mala fede del contraente *in bonis*³⁸⁵.

Occorre, ora, domandarsi se il compimento di dette formalità durante la procedura di concordato, oggi certamente opponibile ai creditori concordatari, possa tuttavia produrre degli effetti nel fallimento successivo.

³⁸⁵ In dottrina (G. B. Nardecchia, *L'art. 169 l. fall. dopo la riforma del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2009, pag. 638), si è evidenziato come l'operatività dell'art. 45 l. fall. debba far riconsiderare quell'orientamento giurisprudenziale, sviluppatosi nella pregressa disciplina, che negava l'applicazione al concordato preventivo dell'art. 2916, n. 1, c.c., escludendosi quindi che a favore della massa dei creditori permanessero gli effetti di un pignoramento anteriore.

Si osserva, dunque, che secondo l'orientamento tradizionale l'art. 45 l. fall. ha proprio la finalità di estendere al fallimento le disposizioni dettate in ordine agli effetti del pignoramento nell'esecuzione individuale (art. 2914 ss. c.c.), con il risultato di equiparare pignoramento e sentenza dichiarativa di fallimento.

In applicazione di tali principi, dovrebbe allora ritenersi che, in forza del richiamo all'art. 45 l. fall., siano inefficaci nei confronti dei creditori le ipoteche iscritte dopo il pignoramento e gli atti dispositivi dei beni pignorati.

Dato che l'art. 45 è ora espressamente richiamato dall'art. 169 l. fall., al fine di risolvere il quesito sopraenunciato è necessario individuare i limiti temporali di quest'ultima disposizione.

La norma stabilisce che le disposizioni in essa richiamate si applichino con riferimento alla data di presentazione della domanda di concordato preventivo.

Ovviamente l'applicazione di dette norme è subordinata all'apertura della procedura. Se il concordato fosse dichiarato inammissibile, con contestuale o successiva dichiarazione di fallimento, le disposizioni richiamate troverebbero applicazione dalla data della sentenza dichiarativa di fallimento e non da quella del deposito della proposta di concordato preventivo, non configurandosi una consecuzione di procedimenti³⁸⁶.

Quanto al termine finale, le norme richiamate cessano i loro effetti con la conclusione del concordato preventivo, potendo operare solamente all'interno di una procedura concorsuale.

Qualora al concordato preventivo segua il fallimento, sorge il problema della conservazione (o meno) degli effetti delle norme richiamate nel fallimento successivo. Nella pregressa disciplina, sulla base della teoria della consecuzione delle procedure concorsuali, si era optato per la soluzione affermativa.

Nell'attuale dettato normativo, all'esito infausto del concordato preventivo non segue più necessariamente il fallimento, con la conseguenza che si dovrebbe negare la conservazione degli effetti di cui all'art. 169.

Vi è, tuttavia, chi ritiene che l'art. 169 possa comunque trovare applicazione nel successivo fallimento nel caso in cui le due procedure configurino fasi distinte di un unico processo dal punto di vista sostanziale e il fallimento rappresenti l'esito dell'evoluzione negativa della stessa crisi che aveva determinato l'ammissione al concordato preventivo³⁸⁷.

Sulla base di tale impostazione, la quale trae fondamento dalla (presunta) validità della teoria della consecuzione delle procedure, il combinato disposto degli art. 169 e 45 conserverebbe i propri effetti anche nel fallimento successivo, con la conseguenza

³⁸⁶ Si veda P. F. Censoni, in *Il nuovo diritto fallimentare*, II, op. cit., pag. 2430.

³⁸⁷ G. B. Nardecchia, op. ult. cit., pag. 635 ss.

di rendere, anche in quest'ultima procedura, non opponibili nei confronti dei creditori le formalità eseguite dopo la presentazione della domanda di concordato.

L'orientamento in esame non appare tuttavia convincente, in quanto, da un lato, si fonda su una teoria, quella della consecuzione delle procedure concorsuali, che non sembra essere più configurabile nell'attuale dettato normativo³⁸⁸ e, dall'altro, porta a trascurare il decisivo rilievo della differente sfera di applicabilità dell'art. 45 l. fall. e del combinato disposto di tale articolo con l'art. 169 l. fall.

L'art. 45 dispone, infatti, che le formalità necessarie per rendere gli atti opponibili ai terzi, se compiute dopo la dichiarazione di fallimento, sono senza effetto **nei confronti dei creditori della procedura fallimentare**. L'art. 169 sancisce invece l'applicabilità dell'art. 45 al concordato preventivo, il che comporta che le formalità necessarie per rendere gli atti opponibili ai terzi, se compiute dopo la presentazione della domanda di concordato preventivo, sono senza effetto **nei confronti dei creditori concordatari**.

Orbene, il combinato disposto degli art. 169 e 45 produce i propri effetti **soltanto** nei confronti dei creditori del concordato preventivo, mentre l'art. 45 si esplica nei confronti dei creditori della procedura fallimentare. Ciò comporta che, in caso di passaggio dal concordato preventivo al fallimento, il disposto dell'art. 169 non possa applicarsi nei confronti dei creditori del fallimento, con l'ovvia conseguenza che le formalità eseguite nel corso del concordato preventivo, essendo intervenute prima della declaratoria di fallimento, saranno certamente opponibili nel fallimento successivo.

In altri termini, la chiusura del concordato preventivo pone termine all'efficacia dell'art. 169, di modo che, se sopraggiunge il fallimento, trova applicazione il disposto dell'art. 45, così come dettato in sede fallimentare, il quale esplica i relativi effetti a partire dalla declaratoria di fallimento.

Quindi, riassumendo e concludendo sul punto, le formalità compiute nel corso della procedura di concordato preventivo, mentre non saranno opponibili ai creditori concordatari, saranno viceversa opponibili ai creditori del successivo fallimento.

³⁸⁸ Sulla cui problematica rinvio alla trattazione dei precedenti paragrafi.

9. Imprenditore cessato o defunto

Il termine annuale dalla cancellazione dell'impresa dal registro delle imprese o dalla cessazione effettiva dell'attività dell'imprenditore individuale o di quello collettivo cancellato d'ufficio o dalla morte dell'imprenditore individuale (così ridisegnato dagli art. 10 e 11 riscritti dal d. lgs. 5/2006) al cui mancato decorso la legge fallimentare subordina la possibilità di dichiarare il fallimento può venire in rilievo, in materia di concordato preventivo, sotto due profili: quello attinente alla ammissibilità della domanda di concordato e, in caso di risposta affermativa, quello attinente all'individuazione del momento a cui detto termine debba essere computato in caso di conversione del concordato preventivo in fallimento.

Sotto il primo profilo, il mancato richiamo degli art. 10 e 11 da parte dell'art. 160 ed il riferimento esplicito delle prime due norme al solo fallimento, fanno sorgere il dubbio se anche l'imprenditore cessato o defunto possa essere ammesso al concordato preventivo entro l'anno ovvero se tale limite temporale non condiziona in alcun modo l'ammissibilità alla procedura ovvero ancora se la cessazione dell'attività di impresa o la morte dell'imprenditore costituiscono eventi ostativi a tale ammissibilità.

Nella vigenza della normativa del 1942, la soluzione quasi unanime fu nel senso della applicabilità anche al concordato preventivo, per analogia o interpretazione estensiva, degli art. 10 e 11 l. fall.³⁸⁹.

Si era infatti rilevato che dal contenuto delle disposizioni, di cui agli art. 10 e 11 l. fall., si evincesse il principio che la cessazione dell'attività o la morte

³⁸⁹ Non erano tuttavia mancate voci contrarie: si veda U. Azzolina, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961, pag. 1531, il quale evidenziò come proprio la mancanza del richiamo negli art. 10 e 11 l. fall. al concordato preventivo costituisse la prova che il legislatore avesse voluto escludere tale possibilità.

Per quanto riguarda, poi, l'imprenditore defunto, si era detto che il concordato preventivo, essendo un beneficio concesso al debitore, non avrebbe potuto essere separato dall'*intuitus* della sua persona.

dell'imprenditore non costituivano, entro un certo limite di tempo, motivo idoneo per non dar luogo alla suddetta procedura concorsuale³⁹⁰.

Potendo, poi, il fallimento del defunto essere chiesto dall'erede che non avesse confuso l'eredità col suo patrimonio, l'apertura della procedura non sarebbe stata strettamente legata né alla presenza della persona dell'imprenditore, né all'esercizio attuale dell'attività imprenditoriale, ma al diritto dei creditori di lucrarne gli effetti³⁹¹. Dopo la novella del 2005, ci si deve porre l'interrogativo, se l'ammissione al concordato preventivo sia compatibile con una situazione di crisi e non di insolvenza dell'imprenditore cessato o defunto.

In senso negativo si è pronunciato il Tribunale di Pescara³⁹² sul rilievo che la nuova disciplina del concordato preventivo presupporrebbe l'attualità dell'attività d'impresa e che gli art. 10 e 11 l. fall. avrebbero natura eccezionale e non sarebbero suscettibili di applicazione analogica al concordato preventivo, in ragione del diverso presupposto oggettivo di tale procedura rispetto al fallimento.

A tale impostazione si è ribattuto che la *ratio* della disposizione in base alla quale il fallimento possa essere dichiarato entro un anno dalla cessazione o dalla morte dell'interessato, vada ricercata unicamente nell'interesse di definire in sede concorsuale, entro un determinato arco temporale dal venir meno dell'attività commerciale, tutte le pendenze inerenti all'impresa, a prescindere dal presupposto che le legittima³⁹³.

Sotto il secondo profilo, nella vigenza della previgente disciplina il principio della unitarietà e consecuzione tra concordato preventivo e fallimento aveva indotto la Cassazione, in caso di conversione del concordato preventivo in fallimento, a

³⁹⁰ M. Fabiani, *Ammissione al procedimento di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 1992, pag. 233.

³⁹¹ M. Fabiani, *ibidem*.

³⁹² 20/10/2005, in *Il Fallimento*, 2006, pag. 56.

³⁹³ G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, settima edizione, cit., pag. 223; L. Panzani, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Il Fallimento*, 2006, pag. 1010, il quale si chiede, poi, se la regola dell'anno, stabilita per il fallimento dell'imprenditore cessato o defunto, debba applicarsi necessariamente anche al concordato preventivo: "*la circostanza che il concordato non costituisce più un beneficio per l'imprenditore e che la disciplina dettata dagli art. 10 e 11 non sia ripetuta per la procedura minore, porta a ritenere che, nella ricorrenza degli altri requisiti, possa darsi luogo al concordato anche quando sia decorso l'anno dalla cessazione dell'attività o della morte dell'imprenditore*".

computare il termine annuale con riferimento alla data di apertura della prima procedura concorsuale³⁹⁴.

Oggi la sostenibilità di tale opinione è subordinata alla possibilità o meno di confermare la teoria della consecuzione delle procedure concorsuali.

Va inoltre evidenziato come la nuova formulazione dell'art. 10 l. fall. imponga di accertare che l'insolvenza per la quale viene dichiarato il fallimento non solo sia sussistente in tale momento, ma sussistesse già al momento dell'apertura del concordato preventivo o si sia manifestata, quale deterioramento della iniziale crisi generica, entro l'anno dalla cancellazione o cessazione dell'impresa debitrice³⁹⁵.

È opportuno rimarcare che, a seguito della novella del 2005, vi sia stata una pronuncia di merito³⁹⁶ che abbia ritenuto, a mio avviso correttamente, che, ai fini della verifica in ordine al decorso del termine annuale di cui agli art. 10 e 11, in caso di conversione del concordato in fallimento, si dovesse tenere conto della data della dichiarazione di fallimento e non di quella dell'ammissione alla prima procedura.

³⁹⁴ Corte di Cassazione, 21/11/2002, n. 16415, in *Il Fallimento*, 2003, pag. 324.

³⁹⁵ L'ipotesi in esame è, infatti, quella che il fallimento venga dichiarato dopo il decorso dell'anno.

³⁹⁶ Tribunale di Pescara, 20/10/2005, cit., pag. 56.

10. Consecuzione di procedimenti concorsuali: disarmonie interpretative

Nel presente capitolo ho più volte avuto modo di rimarcare come la giurisprudenza della Cassazione, nel vigore della previgente disciplina, non avesse adottato un criterio univoco in materia di retrodatazione degli effetti propri del fallimento: da un lato, infatti, aveva ritenuto che la decorrenza del periodo sospetto per l'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare dovesse retroagire alla data del decreto di ammissione del debitore alla prima procedura concorsuale e, dall'altro, aveva affermato che lo stesso sistema normativo giustificasse l'esclusione di un'estensione automatica e generalizzata degli effetti del fallimento consecutivo alla prima procedura.

Si era deciso in particolare che:

- il principio normativo della sospensione degli interessi sui crediti chirografari dettato dall'art. 55 l. fall. non retroagisse alla data del decreto di ammissione all'amministrazione controllata, diversamente da quanto avveniva in sede di consecuzione da concordato preventivo in fallimento stante l'espresso richiamo dell'art. 55 operato dall'art. 169 l. fall.;
- i crediti sorti in pendenza dell'amministrazione controllata fossero prededucibili nel fallimento consecutivo, ma non lo erano quelli contratti nell'esercizio dell'impresa in pendenza di concordato preventivo, quando quest'ultimo non avesse fatto parte espressamente del contenuto della proposta approvata dai creditori ed omologata dal tribunale;
- in certi casi, tuttavia, si potesse riconoscere la prededuzione dei crediti sorti in concordato preventivo e, persino, di quelli anteriori a tale procedimento ³⁹⁷.

Ulteriori disarmonie interpretative erano state registrate in ordine ai rapporti giuridici preesistenti, essendo esclusa l'applicabilità dell'art. 72 l. fall. in pendenza di amministrazione controllata o di concordato preventivo ed essendo negato che gli

³⁹⁷ Corte di Cassazione, 26/6/1992, n. 8013, in *Il Fallimento*, 1992, pag. 1027.

effetti di tale disposizione potessero retroagire in caso di consecuzione nel fallimento.

Non sarebbe stato, dunque, possibile estendere indistintamente la disciplina del fallimento alle precedenti procedure concorsuali, ma soltanto se ed in quanto questa fosse stata conciliabile con quella relativa al concordato preventivo o all'amministrazione controllata³⁹⁸.

A tale impostazione, si era tuttavia obiettato come non fosse corretto affermare, da un lato, che determinati effetti (termine delle azioni revocatorie) dovessero avere inizio dalla data del decreto di apertura della prima procedura concorsuale instaurata e, dall'altro, che altri (scioglimento dei rapporti giuridici preesistenti, prededuzione) dovessero essere disciplinati diversamente e, più precisamente, con le regole proprie dell'amministrazione controllata o del concordato preventivo³⁹⁹.

Pertanto si era rilevato che *“o si ritiene che sussistono procedimenti autonomi e distinti, in relazione ai quali valgono regole e discipline proprie di ciascuno oppure, se si intende affermare l'unitarietà dei procedimenti concorsuali caratterizzati dalla stessa insolvenza che alla fine è sfociata nel fallimento, deve trovare applicazione un'unica disciplina”*⁴⁰⁰.

Secondo quest'orientamento, dunque, in caso di conversione del concordato preventivo o dell'amministrazione controllata in fallimento, tutti gli effetti di quest'ultima procedura avrebbero dovuto essere retrodatati a partire dall'accertamento giudiziale dell'insolvenza che aveva determinato l'apertura della prima procedura, salvo ovviamente gli effetti degli atti legittimamente compiuti.

In relazione a quest'ultimo aspetto, va evidenziato come fosse pacifico che il compimento, durante il concordato preventivo, delle formalità necessarie a rendere

³⁹⁸ Corte di Cassazione, 30/5/1994, n. 5284, cit.

³⁹⁹ G. Lo Cascio, *Consecuzione di procedimenti: disarmonie interpretative*, in *Giustizia Civile*, 1994, pag. 2813 ss.

⁴⁰⁰ G. Lo Cascio, op. ult. cit., pag. 2816.

opponibile un determinato atto ai terzi ⁴⁰¹ sarebbe stato opponibile anche nel fallimento consecutivo ⁴⁰².

Ne conseguiva, dunque, che, anche in questo caso, gli effetti del fallimento non potessero essere retrodatati, in quanto altrimenti si sarebbero colpiti rapporti già definitivamente conclusi nel corso dell'iniziale disciplina ⁴⁰³.

Non è difficile constatare come queste controversie derivassero dal fatto che il principio della consecuzione dei procedimenti non fosse disciplinato dalla legge, con l'ovvia conseguenza di lasciare agli interpreti il difficile compito di delinearne i contenuti.

Oggi, qualora si accogliesse la tesi che non ritiene più configurabile il predetto principio della consecuzione dei procedimenti, le problematiche esposte nel presente paragrafo non avrebbero più alcuna rilevanza, in quanto gli unici effetti del concordato preventivo che si conservano nel successivo fallimento sarebbero quelli espressamente e tassativamente indicati dal legislatore delle riforme: in questo senso, dunque, la tesi di cui ho detto sopra finirebbe per agevolare la certezza del diritto e la stabilità delle relazioni che su di esso si fondano.

⁴⁰¹ È opportuno precisare che, nella pregressa disciplina, la presentazione del ricorso non impedisse il compimento delle formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, non essendo vigente il divieto di cui all'art. 45, non richiamato dall'art. 169.

⁴⁰² Corte di Cassazione, 22/9/1990, n. 9650, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1992, II, pag. 391; Corte di Appello di Milano, 19/6/1990, in *Banca, Borsa e Titoli di credito*, 1992, II, pag. 448.

⁴⁰³ Corte di Appello di Milano, 19/6/1990, cit.

11. Consecuzione di procedimenti e fallimento dei soci illimitatamente responsabili

Non è pacifico se l'applicabilità della teoria della consecuzione delle procedure concorsuali per i creditori personali dei soci illimitatamente responsabili sia subordinata o meno all'ammissibilità di detti soci al concordato preventivo.

In passato, la Cassazione aveva più volte affermato che non vi fossero delle valide ragioni per escludere l'applicabilità della teoria della consecuzione delle procedure ai soci illimitatamente responsabili di società dichiarate fallite, nonostante tali soci fossero estranei alla precedente procedura minore.

Tale principio, valido anche per le obbligazioni personali dei soci ⁴⁰⁴, era stato affermato in riferimento sia alla retrodatazione del computo del periodo sospetto ⁴⁰⁵ sia alla sospensione del decorso degli interessi ⁴⁰⁶.

In una recente pronuncia ⁴⁰⁷, la Cassazione sembra, tuttavia, aver mutato opinione, stabilendo che il principio della consecuzione delle procedure non possa trovare applicazione nei confronti dei creditori personali dei soci illimitatamente responsabili di una società di persone, in quanto quest'ultimi non possono essere ammessi alla procedura di concordato preventivo.

Prima di addentrarmi nella questione specifica, ritengo opportuno chiarire preliminarmente quali effetti possano essere prodotti dall'omologazione del concordato preventivo nei confronti dei soci illimitatamente responsabili di una società ammessa alla predetta procedura, e se tali soci possano autonomamente proporre domanda di concordato preventivo in relazione alla loro responsabilità personale.

⁴⁰⁴ Si veda A. Audino, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., pag. 979.

⁴⁰⁵ Corte di Cassazione, 1/8/1994, n. 7157, in *Il Fallimento*, 1995, pag. 276; Corte di Cassazione, 22/5/1994, n. 4240, in *Il Fallimento*, 1994, pag. 1147, con nota di M. Fabiani, *Retrodatazione del periodo sospetto per gli atti dei soci illimitatamente responsabili*.

⁴⁰⁶ Si veda la già citata pronuncia della Cassazione, 30/5/1994, n. 5284.

⁴⁰⁷ Corte di Cassazione, 26/3/2010, n. 7273, in *Il Fallimento*, 2010, pag. 649, con osservazioni di A. B. Confalonieri.

Nella disciplina del concordato preventivo, anche dopo la riforma, non si fa cenno ad una possibile estensione ai soci della procedura cui è sottoposta la società.

A tale riguardo va precisato che il socio illimitatamente responsabile, soggetto al fallimento, non possa essere automaticamente assoggettato alla procedura di concordato preventivo: l'art. 147 l. fall. prevede eccezionalmente che un soggetto privo della natura di imprenditore possa essere assoggettato al fallimento in ragione del fatto che è fallita la società di cui il socio è illimitatamente responsabile.

Questa fattispecie è un'ipotesi di fallimento dipendente e la previsione di cui all'art. 147 l. fall. non è suscettibile di applicazione analogica, per cui la fattispecie non è riproducibile rispetto alle altre procedure concorsuali nelle quali la norma non è richiamata⁴⁰⁸.

Il concordato preventivo non è tuttavia privo di conseguenze per i soci illimitatamente responsabili.

L'art. 184, comma secondo, l. fall.⁴⁰⁹ stabilisce, infatti, per i soci illimitatamente responsabili, l'efficacia, salvo patto contrario, dell'accordo raggiunto tra l'imprenditore e i creditori sociali.

Ne consegue che i soci illimitatamente responsabili possano beneficiare dell'effetto esdebitatorio del concordato della società per quanto concerne le obbligazioni sociali ai sensi dell'art. 184 l. fall.

Una volta chiarito ciò, rimane da precisare se la legge fallimentare consenta ai soci illimitatamente responsabili di una società che ha presentato una proposta di concordato preventivo di avanzare a loro volta proposta di concordato anche per i loro debiti personali al fine di fruire, con l'omologazione del concordato, della falcidia concordataria anche per detti debiti.

La giurisprudenza, inizialmente, è stata favorevole ad ammettere al concordato preventivo, anche in proprio, i soci illimitatamente responsabili, affermando che altrimenti i loro patrimoni potrebbero essere depauperati dalle azioni esecutive individuali esercitate dai creditori particolari⁴¹⁰.

⁴⁰⁸ L. Panzani, op. ult. cit., pag. 1012.

⁴⁰⁹ Articolo non toccato dalla riforma.

⁴¹⁰ Corte di Cassazione, 17/12/1981, n. 6677, in *Il Fallimento*, 1982, pag. 243.

Successivamente, però, la giurisprudenza ha mutato indirizzo, sostenendo che l'estensione del concordato preventivo sarebbe priva di *ratio*, non potendosi richiamare l'art. 147 l. fall.⁴¹¹

Si è infatti rilevato che i soci illimitatamente responsabili, in quanto *uti singuli* non imprenditori, non siano soggetti al fallimento per i propri debiti particolari, restando soltanto coinvolti nel fallimento della società, ove dichiarato; le procedure concorsuali minori sono strumenti per evitare all'impresa il fallimento, ma non sono mezzi per sistemare al meglio gli inadempimenti di chi imprenditore non è.

La Cassazione, nella sopra citata pronuncia n. 7273/2010, ha evidenziato come il riferito indirizzo giurisprudenziale meriti di essere condiviso, in quanto fondato su serie e plausibili ragioni giuridiche; da questa impostazione consolidata, la Suprema Corte ritiene di desumere la tesi, innovativa in giurisprudenza, per cui la teoria della consecuzione delle procedure concorsuali non possa essere applicata al fallimento personale in estensione al socio.

La Cassazione esclude cioè che gli effetti di questo fallimento possano essere retrodatati alla data del concordato sociale, in particolare ai fini del computo del periodo sospetto per la revocatoria e ai fini della decorrenza degli interessi, nei confronti dei creditori personali del socio.

Un autore⁴¹² ha correttamente rilevato come questo passaggio avrebbe meritato un maggiore approfondimento argomentativo, poiché il precedente orientamento della Cassazione andava, come visto, in una direzione ben diversa.

Si osserva in particolare come in passato la Suprema Corte avesse considerato che la non estensibilità del concordato sociale ai debiti personali del socio illimitatamente responsabile e l'istituto della consecuzione dei procedimenti operassero su piani diversi: il principio dell'estraneità del socio al concordato della società significa che il suo patrimonio (a differenza di quello sociale) è esente dai vincoli concordatari, ossia resta liberamente disponibile e può essere aggredito o vincolato dai suoi creditori particolari, ma non impedisce di per sé che, in caso di successivo

⁴¹¹ Corte di Cassazione, 29/11/1995, n. 12405, in *Il Fallimento*, 1996, pag. 540.

⁴¹² A. B. Confalonieri, cit., pag. 651.

fallimento, operi nei confronti del socio il diverso principio della consecuzione delle procedure⁴¹³.

Indipendentemente da quale di questi due orientamenti giurisprudenziali sia preferibile, va rimarcato che, oggi, la questione è rilevante soltanto laddove si consideri ancora operante il principio della consecuzione delle procedure concorsuali⁴¹⁴.

⁴¹³ Corte di Cassazione, 30/5/2010, n. 5284, cit.

⁴¹⁴ A tale riguardo va evidenziato che la Cassazione, nella sopra citata pronuncia 7273/2010, negando l'applicabilità della teoria della *consecutio* ai creditori personali dei soci illimitatamente responsabili, ne abbia **implicitamente** confermato la validità, così come poi sancito nella sentenza 18437/2010 di cui si è detto nel paragrafo 7.1.

12. Garanzie prestate dai terzi per l'adempimento degli obblighi concordatari

A seguito della risoluzione (o dell'annullamento) del concordato preventivo, si pone la questione se i singoli creditori concordatari conservino le garanzie prestate da terzi per l'adempimento del concordato e possano quindi agire nei confronti del garante per ottenere lo stesso grado di soddisfacimento che avrebbero ricevuto dall'esecuzione del concordato preventivo⁴¹⁵.

Nella precedente disciplina, stante la necessaria automaticità e contestualità tra il provvedimento di risoluzione (o di annullamento) del concordato e la dichiarazione di fallimento, l'adozione della tesi affermativa avrebbe automaticamente portato ad ammettere la conservazione delle predette garanzie nel successivo fallimento.

Oggi, invece, il venir meno della necessaria automaticità della dichiarazione di fallimento, con conseguente possibile ritorno *in bonis* del debitore, fa sì che il problema sorga **indipendentemente** dalla dichiarazione di fallimento successiva alla risoluzione⁴¹⁶.

Se il fallimento viene dichiarato, occorre, però, stabilire se l'escussione del garante spetti al curatore o ai singoli creditori anteriori all'apertura del concordato.

Relativamente alla sorte delle garanzie prestate per l'adempimento del concordato preventivo, ove ne fosse stata dichiarata la risoluzione, si erano fronteggiate, nella previgente disciplina, due opposte soluzioni interpretative.

Un primo indirizzo affermava che le garanzie personali prestate dai terzi per l'adempimento dei debiti che il concordatario assumeva con la proposta di concordato preventivo perdessero efficacia nel momento della risoluzione o dell'annullamento del concordato stesso⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Il problema riguarda qualsiasi garanzia, reale o personale, tipica o atipica, prevista dal piano e si pone negli stessi termini anche nell'ipotesi di accollo cumulativo. Si veda A. Audino, cit., pag. 1114.

⁴¹⁶ A. Audino, *ibidem*.

⁴¹⁷ Capofila di questo indirizzo fu la Corte di Cassazione, 17/10/1977, n. 4438, in Foro Italiano, 1978, I, pag. 671. Tra i giudici di merito si veda il Tribunale di Perugia, 20/7/1993, in Il Fallimento, 1994, pag. 197, con nota di Massaro, *Risoluzione del concordato: sorte delle garanzie e poteri del curatore del fallimento*. In dottrina si veda R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, cit., pag. 2367.

Al polo opposto si era affermata la persistenza delle predette garanzie personali, anche dopo l'avvenuta risoluzione o l'avvenuto annullamento del concordato preventivo⁴¹⁸.

I sostenitori della tesi negativa, la prima in ordine cronologico, assunta dai giudici di legittimità nella sentenza n. 4438/1977, rilevavano che le garanzie prestate nel concordato preventivo fossero finalizzate unicamente all'adempimento dello stesso concordato e non potessero, quindi, sopravvivere dopo la risoluzione dello stesso.

L'assunto si basava, in primo luogo, sul fatto che queste garanzie non erano prestate per i singoli debiti dell'imprenditore in difficoltà, ma erano richieste dall'ordinamento, perché l'art. 160, secondo comma, l. fall. imponeva all'imprenditore che volesse conservare l'amministrazione dei propri beni e l'esercizio dell'impresa "serie garanzie reali o personali di pagare almeno il quaranta per cento dell'ammontare dei crediti chirografari entro sei mesi dalla data di omologazione del concordato".

L'assunto sarebbe poi stato corroborato dalla disposizione dell'art. 181, primo comma, n. 3, l. fall. secondo cui il tribunale, per omologare il proposto concordato preventivo, avrebbe dovuto valutare se le garanzie offerte "*danno la sicurezza dell'adempimento del concordato*".

Si era infine evidenziato che l'art. 186 disciplinasse la risoluzione del concordato preventivo, e i relativi effetti, tramite l'esplicito rinvio agli art. 137 e 138 l. fall., relativi al concordato fallimentare; il fatto che non venisse invece richiamato l'art. 140 l. fall., il quale prevedeva espressamente la conservazione delle garanzie prestate dai terzi anche a seguito della risoluzione del concordato fallimentare, sarebbe stata la dimostrazione lampante che il legislatore avesse voluto risolvere situazioni ontologicamente diverse in modo diverso, secondo un opportuno utilizzo del principio di ragionevolezza.

⁴¹⁸ Corte di Cassazione, 3/4/1978, n. 1500, in *Il Foro Italiano*, 1979, I, pag. 1241; Corte di Cassazione 22/2/1993, n. 2174, in *Il Fallimento*, 1993, pag. 726; tra i giudici di merito si consulti Corte di Appello di Bologna, 26/4/1993, in *Il Fallimento*, 1993, pag. 1253 con nota di Napoleoni, *La sopravvivenza delle garanzie nella risoluzione del concordato preventivo*.

In dottrina si veda Massaro, cit., pag. 200; Napoleoni, cit., pag. 1255; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, IV edizione, Milano, pag. 1997, pag. 762 ss.; A. Bonsignori, cit., pag. 519; G. De Ferra, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1989, pag. 352.

L'inesistenza, nella disciplina del concordato preventivo, di una norma analoga a quella dell'art. 140 l. fall., nemmeno attraverso la tecnica del rinvio, avrebbe pertanto costituito il riconoscimento legislativo della diversa funzione che assumevano le garanzie nel concordato preventivo e in quello fallimentare, sicché non era certamente ipotizzabile l'esistenza di una "lacuna" soggettiva o oggettiva e, quindi, il ricorso ad un'interpretazione estensiva o addirittura analogica.

L'opposta soluzione interpretativa prendeva le mosse da un diverso concetto delle garanzie che l'imprenditore avrebbe dovuto offrire a corredo della proposta di concordato preventivo.

Secondo quest'ultimo orientamento, la garanzia, una volta acquisita alla procedura, sarebbe concorsa, come qualsiasi altra garanzia di diritto comune, ad assicurare il soddisfacimento dei diritti dei singoli creditori, prescindendo dalle vicende del concordato preventivo, che rappresentavano solamente l'occasione per l'ingresso di una nuova garanzia nella procedura minore, poi sfociata nel fallimento.

In tale ottica, dunque, non vi sarebbe stata alcuna differenza tra le garanzie prestate in occasione della domanda di concordato preventivo e quelle originarie prestate per le altre obbligazioni dell'imprenditore, con la conseguenza che anche le prime avrebbero avuto la natura e lo spessore di comuni garanzie fideiussorie, con l'ulteriore conseguenza che l'inadempimento del debitore principale non avrebbe potuto che rendere responsabile il garante.

A tale riguardo, si era rilevato come ci si sarebbe trovati di fronte ad un chiaro controsenso se, nel caso di inadempimento del debitore concordatario, che determinava la risoluzione del concordato, si fosse ritenuto che le garanzie, costituite proprio per il caso di inadempimento del debitore, venissero meno⁴¹⁹.

In definitiva, secondo tale impostazione, la garanzia sarebbe rimasta anche qualora il concordato preventivo fosse stato risolto od annullato (e, di conseguenza, fosse intervenuta la declaratoria di fallimento).

La delicata questione venne definitivamente risolta dalla Corte di Cassazione nel 1997, in una pronuncia a sezioni unite⁴²⁰, nella quale si statuiva che le garanzie

⁴¹⁹ G. De Ferra, *ibidem*.

⁴²⁰ Corte di Cassazione, 18/2/1997, in *Il Fallimento*, 1997, pag. 722, con nota di L. Panzani, *Risoluzione del concordato e sorte delle garanzie prestate per l'esecuzione*.

concesse dai terzi per l'adempimento del concordato preventivo, pur essendo costituite in funzione del concordato e subordinate all'omologazione, non perdessero efficacia, negli stessi limiti della percentuale concordataria per cui erano state offerte, in ipotesi di risoluzione del concordato per inadempimento del debitore, costituendo questo il presupposto stesso dell'operatività della garanzia ⁴²¹.

In tale fondamentale pronuncia la Suprema Corte, dopo una breve esposizione delle due diverse impostazioni ⁴²² che si erano sviluppate in precedenza, rilevò come entrambi gli indirizzi interpretativi non fossero pienamente in grado di risolvere compiutamente il problema.

Sarebbe stato allora necessario trovare una soluzione più avanzata che tenesse conto degli elementi positivi rinvenibili in entrambe le contrapposte soluzioni, eliminando definitivamente quelli negativi che avevano determinato critiche e dissensi.

Seguendo questa linea di ragionamento, in relazione al primo indirizzo, denominato "civilista", venne accolto positivamente il richiamo alla funzione prestata dalla garanzia.

Quest'ultima non era infatti collegata ad una consueta vicenda di autonomia contrattuale e, quindi, non era una garanzia di un singolo o più crediti, ma aveva la funzione oggettiva di consentire, nel prevalente interesse pubblico, l'ammissione dell'imprenditore insolvente alla procedura di "concordato preventivo per garanzia", al quaranta per cento, di tutti i debiti chirografari della procedura, delle spese di giustizia e del compenso dovuto al commissario giudiziale, in alternativa al concordato per cessione dei beni.

Si era allora affermato che la garanzia prestata per la riuscita del procedimento di concordato preventivo fosse cosa ben distinta dalla fideiussione comune che può essere concessa ai singoli creditori.

Dove, però, la tesi c.d. "civilista" non meritava accoglimento era sul piano della risoluzione del concordato preventivo, poiché non teneva conto della sua mancata esecuzione (art. 185 l. fall.), né del richiamo operato dall'art. 186 l. fall. all'art. 137

⁴²¹ L'indirizzo è stato successivamente confermato in Corte di Cassazione, 14/3/2001, n. 3670, in *Il Fallimento*, 2002, pag. 33 e Corte di Cassazione, 30/12/2005, n. 28878, in *Il Fallimento*, 2006, pag. 915.

⁴²² Definite dalla Suprema Corte, rispettivamente, tesi "civilista" e "fallimentarista".

della stessa legge; in questo caso il legislatore era stato chiaro ed esplicito, applicando al concordato preventivo la disposizione dell'art. 137 l. fall., relativa alla risoluzione del concordato fallimentare.

Dal combinato disposto dei richiamati articoli si rilevava certamente che *“uno dei profili della risoluzione del concordato è proprio l'inadempimento dell'imprenditore insolvente che non può non coinvolgere anche la posizione del garante, facendo scattare la garanzia che è data per il concordato e quindi ne segue le sorti, sicché il garante non può sottrarsi per il solo fatto che quest'ultimo venga risolto”*.

La Suprema Corte affermò allora il principio in base al quale, al passaggio dalla situazione fisiologica a quella patologica della risoluzione del concordato preventivo, vi fosse **il diritto alla conservazione delle garanzie procedurali** prestate dai terzi per l'adempimento del concordato preventivo, negli stessi limiti della percentuale concordataria per cui erano state offerte ⁴²³.

Venendo, poi, alla opposta tesi, definita “fallimentarista” ⁴²⁴, la Cassazione evidenziò come essa, da un lato, cogliesse nel segno laddove sottolineava la persistenza della garanzia, indipendentemente dalle sorti del concordato, ma, dall'altro, non superasse le critiche quando fondava tale impostazione su una equiparazione tra la predetta garanzia e la comune fideiussione.

Secondo la Cassazione, la tesi in esame non si sarebbe fatta poi carico del fatto che, a seguito della risoluzione del concordato preventivo, legittimato a richiedere il coinvolgimento del garante sarebbe stato il curatore, succeduto al commissario giudiziale e non ai singoli creditori.

Le Sezioni Unite, quindi, se, da un lato, affermarono la conservazione delle garanzie prestate dai terzi nel successivo fallimento ⁴²⁵, dall'altro, negarono che potessero

⁴²³ “ Ed, infatti, la garanzia prestata per l'ammissione (e, quindi, per l'adempimento) del concordato preventivo, pur essendo funzionale al successo dell'operazione, non per questo si sottrae al rischio dell'insuccesso, che anzi è ontologicamente implicito nell'assunzione stessa della garanzia come evento speculare, ma ugualmente prevedibile, rispetto al successo del divisato programma”.

⁴²⁴ Il cui nome deriva dalla circostanza di essere maggiormente diffusa presso le sezioni fallimentari.

⁴²⁵ Va ribadito che nella pregressa disciplina il fallimento era l'unico esito possibile del concordato preventivo risolto. Una volta, dunque, affermata la conservazione delle garanzie dopo la risoluzione del concordato, ne sarebbe conseguito automaticamente che tale conservazione si applicasse al fallimento.

essere i singoli creditori i legittimati a escutere il garante, spettando tale diritto unicamente al curatore.

Quest'ultima statuizione della Cassazione non fu condivisa dalla prevalente dottrina⁴²⁶ che evidenziò come, in tal modo, non si tenesse conto di possibili contrasti tra i creditori anteriori all'apertura del concordato e quelli i cui crediti erano sorti nel corso della procedura di concordato.

In questo caso infatti, se è pur vero che tutti i creditori sono anteriori alla dichiarazione di fallimento, non va dimenticato che soltanto una parte di essi, quelli anteriori alla presentazione della domanda di concordato preventivo, appare in grado di giovare della garanzia concordataria.

Questa garanzia è stata offerta per assicurare il soddisfacimento dei crediti oggetto della proposta avanzata dal debitore concordatario, proposta che non può che riferirsi ai crediti anteriori alla domanda.

I creditori sorti successivamente, tra la presentazione della domanda e la pronuncia di concordato, partecipano al concorso che segue alla dichiarazione di fallimento su di un piano di parità tra i creditori anteriori, ma non possono evidentemente giovare delle garanzie prestate.

Alla luce di tali osservazioni, si era rilevato che non sarebbe stato certo il curatore il legittimato ad escutere il garante, in quanto il curatore avrebbe agito a tutela di tutti i creditori anteriori alla dichiarazione di fallimento, con la conseguente possibilità che si verificassero i contrasti di cui si è appena detto.

In seguito alle riforme delle procedure concorsuali, il fallimento costituisce soltanto un possibile esito ulteriore del concordato preventivo risolto od annullato e, pertanto, ne consegue che il problema della sorte delle garanzie prestate dai terzi prescinde dalla (eventuale) successiva declaratoria di fallimento.

Laddove però tale declaratoria intervenga, rimane il problema di chi sia il legittimato nella procedura fallimentare ad escutere il garante.

⁴²⁶ Si veda in particolare L. Panzani, op. ult. cit., pag. 730; G. Lo Cascio, op. ult. cit., pag. 767.

Sul punto si sono recentemente pronunciate le Sezioni unite ⁴²⁷, le quali hanno escluso la legittimazione del curatore, riconoscendola invece ai singoli creditori anteriori alla presentazione della proposta di concordato.

In tale pronuncia, le Sezioni unite osservano come l'affermazione, espressa nella citata sentenza n. 1482/1997, in base alla quale la garanzia del terzo sia escutibile ad opera del curatore nell'interesse unitario della massa, è di carattere **incidentale**, in quanto non costituiva un passaggio logico necessario per la risoluzione della diversa questione formante oggetto di quella decisione.

All'affermazione in esame non sembra, dunque, "*potersi dare un peso specifico*".

Fatta questa opportuna premessa, la Cassazione rileva come la garanzia prestata dal terzo per l'adempimento del concordato sia riferita alle obbligazioni che il debitore assume con il concordato nei confronti di tutti, e soltanto, i creditori esistenti al momento del concordato medesimo.

L'interesse formato da tali creditori non s'identifica però in modo integrale e necessario con quello dei creditori nel cui interesse si svolge la procedura fallimentare conseguente alla risoluzione del concordato.

È vero che i due insiemi saranno per lo più coincidenti, ma non per questo del tutto sovrapponibili: può infatti accadere che altri crediti sorgano nell'intervallo di tempo che separa l'ammissione del debitore alla procedura di concordato preventivo dalla dichiarazione di fallimento conseguente alla risoluzione del concordato.

Dato che a tali creditori non è stata offerta nessuna garanzia, non sarà configurabile in capo ad essi alcun diritto azionabile nei confronti del garante del concordato.

L'azione del curatore, necessariamente esperita nell'interesse indistinto dell'intera massa dei creditori partecipanti al procedimento fallimentare, rischierebbe, pertanto, di peccare per eccesso.

Alla luce di tali osservazioni, le Sezioni unite affermano il fondamentale principio in base al quale "*in caso di dichiarazione di fallimento conseguente alla risoluzione di un concordato preventivo accompagnato da garanzia prestata da terzi per l'adempimento delle obbligazioni assunte dal debitore, la legittimazione ad agire nei confronti del garante non compete al curatore del fallimento, bensì individualmente*

⁴²⁷ Corte di Cassazione, 18/5/2009, n. 11396 in *Il Fallimento*, 2009, pag. 1386.

ai creditori che risultino tali sin dall'atto dell'apertura della procedura concordataria".

CAPITOLO 4:

I PROFILI PENALI

1. Premessa

Lo studio della disciplina relativa alla consecuzione del fallimento al concordato preventivo, e dei relativi effetti, non può prescindere dall'analisi delle principali problematiche sollevate nel versante penale della normativa concorsuale.

In tale sede, riveste una notevole importanza la disposizione di cui all'art. 236, secondo comma, l. fall., norma, quest'ultima, volta a rendere applicabili al concordato preventivo taluni reati propri del fallimento. Qualora nel corso del concordato subentri la declaratoria di fallimento, è necessario appurare quali siano le conseguenze prodotte nei confronti di tale disposizione.

L'interprete si deve, allora, prima di tutto chiedere se tale norma sia applicabile indipendentemente da una successiva dichiarazione di fallimento o se, al contrario, non possa prescindere da questa. Qualora si propenda per la prima soluzione, è necessario domandarsi se il fallimento successivo comporti l'applicazione esclusiva dei reati propri del fallimento o se al contrario sia configurabile un concorso di reati.

Lo studio dell'art. 236 l. fall., ed i relativi rapporti con la declaratoria di fallimento consecutiva, non può tuttavia trascurare le problematiche di grande rilievo sollevate dalle riforme della normativa civilistica delle procedure concorsuali.

Come si avrà, infatti, modo di precisare, il legislatore delle riforme non ha, incautamente, provveduto ad armonizzare la normativa penale del concordato preventivo con le relative innovazioni avvenute nel versante civilistico. Tra queste, assumono, nella materia in questione, un'importanza centrale il venir meno, da un lato, dell'identità dei presupposti oggettivi delle due procedure, e, dall'altro, della

necessaria contestualità tra il provvedimento di chiusura del concordato e la dichiarazione di fallimento.

A seguito di tali riforme, sembra allora venuto meno quell'automatismo tra concordato preventivo e fallimento che giustificava – sul versante penale – la disposizione dell'art. 236, secondo comma, il quale, per quanto attiene alla bancarotta c.d. "impropria", equiparava per entrambe le procedure gli effetti della dichiarazione giudiziale di insolvenza, estendendo *tout-court* agli amministratori, ai direttori generali, ai liquidatori, agli institori, la responsabilità penale in relazione ai fatti di cui agli art. 223, 224, 227 l. fall.

Le problematiche sollevate dalle riforme delle procedure concorsuali nel settore penalistico concernono, poi, la dubbia rilevanza penale delle condotte esenti da revocatoria, a norma del novellato art. 67, comma 3, l. fall.; la questione è alquanto rilevante in questa sede, posto che l'art. 67 comma 3 lett. e) esonera da revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo.

È dunque lecito domandarsi se un'operazione esecutiva del concordato preventivo, cui il legislatore delle riforme ha conferito un trattamento di favore, possa tuttavia configurare una responsabilità del soggetto agente a titolo di bancarotta preferenziale o di bancarotta semplice.

Tale questione sembra essere ora risolta a seguito del recente intervento del legislatore, il quale ha introdotto un nuovo articolo, il 217 *bis*, mediante il quale ha precisato che i reati di bancarotta preferenziale, di cui all'art 216, comma 3, e di bancarotta semplice, di cui all'art. 217, non possano applicarsi laddove i pagamenti e le operazioni vengano compiuti in esecuzione di un concordato preventivo.

Nel prosieguo del capitolo, si avrà modo di precisare come tale nuova disposizione abbia, da un lato, posto fine ad una tormentata vicenda interpretativa circa il rapporto tra l'esenzione da revocatoria di cui alla lettera e) e i corrispettivi presidi penalistici, ma, dall'altro, abbia alimentato nuove questioni, scaturite da un'imperfetta e precipitosa stesura della norma in questione.

L'ultima problematica affrontata nel presente capitolo concerne, infine, la rilevanza penale dell'inadempimento doloso delle obbligazioni assunte con il concordato preventivo, al quale sia seguita la risoluzione del concordato medesimo e la

declaratoria di fallimento. Tale fattispecie è stata, nella pregressa disciplina, esclusa dalla disposizione di cui all'art. 217 n. 5, a norma della quale risponde del reato di bancarotta semplice l'imprenditore dichiarato fallito il quale non abbia soddisfatto "le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare".

Tale esclusione era motivata dal fatto che, secondo la dottrina maggioritaria, per "precedente concordato" la norma in questione avrebbe inteso riferirsi ad un distinto infortunio passato e non al concordato la cui inadempienza avesse comportato la dichiarazione di fallimento in atto *ex art. 186 l. fall.*

Tale impostazione, non certo esente da critiche, sembra ora aver perduto il fondamento normativo che, secondo la dottrina prevalente, la sosteneva, essendo, come noto, venuta meno la necessaria contestualità tra il provvedimento che risolve il concordato preventivo e la successiva declaratoria di fallimento.

Il nuovo dettato normativo, dunque, non permetterebbe più di escludere a priori che il fallimento, dichiarato in un momento successivo alla risoluzione del concordato preventivo, sia addebitabile ad un diverso e distinto dissesto da quello che aveva portato all'ammissione al concordato preventivo, con la conseguenza che tale ipotesi dovrebbe ritenersi pacificamente inclusa nel dettato di cui all'art. 217 n. 5 l. fall.

Come si avrà modo di rilevare più diffusamente in seguito, la fondatezza di tale rilievo sembra poter essere desunta, seppur implicitamente, da una recente pronuncia della Corte di Cassazione.

2. Riflessi penalistici della riforma del concordato preventivo

Nonostante la disciplina delle procedure concorsuali, e in particolare quella del concordato preventivo, sia stata profondamente modificata dal recente processo riformatore, la relativa normativa penalistica è rimasta immutata e, pertanto, strettamente ancorata al precedente dettato normativo.

La dottrina penalistica ha messo in luce come tale mancato coordinamento tra la normativa civilistica e quella penalistica costituisca una grave lacuna legislativa, la quale ha dato origine a delle problematiche di grande importanza, cui il legislatore deve al più presto porre rimedio ⁴²⁸.

Si è, infatti, rilevato come la riforma delle procedure concorsuali non possa che “*procedere di pari passo con gli interventi sulle disposizioni penali*” ⁴²⁹.

Analizzando, in particolare, la regolamentazione delle responsabilità penali ricollegabili all’istituto del concordato preventivo, è opportuno rimarcare come essa fosse caratterizzata da incongruenze e lacune anche nella vigenza della pregressa normativa concorsuale ⁴³⁰, con la conseguenza che, nella materia *de qua*, la scelta dell’attuale legislatore di abbandonare ogni tentativo di riforma del sistema penale concorsuale sia particolarmente criticabile.

Va fin da ora precisato, infatti, che la normativa penale del concordato preventivo sia disciplinata dall’art. 236, il cui secondo comma parifica al fallimento le procedure

⁴²⁸ Sulle problematiche sollevate dalle recenti riforme delle procedure concorsuali, si consultino: G. Sandrelli, *Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2005, pag. 1218; A. Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *Rivista Italiana Diritto Processuale Penale*, 2006, pag. 111 ss.; R. Bricchetti, F. Mucciarelli, G. Sandrelli, *Commento agli artt. 216-241 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio, Bologna, 2006, pag. 2742; F. Giunta, A. Scarcella, *Riflessi penali della nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2006, pag. 1213 ss.; R. Bricchetti, *Profili penali*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “organica” al decreto “correttivo”*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008, pag. 639 ss.; Rossi, in *Manuale di diritto penale, Leggi Complementari, vol. II, I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell’urbanistica*, F. Antolisei, a cura di C. F. Grosso, Milano, 2008, pag. 322 ss.

⁴²⁹ R. Bricchetti, *I profili penali*, cit., pag. 639.

⁴³⁰ In dottrina si era dubitato della legittimità costituzionale delle disposizioni dettate in materia: si veda V. Lavaggi, *Responsabilità penale nel concordato preventivo e nell’amministrazione controllata*, in *Diritto Fallimentare*, 1968, I, pag. 128 ss.

del concordato preventivo e dell'(ora abrogata) amministrazione controllata agli effetti della repressione dei reati sia pre che post fallimentari. Come condizione di punibilità, o rispettivamente come presupposto, alla sentenza dichiarativa di fallimento si sostituisce il decreto di ammissione al concordato preventivo.

Da notare, peraltro, che nella pregressa disciplina, alle suddette procedure poteva sempre subentrare l'automatica declaratoria di fallimento, intervenuta nel corso del concordato preventivo ai sensi dell'art. 173 l. fall., o a seguito della mancata omologazione, oppure ancora a seguito della risoluzione o dell'annullamento, con l'ovvia continuità degli effetti penali.

Ora, si è sempre ritenuto che l'estensione alla procedura di concordato preventivo (e, in passato, all'amministrazione controllata) avvenisse in modo incomprensibilmente frammentato, essendo infatti pretermessi gli art. 216, 217 e 222, relativi alla bancarotta propria dell'imprenditore individuale e dei soci illimitatamente responsabili.

Ad aggravare lo stato di incertezza interpretativa della normativa in esame, ha contribuito certamente lo scarso ausilio della giurisprudenza, che, in proposito, ha avuto modo di pronunciarsi in modo assai raro, quasi a ritenere che l'istituto del concordato preventivo costituisca un procedimento al quale ricorrono esclusivamente imprenditori onesti ma sfortunati.

Vale ricordare che una parte della dottrina aveva affermato che *“se non si trattasse di norme penali, incidenti come tali sulla libertà e sull'onore degli uomini, verrebbe davvero da sorridere nel considerare con qual compiacimento la mala sorte abbia perseguitato in una sola volta il mitico legislatore, cumulando nel brevissimo ambito di un'unica norma, errori su errori, imperfezioni su imperfezioni, idonee a dare al precetto un posto non spregevole in quel museo dei mostri legislativi, cui viene voglia di tanto in tanto di pensare, in un tempo come il nostro, non preclaro dell'arte non facile di non scriver leggi. Ed è un gran bene che in condizioni siffatte la giurisprudenza abbia tagliato corto, nella sua sensibilità alla questione facendo, a quanto sembra, più che parsimoniosa applicazione del nostro art. 236...”*⁴³¹.

⁴³¹ V. Lavaggi, *ibidem*.

Le recenti riforme delle procedure concorsuali hanno messo in luce degli ulteriori limiti della disposizione in esame, evidenziando, in particolare, come il ricorso alla tecnica del rinvio ai reati propri del fallimento, al fine di disciplinare la normativa penalistica del concordato preventivo, non sia certamente esente da critiche.

Il fondamento principale di tale rinvio consisteva nell'identità del presupposto oggettivo delle due procedure, individuato nello "stato di insolvenza".

Orbene, il legislatore delle riforme ha statuito che la procedura di concordato preventivo possa fondarsi non più solo sull'insolvenza, ma anche sullo stato di crisi. Questa diversa situazione economica, che può caratterizzare l'ammissione al procedimento, potrebbe rappresentare uno *status* diverso e rendere incerta l'applicabilità della fattispecie penale oppure indurre a ritenere che quest'ultima continui ad operare.

La soluzione appare particolarmente complessa, allorché si è di fronte all'ipotesi regolata dal secondo comma dell'art. 236 che, rinviando alle ipotesi dettate dagli art. 223, comma 2, e 224 n. 2, sanziona le condotte che hanno cagionato, o concorso a cagionare, il **dissesto** dell'impresa, situazione, quest'ultima, ben diversa dallo stato di crisi⁴³².

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

⁴³² La dottrina penalistica è pressoché unanime nell'identificare il dissesto con l'insolvenza (si veda per tutti, C. Pedrazzi, *I reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, a cura di C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, ed. ridotta, Bologna, 2003, pag. 215), con la conseguenza che cagionare il dissesto significa, dunque, porre in essere le premesse necessarie e sufficienti della declaratoria di fallimento (ed in passato, stante l'identità dei presupposti, anche del concordato preventivo, in base al richiamo di cui all'art. 236 l. fall.).

A ben vedere, tuttavia, dissesto ed insolvenza non sono concetti necessariamente coincidenti: mentre il primo, infatti, configura un'eccedenza del passivo sull'attivo (si veda R. Bricchetti, cit., pag. 648), il secondo si verifica invece indipendentemente da uno **sbilancio patrimoniale**. Come si è infatti constatato nel primo capitolo del presente lavoro, lo stato di insolvenza si verifica allorché l'impresa non è più in grado di far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni, trovandosi dunque in una situazione di **illiquidità**. Ora, è ben possibile che tale stato si verifichi anche in assenza di uno sbilancio patrimoniale, qualora, ad esempio, i crediti dell'impresa non siano al momento esigibili.

Correlativamente un'eccedenza del passivo sull'attivo, e quindi un dissesto, non implica necessariamente l'insolvenza, fin quando l'imprenditore possa accedere al credito accordatogli in virtù delle prospettive di sviluppo positivo dell'attività imprenditoriale o di garanzie prestate da terzi. Ne consegue che è possibile (anzi, è molto probabile) che il dissesto dell'impresa implichi anche uno stato di insolvenza, ma non è corretto ritenere che la causazione del primo determini automaticamente la sussistenza del secondo.

assetto normativo: per quanto l'equivalenza tra "dissesto" ed "insolvenza" possa lasciare perplessi ⁴³³, non può dubitarsi che il requisito d'ingresso del concordato preventivo alluda oggi ad una tipologia di situazioni che "*se comprende l'insolvenza, ad essa certo non si riduce*" ⁴³⁴.

Poiché l'art. 223, comma 2, 1. fall. esige che le condotte abbiano cagionato il dissesto e non un generico stato di crisi, per decidere dell'applicabilità delle ricordate norme penali sarà necessario accertare se la situazione, rispetto alla quale è stato ammesso il concordato, sia di crisi pur grave ma non caratterizzata in termini di insolvenza, ovvero se alla procedura sia stato dato ingresso di fronte allo stato di dissesto della società. Con la conseguenza che le norme penali potranno trovare applicazione soltanto se si versi in stato di insolvenza e se il dissesto sia stato cagionato dalle condotte tipiche.

Tornando allora all'art. 236, secondo comma, nella parte in cui rinvia agli art. 223, comma 2, e 224, n. 2, esso sarà configurabile laddove l'impresa sia, al momento dell'ammissione al concordato, insolvente. La norma in esame non sarà al contrario più applicabile, relativamente alle ipotesi in cui viene richiesta la causazione dell'evento "dissesto", ove l'impresa ammessa al concordato si trovi in uno stato di crisi prodromico all'insolvenza vera e propria, la quale non si sia tuttavia ancora manifestata. In questo caso, gli articoli 223, comma 2, e 224, n. 2 1. fall., potranno trovare applicazione autonomamente qualora al concordato segua la declaratoria di fallimento ⁴³⁵.

Il fondamento del rinvio, operato dall'art. 236, secondo comma, n. 1 e 2 alle norme penali ricollegabili al fallimento ⁴³⁶, risiedeva, poi, nella **continuità** normativa tra il

⁴³³ Si veda la nota precedente.

⁴³⁴ A. Alessandri, cit., pag. 117.

⁴³⁵ In tale sede, infatti, viene accertata l'insolvenza dell'impresa, cui, come detto, la dottrina penalistica ha sempre parificato il dissesto. Ne consegue che, qualora si provi che le condotte incriminate abbiano cagionato il predetto dissesto, accertato nella sentenza di fallimento, gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori della società risponderanno dei reati in questione.

⁴³⁶ Non solo, quindi, a quelle della bancarotta c.d. "societaria" dove, come appena visto, si richiede la causazione del dissesto.

concordato preventivo ed il fallimento⁴³⁷, in forza della quale venivano equiparate le conseguenze della dichiarazione giudiziale di insolvenza.

La consecuzione del concordato preventivo nel fallimento avveniva, infatti, senza soluzione di continuità, con la conseguenza che il fallimento non poteva che essere dichiarato per quella medesima insolvenza che aveva portato l'impresa debitrice ad essere ammessa al concordato preventivo.

Il nuovo dettato normativo, all'art. 162, comma 2, prevede che, qualora la proposta di concordato preventivo venga dichiarata inammissibile, il fallimento possa essere dichiarato soltanto previo accertamento dei presupposti di cui agli art. 1 e 5 l. fall.

Sparisce così il fallimento come conseguenza automatica del rigetto della domanda di concordato preventivo, soluzione non più compatibile sia col fatto che il concordato è ammissibile anche in presenza non dell'insolvenza, ma del solo stato di crisi, sia con la soppressione dei poteri del tribunale di dichiarare il fallimento d'ufficio⁴³⁸.

Analoga disciplina è prevista in tutti i casi in cui nel corso del procedimento può venire meno il concordato: a seguito dell'esito negativo della votazione, della mancata omologazione e nelle ipotesi previste dall'art. 173 l. fall. quando il debitore abbia occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insufficienti o commesso atti di frode ai creditori o risulti che difettavano le condizioni di ammissibilità della domanda.

Il fallimento costituisce soltanto un possibile esito ulteriore del concordato preventivo anche nei casi in cui quest'ultimo venga risolto od annullato⁴³⁹.

Viene definitivamente meno, quindi, quell'**automatismo** tra concordato preventivo e fallimento che giustificava - sul versante penale - la disposizione dell'art. 236, secondo comma, n. 1 e 2 che, per quanto attiene alla bancarotta impropria, equiparava per entrambe le procedure gli effetti della dichiarazione giudiziale di insolvenza, estendendo *tout-court* agli amministratori, ai direttori generali, ai

⁴³⁷ Continuità che implicava nel versante civilistico, come si è visto nel precedente paragrafo, la retrodatazione di determinati effetti a partire dalla data di ammissione del debitore al concordato, in quanto era da quel momento che veniva accertata l'insolvenza del debitore.

⁴³⁸ Sul punto si vedano le riflessioni compiute nel paragrafo 2 del capitolo 2 del presente lavoro.

⁴³⁹ Sulle problematiche sollevate dall'art. 186 l. fall., rimando alla trattazione di cui al paragrafo 2.5 del capitolo 2 del presente lavoro.

liquidatori, agli institori, la responsabilità penale in relazione ai fatti di cui agli art. 223, 224, e 227 l. fall.⁴⁴⁰

Non risulta, quindi, più così “scontata” la connessione tra la nuova disciplina della procedura di concordato preventivo, “affrancatasi” dal luogo “ancillare” rispetto al fallimento, e il complesso delle norme incriminatrici che fungono da suo presidio penale.

Alla luce di queste prime osservazioni, è possibile, fin da ora, rilevare come non sia più rinviabile un intervento del legislatore atto ad armonizzare la normativa penalistica collegata al concordato preventivo con i principi emersi dalle recenti riforme delle procedure concorsuali.

È, perciò, auspicabile che tale normativa non venga più disciplinata mediante un rinvio ai reati propri del fallimento, essendo venuta meno quell’identità di presupposti e quella continuità tra le due procedure che ne giustificava il ricorso.

Il legislatore dovrebbe, di conseguenza, regolamentare le responsabilità penali ricollegabili all’istituto del concordato preventivo in modo autonomo, tenendo ben presente, da un lato, la nuova configurazione di tale istituto e, dall’altro, la circostanza che in caso di esito infausto di tale procedura, il fallimento non rappresenta più l’unico esito possibile.

In assenza di tale riforma, non rimane però che applicare l’immutata disposizione di cui all’art. 236, comma secondo, l. fall., cercando, fin dove è possibile, di coordinare tale previsione con la nuova normativa delle procedure concorsuali⁴⁴¹.

Oltre alla problematica estensibilità automatica di fattispecie “pensate” e costruite in relazione a fatti “contestualizzati” nella – non più immediatamente convertita – procedura fallimentare, anche la prima parte della previsione dell’art. 236 l. fall., oltre alle incongruenze e lacune che l’affliggono *ab origine*, palesa oggi ulteriori limiti di capacità selettiva delle condotte offensive del corretto e proficuo svolgimento della procedura.

L’invariato primo comma dell’art. 236 – unica norma a presidio penale “diretto” dell’ammissione al concordato preventivo – descrive, infatti, soltanto condotte

⁴⁴⁰ Si veda Rossi, cit., pag. 326.

⁴⁴¹ Sul punto rimando alla più diffusa analisi compiuta nel prossimo paragrafo.

“minimali” di aggressione al bene giuridico tutelato, a fronte di un - oggi - accresciuto e assai ampio ventaglio di possibilità propositive riservate dall’art. 160 l. fall. all’imprenditore per accedere alla procedura e che, per la ricchezza e discrezionalità degli elementi che le caratterizzano, ben si prestano ad eventuali manipolazioni e distorsioni.

Ai sensi del riformato art. 160 l. fall., infatti, l’imprenditore che si trovi in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano che può prevedere:

- a) la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei creditori attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie, compresa l’attribuzione ai creditori o società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni o altri strumenti finanziari;
- b) l’attribuzione delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore, che può essere anche uno dei creditori o una società da questi partecipata;
- c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei;
- d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse.

La proposta può prevedere che i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca non vengano soddisfatti integralmente, purché il piano ne preveda la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all’art. 67, terzo comma, lett. d).

Ai fini dell’ammissione della domanda di concordato, il debitore deve presentare, con il ricorso, un’aggiornata relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell’impresa; uno stato analitico ed estimativo delle attività e l’elenco nominativo dei creditori, con l’indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; il valore dei beni e i creditori particolari degli eventuali soci illimitatamente responsabili.

Alla luce, quindi, del particolare rigore con cui oggi occorre rassegnare la situazione patrimoniale per l’ammissione al concordato preventivo, è necessario porsi

l'interrogativo se sia configurabile una fattispecie penale adattabile ai casi in cui i dati indicati non corrispondano alla realtà, tanto più se strumentalmente finalizzati allo scopo di ottenere l'ammissione.

In dottrina ⁴⁴², si è evidenziato come la disposizione di cui al primo comma dell'art. 236 non sia adeguata a fronteggiare condotte di mendacio e di infedeltà dichiarative del debitore nella procedura di cui è causa; ne consegue allora che la tutela penale della correttezza del flusso di informazioni economiche e finanziarie che concorrono ad attribuire un'aurea di credibilità e di serietà alla proposta di concordato preventivo rischia *“di finire ad essere rimessa per buona parte all'operatività del delitto di truffa, presumibilmente aggravata (ai sensi dell'art. 61, n. 7 e 11 cod. pen.) e quindi almeno procedibile d'ufficio”* ⁴⁴³.

Un'altra innovazione civilistica che assume un grande rilievo nella normativa penalistica riguarda la responsabilità penale del professionista chiamato ad attestare la credibilità del piano stesso, nelle sue premesse – “la veridicità dei dati aziendali” – e nelle prospettive di attuazione – “la fattibilità”.

Questa ultima innovazione costituisce una delle più significative novità rispetto al passato, quando il controllo sostanziale della “serietà” della proposta concordataria era demandato in via esclusiva al commissario giudiziale.

Dato che non era certamente possibile rimettere l'attendibilità dei dati contenuti nella proposta esclusivamente all' “autocertificazione” del creditore proponente, il legislatore delle riforme ha conferito un ruolo cruciale alla relazione redatta da un particolare professionista (avvocato, commercialista, esperto contabile), che, proprio per la sua particolare valenza, non potrà consistere nella semplice “parafrasi” del piano concordatario proposto dall'imprenditore, ma dovrà contenere un *quid pluris* che si sostanzierà nell'attestazione della veridicità dei dati aziendali e nella fattibilità del piano stesso ⁴⁴⁴.

⁴⁴² Rossi, cit., pag. 327.

⁴⁴³ Rossi, *ibidem*. L'autore rileva, poi, come la Commissione Trevisanato avesse previsto all'art. 16 n. 8, che l'incriminazione ruotasse su comportamenti fraudolenti consistenti, tra il resto, nell'esposizione di informazioni false o nell'omissione di quelle imposte dalla legge.

⁴⁴⁴ Rossi, cit., pag. 328.

Sotto il profilo della *veridicità*, la relazione attiene a dati per lo più valutativi; per quanto riguarda la *fattibilità*, la relazione attiene ad un giudizio prognostico. L'accertamento della eventuale **falsità della relazione** presenta, quindi, delle notevoli peculiarità e difficoltà, vertendo, da un lato, su valori "censibili" sulla base di parametri indicati in norme tecniche assai eterogenee (principi contabili e di revisione, direttive comunitarie), fonte di ampia discrezionalità di giudizio; e, dall'altro, su stime proiettate verso il futuro che, pur basate su dati di partenza oggettivi, recano in sé una nota di aleatorietà che rende assai ardua l'eventuale censura di non credibilità.

In dottrina si è infatti rilevato che "*il mendacio è dichiarazione (non vera) di scienza, mentre in detta ipotesi l'oggetto del falso è il dato storico di partenza, che determinerà il falso risultato del dato futuro estrapolato dalla falsificata risultanza presente*"⁴⁴⁵.

Dal punto di vista civilistico, risulta certa la responsabilità extracontrattuale del professionista nei confronti di ogni singolo creditore danneggiato dalla falsità della relazione⁴⁴⁶.

Sul versante penale, appare certa soltanto la responsabilità concorsuale del professionista che falsifica dolosamente in accordo con l'imprenditore riguardo all'attribuzione di attività o di crediti di costui inesistenti, ai sensi dell'art. 236, primo comma, 1. fall.

Laddove invece il professionista falsifichi un piano della società con la partecipazione degli amministratori, non sarebbe possibile neppure il ricorso all'art. 236, primo comma, di cui è prevista la sola applicabilità all'imprenditore individuale. In dottrina, si è posto l'attenzione sul fatto che il nuovo dettato normativo disponga che all'inammissibilità della domanda di concordato non segua più **automaticamente** il fallimento del debitore, con la conseguenza che il reato di

⁴⁴⁵ Rossi, *ibidem*.

⁴⁴⁶ In dottrina si è osservato che "*non trattandosi di responsabilità verso la massa dei creditori, ma verso i singoli creditori che hanno subito un danno, la quantificazione del danno è assai complessa in quanto si articola e si atteggia in modo differenziato per ogni singolo creditore*". Rossi, *ibidem*.

bancarotta potrà rappresentare solo **eventualmente** uno strumento sanzionatorio per la non veridicità dei dati e per l'artificiosità compiacente del deposito ⁴⁴⁷.

D'altronde, *“che non si dovessero trovare necessariamente nelle figure della bancarotta i presidi all'attendibilità del “piano” è d'altra parte scontato, nel momento in cui si decide di dare ingresso a corposi momenti di privatizzazione della procedura e della prospettazione degli interessi in gioco”* ⁴⁴⁸.

Sotto questo profilo, *“le vecchie figure apparirebbero inadeguate ed improprie, poiché assumevano il concordato quale soluzione dell'insolvenza **alternativa** a quella del fallimento, ma gravata da un disvalore omogeneo, qualora la meritevolezza non avesse trovato sviluppo nella reale e adeguata soddisfazione dei creditori”* ⁴⁴⁹.

Si pone, pertanto, la questione se la redazione di una relazione non veritiera da parte del professionista possa integrare una fattispecie di reato **autonoma**, ascrivibile al solo professionista: la risposta dipende da una sua qualificazione come “soggetto pubblico” o privato.

A favore della tesi della “qualificazione pubblicistica” del professionista militano, da un lato, il collegamento con il commissario giudiziale, che “per quanto attiene alle sue funzioni” è espressamente definito pubblico ufficiale (art. 165 l. fall.) e, dall'altro, l'estraneità dagli interessi del privato committente imprenditore.

La dottrina dominante, tuttavia, propende per la “qualificazione privatistica”, dato che il professionista, non essendo nominato dal tribunale, opera pur sempre quale libero professionista, seppur in veste di terzietà ed indipendenza dal debitore che a lui si rivolge. Egli non è un coadiutore del tribunale e la sua attività non contribuisce allo svolgimento della funzione giurisdizionale.

Prediligendosi, dunque, questa seconda ipotesi, quale autonoma fattispecie realizzabile dal professionista è stato proposto in dottrina il ricorso all'art. 483 c. p., ossia alla falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico ⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ A. Alessandri, cit., pag. 1118.

⁴⁴⁸ A. Alessandri, *ibidem*.

⁴⁴⁹ A. Alessandri, *ibidem*.

⁴⁵⁰ U. De Crescenzo, L. Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare. Dal maxiemendamento alla legge n. 80 del 2005*, Milano, 2005, pag. 32.

A tale impostazione, si è però efficacemente controbattuto che l'attestazione della veridicità poco si attaglia con la relazione del professionista, essendo questa colma di valutazioni e stime, senza contare le previsioni e i pronostici ⁴⁵¹.

In conclusione, per citare autorevole dottrina ⁴⁵², *“il quadro che ne deriva è dunque disarmonico e alquanto sgangherato. Per lo più esso rileva lacune di tutela che avrebbero potuto evitarsi attraverso un contestuale intervento di riforma sul versante delle fattispecie penali chiamate ad assicurare l'effettività della nuova disciplina concorsuale”* ⁴⁵³.

⁴⁵¹ A. Alessandri, cit., pag. 121.

⁴⁵² A. Giunta, A. Scarcella, cit., pag. 1221.

⁴⁵³ Va infine ricordato come in dottrina si sia paventato il rischio che a seguito di tale lacuna normativa vi possano essere delle applicazioni estensive delle norme esistenti. Si veda A. Alessandri, *ibidem*.

2.1 Art. 236 R. D. 16 marzo 1942, n. 267

Il capo terzo del titolo quarto della legge fallimentare contiene gli articoli 236 e 237. Fatta eccezione per l'illecito considerato nella prima parte dell'art. 236, le disposizioni si limitano a dichiarare applicabili alcuni reati fallimentari al concordato preventivo, alla amministrazione controllata e alla liquidazione coatta amministrativa.

Si tratta di disposizioni che sono formulate in modo imperfetto a causa di imprecisioni, incongruenze e difetti di coordinazione.

Come è stato infatti evidenziato da autorevole dottrina⁴⁵⁴, il complesso normativo in questione rappresenta la parte più difettosa della pur carente disciplina degli illeciti penali concorsuali e denuncia l'affrettata elaborazione della materia.

L'art. 236 è dedicato al concordato preventivo e all'amministrazione controllata.

In relazione a quest'ultima procedura, è tuttavia opportuno precisare che l'art. 147 del d. lgs. 9/1/2006, n. 5 ha abrogato il titolo IV della legge fallimentare e soppresso tutti i riferimenti all'amministrazione controllata. Si è verificata, quindi, un'*abolitio criminis* con riferimento a quelle parti dell'art. 236 che determinavano la punibilità in relazione a tale procedura, o assumendola come elemento descrittivo del dolo specifico (1° comma) o attribuendole il ruolo di "presupposto" del reato (2° comma). Ne consegue, dunque, che il testo vigente dell'art. 236 descrive ora una fattispecie diversa da quella indicata nel precedente testo, circoscrivendo l'area della punibilità alle sole ipotesi di bancarotta così detta "concordataria" e togliendo rilevanza penale a quelle connesse all'amministrazione controllata.

Nel primo comma della norma in esame è delineata un'autonoma figura delittuosa, punibile con la reclusione da uno a cinque anni.

Soggetto attivo del reato è soltanto l'imprenditore individuale e, inspiegabilmente, non i soggetti attivi della bancarotta impropria.

⁴⁵⁴ F. Antolisei, *Manuale di diritto penale*, op. cit., pag. 221.

Detta lacuna è un'eccezione rispetto alla tecnica del legislatore, che sempre contrappone i soggetti attivi della bancarotta propria a quelli della bancarotta impropria. È pertanto impossibile ritenere che il termine “*un imprenditore*” comprenda in detta disposizione i soggetti a questi equiparati tanto più che trattasi di norma incriminatrice di cui è vietata l'analogia ⁴⁵⁵.

Secondo taluni autori, qualora la condotta sanzionata dalla norma sia compiuta da un soggetto non imprenditore, potrebbero esserci gli estremi di un tentativo di truffa ⁴⁵⁶.

La norma prevede due distinte fattispecie. La prima considera il fatto dell'imprenditore che, al solo scopo di essere ammesso alla procedura di concordato preventivo, si attribuisce attività inesistenti: la prospettazione di un attivo più consistente del reale mira a convincere il tribunale competente della capacità dell'imprenditore di rispettare gli impegni assunti col concordato.

È richiesto un dolo specifico consistente nello scopo di ottenere, attraverso il mendacio, l'ammissione alla procedura ⁴⁵⁷. Il reato si esaurisce nella falsa dichiarazione, indipendentemente dal conseguimento dell'obiettivo ⁴⁵⁸.

La seconda fattispecie prevede la simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti per influire sulla formulazione delle maggioranze. Non si parla di crediti dell'imprenditore (ricompresi tra le “attività” della prima fattispecie), ma di crediti di terzi verso il medesimo.

In questo caso l'inganno è diretto ad ottenere l'approvazione del concordato preventivo da parte dei creditori.

Questa fattispecie, come la precedente, configura un reato di mera condotta e di pericolo ⁴⁵⁹, il quale si perfeziona indipendentemente dal verificarsi dell'effettivo danno per i creditori. Il reato viene perciò consumato nel momento in cui il soggetto simula passività in tutto o in parte inesistenti.

⁴⁵⁵ P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955, pag. 188.

⁴⁵⁶ U. Giuliani-Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, quinta edizione, Milano, 2006, pag. 511. Ad avviso del Nuvolone (*ibidem*), il fatto potrebbe costituire falsità in scrittura privata. *Contra*, sulla base del rilievo che la falsità ideologica in scrittura privata non è punibile, L. Conti, *I reati fallimentari*, Torino, 1991, pag. 405, nota 5.

⁴⁵⁷ P. Nuvolone, cit., pag. 192.

⁴⁵⁸ L. Conti, cit., pag. 404.

⁴⁵⁹ L. Conti, *ibidem*.

Ad un'attenta lettura della norma in esame, si può constatare come entrambe le fattispecie vogliano prevenire la fruizione abusiva, in assenza dei presupposti di legge, dei "benefici" insiti nella procedura di concordato e l'imposizione di sacrifici ingiustificati ai creditori dell'imprenditore in difficoltà.

Ed, infatti, il delitto previsto dall'art. 236, primo comma, l. fall. "*tutela, da una parte, la regolarità e la legalità della procedura, diretta e controllata dall'autorità giudiziaria che deve verificare la legittimità formale e di merito e, quindi, la convenienza economica della proposta di concordato, che postula la verità della situazione patrimoniale riportata nella prescritta documentazione*"; ma, d'altra parte tutela anche "*l'interesse dei creditori a non essere tratti in inganno da atti di frode e determinati dall'errore indotto all'approvazione della proposta che, intervenuta a maggioranza all'interno dell'adunanza di essi, che opera, ex art. 177 della Legge, come organo intermedio della procedura, è momento strumentale e necessario rispetto alla successiva fase di omologazione*"⁴⁶⁰.

La formulazione della norma impedisce tuttavia che questo obiettivo possa essere conseguito efficacemente: in primo luogo, infatti, essa non è applicabile agli organi societari, trattandosi di un reato addebitabile esclusivamente agli imprenditori individuali. Viene così inspiegabilmente escluso dalla sfera di applicazione della norma un ampio ventaglio di condotte potenzialmente lesive delle ragioni creditorie.

In relazione, poi, alla prima fattispecie, la formulazione troppo restrittiva della norma non consente di ricomprendere condotte pur equivalenti come la sopravvalutazione di attività esistenti o l'occultamento di passività⁴⁶¹.

L'inadeguatezza di tale disposizione a perseguire i relativi scopi istituzionali è, oggi, ulteriormente comprovata dal mutato dettato civilistico in tema di concordato preventivo, in quanto il vasto ventaglio di possibilità lasciate dal novellato art. 160 all'imprenditore per accedere alla procedura comporta il concreto rischio di manipolazioni e distorsioni.

⁴⁶⁰ Corte di Cassazione, 26/1/2000, n. 3736, in Rivista Penale, 2000, pag. 694.

⁴⁶¹ Si veda la Corte di Cassazione, 3/7/1991, in Rivista Penale Economica, 1992, pag. 288. In tempi più recenti, tuttavia, la Corte di Cassazione ha sostenuto che con la locuzione dell'art. 236, primo comma, l. fall. vengono punite anche l'omessa indicazione di debiti e la sopravvalutazione di immobili (Corte di Cassazione, 26/1/2000, in Rivista Penale, 2000, pag. 694).

Si può infatti constatare come se, da un lato, la nuova disciplina del concordato preventivo abbia precisato meglio i contenuti del ricorso con cui viene proposta la domanda di concordato preventivo, in modo tale da contribuire sensibilmente all'individuazione di quel che diventerà, verosimilmente, il principale strumento di realizzazione del reato, dall'altro, talune possibili falsità presenti nella relazione di cui al novellato art. 161, comma 2 potrebbero sfuggire alla previsione di cui all'art. 236, comma 1.

Si pensi alle falsità che attengono all'identità dei creditori, alle cause di prelazione, ai diritti reali o personali su beni del debitore; come si è appena rilevato, infatti, la formulazione restrittiva della lettera della legge non consente di riportare le ipotesi anzidette nell'alveo delle condotte tipizzate dalla fattispecie incriminatrice.

Rimane allora da appurare se il mendacio atipico a norma dell'art. 236, comma 1, possa rilevare penalmente ai sensi di una diversa fattispecie incriminatrice.

La fattispecie che più si avvicina all'ipotesi in questione è quella di falsità ideologica commessa dal privato in atto pubblico, di cui all'art. 483 c. p.

La norma in questione sanziona infatti con la reclusione fino a due anni chiunque attesti *“falsamente al pubblico ufficiale, in un atto pubblico, fatti dei quali l'atto è destinato a provare la verità”*.

In dottrina⁴⁶² si è però evidenziato che, ad un più attento esame della disposizione in esame, quest'ultima figura di reato non risulti calzante: *“in effetti, benché la relazione prevista dall'art. 161 sia destinata a provare la verità dei fatti ivi indicati, essa è formata e firmata dal debitore, là dove l'art. 483 c. p. richiede che la dichiarazione mendace del privato sia stata trasfusa in un atto pubblico”*.

Come si è accennato nel precedente paragrafo⁴⁶³, non resta allora che ipotizzare, in via residuale, il ricorso alla fattispecie di truffa (verosimilmente procedibile d'ufficio per la ricorrenza dell'aggravante di cui all'art. 61, n. 7, c. p.), *“la quale presuppone per la sua consumazione, che, a seguito della condotta ingannatoria (ravvisabile nelle falsità contenute nella relazione) e dell'atto di disposizione (consistente*

⁴⁶² F. Giunta, A. Scarcella, cit., pag. 1220.

⁴⁶³ Cfr. nota 432.

*nell'approvazione del concordato), sia conseguito un danno patrimoniale (dei creditori) con ingiusto profitto (del debitore)"*⁴⁶⁴.

Qualora, invece, il mendacio commesso dal soggetto agente sia inquadrabile nella fattispecie di cui all'art. 236, comma 1, è opportuno domandarsi se tale fattispecie criminosa possa eventualmente concorrere col reato di bancarotta fraudolenta.

Tra gli studiosi si è infatti posto il problema se il soggetto agente debba rispondere anche del reato di bancarotta fraudolenta di cui all'art. 216, n. 1, l. fall., quando, dopo aver commesso talune delle ipotesi previste nel primo comma di cui al citato art. 236, **sopravvenga la dichiarazione di fallimento.**

Secondo la dottrina⁴⁶⁵, il dolo specifico previsto per il reato in esame è certamente diverso da quello richiesto dalla fattispecie delittuosa di cui all'art. 216.

Se si considera, ad esempio, la seconda fattispecie di cui all'art. 236, comma 1, ovvero quella consistente nella simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti, si può constatare come, in tal caso, il dettato normativo richieda il dolo specifico caratterizzato dallo scopo di influire a proprio vantaggio sulla formazione delle maggioranze.

Orbene, è proprio questo dolo specifico a distinguere il reato in esame dalla simulazione di passività al fine di recare pregiudizio ai creditori, che costituisce bancarotta fraudolenta ai sensi dell'art. 216.

Un concorso dei due reati è, dunque, configurabile qualora la simulazione miri al contempo a conseguire l'approvazione del concordato preventivo e a dirottare parte dell'attivo a favore di creditori fittizi⁴⁶⁶.

In base a quest'impostazione, quindi, in caso di consecuzione del fallimento al concordato preventivo, non sempre l'azione criminosa di cui al citato art. 236, primo comma, integrerà il reato di bancarotta fraudolenta di cui all'art. 216, n. 1 e 2; anzi tali reati potranno ricorrere solo in presenza del dolo specifico ad essi relativo.

⁴⁶⁴ F. Giunta, A. Scarcella, *ibidem*.

⁴⁶⁵ Si veda, tra gli altri, C. Pedrazzi, cit., pag. 207, 208.

⁴⁶⁶ C. Pedrazzi, *ibidem*. Va, tuttavia, precisato che la Corte di Cassazione (21/8/1984, n. 7143 in Cassazione Penale, 1985, pag. 1220) abbia ritenuto che il reato di cui all'art. 236 comma 1 resti assorbito nella fattispecie delittuosa prevista dall'art. 216, comma 1, l. fall.

La commissione del reato di cui all'art. 236, comma primo, l. fall. potrebbe determinare, ai sensi dell'art. 173 l. fall., l'apertura del procedimento d'ufficio per la revoca dell'ammissione al concordato, anche al fine dell'eventuale dichiarazione di fallimento, la quale è subordinata all'istanza del creditore ovvero alla richiesta del pubblico ministero ⁴⁶⁷.

La prima fattispecie prevista dalla norma in esame (l'attribuzione di attività inesistenti al solo scopo di essere ammesso al concordato) rientra infatti tra gli "altri atti di frode" di cui all'art. 173, primo comma, l. fall., sempre che l'atto in questione sia idoneo a trarre in inganno i creditori ⁴⁶⁸.

Per quanto riguarda, poi, l'ipotesi di simulazione di crediti in tutto o in parte inesistenti al fine di influire sulla formazione delle maggioranze, se essa è anteriore al decreto di ammissione alla procedura, valgono le considerazioni di cui sopra; qualora, invece, sia successiva al decreto di ammissione, tale condotta può certamente configurare un atto "comunque diretto a frodare le ragioni dei creditori", a norma dell'art. 173, terzo comma, trattandosi di un comportamento del debitore volto a perseguire, nel corso della procedura, interessi contrastanti con quelli del concordato ⁴⁶⁹.

Risponde a titolo di concorso nel reato di cui all'art. 236, comma 1, (ed eventualmente in quello di bancarotta, a seguito della dichiarazione di fallimento)

⁴⁶⁷ In passato, invece, l'accertamento del reato in esame comportava automaticamente la declaratoria di fallimento del debitore.

⁴⁶⁸ Nel paragrafo 2.2 del capitolo 2, relativo alle singole fattispecie di conversione, si era rilevato come nella previgente disciplina si fosse ritenuto compreso nella categoria "altri atti di frode" qualunque atto fraudolento, precedente alla presentazione della domanda di concordato, volto ad ottenere l'ammissione alla procedura in difetto dei presupposti, o a condizioni più favorevoli.

Nell'attuale dettato normativo, invece, venute meno le non facilmente ricorrenti condizioni di ammissibilità di cui alla previgente disciplina, si ritiene che l'atto, perché sia rilevante *ex art.* 173 comma 1, debba essere in grado di trarre in inganno i creditori, non bastando pertanto la semplice commissione di un fatto penalmente rilevante.

Va ricordato come, in considerazione di tale principio, il Tribunale di Piacenza abbia ritenuto che non comportino l'arresto della procedura atti di frode, commessi prima dell'apertura del concordato, dei quali i creditori siano stati compiutamente informati tramite la relazione del commissario giudiziale: Tribunale di Piacenza, 4/12/2008, in www.ilcaso.it, (il dispositivo di tale pronuncia si trova anche in Il Fallimento, 2009, pag. 623).

⁴⁶⁹ Si vedano sul tema gli approfondimenti di cui al paragrafo 2.2 del capitolo 2.

colui che, sebbene non munito della qualifica di imprenditore commerciale, abbia tuttavia contribuito alla produzione dell'evento criminoso⁴⁷⁰.

Come si è constatato nel precedente paragrafo, la responsabilità del concorrente potrà essere affermata *in primis* a carico dell'esperto professionista autore della relazione di cui all'art. 161 l. fall.

Il secondo comma dell'art. 236 R. D. 16 marzo 1942, n. 267 recita che, nel caso di concordato preventivo, si applicano le disposizioni, di cui agli art. 223 e 224, agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società; quelle di cui all'art. 227 l. fall. agli institori dell'imprenditore; quelle di cui agli art. 228 e 229 l. fall. al commissario giudiziale; quelle di cui agli art. 232 e 233 l. fall., infine, ai creditori.

Come per la previsione legislativa di cui al primo comma dell'art. 236 l. fall., anche per quella in esame, si era riscontrata una disparità di trattamento tra gli organi societari che rispondono dei fatti di bancarotta e gli imprenditori individuali che invece si sottraggono alla relativa sanzione penale⁴⁷¹.

La Suprema Corte⁴⁷² aveva avuto tuttavia modo di rilevare come fosse *“manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 236, secondo comma, n. 1, legge fallimentare, in relazione all'art. 3 Cost., nella parte in cui dichiara applicabili, nel caso di concordato preventivo o di amministrazione controllata, le disposizioni degli art. 223 e 224 agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori di società, e non anche agli imprenditori individuali”*.

Alla luce di tale impostazione della giurisprudenza, alla dottrina non era restato che rilevare l'incongruenza della disposizione stessa e *“il difetto di collegamento con il sistema delle norme penali fallimentari”*⁴⁷³.

Taluni studiosi si erano posti l'interrogativo se la normativa in esame si potesse applicare, per i fatti ipotizzati dagli art. 216 e 217 l. fall., tanto nel caso in cui questi fossero stati commessi prima, quanto dopo l'apertura del procedimento di concordato preventivo.

⁴⁷⁰ Si veda la Cassazione penale, 15/2/1984, in Cassazione Penale, 1986, pag. 159.

⁴⁷¹ V. Lavaggi, cit., pag. 130 ss.

⁴⁷² Corte di Cassazione, 7/12/1983, in Rivista Penale, 1984, pag. 648.

⁴⁷³ M. La Monica, *Aspetti penali*, in Il Fallimento, 1992, pag. 330.

Taluni autori erano giunti alla conclusione che essa fosse applicabile soltanto ai fatti commessi nel corso della procedura ⁴⁷⁴, ritenendo che il legislatore avesse rivolto la propria attenzione alla posizione degli imprenditori, degli amministratori, e del commissario giudiziale, in questa specifica fase, escludendo ogni riferimento all'esercizio dell'impresa, che era estraneo alla fattispecie delittuosa esaminata, essendo prevista in altra sede una specifica tutela.

Altra dottrina aveva però obiettato che, qualora la tesi in questione fosse stata accolta, essa avrebbe portato alla abrogazione, seppur parziale, della norma: *“il rinvio è agli art.223 e 224, i quali prevedono, tra l'altro, fatti antidoverosi che possono essere compiuti solo prima del provvedimento di ammissione alla procedura di concordato preventivo. E non vi è alcuna ragione, né di interpretazione letterale, né di interpretazione sistematica, per ritenere esclusi tali fatti dal rinvio”* ⁴⁷⁵.

Un altro punto rilevante che aveva formato oggetto di dibattito in dottrina concerneva l'applicazione delle disposizioni di cui agli art. 223 e 224 l. fall. richiamate dall'art. 236, comma 2, legge fallimentare: secondo taluni autori, i reati in questione sarebbero ricorsi soltanto laddove al procedimento di concordato preventivo fosse seguito il fallimento ⁴⁷⁶.

Quest'impostazione traeva fondamento sulla base di una serie di considerazioni:

- 1) gli art. 223 e 224 prevedevano (e prevedono tuttora) che la punibilità avesse luogo solamente laddove intervenisse la declaratoria di fallimento;
- 2) una diversa interpretazione avrebbe portato a considerare il decreto di ammissione al concordato preventivo o all'amministrazione controllata con la medesima funzione assegnata alla dichiarazione di fallimento: si era allora evidenziato che una modifica di tale rilievo avrebbe necessitato un'espressa previsione normativa;

⁴⁷⁴ La tesi è del Satta (*Sull'interpretazione dell'art. 236 l. fall.*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1952, pag. 593), ripresa poi dal Nuvolone, cit., pag. 232.

⁴⁷⁵ M. La Monica, cit., pag. 331.

⁴⁷⁶ G. Ferri, *Sull'interpretazione dell'art. 236, secondo comma, della legge sul fallimento*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1952, pag. 725. La tesi ha poi trovato concorde il Mangano, cit., pag. 210 ss.

- 3) il decreto di ammissione al concordato preventivo costituiva un beneficio per l'imprenditore, sicché non si giustificava che a tale provvedimento si accompagnasse la possibilità di perseguire penalmente gli amministratori;
- 4) una diversa interpretazione avrebbe portato ad una disparità di trattamento con le ipotesi di bancarotta individuale, punibile solamente ove si verificasse il fallimento;
- 5) l'interpretazione criticata avrebbe poi reso problematica la realizzazione di alcuni illeciti, come quello, ad esempio, riguardante la causazione con dolo o per effetto di operazioni dolose del fallimento delle società, considerato dall'art. 223, secondo comma n. 2, ovvero di quello riguardante le operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento, reato considerato dall'art. 224, in relazione all'art. 217 n. 3. In questi casi, qualora si fosse sostituito il requisito della dichiarazione di fallimento col decreto di ammissione al beneficio del concordato preventivo, il fatto tipico sarebbe mancato di un ragionevole significato, tanto è vero che, per generale consenso, l'illecito è sempre stato considerato escluso⁴⁷⁷.

Le ragioni sopra esposte portavano gli autori citati a ritenere che la disposizione fosse codificata perché il legislatore aveva voluto chiarire che anche i fatti di bancarotta verificatisi durante il concordato sarebbero stati punibili.

La dottrina prevalente⁴⁷⁸ aveva però rilevato che, in tal modo, la norma in esame sarebbe stata svuotata di qualunque funzione estensiva.

L'art. 236, comma 2, andava al contrario interpretato nel senso che per la punibilità sarebbe bastato il decreto di ammissione al concordato preventivo o all'amministrazione controllata.

In tal modo si sarebbe fatto riferimento al significato letterale della disposizione ed al fatto che, in caso di concordato preventivo, vi sarebbe stato uno stato di insolvenza, mentre, nel caso di amministrazione controllata sarebbe venuto altresì in rilievo uno stato di insolvenza, seppur temporanea. In entrambi i casi, l'azienda si sarebbe trovata in una situazione di difficoltà economica, riportabile per un certo verso a

⁴⁷⁷ Sul punto si consulti P. Nuvolone, cit., pag. 234.

⁴⁷⁸ Si veda in particolare C. Pedrazzi, cit., pag. 208 e G. Ragusa Maggiore, *I reati fallimentari e il protagonismo dei giudici*, in *Diritto Fallimentare*, 1996, I, pag. 861 ss.

quella fallimentare, circostanza questa che avrebbe giustificato l'applicazione della sanzione.

Il decreto di ammissione al concordato preventivo e alla amministrazione controllata avrebbe avuto perciò una funzione analoga alla dichiarazione di fallimento: presupposto del reato, nel caso di illeciti verificatisi successivamente al decreto; condizione di punibilità, per quelli realizzatisi in un tempo anteriore.

Sulla base di tale impostazione, si era ritenuto che la responsabilità ai sensi dell'art. 236, comma 2, l. fall. degli amministratori, dei direttori generali, sindaci e liquidatori di una società ammessa alla procedura di concordato preventivo fosse configurabile anche nell'ipotesi in cui non si verificasse la conversione di tale procedura concorsuale minore in quella fallimentare, e sussistesse anche per i fatti commessi anteriormente all'apertura del procedimento.

Il reato dell'art. 236, comma 2, si sarebbe pertanto realizzato **indipendentemente dalla dichiarazione di fallimento**, in quanto nella struttura del reato in oggetto, come si è appena detto, il decreto di ammissione al concordato preventivo veniva a svolgere la stessa funzione e ad assumere la stessa efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento nelle ipotesi ordinarie di bancarotta; ai fini della configurazione del reato era poi sufficiente il decreto di ammissione al concordato preventivo, senza che fosse necessaria la sentenza di omologazione passata in giudicato: il decreto suddetto presupponeva infatti pur sempre un accertamento giudiziale dello stato di insolvenza⁴⁷⁹.

Oggi, tale impostazione deve tenere conto delle recenti riforme della normativa concorsuale, in base alle quali sono venute meno sia l'identità dei presupposti oggettivi, sia l'automatismo e la continuità normativa tra le due procedure, in forza dei quali era stato possibile, nella pregressa disciplina, equiparare, in sede penalistica, le conseguenze dell'accertamento giudiziale della comune insolvenza.

Nel precedente paragrafo, si era evidenziato come la scelta del legislatore di riformare la normativa delle procedure concorsuali senza provvedere alla modifica delle relative disposizioni penalistiche non sia stata certamente esente da critiche⁴⁸⁰.

⁴⁷⁹ Corte di Cassazione, 5/2/1983, in Cassazione Penale, 1994, pag. 2221.

⁴⁸⁰ Soprattutto in un settore del diritto penale non privo di incongruenze e di lacune anche nella previgente normativa concorsuale.

In assenza, però, di una riforma delle disposizioni penalistiche ricollegabili all'istituto del concordato preventivo, non resta che applicare l'immutato articolo 236, comma secondo, tenendo ovviamente conto delle innovazioni prodotte dalle recenti riforme del versante civilistico.

La prima problematica sollevata dalla nuova configurazione dell'istituto del concordato preventivo concerne le ricadute penalistiche prodotte dal mutato presupposto oggettivo del concordato, ovvero "lo stato di crisi".

È inevitabile, infatti, chiedersi se rilevi il presupposto sostanziale (stato di insolvenza) o quello formale (il provvedimento di ammissione) ai fini della configurabilità del reato ⁴⁸¹.

In dottrina, si è evidenziato come un'interpretazione di un diritto ancorato saldamente al principio di legalità non possa che portare ad escludere che la disposizione penale in esame sia subordinata all'accertamento dello stato di insolvenza ⁴⁸².

L'art. 236 dispone infatti che talune disposizioni dettate nell'ambito del fallimento, possano trovare applicazione "*nel concordato preventivo*", riferendosi evidentemente al provvedimento di ammissione alla procedura in questione.

Se tale impostazione è corretta, "*urge un intervento del legislatore, ad evitare quantomeno che l'imprenditore in crisi rifugga dall'idea di accedere al concordato preventivo*" ⁴⁸³; l'ampliamento del presupposto operativo del concordato preventivo comporta infatti una corrispondente dilatazione applicativa dell'art. 236, comma 2, in grado di assoggettare a pena anche condotte che difettano del disvalore tipico della bancarotta.

Se si guarda in particolare alle ipotesi di bancarotta c.d impropria di cui all'art. 236, comma 2, n. 1 e 2, un conto è punire condotte di depauperazione della garanzia patrimoniale dell'imprenditore insolvente, ossia la stessa condizione che caratterizza il fallimento; altro è punire, peraltro con la medesima severità, le stesse condotte

⁴⁸¹ Il quesito riguarda ovviamente tutte le ipotesi contemplate dall'art. 236, comma secondo, comprese, dunque, le fattispecie di responsabilità dell'instutore, del commissario giudiziale e dei creditori.

⁴⁸² R. Bricchetti, cit, pag. 647.

⁴⁸³ R. Bricchetti, *ibidem*.

quando si inseriscono nella cornice di un mero stato di crisi, che non necessariamente equivale ancora a sacrificio degli interessi patrimoniali dei creditori.

Qualora si propenda, invece, per l'opposta soluzione (in base alla quale rilevarebbe il presupposto sostanziale, ovvero lo stato di insolvenza), spetterebbe al giudice penale l'arduo compito di distinguere, tra le imprese ammesse al concordato preventivo, quelle insolventi da quelle soltanto in "crisi", "*con quali difficoltà di accertamento e con quali incertezze negli esiti è agevole intuire*"⁴⁸⁴.

Quest'ultima soluzione, giova ribadirlo, contrasterebbe palesemente con il tenore letterale della norma in esame. In assenza, quindi, di un intervento legislativo, non resta che propendere per la prima impostazione, pur con le riserve di cui si è detto.

I problemi più delicati sorgono, però, a seguito del mantenimento del richiamo agli art. 223 e 224 nella parte in cui puniscono, a titolo di bancarotta fraudolenta o semplice, determinati comportamenti che abbiano cagionato o concorso a cagionare il dissesto della società; *ex art. 236*, secondo comma, n. 1 gli stessi fatti sono sanzionati ove commessi nel contesto della procedura di concordato preventivo, per la cui ammissibilità è sufficiente lo stato di crisi.

Orbene, la nozione di "dissesto", se poteva risultare compatibile con quella di "insolvenza", risulta difficilmente coerente con lo stato di crisi, concettualmente ben lontano dall'accentuato quadro di squilibrio d'impresa a cui alludono i primi due termini. Pertanto, salvo ritenere di fatto non più coerente il nuovo istituto con la vigente disciplina penale, assunto difficilmente giustificabile in via interpretativa⁴⁸⁵, non evidenziandosi una insormontabile confliggenza di concetti e previsioni normative, occorre ritenere che la fattispecie incriminatrice "*abbia vigenza soltanto quando la commissione dei fatti sottesi dalle norme penali ad opera del debitore concordatario abbia determinato non già la impalpabile (sia in termini economici, sia nel profilo giuridico) soglia della crisi, bensì il più <pesante> dissesto*"⁴⁸⁶.

Come si è allora già rilevato nel precedente paragrafo, per quelle particolari disposizioni richiamate dall'art. 236, comma secondo, in cui è richiesto il verificarsi

⁴⁸⁴ R. Bricchetti, *ibidem*.

⁴⁸⁵ R. Bricchetti, *ibidem*.

⁴⁸⁶ R. Bricchetti, F. Mucciarelli, G. Sandrelli, *Commento agli artt. 216-241l. fall.*, cit., pag. 2744.

dell'evento "dissesto", la responsabilità penale non sarà ipotizzabile nel caso in cui l'ammissione al concordato preventivo segua ad una mera crisi. Affinché il reato sia configurabile, è allora necessario che il giudice penale accerti che le condotte degli esponenti societari abbiano cagionato il dissesto vero e proprio.

Svolte le considerazioni di cui sopra, occorre, ad ogni modo, prendere atto che per alcuni fatti di bancarotta impropria realizzati nel contesto del concordato preventivo è sufficiente il "presupposto di operatività" dello stato di crisi, mentre, per sanzionare gli altri (dove si richiede il dissesto come evento), è necessario che si sia verificata la più grave sanzione del dissesto.

Alla luce di una siffatta interpretazione dell'art. 236 l. fall., secondo comma, rimane da precisare che le responsabilità penali ivi previste sono ancora ascrivibili ai soggetti agenti, **a prescindere** dal verificarsi di una successiva declaratoria di fallimento. La norma, infatti, non consente diverse interpretazioni.

Qualora, però, tale dichiarazione intervenga, è opportuno domandarsi come possa essere risolto il concorso tra l'art. 236, comma 2, e i reati ricollegati al fallimento. Sul tema, si è recentemente pronunciata la Suprema Corte⁴⁸⁷, la quale, con specifico riferimento alla bancarotta fraudolenta, ha statuito che *"nel caso in cui alla ammissione alla procedura di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, il concorso di norme tra l'art. 236, comma secondo, n. 1 l. fall. e l'art. 223 l. fall. va risolto utilizzando il principio di specificità, con l'applicazione della fattispecie di bancarotta fallimentare. Ne consegue che la prescrizione decorre dalla sentenza dichiarativa di fallimento"*.

La riforma fallimentare pone, poi, un ulteriore e rilevante problema di compatibilità con le norme penali nel rapporto tra revocatoria fallimentare, modificata *ex art.* 67 l. fall., e il reato di bancarotta preferenziale. Relativamente all'ipotesi di consecuzione del fallimento al concordato preventivo, si è posta in dottrina la questione se gli atti esentati da revocatoria, in quanto posti in essere "in esecuzione del concordato preventivo", possano eventualmente configurare una condotta di bancarotta preferenziale.

⁴⁸⁷ Corte di Cassazione, 18/9/2007, n. 39307, CED 238183.

Tale problematica, di cui tratterà il prossimo paragrafo, assume, tuttavia, rilevanza anche in questa sede, in quanto l'art. 236, comma 2, n. 1 rinvia all'art 223, il quale a sua volta richiama l'intera disposizione di cui all'art 216 l. fall.

Il terzo comma di quest'ultima disposizione, il quale disciplina il reato di bancarotta preferenziale, risulta perciò così riformulato: “sono puniti con la reclusione da uno a cinque anni gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori, che, prima o dopo l'ammissione della propria società al concordato preventivo, a scopo di favorire, a danno dei creditori, taluno di essi, eseguono pagamenti o simulano titoli di prelazione”.

Dato che tale disposizione, così come riformulata dall'indiretto richiamo di cui all'art. 236, comma 2, si applica **indipendentemente** dalla conversione del concordato in fallimento ⁴⁸⁸, è lecito chiedersi fin da subito se la normativa penalistica del concordato preventivo possa aver subito delle variazioni in seguito alle modifiche apportate in tema di azione revocatoria fallimentare ⁴⁸⁹.

A tale riguardo, sorgono immediatamente i seguenti quesiti: gli atti, i pagamenti e le garanzie esclusi dall'area della revocabilità sono altresì esclusi dall'area della illiceità? L'art. 67 e le disposizioni “simili” e parallele di cui alla legge fallimentare hanno la potenzialità e la forza, appunto nel rapporto di interferenza sistematica tra regole civili ed oggetto materiale della bancarotta preferenziale, di escludere in radice la rilevanza penale, a titolo preferenziale, del pagamento?

Secondo la maggior parte degli Autori a tale interrogativo si deve dare risposta positiva. Così, già a seguito della riforma del 2005, si era rilevato che la restrizione dell'area civilistica non potesse che comportare analoghi effetti sul versante penale, per l'insostenibilità di qualsivoglia giustificazione di un fatto civilisticamente lecito, ma penalmente censurabile ⁴⁹⁰.

⁴⁸⁸ Sul rapporto tra art. 236, comma 2, e la successiva declaratoria fallimentare, si veda quanto rilevato sopra.

⁴⁸⁹ Sull'argomento si consulti C. Cassani, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*, 2006, pag. 773.

⁴⁹⁰ A. Alessandri, cit., pag. 121 ss.

In quest'ottica l'innovazione intervenuta in materia di azione revocatoria pone le premesse per un'interpretazione della bancarotta preferenziale ispirata al criterio politico-criminale della sussidiarietà della tutela penale ⁴⁹¹.

Sul delicato tema, occorre considerare che la legge 30 luglio 2010 n. 122 (legge di conversione, con modificazioni, del d.l. 31 maggio 2010 n. 78, recante misure urgenti in materia di stabilizzazione finanziaria e di competitività economica) ha introdotto una novità di essenziale rilievo, mediante l'inserimento, nella legge fallimentare, di un **nuovo articolo 217 bis** che, intitolato alle "esenzioni dai reati di bancarotta", riporta il seguente tenore letterale: "Le disposizioni di cui all'articolo 216, terzo comma e 217 non si applicano ai pagamenti e alle operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182bis ovvero del piano di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d)".

Alla luce di tale intervento normativo, quindi, il delitto di bancarotta preferenziale e quello di bancarotta semplice sono ora scriminati quando i pagamenti e le operazioni che potrebbero ascrivere alle predette fattispecie di reato vengano in realtà compiuti in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione omologato o di un piano di risanamento.

L'analisi di tale disposizione e le sue ricadute penalistiche in caso di conversione del concordato preventivo in fallimento saranno, come anticipato in precedenza, affrontate nel prossimo paragrafo. In questa sede saranno invece analizzati i riflessi provocati dall'art. 217 *bis* sull'art. 216, comma 3, così come richiamato implicitamente dall'art. 236 l. fall. ⁴⁹²

⁴⁹¹ F. Giunta, A. Scarcella, cit., pag. 1296.

⁴⁹² Non ritengo invece necessario vagliare le ricadute dell'art. 217 *bis* sul disposto dell'art. 217 l. fall., così come richiamato indirettamente dall'art. 236, comma 2. Come si avrà modo di precisare nel prossimo paragrafo, infatti, il problema del rapporto tra le esenzioni da revocatoria e il reato di bancarotta semplice si poneva quasi esclusivamente per le previsioni contenute nel primo comma dell'art. 217, negli allinea n. 3 e 4, i quali puniscono l'imprenditore che, rispettivamente, abbia "compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento" oppure "abbia aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa".

Ora, si è visto in precedenza come anche nella previgente disciplina fosse pacifico che il richiamo di cui all'art. 236, comma 2, non fosse estendibile a queste disposizioni in quanto non applicabili al concordato preventivo. Ne consegue allora che il rapporto tra esenzione da revocatoria e bancarotta

A tale riguardo, si pone un primo fondamentale quesito: tale disposizione è toccata dal nuovo art. 217 bis?

Il problema si pone in quanto l'art. 217 bis si riferisce espressamente agli articoli 216, terzo comma, e 217, non, invece, agli articoli propri della bancarotta impropria come il 223 e il 224⁴⁹³. L'esclusione dei predetti articoli dalla sfera di applicazione dell'art. 217 bis porterebbe conseguentemente ad escludere l'art. 236, comma 2, il quale, come noto, richiama solo le norme della c. d. bancarotta "impropria".

Una tale mancanza è stata accolta con preoccupazione. Nel *dossier* di documentazione elaborato nella fase di approvazione della conversione del decreto legge si spiegava: *"In merito al nuovo articolo 217-bis deve segnalarsi che – sia sotto il profilo della formulazione testuale, sia dal punto di vista sistematico – l'intervento modificativo riguarda esclusivamente il capo I del titolo VI della legge fallimentare e, in particolare, i ricordati articoli 216 e 217"*.

Dunque, si suggeriva: *"al riguardo parrebbe opportuno un ulteriore approfondimento al fine di valutare se non sia necessario un intervento di coordinamento sul capo II del titolo predetto, con specifico riferimento alle fattispecie di cui agli art. 223 (Fatti di bancarotta fraudolenta) e 224 (Fatti di bancarotta semplice)"*⁴⁹⁴.

In dottrina, si è evidenziato come tale preoccupazione non abbia fondamento nel caso in cui si ritenga che la disposizione di cui all'art. 217 bis l. fall. concorra a descrivere (in negativo) le fattispecie delineate dagli art. 216, terzo comma, e 217; in questo caso non vi sarebbero dubbi sul fatto che il richiamo operato dagli art. 223 e 224 ai fatti di cui agli art. 216 e 217 sia sufficiente per rendere applicabile l'art. 217 bis⁴⁹⁵.

I fatti di cui agli art. 216 e 217, infatti, dovrebbero essere ricostruiti escludendo dagli stessi le operazioni contemplate dall'art. 217 bis.

semplice sarà affrontata nel prossimo paragrafo, relativo all'ipotesi in cui intervenga la declaratoria di fallimento dopo l'esito infausto del concordato.

⁴⁹³ I quali, come noto, a loro volta richiamano gli art. 216 e 217.

⁴⁹⁴ Il dossier è reperibile presso il sito del Senato: www.senato.it

⁴⁹⁵ È la posizione di R. Lottini, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *il Fallimento*, 2010, pag. 1376.

È il caso di precisare che tale impostazione è valida anche qualora il beneficio di cui all'art. 217 *bis* l. fall. venga qualificato come causa di giustificazione, in quanto le norme che le prevedono non sono né norme penali né norme eccezionali, e perciò non toccate dal divieto di analogia. L'orientamento in esame non potrebbe invece trovare applicazione laddove l'istituto di cui all'art. 217 *bis* venga inquadrato all'interno delle cause di esclusione della punibilità, essendo queste delle norme eccezionali⁴⁹⁶.

Al di fuori di quest'ultima ipotesi⁴⁹⁷, si può allora concludere che la disposizione di cui all'art. 217 *bis* sia applicabile anche al combinato disposto dell'art. 216, terzo comma, 223, comma 1, e dell'art. 236, comma 2, l. fall., con la conseguenza che questo non può essere configurabile laddove i pagamenti siano stati compiuti in esecuzione del concordato preventivo.

Il combinato disposto degli art. 216, comma 3, 223, comma 1, e 236, comma 2, l. fall. sanziona però anche le condotte poste in essere dagli amministratori, dai direttori generali, dai sindaci o dai liquidatori **prima** dell'ammissione della propria società al concordato preventivo⁴⁹⁸. In tali ipotesi, nessun pagamento potrà essere considerato come posto in essere in esecuzione del concordato, essendo intervenuto in epoca antecedente all'apertura della procedura.

Qualora però tali pagamenti rientrino nel novero delle altre esenzioni da revocatoria, è lecito domandarsi se sia comunque configurabile il reato di bancarotta preferenziale.

Si ponga il caso in cui un amministratore, prima dell'ammissione della propria società al concordato preventivo, provveda a pagare dei beni o servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso. Ora, tale pagamento potrebbe

⁴⁹⁶ Sulla qualificazione normativa di tale istituto rinvio alla trattazione di cui al prossimo paragrafo.

⁴⁹⁷ La quale, come si vedrà, non sembra essere corretta.

⁴⁹⁸ È opportuno, tuttavia, precisare che in tali situazioni il debitore è pienamente *in bonis*. Ne consegue allora che il pagamento, di per sé atto dovuto, può qualificarsi come preferenziale, e quindi illegittimo, solo nella cornice di una situazione patrimoniale già compromessa, nella quale si profili un'insufficienza dell'attivo a far fronte delle insieme delle passività. Ora, il nuovo presupposto del concordato preventivo è individuato nello "stato di crisi", nozione che, come noto, copre anche situazioni meno gravi del dissesto vero e proprio.

Ne deriva allora che le condotte antecedenti al concordato preventivo dovrebbero rilevare solo in un contesto di insolvenza e non nei casi di crisi d'impresa non evoluta ancora nella più grave situazione di dissesto.

astrattamente rilevare in sede di bancarotta preferenziale qualora sia effettuato “allo scopo di favorire, a danno dei creditori, uno di essi”.

Nonostante l’ipotesi in questione sia esonerata da revocatoria, in forza del disposto di cui all’art. 67, comma 3, lett. a), questa non viene tuttavia richiamata dall’art. 217 *bis*, così come non vengono richiamate le altre ipotesi di esenzione di cui all’art. 67, terzo comma, eccezion fatta per quelle di cui alle lett. d) ed e).

L’ambito operativo dell’art. 67, terzo comma, è dunque molto più ampio di quello dell’art. 217 *bis* e ricomprende numerose ulteriori operazioni rispetto a quelle contemplate dall’art. 217 *bis*; da ciò consegue che il coordinamento tra la normativa penale e quella civile non sia completo.

Tornando allora al caso in cui un amministratore decida di pagare un bene o un servizio effettuato nei termini d’uso, questo atto potrebbe rilevare ai fini dell’art. 216, comma 3, così come richiamato dall’art. 236, comma 2; il fatto allora non solo sarebbe punibile, ma lo sarebbe anche a prescindere da una successiva declaratoria fallimentare, posto che il reato in esame si realizza con la mera ammissione della società al concordato preventivo.

Si potrebbe, tuttavia, ritenere che la disposizione di cui all’art. 217 *bis* l. fall. sia specificazione di un principio generale, ricavabile comunque dalla disposizione dell’art. 67, terzo comma, che non può che esplicitare i propri effetti anche nel settore del diritto penale fallimentare.

Ne conseguirebbe allora che le altre esenzioni da revocatoria previste dall’art. 67 l. fall. verrebbero ricomprese nella disposizione di cui all’art. 217 *bis* in forza del ricorso all’analogia⁴⁹⁹, certamente ammesso nel caso in esame trattandosi di norma che esclude la responsabilità (*analogia in bonam partem*).

A tale impostazione, si potrebbe però obiettare che la disposizione non sia applicabile al di fuori di quanto dalla medesima espressamente stabilito, perché

⁴⁹⁹ Non si tratta invece di un’interpretazione estensiva della norma. Quest’ultima si verifica allorquando viene attribuito alla norma un significato tale da abbracciare tutti i casi che possono essere ricondotti al suo tenore **letterale**.

Si fuoriesce invece dall’interpretazione estensiva qualora, come nel caso in esame, la norma non venga riferita a situazioni riconducibili ai suoi possibili significati letterali, ma a casi **simili** (nel caso in esame, le altre esenzioni da revocatoria) a quelli **espressamente** contemplati dalla legge, sulla base di una comune *ratio* di disciplina. Sulla differenza tra interpretazione estensiva e analogia si consulti G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2006, pag. 48.

corrispondente alla volontà del legislatore di limitare la non punibilità solamente ai casi in cui le operazioni siano state sufficientemente ponderate.

A tale riguardo, è opportuno precisare che l'ammissibilità in linea di principio dell'applicazione analogica delle norme di favore trovi un limite fondamentale nel carattere "intenzionale" della norma individuata dall'interprete. In altri termini, la limitazione del beneficio di cui all'art. 217 *bis* solo a talune fattispecie di esenzioni non deve essere il frutto di una precisa scelta del legislatore.

Ora, potrebbe sembrare difficile sostenere che l'art. 217 *bis*, laddove esonera da responsabilità penale gli atti posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo o di un accordo di ristrutturazione, sia espressione di un principio generale applicabile alle altre esenzioni, posto che la norma si riferisce chiaramente soltanto a talune di esse ⁵⁰⁰.

Si è, allora, evidenziato che la disposizione dell'art. 217 *bis* sarebbe stata espressione di un principio di carattere generale soltanto qualora avesse statuito che gli atti esenti da revocatoria *ex* art. 67, comma 3, non configurino condotte di bancarotta preferenziale o semplice.

Il fatto che la norma si riferisca invece soltanto ad alcune di tali esenzioni implicherebbe necessariamente che la previsione dell'art. 217 *bis* sia applicabile soltanto a quelle fattispecie esenti da revocatoria espressamente richiamate dalla norma in esame.

È, tuttavia, doveroso rilevare come tale mancato coordinamento tra la normativa civilistica e quella penalistica, sia esso intenzionale o meno, non faccia che aumentare il quadro di incertezza che caratterizza la normativa penale delle procedure concorsuali.

A tale riguardo, va evidenziato come l'Ufficio Massimario Cassazione nella relazione n. III/09/10 ⁵⁰¹, dopo aver messo in rilievo l'inspiegabile mancato richiamo a tutte le esenzioni di cui all'art. 67, si sia domandato se la novella possa anche "*presentare qualche problema di compatibilità con l'art. 3 Cost.*".

⁵⁰⁰ Precisamente quelle di cui alle lettere d) ed e) dell'art. 67 comma 3 l. fall.

⁵⁰¹ Roma, 3 agosto 2010, in www.cortedicassazione.it.

La problematica sopra prospettata potrebbe tuttavia essere risolta qualora si ritenga – come appare preferibile – che il beneficio di cui all’art. 217 *bis* vada inquadrato all’interno delle cause di giustificazione, e precisamente nella fattispecie di cui all’art. 51 c.p. (esercizio di un diritto).

È infatti noto che le norme che prevedono cause di giustificazione, essendo situate in qualsiasi luogo dell’ordinamento giuridico, e avendo efficacia in ogni luogo dell’ordinamento, non sono norme penali. Non sono perciò soggette alla riserva di legge prevista dall’art. 25, comma 2, Cost., né al divieto di analogia sancito dall’art. 14 delle “disposizioni sulla legge in generale”.

Non si tratta neppure di norme eccezionali: anche sotto questo profilo le norme che prevedono cause di giustificazione sfuggono al divieto di analogia di cui all’art. 14 delle “preleggi”. Tali norme non “fanno eccezione a regole generali”, ma sono anzi espressione di principi generali dell’ordinamento, e quindi non “eccettuano” le norme penali che incriminano questo o quel fatto, bensì entrano con esse in un conflitto apparente, prevalendo nel conflitto in tutto l’ordinamento.

Se si considera allora la fattispecie di cui all’art. 51 c.p. (esercizio di un diritto), essa esprime il principio secondo cui chi esercita un diritto non commette un fatto ingiusto (*qui iure suo utitur neminem laedit*).

Ora, l’istituto di cui all’art. 217 *bis* comporta che il debitore che ponga in essere operazioni esecutive del concordato non stia realizzando un fatto antigiuridico, ma bensì lecito, in quanto egli sta esercitando un diritto cui la legge, all’art. 67, comma 3, lett. e), riconosce una particolare tutela, esentando le operazioni in questione dall’azione revocatoria.

In quest’ottica, il richiamo espresso solo ad alcune fattispecie esenti da revocatoria assumerebbe una mera portata esemplificativa, posto che anche in tutte le altre ipotesi di esenzione da revocatoria il debitore sta esercitando un diritto tutelato dall’ordinamento.

Questa soluzione, coerente con la *ratio* ispiratrice della disposizione in esame, avrebbe il pregio di evitare, da un lato, possibili questioni di legittimità costituzionale della norma in relazione all’art. 3 Cost., e, dall’altro, una grave discrasia tra la normativa civilistica e quella penalistica che certamente il legislatore non avrebbe voluto.

3. Azione revocatoria fallimentare e reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice

Al termine del precedente paragrafo, si è messo in luce il controverso rapporto tra le singole esenzioni da revocatoria, introdotte dal D.L. n. 35/2005, e il reato di bancarotta preferenziale. In detta sede si è constatato come, prima dell'introduzione del nuovo art. 217 *bis* l.fall., non fosse pacifica l'individuazione delle precise ricadute penalistiche delle esenzioni da revocatoria fallimentare di cui all'art. 67 l.fall.

In assenza, infatti, di una modifica delle relative disposizioni penalistiche, si sarebbe potuto sostenere che gli atti esenti da revocatoria avrebbero tuttavia potuto configurare delle condotte rilevanti in sede di bancarotta preferenziale. La situazione di grave incertezza che si era creata costituiva allora un ostacolo all'intervento di soggetti estranei (come gli istituti bancari), essendo questi ultimi timorosi di venire incriminati per concorso in bancarotta qualora gli esiti degli strumenti di composizione della crisi fondati su intese tra creditore e debitore non fossero fausti e, nonostante il tentativo di salvare l'impresa, questa fallisse.

In tal modo, veniva vanificato lo sforzo del legislatore del 2005 di incoraggiare il ricorso a strumenti di risoluzione della crisi d'impresa, invogliando in particolare i soggetti terzi ad intervenire nella gestione di tale crisi mediante l'apporto di nuova "finanza".

Con particolare riferimento al concordato preventivo, va precisato che, prima del D.L. n. 35/2005, la gestione della crisi aveva sempre esposto i suoi protagonisti (non solo l'imprenditore, ma anche i soggetti esterni) a rischi di incriminazione di vario tipo. In caso di insuccesso della procedura e di contestuale dichiarazione di fallimento, l'insidia più frequente che si presentava era rappresentata dalla bancarotta preferenziale di cui all'art. 216, terzo comma, che puniva (e punisce tuttora) 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, avesse eseguito pagamenti o avesse simulato titoli di prelazione⁵⁰².

I fatti previsti come bancarotta preferenziale non hanno portata distrattiva, poiché non sottraggono alcun bene ai creditori; l'illegittimità penale scaturisce dalla violazione della *par condicio creditorum*, la quale si può realizzare **durante** la procedura fallimentare oppure **prima** di essa.

In quest'ultimo caso, non si dubitava che il reato in questione si potesse realizzare nel corso del precedente concordato preventivo, sempreché l'atto fosse stato compiuto "con lo scopo di favorire, a danno dei creditori, uno di essi"⁵⁰³.

Secondo la giurisprudenza non erano rilevanti i motivi che avevano indotto il debitore a favorire, nel corso del concordato preventivo, un creditore rispetto ad un altro. Il dolo specifico sarebbe mancato solamente laddove il debitore avesse mirato a superare la crisi.

A tale riguardo, va tuttavia precisato che, secondo la giurisprudenza, la semplice speranza non era sufficiente ad escludere il dolo del delitto di cui all'art. 216, terzo comma l. fall., ritenendosi al contrario che soltanto la **certezza** di potere superare le difficoltà economiche fosse idonea ad escludere il rischio di bancarotta preferenziale⁵⁰⁴.

Se, dunque, nella disciplina antecedente alla riforma del 2005, il buon esito della procedura di concordato preventivo era seriamente minacciato dall'incombente

⁵⁰² Si veda la considerazione di Alessandri, cit., pag. 129: "*L'esperienza giurisprudenziale illustra con abbondanza che la bancarotta preferenziale è la vera insidia di tutte le soluzioni "privatistiche" o concordate della crisi d'impresa, suscettibile di inaspettate contorsioni interpretative*".

⁵⁰³ La giurisprudenza ritiene che lo scopo di recare pregiudizio agli altri creditori sia addebitabile secondo lo schema del dolo eventuale (si veda, tra le altre, Corte di Cassazione, 26/6/2009, in Il Fallimento, 2010, pag. 495).

⁵⁰⁴ La casistica giurisprudenziale mostra infatti come spesso la disposizione in parola sia stata utilizzata per punire, a titolo di concorso in bancarotta preferenziale, interventi di terzi nella gestione della crisi d'impresa ritenuti lesivi del principio di parità dei creditori, in particolare interventi relativi all'apporto di nuova "finanza" bancaria.

La Cassazione (2/3/2004, in Foro Italiano, 2005, II, pag. 32 ss.) ha infatti avuto modo di punire a titolo di bancarotta preferenziale operazioni in forza delle quali la banca, creditrice nei confronti di imprenditori in stato di difficoltà finanziaria in base a contratti privi di garanzia o di privilegio, aveva erogato "finanza" previo ottenimento di un titolo privilegiato di soddisfacimento del credito, utilizzata, quantomeno in parte, per estinguere la precedente esposizione debitoria.

pericolo di dover rispondere del reato di bancarotta preferenziale, le modifiche operate dal D.L. n. 35/2005 non avevano tuttavia risolto completamente il problema. Come si è anticipato in precedenza, la mancanza di disposizioni specifiche che da parte del legislatore prendessero posizione sulla rilevanza penale delle operazioni di finanziamento avvenute nella fase di gestione della crisi d'impresa non aveva consentito di scongiurare il rischio penale relativo alla bancarotta preferenziale.

Il legislatore si era infatti limitato a precisare che, una volta intervenuta la declaratoria di fallimento in seguito all'esito infausto del concordato preventivo, gli atti, i pagamenti, e le garanzie posti in essere in esecuzione del precedente concordato preventivo sarebbero stati esenti da azione revocatoria (art. 67, comma 3, lett. e).

In dottrina, si discuteva se l'esenzione di tali atti dall'azione revocatoria avrebbe dovuto implicare necessariamente la liceità (anche penale) dell'atto ⁵⁰⁵. Nel precedente paragrafo si era accennato come la maggioranza degli autori avesse proposto per la soluzione affermativa ⁵⁰⁶.

Si era osservato, infatti, che la restrizione dell'area civilistica non poteva non esplicitare i propri effetti anche nel settore penale, sulla base della considerazione dell'insostenibilità di qualsivoglia giustificazione di un fatto civilisticamente lecito ma penalmente rilevante.

Secondo quest'orientamento, quindi, in forza dell'esenzione della revocatoria, i pagamenti posti in essere in esecuzione del concordato preventivo non avrebbero potuto essere sanzionati quali atti di bancarotta (e, in specie, quali atti di bancarotta preferenziale), ma sarebbero stati da considerare leciti.

Tale impostazione non era tuttavia pienamente condivisibile.

A ben vedere, infatti, un atto esente da revocatoria è un atto astrattamente revocabile, il quale in concreto non subisce la falciatura della revocatoria solo per l'intervento del legislatore.

Si prenda ad esempio l'esenzione da revocatoria dei pagamenti effettuati in termini d'uso (di cui al terzo comma, lett. a, dell'art. 67 l. fall.): questa non determina la

⁵⁰⁵ La questione concerneva anche le altre esenzioni di cui all'art. 67.

⁵⁰⁶ Si vedano le note 479 e 480.

liceità in sé dei pagamenti, ma trova la propria *ratio* nella presunzione, che la legge assume assoluta, che un creditore che riceve un pagamento da un imprenditore secondo le modalità e nei termini d'uso non possa sospettare che l'imprenditore sia insolvente.

L'eventuale non revocabilità, quindi, non è legata alla liceità –tanto meno penale– dell'atto, ma, unicamente, all'esigenza di tutela della buona fede del terzo contraente. Tornando poi all'esenzione da revocatoria degli atti posti in essere in esecuzione del concordato preventivo (o di un accordo di ristrutturazione), essa si fonda sulla volontà del legislatore di favorire le procedure alternative di risoluzione della crisi d'impresa e non sulla liceità di tali atti.

Sulla base di queste considerazioni, un secondo filone interpretativo aveva ritenuto che l'irrilevanza penale dell'atto dovesse essere sostenuta sulla base di considerazioni diverse e maggiormente aderenti al dettato normativo.

Sulla scorta di un'autonomia tra la tutela civilistica e quella penalistica, si era allora ritenuto che l'irrilevanza penale di tali condotte sarebbe conseguita non dall'art. 67 l. fall., ma dall'efficacia scriminante del consenso dei creditori (gli aventi diritto di cui all'art. 50 c.p) con la conseguenza che, in caso di esito fallimentare, il fatto non sarebbe stato punibile nel caso in cui il piano relativo al concordato preventivo fosse stato “*approvato dai creditori e omologato dal tribunale, sulla base di un'informazione fedele e completa*”⁵⁰⁷.

Non molto chiara la prima giurisprudenza che si era pronunciata sulla questione in esame; questa aveva accolto infatti una sorta di soluzione di compromesso: “La bancarotta preferenziale (art. 216, comma terzo, l. fall.), sul piano oggettivo richiede la violazione della *par condicio creditorum* nella procedura fallimentare e, sul piano soggettivo, la ricorrenza della forma particolare del dolo, costituito dalla volontà di recare un vantaggio al creditore (o ai creditori) soddisfatto, con l'accettazione dell'eventualità di un danno per altri, finalità che deve risultare primario interesse perseguito dal debitore, con la conseguenza che la strategia di alleggerire la pressione dei creditori, in vista di un ragionevolmente presumibile riequilibrio finanziario e

⁵⁰⁷ G. Isolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d'impresa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, I, 2006, pag. 468.

patrimoniale, è incompatibile con il delitto, soprattutto alla luce della riforma...dell'azione revocatoria e specialmente dell'art. comma terzo, 1. fall.”⁵⁰⁸

Se il delitto di bancarotta preferenziale costituiva l'insidia più pericolosa per coloro che partecipano, a vario titolo, alla gestione della crisi dell'impresa, essa non era però l'unica. Altro rischio-reato correlato al tentativo di salvataggio dell'impresa in difficoltà era rappresentato da quello di bancarotta semplice.

L'art. 217 1. fall. contempla una disposizione a più norme che, sotto più numeri, individua una serie di comportamenti suscettibili di integrare l'illecito in questione.

Tra questi, particolarmente interessanti per quanto rileva in questa sede, quelli descritti dalle previsioni contenute nel primo comma, negli allinea n. 3 e 4, che puniscono l'imprenditore che, rispettivamente, abbia “compiuto operazioni di grave imprudenza per ritardare il fallimento” oppure “abbia aggravato il proprio dissesto, astenendosi dal richiedere la dichiarazione del proprio fallimento o con altra grave colpa”.

Orbene, se si considera la previsione di cui al n. 3, va evidenziato come in tale ambito sarebbero potute essere riconducibili operazioni di finanziamento avvenute in sede di concordato preventivo, che, nonostante fossero finalizzate al buon esito della procedura, di fatto, avrebbero ritardato il fallimento.

Si osservi, poi, come la dottrina più rigorosa avesse ritenuto che la norma in parola avrebbe dovuto essere applicata anche con riferimento ad operazioni che, perfettamente lecite in normali situazioni imprenditoriali, fossero apparse “gravemente imprudenti”, e quindi penalmente rilevanti, solo perché poste in essere in uno stato di crisi⁵⁰⁹.

Ne derivava allora che, anche ai fini della responsabilità a titolo di bancarotta semplice, non fosse pacifico che gli atti posti in essere in esecuzione del concordato preventivo fossero o meno penalmente rilevanti.

Il legislatore, al fine di agevolare il più possibile l'intervento di soggetti terzi sulle crisi d'impresa, ha definitivamente fugato i dubbi sopra prospettati mediante l'introduzione dell'art. 217 *bis*, il quale chiarisce che i reati di bancarotta

⁵⁰⁸ Corte di Cassazione, 20/5/2009, n. 31168, in *Il Fallimento*, 2010, pag. 495.

⁵⁰⁹ G. Cocco, in *Commentario breve alle leggi penali speciali*, a cura di C. E. Paliero, F. Palazzo, Padova, 2007, pag. 1217.

preferenziale e di bancarotta semplice non sono configurabili laddove gli atti vengano posti in essere in esecuzione del concordato preventivo, di accordi di ristrutturazione o di piani di risanamento.

Nel precedente paragrafo la disposizione in esame era stata affrontata in riferimento alle possibili ricadute sul disposto dell'art. 236, comma 2, norma, quest'ultima, che si applica, come noto, indipendentemente dalla successiva dichiarazione di fallimento; in questa sede, invece, verranno analizzati i riflessi dell'art. 217 *bis* nel caso in cui al concordato preventivo segua la declaratoria di fallimento.

In questo caso, ad essere interessate saranno le disposizioni di cui all'art. 216 comma 3 e 217 l. fall.; nel precedente paragrafo si è infatti constatato che, in caso di conversione dal concordato preventivo in fallimento, il concorso di norme tra l'art. 236, comma secondo, e i reati previsti in sede fallimentare ⁵¹⁰ vada risolto utilizzando il principio di specialità, con conseguente disapplicazione dell'art. 236 comma 2.

I primi commenti della novella in discorso hanno rilevato come tale intervento, auspicato anche dalla Banca d'Italia, da un lato, abbia posto fine ad un'incertezza interpretativa che in qualche modo ostacolava un ampio ricorso alle procedure di soluzione della crisi e, dall'altro, abbia completato il sistema di tutele già previste per gli istituti alternativi al fallimento, affiancando all'esenzione civilistica delle azioni revocatorie, l'esenzione penalistica qui in commento ⁵¹¹.

In dottrina si è infatti evidenziato come la disposizione di nuovo conio crei una sorta di "ombrello" atto ad evitare "*i rischi di incriminazione che correva l'imprenditore in crisi per i comportamenti che il medesimo teneva per tentare di salvare la propria impresa dalla situazione di difficoltà e coloro che intervenivano in suo aiuto, in primo luogo le banche, soggetti che svolgono un ruolo di primaria rilevanza nel tentativo di salvataggio delle imprese in crisi*" ⁵¹².

La formulazione della nuova disposizione pone tuttavia talune problematiche di non facile soluzione.

⁵¹⁰ I quali, come noto, vengono richiamati dall'art. 236, comma 2 in riferimento alle ipotesi di bancarotta impropria.

⁵¹¹ R. Lottini, cit., pag. 1366 ss.

⁵¹² R. Lottini, cit. pag. 1371.

La prima di esse che merita un approfondimento concerne l'individuazione dei pagamenti e delle operazioni compiute “*in esecuzione di un concordato preventivo*”. L'art. 217 *bis* non chiarisce il significato di tale locuzione, con la conseguenza che non è pacifico se gli atti “in esecuzione” del concordato siano solo quelli posti in essere dopo l'omologazione del concordato (ovvero nella fase “esecutiva” della procedura) oppure se vadano ricompresi anche gli atti posti in essere durante la procedura, purché ovviamente essi siano “esecutivi” del concordato.

È necessario pertanto appurare se occorra fare riferimento al tenore letterale della disposizione (la locuzione “in esecuzione” sembra riferirsi unicamente alla fase successiva all'omologazione) o se, al contrario, una lettura diversa (e di portata più ampia) della norma possa essere maggiormente conforme alla *ratio legis*.

Al fine di rispondere a tale interrogativo, è opportuno richiamare quanto rilevato nel capitolo precedente in sede di analisi alla disposizione di cui all'art. 67, comma 3, lett. e)⁵¹³, la quale, come noto, esonera da revocatoria gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo.

Tale disposizione, dunque, al pari del nuovo art. 217 *bis*, prevede un determinato trattamento di favore allorché le operazioni compiute siano poste “in esecuzione del concordato preventivo”.

Ora, analizzando l'esenzione da revocatoria di cui alla lettera e), si era constatato come anche in quella sede si era posta in dottrina la medesima questione relativamente alla corretta qualificazione degli atti **esecutivi** del concordato, non essendo pacifico il *dies a quo* dell'esenzione: mentre secondo taluni autori⁵¹⁴ questa avrebbe riguardato solamente gli atti successivi all'omologa da parte del tribunale, secondo altri⁵¹⁵ sarebbe occorso avere riguardo al deposito della domanda di ammissione al concordato preventivo presso il tribunale.

Si era allora constatato come quest'ultima impostazione avesse il pregio di essere maggiormente conforme alla *ratio* ispiratrice della norma, atta a incoraggiare il

⁵¹³ Precisamente, mi riferisco al paragrafo 4 del capitolo 3.

⁵¹⁴ A. Silvestrini, G. Fauceglia, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione nella nuova disciplina del fallimento. La recente disciplina della revocatoria*, Salerno, 2005, pag. 127.

⁵¹⁵ S. Bonfatti, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia, L. Panzani, Torino 2009, I, pag. 659.

ricorso alla procedura di concordato garantendo l'efficacia degli atti compiuti nell'ambito della procedura concordataria anche nel fallimento successivo.

Orbene, un'interpretazione che limitasse l'esenzione da revocatoria agli atti posti in essere dopo l'omologazione avrebbe condotto alla singolare conseguenza di rendere revocabili gli atti posti in essere nel corso della procedura, anche se ricollegabili agli organi della procedura.

Quest'ultima impostazione avrebbe allora fatto insorgere nei terzi, che venissero a contatto con il debitore sottoposto a concordato, una giustificabile apprensione sulla efficacia degli atti che intendessero compiere e avrebbero finito quindi con il rendere ancora più difficile, se non del tutto impossibile, la riuscita della procedura concordataria.

Si era allora concluso che tale eventualità fosse certamente in contrasto con i principi ispiratori della riforma, volta, come detto, a garantire la salvezza di tutti gli atti ricollegabili alla finalità della buona riuscita della procedura.

Alla luce di tali considerazioni, si era concluso che, per atti posti in essere "in esecuzione di un concordato preventivo", si dovesse far riferimento non soltanto a quelle operazioni compiute nella fase esecutiva del concordato (ovvero dopo l'omologa), ma anche a quelle realizzate nel corso della medesima procedura.

Si era infine evidenziato come, secondo un ragionamento *a contrario*, la norma presupponesse la revocabilità degli atti compiuti in sede di concordato preventivo ma non in esecuzione dello stesso, con la conseguenza di inibire la retrodatazione del periodo sospetto all'apertura della prima procedura concorsuale instaurata⁵¹⁶.

A parere di chi scrive, le riflessioni sopra richiamate non possono che essere riportate in sede di analisi della disposizione di cui all'art. 217 *bis*, in quanto la norma in questione è volta a precisare che le operazioni compiute in esecuzione del concordato preventivo (nel senso di cui si è detto sopra) non solo sono esenti da revocatoria, ma sono anche prive di rilevanza penale ai sensi degli art. 216, terzo comma, e 217.

Ne consegue in definitiva che l'art. 217 *bis*, laddove fa riferimento ai pagamenti **esecutivi** del concordato, non concerne solamente quelli realizzati dopo

⁵¹⁶ È il caso di riportare quanto attenta dottrina aveva ritenuto cogliere da tale impostazione: "con ciò viene necessariamente messo in dubbio, come ognuno vede, un caposaldo della teoria della c.d. consecuzione di procedure concorsuali". S. Bonfatti, *ibidem*.

l'omologazione, ma anche a quelli avvenuti nel corso della procedura, purché riconducibili agli organi della procedura in forza del dettato di cui all'art. 167 l. fall.

Una volta precisato l'ambito di applicazione del beneficio in questione, è ora necessario collocare dogmaticamente l'istituto di cui all'art. 217 *bis*, in modo tale da comprenderne la natura giuridica.

In dottrina si è osservato come l'istituto di cui all'art. 217 *bis* certamente non possa essere inquadrato all'interno delle cause di esclusione della punibilità⁵¹⁷, la cui nozione va individuata in una condizione in base alla quale un reato completo in ogni suo aspetto (comprensivo quindi di tipicità, antigiuridicità, e colpevolezza) non è tuttavia ritenuto tale da meritare una reazione penale⁵¹⁸. In tali situazioni, quindi, il legislatore non ritiene opportuno sottoporre a pena l'autore del fatto antigiuridico e colpevole.

Le ragioni che possono rendere inopportuna la punizione sono principalmente di ordine politico-criminale oppure legate ad esigenze di clemenza.

Orbene, la non punibilità per i reati di bancarotta preferenziale e di bancarotta semplice, per operazioni poste in essere in esecuzione di un concordato preventivo, di un accordo di ristrutturazione oppure di un piano di risanamento, non è certo legata a ragioni di mera opportunità politica criminale o tantomeno ad esigenze di clemenza.

Il beneficio di cui all'art. 217 *bis* trova invece la propria ragione d'essere nella circostanza in base alla quale il debitore che esegue degli atti indirizzati al buon andamento della procedura sta esercitando un diritto riconosciuto dalla legge.

In altri termini, l'istituto in esame va inquadrato all'interno delle cause di giustificazione, e precisamente in quella di cui all'art. 51 c. p. (esercizio di un diritto), e non invece nelle cause di esclusione della punibilità.

Il legislatore, dunque, all'art. 217 *bis* ha introdotto una disposizione attributiva della facoltà legittima di commettere (anche) fatti penalmente rilevanti, rendendone così lecita la realizzazione. La non applicazione della sanzione penale per il compimento delle operazioni in questione non dipende invece da ragioni di "mera opportunità", in

⁵¹⁷ R. Lottini, cit., pag. 1371.

⁵¹⁸ Si veda G. Marinucci, E. Dolcini, cit., pag. 313 ss.

quanto il legislatore non punisce tali operazioni perché **lecite**, essendovi una causa di giustificazione che le rende non anti-giuridiche.

Consegue, quindi, a tale considerazione, che gli atti compiuti nell'ambito del concordato preventivo, quand'anche integranti gli estremi oggettivi dei delitti di bancarotta, sono legittimamente da ritenersi scriminati ai sensi dell'art. 51 c.p., proprio perché posti in essere nell'esercizio di un diritto che la legge attribuisce espressamente nell'art. 217 *bis* ⁵¹⁹.

Il tutto, ovviamente, a condizione del rigoroso rispetto delle modalità di esecuzione del concordato preventivo.

Il fatto che il beneficio in esame sia inquadrabile non come causa di esclusione della punibilità (se così fosse avrebbe natura soggettiva e opererebbe solo per l'autore qualificato, l'imprenditore) ma come vera e propria scriminante comporta che esso sia applicabile in favore di tutti i concorrenti del delitto.

Va infatti rimarcato che chi concorre alla realizzazione di un fatto tipico commesso in presenza di una causa di giustificazione non è punibile perché concorre in un fatto lecito: concorrendo al fatto tipico, concorre all'offesa del bene protetto; trattandosi però di fatto giustificato, il partecipe concorre anche al salvataggio di un bene più rilevante, ed è quindi logico che anche la sua condotta sia considerata lecita ⁵²⁰.

⁵¹⁹ Non concorda con tale impostazione R. Lottini, cit., pag. 1372, secondo il quale nella norma in esame mancherebbe la contrapposizione di due o più interessi in conflitto, caratteristica tipica delle cause di giustificazione. Secondo l'autore, dunque, il legislatore non punisce le operazioni di cui all'art. 217 *bis* perché ritiene maggiormente meritevole di tutela il tentativo di salvataggio dell'impresa, rispetto ai beni della *par condicio creditorum* e del patrimonio del fallito in funzione delle ragioni creditorie.

Secondo tale impostazione sarebbe più corretto ritenere che con la disposizione di cui all'art. 217 *bis* il legislatore abbia voluto precisare i confini applicativi dei delitti di cui agli art. 216, terzo comma, e 217, con la conseguenza che l'esclusione della punibilità verrebbe già risolta a livello di tipicità.

Le operazioni compiute in esecuzione di un concordato preventivo non sarebbero allora punibili “*non solo perché non anti-giuridiche, ma anche e soprattutto perché difettano della tipicità necessaria per integrare i delitti di bancarotta preferenziale e semplice, perché non rientrano nel raggio di azione delle disposizioni che contemplano i due illeciti*”.

⁵²⁰ In base a tali considerazioni l'art. 119 comma 2 c.p. dispone che le “*circostanze oggettive che escludono la pena hanno effetto per tutti coloro che sono concorsi nel reato*”: in dottrina (si veda G. Marinucci, E. Dolcini, cit., pag. 199) è pacifico che tra le cause di esclusione della pena rientrino le cause di giustificazione.

Altro problema di grande rilevanza che viene posto dall'introduzione dell'istituto di cui all'art. 217 *bis* è quello relativo a quale sia l'estensione del sindacato che compete al giudice penale.

Con riferimento al concordato preventivo, si deve infatti evidenziare che i piani sulla cui base si effettua la domanda di concordato devono essere idonei a consentire il risanamento dell'esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata dal professionista che abbia i requisiti richiesti dalla legge.

La domanda che si pone è dunque la seguente: può il giudice penale verificare l'idoneità e la ragionevolezza dei piani e stabilire, una volta verificatosi il fallimento, che tali piani non erano idonei, né ragionevoli e dunque ritenere che le relative operazioni siano (quantomeno da un punto di vista oggettivo) riconducibili alle fattispecie di bancarotta preferenziale e semplice?

Non è infatti agevole stabilire se il giudice debba limitarsi a prendere atto dell'intervenuta ammissione del debitore al concordato preventivo, provvedendo a verificare esclusivamente che operazioni e pagamenti di cui viene invocata l'irrelevanza penale siano effettivamente stati eseguiti in esecuzione del concordato, ovvero se gli sia attribuito anche il potere di testare- con valutazione *ex ante* – l'originaria efficienza economica dell'accordo, al fine di escludere la possibilità che questo sia stato concluso al solo fine di sottrarre il soddisfacimento di taluni crediti al rischio della bancarotta.

Si potrebbe allora sostenere che, laddove la pronuncia del giudice fallimentare sia stata inficiata da un'informativa fuorviante, consentendo l'esecuzione di un programma geneticamente destinato al fallimento, non possa trovare applicazione l'esenzione di cui all'art. 217 *bis* l. fall.

È stato obiettato, peraltro, da attenta dottrina ⁵²¹ che una siffatta ipotesi si scontrerebbe, da un lato, con il sindacato del tribunale, più o meno ampio, a seconda della tesi che si vorrà sposare in ordine ai poteri di indagine del tribunale sulla domanda concordataria ⁵²², e, dall'altro, con gli accertamenti compiuti dal

⁵²¹ D'Alessandro, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di Cavallini, 2010, pag. 50.

⁵²² Sulla cui trattazione rimando a quanto rilevato nel capitolo 2 del presente lavoro.

commissario giudiziale sulla domanda medesima, con la conseguenza che l'eventuale rilevanza penale di condotte tenute dal debitore dovrebbe passare necessariamente attraverso l'accertamento di una *culpa in vigilando* del commissario stesso.

Non va poi sottovalutato che un giudizio di illiceità di quanto compiuto in esecuzione della pronuncia del giudice fallimentare “*implicherebbe una aperta confessione de facto, da parte del giudice penale, del provvedimento assunto dal Tribunale civile, senza, tra l'altro, che sia in alcun modo prevista una possibilità di revoca del decreto di omologazione del concordato*”⁵²³.

Alla luce di tali osservazioni, si potrebbe eventualmente ammettere un autonomo potere di sindacato del giudice penale limitato ai casi di omologazione basata su dati oggettivamente falsi, dei quali avrebbe però dovuto accorgersi il commissario giudiziale prima dell'omologazione (art. 172 l. fall.).

Se invece il complesso della documentazione fornita appare inattendibile in relazione ad aspetti più marcatamente valutativi, ovvero in ordine alla fattibilità stessa del piano, sembra doversi escludere che il giudice penale possa rimettere in discussione la decisione a suo tempo assunta dal giudice competente e troverà, quindi, piena applicazione l'esenzione di cui all'art. 217 *bis* l. fall.

È, poi, il caso di rilevare come, anche qualora non venga condivisa l'impostazione sopra esposta, la non punibilità del debitore, poi fallito, che abbia confidato sull'idoneità e sulla ragionevolezza del piano, potrà in ogni caso essere “recuperata” per mancanza dell'elemento soggettivo del delitto di cui all'art. 216, terzo comma, e 217 l. fall., salvo ovviamente il caso in cui emergano collusioni tra di lui e il professionista per la redazione di un piano non idoneo⁵²⁴.

Al fine di concludere la disamina delle principali problematiche sollevate dall'introduzione dell'art. 217 *bis*, è opportuno richiamare quanto evidenziato nel precedente paragrafo in relazione alle questioni inerenti, da un lato, al mancato richiamo alle norme della bancarotta c.d. impropria, e, dall'altro, alle altre operazioni non revocabili cui l'art. 217 *bis* non fa alcun cenno.

⁵²³ D'Alessandro, *ibidem*.

⁵²⁴ È quanto evidenzia correttamente R. Lottini, cit., pag. 1374.

In relazione alla prima questione, è necessario ricordare che la disposizione di cui all'art. 217 *bis* è collocata nel capo I, dedicato ai reati commessi dal fallito, dopo le disposizioni di cui agli art. 216 e 217 l. fall.; la medesima non vale per escludere altri reati, quale ad esempio il ricorso abusivo al credito di cui all'art. 218.

La non applicabilità dei reati di bancarotta preferenziale e semplice non è stata espressamente prevista con riferimento alle ipotesi di cui agli art. 223, 224 quando cioè i delitti vengono commessi da soggetti diversi dal fallito.

È il caso tuttavia di rilevare come il beneficio di cui all'art. 217 *bis* possa essere senza dubbio applicato analogicamente a quelle medesime condotte, perpetuate però da soggetti diversi (ovvero gli amministratori, i direttori generali, i sindaci e i liquidatori di società), stante la comune *ratio* volta a scriminare comportamenti atti ad esercitare un diritto riconosciuto dalla legge.

Tale impostazione è possibile soltanto qualora si qualifichi l'istituto introdotto dalla norma in esame come una causa di giustificazione (e precisamente quella di cui all'art. 51 c.p. individuata nell'esercizio di un diritto), mentre non sarebbe ammissibile laddove il beneficio in questione venga inquadrato nelle cause di esclusione della punibilità.

Qualora si ritenga, infine, che la disposizione di cui all'art. 217 *bis* l. fall. concorra a descrivere (in negativo) le fattispecie delineate dall'art. 216, terzo comma, e 217⁵²⁵, sarebbe pacifico che il richiamo operato dagli art. 223 e 224 ai fatti di cui agli art. 216 e 217 sia sufficiente per rendere applicabile l'art. 217 *bis*. I fatti di cui agli art. 216 e 217, infatti, dovrebbero essere ricostruiti escludendo dagli stessi le operazioni contemplate dall'art. 217 *bis*.

Venendo, poi, alla seconda problematica sopra esposta, relativa alla possibile estensione del beneficio di cui all'art. 217 *bis* alle altre esenzioni da revocatoria di cui all'art. 67, comma 3, va ricordato come tale questione sorga dal mancato coordinamento della normativa penalistica con quella civilistica.

È infatti noto che l'ambito operativo dell'art. 67, terzo comma, sia molto più ampio e ricomprende numerose ulteriori operazioni rispetto a quelle contemplate dall'art. 217 *bis*.

⁵²⁵ In questo senso, come visto alla nota 513, R. Lottini, cit., pag. 1374.

In un ventaglio di esenzioni che vanno dalla lettera a) alla lettera g), l'art. 217 *bis* si riferisce solamente a quelle di cui alle lett. d) ed e).

Viene allora da chiedersi cosa accada nel caso in cui l'imprenditore ponga in essere pagamenti di beni o servizi, al di fuori dei casi previsti dalle lettere d) ed e) e l'impresa successivamente fallisca.

Nel precedente paragrafo si era constatato come si possano dare due distinte interpretazioni all'art. 217 *bis*.

La prima di esse, prendendo spunto dalla natura di causa di giustificazione del beneficio introdotto dalla norma in esame, dovrebbe portare a ritenere che tutte le fattispecie di esenzione, comprese quelle non richiamate dall'art. 217 *bis*, non possano avere rilevanza penale, in quanto la realizzazione di queste esplica l'esercizio di un diritto *ex art.* 51 c.p. che le rende non anti-giuridiche.

In quest'ottica, quindi, la disposizione di cui all'art. 217 *bis* sarebbe specificazione di un principio generale che non può che esplicitare i relativi effetti anche verso le altre esenzioni da revocatoria di cui all'art. 67 comma 3.

La seconda interpretazione, maggiormente aderente al dettato letterale della disposizione, porterebbe all'opposto a concludere nel senso che la norma non sia applicabile al di fuori di quanto dalla medesima espressamente stabilito, perché corrispondente ad una precisa scelta del legislatore.

In dottrina si è correttamente rilevato come una tale conclusione “*indurrebbe i curatori fallimentari ad ottenere per il tramite del processo penale ciò che non potrebbero ottenere dinanzi al giudice civile, con buona pace del carattere sussidiario del diritto penale, probabilmente anche in contrasto con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., che dimostra come la nuova disposizione, non attentamente ponderata, sia stata pensata unicamente per 'salvare' le banche*”⁵²⁶.

⁵²⁶ R. Lottini, cit., pag. 1375.

4. Inadempimento di obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo

In virtù dell'art. 217 n. 5 l. fall. risponde del delitto di bancarotta semplice l'imprenditore dichiarato fallito il quale "non ha soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato preventivo o fallimentare"⁵²⁷.

L'ipotesi riguarda certamente il caso del concordato fallimentare o preventivo inadempito cui sia seguito un nuovo fallimento, addebitabile ad una distinta situazione di insolvenza. Più problematico è: a) il caso del concordato preventivo cui sia seguito il fallimento per inadempimento (art. 186 l. fall.) e b) il caso del concordato fallimentare non andato a buon fine cui abbia fatto seguito la riapertura del precedente fallimento (art. 137 l. fall.).

Nella pregressa normativa concorsuale, la dottrina prevalente⁵²⁸, condivisa dalla giurisprudenza della Cassazione – peraltro assai scarsa in materia⁵²⁹ - aveva optato per la soluzione negativa.

Per questa dottrina, nessuna delle due ipotesi poteva infatti essere ricondotta al n. 5 dell'art. 217 l. fall., poiché tale norma avrebbe inteso colpire il fallito recidivo e non il soggetto che, semplicemente, non fosse riuscito a superare una situazione di insolvenza: la disposizione in esame avrebbe dovuto allora essere interpretata alla luce dell'abrogato art. 857 n. 5 del Codice del Commercio del 1882, il quale faceva riferimento alle "obbligazioni assunte nel concordato ottenuto in un precedente fallimento". Il concordato inadempito, pertanto, avrebbe dovuto riferirsi ad una precedente e distinta procedura concorsuale, e **non alla medesima situazione di insolvenza.**

⁵²⁷ Nonostante la norma sia inserita nell'art. 217, relativo alla bancarotta semplice, in dottrina è pacifico che tale fattispecie non vada ricompresa nella bancarotta semplice patrimoniale propriamente detta, perché l'oggetto materiale del reato non è costituito dai beni dell'imprenditore, ma dalle obbligazioni assunte in un precedente concordato. Si veda, tra gli altri, F. Antolisei, cit., pag. 96 e P. Nuvolone, cit., pag. 82 ss.

⁵²⁸ Si veda tra tutti C. Pedrazzi, cit., pag. 131.

⁵²⁹ Corte di Cassazione, 3/3/1966, in *Diritto Fallimentare*, 1967, II, pag. 981.

In relazione, dunque, al concordato fallimentare, si richiedeva, ai fini dell'applicazione della disposizione in esame, che l'imprenditore fosse già stato in passato dichiarato fallito, non bastando invece un concordato la cui risoluzione desse luogo all'attuale fallimento, ai sensi dell'art. 137, nell'ambito della medesima procedura.

Del pari, in tema di concordato preventivo, non avrebbe avuto rilievo come precedente il concordato la cui inadempienza avesse comportato la dichiarazione di fallimento in atto *ex art. 186*: avrebbe dovuto trattarsi invece di un distinto infortunio passato, addebitabile quindi ad un dissesto diverso da quello che aveva condotto alla declaratoria di fallimento.

Una tale impostazione era, tuttavia, apparsa ad altra dottrina⁵³⁰ non condivisibile in quanto sarebbe stata palesemente in contrasto con il dettato normativo, il quale faceva esplicito riferimento “ad un precedente concordato preventivo o fallimentare”. Soffermando l'attenzione sul concordato preventivo, si era evidenziato come non fosse seriamente discutibile che tale procedura rappresentasse “un precedente concordato” rispetto alla dichiarazione di fallimento pronunciata per effetto del mancato adempimento delle obbligazioni assunte con il concordato medesimo⁵³¹.

A parere di chi scrive, quest'ultimo orientamento era (ed è tuttora) senz'altro preferibile, stante l'assoluta mancanza nella norma in esame di qualsivoglia riferimento ad una distinta insolvenza cui imputare il precedente concordato preventivo o fallimentare non adempiuto. A ben vedere, poi, anche il ricorso ad un'interpretazione di tipo storico non è certo esente da critiche.

⁵³⁰ U. Giuliani- Balestrino, cit., pag. 371 ss.; M. La Monica, *I reati fallimentari*, Assago, 1999, pag. 393; P. Nuvolone, cit., pag. 327 ss.

⁵³¹ M. La Monica, *ibidem*; secondo l'autore, “*la stessa cosa non può dirsi, invece, per la riapertura della procedura concorsuale per effetto del mancato adempimento delle obbligazioni assunte con il concordato fallimentare. Questo concordato si inserisce, infatti, in una procedura fallimentare (e quindi è successivo alla dichiarazione di fallimento) la quale rimane in uno stato di quiescenza durante il termine previsto per l'adempimento, e rivive (è riaperta), senza bisogno di un'ulteriore dichiarazione di fallimento, ove le obbligazioni non siano adempiute*”.

Secondo invece U. Giuliani- Balestrino, cit., pag. 372, la norma fa riferimento “*tanto a un precedente concordato preventivo cui sia seguito fallimento per inadempimento, come pure ad un concordato fallimentare che successivamente non sia stato adempiuto a cui sia seguita- a causa dell'inadempienza- la riapertura della procedura fallimentare ovvero cui sia seguito un diverso fallimento*”.

Prima di tutto perché, come è stato evidenziato in dottrina, quando il testo di legge è sufficientemente chiaro, come in questo caso, esso “ *va interpretato per quello che dice*”⁵³².

In secondo luogo va rilevato come, anche nella vigenza del Codice del Commercio del 1882, autorevole dottrina⁵³³ avesse sostenuto che non si sarebbe dovuto distinguere “*tra fallimento riaperto a seguito della risoluzione del concordato e nuovo fallimento per nuovi e distinti debiti*”⁵³⁴.

L'esclusione dalla disposizione in esame delle due fattispecie maggiormente verificabili in concreto, e precisamente, quella di concordato fallimentare non andato a buon fine cui abbia fatto seguito la riapertura del precedente fallimento, e, soprattutto, quella di concordato preventivo cui sia seguito il fallimento per inadempimento, non può che svuotare tale disposizione di qualsiasi utilità pratica. Ciò è chiaramente dimostrato dalla prassi applicativa della norma in esame, la quale, come si è anticipato in precedenza, ha avuto un utilizzo assai limitato, sulla scorta proprio dell'interpretazione alquanto restrittiva fornita della dottrina prevalente e condivisa dalla giurisprudenza.

Vi è poi un ulteriore elemento che dovrebbe eliminare ogni dubbio circa l'esatta interpretazione della norma in esame, il quale è offerto dalle recenti riforme che hanno investito le procedure concorsuali (ed in particolare il concordato preventivo). Si è visto in precedenza come l'impostazione della dottrina dominante implicasse che il “precedente concordato preventivo” dovesse essere riferibile ad un dissesto diverso da quello che aveva determinato l'attuale fallimento, con la conseguenza di escludere dalla norma i casi in cui l'imprenditore venisse dichiarato fallito in conseguenza dell'inadempimento delle obbligazioni assunte con il concordato preventivo.

In quest'ultimo caso, infatti, l'inadempimento degli obblighi concordatari, cui era seguita la risoluzione del concordato e la conseguente dichiarazione di fallimento, non avrebbe dato vita ad una nuova procedura concorsuale a carico del fallito, ma

⁵³² M. La Monica, *ibidem*.

⁵³³ G. Bonelli, *Del Fallimento*, volume III, in *Commento al codice del commercio*, Milano, 1923, pag. 352.

⁵³⁴ Va però precisato che la dottrina dominante e la giurisprudenza fossero orientate in senso contrario. Per i relativi riferimenti si consulti M. La Monica, *ibidem*, nota 71.

soltanto ad un'ulteriore fase di essa. In tale ipotesi allora non si sarebbe realizzata la figura del reato di bancarotta semplice contemplata dall'art. 217 n. 5 l. fall., che, invece, avrebbe postulato l'inosservanza degli obblighi derivanti da una pregressa e separata procedura di concordato.

Ora, nel presente lavoro si è più volte constatato come, a seguito delle riforme che hanno investito le procedure concorsuali, il fallimento costituisce oggi soltanto un possibile esito ulteriore del concordato preventivo chiusosi anticipatamente. Ne consegue che, nell'ipotesi di risoluzione del concordato preventivo per inadempimento, la declaratoria di fallimento non interviene più automaticamente, essendo necessaria, come noto, una previa istanza di un creditore o una richiesta del pubblico ministero.

Nell'ipotesi appena prospettata, è senz'altro possibile che il fallimento venga dichiarato dopo un indefinito lasso di tempo, la cui entità può anche essere notevole, con la conseguenza che il fallimento possa intervenire a causa di un dissesto diverso e distinto da quello che aveva portato all'ammissione del debitore al concordato preventivo.

Alla luce di tale innovazione, anche la considerazione, in base alla quale "il precedente concordato preventivo" di cui all'art. 217 n. 5 avrebbe dovuto essere imputabile ad un diverso dissesto da quello che ha determinato l'attuale fallimento, non sembra poter essere più utilizzata per negare l'applicabilità della norma in esame al caso in cui il fallimento venga dichiarato per l'inadempimento delle obbligazioni assunte con il concordato preventivo.

La nuova normativa concorsuale non permette più infatti di escludere a priori che le due procedure siano dipese da una distinta insolvenza, addebitabile a cause diverse.

Se, dunque, l'orientamento sopra prospettato non era condivisibile già nella precedente normativa, in quanto dava un'interpretazione dell'art. 217 n. 5 non conforme con il tenore letterale della disposizione, oggi, la nuova normativa concorsuale sembra aver fugato definitivamente ogni dubbio sulla questione.

Una conferma di tale conclusione sembra poter essere desunta implicitamente da una sentenza della Suprema Corte, la quale si è recentemente pronunciata sulla corretta

applicazione dell'art. 217 n. 5⁵³⁵. Tale sentenza, una delle rarissime sul tema, è la prima (ed unica) che interviene sulla questione in esame dopo la l. 80 del 2005, la quale, come noto, ha provveduto a modificare in alcune parti la disciplina della revocatoria fallimentare e, soprattutto, quella del concordato preventivo. La sentenza della Cassazione è, però, precedente al d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e soprattutto al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, c.d. "correttivo", il quale ha, tra le altre specificazioni, chiarito che, all'esito infausto del concordato, il fallimento non segue più automaticamente.

Nella pronuncia in questione, la Cassazione era chiamata a valutare la fondatezza del ricorso proposto da parte di talune persone fisiche, ritenute responsabili dalla Corte di Appello di Perugia del reato di cui all'art. 217 n. 5. I ricorrenti denunciavano l'inosservanza ed erronea applicazione di tale norma, posto che il concordato inadempito previsto dalla disposizione in esame avrebbe dovuto riferirsi ad una precedente e distinta procedura concorsuale e non alla medesima situazione di insolvenza, mentre, nel caso sottoposto alla Suprema Corte, la procedura concorsuale in cui era intervenuto il fallimento era la medesima di quella inerente il concordato in relazione al quale non erano state adempiute le obbligazioni.

Il Supremo Collegio, sulla base dell'orientamento dottrinale prevalente, condiviso in passato dalla stessa Cassazione, ha ritenuto fondato tale motivo di ricorso sulla base della considerazione che l'art. 217 n. 5 postulerebbe l'inosservanza agli obblighi derivanti da una pregressa e separata procedura di concordato, addebitabile ad un diverso dissesto.

Nella sentenza in esame, la Suprema Corte ha evidenziato come il presupposto oggettivo delle due procedure sia sempre stato lo stesso, e precisamente lo stato di insolvenza, tanto che la giurisprudenza di legittimità non ha mai esitato a definire il rapporto tra le due procedure come di "consecuzione" e a retrodatare i termini per le revocatorie con riferimento alla prima delle due procedure concorsuali aperte in successione senza soluzione di continuità. La ragione di tale sistematizzazione è sempre stata chiara: il presupposto della procedura concorsuale minore e del successivo fallimento è costituito da un medesimo dissesto.

⁵³⁵ Corte di Cassazione, 15/12/2005, n. 4015, in Cassazione Penale, 2007, pag. 240.

Secondo la Cassazione, ciò varrebbe “*a distinguere l’ipotesi disciplinata dalla norma di cui all’art. 217 n. 5 l. fall.*” la quale andrebbe interpretata “*nel senso che la condotta della stessa prevista deve avere ad oggetto un “precedente” e distinto stato di dissesto rispetto a quello che ha dato luogo al “nuovo” fallimento*”.

A questo punto, però, la Cassazione si è posta il problema se tale impostazione possa essere ancora configurabile alla luce della l. n. 80 del 2005, la quale ha previsto per il concordato preventivo un diverso presupposto oggettivo, lo stato di crisi.

A tale riguardo, va ricordato che, al momento della formulazione della pronuncia in esame, si discuteva se tale diversità di presupposti avrebbe dovuto implicare che, all’esito infausto del concordato, la declaratoria di fallimento dovesse essere subordinata all’accertamento dello stato di insolvenza del debitore.

Qualora si fosse adottata tale soluzione interpretativa, la dichiarazione di fallimento non sarebbe stata più necessariamente contestuale al provvedimento che poneva termine al concordato, ben potendo invece intervenire dopo un ampio lasso temporale ⁵³⁶.

Alla luce di tale incertezza circa la disciplina processuale del passaggio dal concordato preventivo al fallimento, la questione sopra esposta è stata risolta dalla Cassazione in termini dubitativi: l’impostazione accolta dalla dottrina prevalente nella pregressa disciplina circa la corretta interpretazione dell’art. 217 n. 5 potrebbe “*forse*” trovare applicazione anche nella nuova normativa, sempre che il disposto dell’art. 186 non venga modificato, di modo tale che, alla risoluzione del concordato preventivo, il fallimento consegua sempre senza soluzione di continuità.

Si può quindi affermare che, ad avviso della Suprema Corte, l’esclusione dall’art. 217 n. 5 della fattispecie del fallimento dichiarato per l’inadempimento delle obbligazioni assunte con il concordato preventivo sarebbe ammissibile anche nella

⁵³⁶ Prima dell’introduzione del decreto c.d. “correttivo”, era infatti incerta la disciplina processuale in caso di conversione tra le due procedure, posto che il legislatore aveva incautamente mantenuto immutate le disposizioni inerenti al passaggio dal concordato preventivo in fallimento, nonostante queste fossero chiaramente ancorate al precedente dettato normativo. Non era quindi pacifico se la successiva declaratoria di fallimento conseguisse ancora automaticamente al provvedimento che poneva termine al concordato.

Il decreto correttivo ha poi definitivamente chiarito che la successiva declaratoria di fallimento è subordinata al previo accertamento dello stato di insolvenza del debitore, nonché ad un’istanza di un creditore o ad una richiesta del p.m. Sul delicato tema rinvio all’ampia trattazione di cui al capitolo 2 del presente lavoro.

vigente normativa purché, però, non venga modificata l'originaria formulazione dell'art. 186 l. fall.; secondo la Cassazione, allora, ai fini della validità della predetta impostazione, sarebbe necessario che il passaggio tra le due procedure sia sempre automatico ed immediato.

In questo caso, infatti, ad avviso della Suprema Corte, non vi sarebbero dubbi sul fatto che il fallimento dichiarato per l'inadempimento delle obbligazioni assunte con il concordato preventivo costituisca una fattispecie estranea alla disposizione di cui all'art. 217 n. 5, stante il medesimo dissesto che caratterizzerebbe le due procedure convertite.

Orbene, il decreto correttivo, come visto, ha definitivamente statuito che, nei casi in cui il concordato preventivo abbia un esito infausto, il fallimento costituisce un possibile, ma non necessario, esito ulteriore. In particolare, nell'art. 186 è stato abrogato l'ultimo comma, il quale prevedeva che *“con la sentenza che risolve o annulla il concordato, il tribunale dichiara il fallimento”*.

Ne consegue, allora, che, anche sulla base del ragionamento della Cassazione, l'impostazione alquanto restrittiva dell'art. 217 n. 5 abbia definitivamente perduto il fondamento normativo che, secondo la dottrina maggioritaria, la sosteneva.

L'imprenditore, il quale sia dichiarato fallito in conseguenza dell'inadempimento delle obbligazioni assunte con il concordato preventivo, potrà allora certamente rispondere del reato di cui all'art. 217 n. 5⁵³⁷, non potendosi escludere che il dissesto accertato nella declaratoria di fallimento sia diverso da quello che aveva portato all'ammissione al precedente concordato.

Alla luce di tali considerazioni, è possibile svolgere delle conclusioni sulle fattispecie riconducibili all'art. 217 n. 5.

La norma in esame, lungi dal richiedere un diverso dissesto cui imputare il concordato preventivo rimasto inadempito, indica che la pena sia irrogata:

- 1) contro l'imprenditore il quale, non adempite le obbligazioni assunte in un concordato preventivo, sia stato successivamente, per altri e diversi debiti, dichiarato fallito;

⁵³⁷ Purché ovviamente sia ravvisabile anche l'elemento soggettivo del reato in esame.

- 2) contro l'imprenditore il quale sia stato dichiarato fallito in conseguenza dell'inadempimento delle obbligazioni assunte con il concordato preventivo.

Tale impostazione è, poi, valida anche qualora si interpretasse la norma in questione alla luce di considerazioni di tipo storico, richiedendo, quindi, la sussistenza di un diverso e distinto dissesto cui imputare il concordato preventivo rimasto inadempito⁵³⁸. Lo conferma, indirettamente, come visto, la stessa Corte di Cassazione.

A parere di chi scrive, l'orientamento in questione non può che applicarsi anche al concordato fallimentare⁵³⁹, con la conseguenza che rientrano nella norma in esame anche i casi in cui:

- 1) l'imprenditore, ottenuta l'omologazione di una proposta di concordato fallimentare, non abbia adempiuto le obbligazioni assunte e sia stato successivamente, per altri e diversi debiti, dichiarato nuovamente fallito;
- 2) l'imprenditore venga dichiarato fallito in conseguenza dell'inadempimento delle obbligazioni assunte con il concordato fallimentare (art. 137 l. fall.).

Al fine di concludere la trattazione dell'art. 217 n. 5, occorre ora affrontare la problematica dell'elemento soggettivo richiesto dalla norma in esame.

Mi pare di potere affermare che, anche in tale ambito, il richiamo ad argomenti di tipo storico non sembrano ammissibili. Nessun rilievo, infatti, potrebbe avere il fatto che la *Relazione ministeriale sulla legge fallimentare* avesse statuito che “*il fallito recidivo, inadempiente ad un precedente concordato, lungi dal potersi considerare vittima della disgrazia, debba senz'altro ritenersi in colpa*”.

Sulla base di tale impostazione, la *ratio* dell'incriminazione avrebbe dovuto essere l'asserita necessità di colpire chi, per non aver soddisfatto le obbligazioni assunte in un precedente concordato giudiziale (dovuto ad una diversa insolvenza) e per essere nuovamente caduto in fallimento, venisse considerato, **senza possibilità di prova contraria**, negligente nelle sue operazioni o imperito negli affari.

⁵³⁸ Interpretazione che, tuttavia, contrasterebbe palesemente con il tenore letterale della norma in esame. Sulle relative considerazioni rinvio a quanto detto in precedenza.

⁵³⁹ Va infatti ribadito che la norma non richieda affatto un dissesto diverso cui imputare il concordato rimasto inadempito.

Una tale conclusione, legittima al momento della stesura della relazione, sarebbe però palesemente in contrasto con il principio di colpevolezza enunciato nell'art. 27, comma primo, Cost., in base al quale il ricorso alla sanzione penale è giustificato soltanto in relazione ad offese ad un bene giuridico che siano **personalmente rimproverabili** al suo autore, con la conseguenza che la finalità della norma non possa che essere ricercata altrove.

Orbene, in dottrina è pacifico che il reato sia di natura dolosa, caratterizzato dalla volontà di non adempiere alle obbligazioni concordatarie ⁵⁴⁰; questa affermazione, tuttavia, merita un chiarimento.

Il fatto "inadempimento" non si verifica pressoché mai quando il debitore, dopo aver stipulato un concordato, **può** ma **non vuole** adempiere (eccettuati, ovviamente, i casi di bancarotta fraudolenta cui provvede l'art. 216 l. fall. e non la norma in esame). Normalmente, il fatto "inadempimento" non avviene per una decisione all'ultimo minuto, specie in caso di concordato: avviene invece per decisioni precedenti che rendono inevitabile l'inadempimento finale.

Da tali premesse, in dottrina ⁵⁴¹ si è evidenziato come la fattispecie (integrata senza dubbio pure dal fatto di non adempiere potendo) consista nel fatto di non adempiere anche, e soprattutto, per inerzia dolosa precedente: caso ben più grave e frequente e che solo può giustificare un'apposita previsione legislativa.

Ne consegue allora che, se non si vuole svuotare la norma di ogni rilevanza pratica, *"divine logico concludere che è punibile ex art. 217 I co. n. 5 L.F. chi non adempie volontariamente alle proprie obbligazioni concordatarie perché non lavora, non si procaccia clienti, apre la bottega troppo tardi, la chiude troppo presto e via dicendo per gli infiniti esempi che si potrebbero prospettare"* ⁵⁴².

⁵⁴⁰ Si veda, tra gli altri, U. Giuliani- Balestrino, cit., pag. 261 ss.; va tuttavia precisato che il dolo deve riguardare l'inadempimento e non (come nella bancarotta fraudolenta) il pregiudizio dei creditori. In dottrina vi è chi ritiene che non si possa escludere l'addebitabilità a titolo di colpa, poiché il concetto stesso di inadempimento implicherebbe violazione dell'obbligo di diligenza gravante sul debitore, come risulta dall'art. 1176 c.c. (C. Pedrazzi, cit., pag. 137).

⁵⁴¹ U. Giuliani – Balestrino, *ibidem*.

⁵⁴² U. Giuliani – Balestrino, *ibidem*.

Al termine della disamina sull'art. 217 n. 5, rimane da fare un'ultima considerazione, relativa all'opportunità o meno di sanzionare le condotte di cui si è detto sopra mediante il ricorso al diritto penale.

È noto infatti come, in forza del principio di sussidiarietà, la pena debba essere utilizzata soltanto quando nessun altro strumento, sanzionatorio o non, sia in grado di assicurare al bene giuridico una tutela tanto efficace nei confronti di una determinata forma di aggressione. Oltre che "meritata", cioè proporzionata alla gravità del fatto, la pena deve essere dunque "necessaria": ad essa si può infatti fare ricorso soltanto come *ultima ratio*.

Ora, è probabile che nel caso in esame il ricorso alla sanzione penale sia eccessivo e sproporzionato. Si osservi, infatti, che l'inadempimento delle obbligazioni assunte in sede di concordato preventivo, ancorché sia imputabile a titolo di dolo, porterà alla risoluzione del concordato e, probabilmente, alla declaratoria di fallimento.

Lo "spettro" rappresentato dal successivo fallimento costituisce allora un più che efficace disincentivo al compimento delle condotte sopra menzionate.

A tale riguardo, va osservato che, secondo autorevole dottrina⁵⁴³, dovrebbero rimanere estranee dal penalmente rilevante anche fatti di notevole gravità "*allorché l'effetto di dissuadere i consociati dal commetterli possa essere raggiunto attraverso interventi di politica sociale o attraverso la previsione di sanzioni meno invasive della sanzione penale*".

Sebbene queste considerazioni non possano che essere condivise, va rilevato però che, in mancanza di un diretto intervento del legislatore nella materia *de qua*, l'interprete debba senza dubbio continuare ad applicare la norma in questione, senza incorrere in forzature, come quelle di cui si è detto in precedenza, che ne esauriscano qualsiasi utilità pratica.

⁵⁴³ G. Marinucci, E. Dolcini, cit., pag 8.

Conclusioni

Alla luce delle riflessioni svolte nei precedenti capitoli, è ora possibile tracciare delle conclusioni relative all'incerta applicabilità, nella vigente normativa, della teoria giurisprudenziale della consecuzione delle procedure concorsuali, relativamente all'ipotesi di conversione del concordato preventivo nel fallimento.

Come si è avuto modo di constatare, infatti, la questione concerne unicamente l'ipotesi in cui il fallimento consegua al concordato preventivo, e non, invece, all'amministrazione controllata, posto che tale procedura è stata abrogata dal decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5.

Si è più volte evidenziato come il legislatore del 1942, con il concordato preventivo, avesse voluto predisporre un sistema che attenuasse le conseguenze negative del fallimento e fronteggiasse situazioni di notevole danno pubblico e privato. Mediante tale istituto, infatti, il debitore aveva la possibilità di salvare se stesso dalle conseguenze rovinose del fallimento, di conservare l'amministrazione dei propri beni, di non subire gli effetti negativi di una liquidazione forzata (salvo l'ipotesi di concordato preventivo per cessione di beni), di estinguere definitivamente le proprie obbligazioni, restando libero di riprendere la propria attività, quale imprenditore "onesto ma sfortunato" al cui comportamento non era imputabile il dissesto verificatosi.

Il concordato preventivo aveva costituito, dunque, un particolare rimedio che il legislatore aveva introdotto affinché l'imprenditore commerciale, in presenza di determinate condizioni, fosse in grado di evitare il fallimento, di risanare talvolta la propria impresa, di eliminare l'insolvenza determinatasi e provvedere al soddisfacimento delle ragioni creditorie.

Qualora, tuttavia, la procedura non avesse raggiunto i fini sperati, l'alternativa sostitutiva del concordato preventivo si sarebbe palesata a posteriori illegittima o inopportuna e la declaratoria di fallimento avrebbe, pertanto, costituito l'unico esito possibile. In dottrina e in giurisprudenza, si era, allora, rilevato come, in tali ipotesi,

occorresse evitare che i creditori subissero delle preclusioni, sorte a causa del tempo perduto per aver inutilmente esperito la procedura di concordato preventivo.

Si spiegò così il fenomeno della consecuzione dei procedimenti concorsuali, ossia il susseguirsi di procedure attuate in forma progressiva, a causa di una incapacità delle prime di conseguire i relativi scopi istituzionali.

Si sottolineò, in particolare, che la consecuzione del fallimento al concordato preventivo non poteva essere considerata in senso meramente cronologico e temporale, ma costituiva l'estrinsecazione di una medesima fase, in relazione alla quale si operava l'esperimento del mezzo meno drastico in vista dell'unica e comune finalità della rimozione dell'insolvenza e della conservazione dell'impresa.

Ne conseguiva, pertanto, che taluni effetti propri del fallimento, ed, in particolare, l'esercizio dell'azione revocatoria, avrebbero dovuto decorrere non dalla dichiarazione di fallimento, ma, al contrario, dal provvedimento di ammissione al concordato preventivo, in quanto era in tale sede che veniva accertata per la prima volta l'insolvenza del debitore.

Sebbene tale retrodatazione non fosse espressamente prevista dalla legge, la giurisprudenza e la dottrina prevalente avevano correttamente rilevato come l'unitarietà del procedimento fosse desumibile, da un lato, dall'identità dei presupposti delle procedure, e, dall'altro, dal fatto che il fallimento veniva dichiarato senza soluzione di continuità, con la conseguenza che non vi potevano essere degli iati temporali tra le due procedure.

Nel presente lavoro si è cercato di dimostrare come l'impostazione sopra esposta, pienamente legittima nella previgente disciplina, sembri avere oggi perduto il fondamento giuridico che la sosteneva.

A seguito delle riforme del 2005-2007, infatti, è stata definitivamente superata la concezione del concordato preventivo come beneficio per l'imprenditore e, eliminate le non facilmente ricorrenti condizioni di ammissibilità, nonché il requisito della meritevolezza, è definitivamente emersa la priorità dell'interesse dei creditori e, in quanto ad esso collegato, di quello alla conservazione dei complessi produttivi.

In quest'ottica, è stata valorizzata al massimo l'autonomia delle pattuizioni concordatarie, quale strumento di regolazione della crisi dell'impresa, anche quando non identificatesi in una vera e propria insolvenza. Il presupposto oggettivo del

concordato preventivo è, infatti, oggi più ampio di quello del fallimento e ricomprende, oltre all'insolvenza, situazioni ad essa finite e prodromiche.

La procedura di concordato preventivo non costituisce, dunque, più soltanto un'alternativa al fallimento, ma rappresenta uno strumento mediante il quale gli imprenditori in difficoltà, non necessariamente insolventi, possono riconquistare la propria competitività sul mercato.

Laddove, poi, il concordato non raggiunga gli obiettivi prefissati, il fallimento non costituisce più l'unico esito possibile, ma può intervenire soltanto in presenza di un duplice presupposto: da un lato, occorre che vi sia un'apposita istanza di uno o più creditori, oppure una richiesta del pubblico ministero, non potendosi più dichiarare il fallimento d'ufficio, e, dall'altro, è necessario che il tribunale accerti la sussistenza dell'insolvenza del debitore.

Si può, dunque, affermare che attualmente concordato preventivo e fallimento hanno autonomi e distinti presupposti, finalità e disciplina, così che, quando il primo viene chiuso anticipatamente, il secondo segue soltanto in via eventuale.

Qualora, tuttavia, il fallimento venga dichiarato, occorre appurare se il susseguirsi delle due procedure in esame vada inquadrato, come in passato, all'interno di un procedimento unitario, dove gli effetti della procedura che chiude la sequenza decorrono dalla data dell'apertura del concordato preventivo, o se, al contrario, tale successione configuri una mera sequenza temporale, priva di ogni rilevanza giuridica.

A parere di chi scrive, l'ostacolo principale alla configurazione di un procedimento unitario è costituito dal fatto che, come si è appena rimarcato, il fallimento non segue più automaticamente, costituendo solamente un possibile esito ulteriore del concordato preventivo chiuso anticipatamente.

La declaratoria di fallimento potrebbe, pertanto, intervenire in un momento successivo alla chiusura del concordato, con la conseguenza che, nel lasso temporale che intercorre tra il provvedimento di chiusura della prima procedura e la successiva dichiarazione di fallimento, il debitore tornerebbe nella piena disponibilità dei propri beni, senza alcun controllo da parte degli organi della procedura; in tale ipotesi, sarebbe davvero arduo configurare le due procedure come parti di un unico procedimento volto alla risoluzione della comune insolvenza, posto che tale

procedimento subirebbe un'interruzione, la cui durata potrebbe essere anche di notevole entità.

Relativamente a quest'ultima circostanza, ovvero al fatto che lo iato temporale tra le due procedure in esame possa anche essere consistente, nel presente lavoro si è più volte rimarcato come, in conseguenza di ciò, il dissesto che determina la declaratoria di fallimento potrebbe dipendere da cause diverse e distinte da quelle che avevano portato il debitore ad essere ammesso alla procedura di concordato preventivo.

Dato che tale fattispecie è pacificamente estranea al fenomeno della consecuzione delle procedure concorsuali, in dottrina si è sostenuto come il tribunale debba, al fine di applicare l'istituto in questione, verificare che il fallimento venga dichiarato in base all'accertamento dell'evoluzione negativa di quella medesima crisi economica (sia pur di diversa gradazione) che aveva portato all'ammissione del decreto *ex art.* 163 l. fall.

Avverso tale tesi, finalizzata a consentire, anche in caso di fallimento dichiarato non contestualmente al provvedimento che pone termine al concordato preventivo, l'applicazione del principio della consecuzione delle procedure, si è obiettato come la richiesta attività valutativa da parte del tribunale non sia prevista dalla nuova disciplina delle procedure concorsuali.

Il decreto "correttivo" si è, infatti, limitato a precisare che, all'esito infausto del concordato preventivo, la dichiarazione del fallimento del debitore non sia più necessariamente automatica, essendo perciò possibile che questa sia dichiarata in un momento successivo alla chiusura della precedente procedura.

Orbene, in quest'ultimo caso, non vi è alcuna disposizione che richieda al tribunale un controllo più incisivo di quello normalmente previsto in sede di dichiarazione di fallimento, nella quale, come noto, è demandato al tribunale l'accertamento circa la sussistenza dei presupposti di cui agli art. 1 e 5 l. fall.

Ne consegue, pertanto, che, anche nel caso in esame, il tribunale sia tenuto a verificare, da un lato, che il debitore sia soggetto al fallimento e, dall'altro, che questi sia insolvente; non saranno invece rilevanti le ragioni del dissesto dell'impresa e, di conseguenza, il tribunale non dovrà verificare se il fallimento sia stato o meno dichiarato in base all'accertamento dell'evoluzione negativa di quella crisi che aveva comportato l'ammissione alla precedente procedura.

Alla luce di tali considerazioni, si è evidenziato come il legislatore non distingua a seconda che il fallimento sia dichiarato come conseguenza diretta della mancata risoluzione della crisi che aveva portato all'ammissione al precedente concordato preventivo, oppure che questo sia dipendente da cause del tutto diverse.

Ciò che rileva, invece, è che il fallimento sia dichiarato in un momento successivo alla chiusura anticipata del concordato preventivo, con la conseguenza che, in tali casi, le due procedure, e le relative discipline, andrebbero tenute distinte e non considerate come se fossero parti di un unico procedimento.

A tali considerazioni, si è, tuttavia, obiettato che anche nella pregressa disciplina la teoria della consecuzione delle procedure concorsuali non presupponeva necessariamente la continuità temporale tra le procedure, ma, al contrario, quella causale. Nel corso della trattazione di tale problematica, si è, infatti, avuto modo di precisare come talune pronunce giurisprudenziali avessero affermato che la consecuzione dei procedimenti non sarebbe stata esclusa dal mero fraporsi di un intervallo di tempo tra le due procedure, essendo sufficiente, invece, che la seconda fosse espressione della medesima insolvenza che aveva determinato la prima.

Il fondamento dell'istituto della *consecutio* avrebbe dovuto, pertanto, essere ricercato principalmente nella medesima crisi economica che caratterizza le due procedure, più che nella circostanza che il procedimento si svolgesse senza alcuna interruzione.

Prendendo spunto da tali pronunce giurisprudenziali, una parte della dottrina ha rilevato, allora, che non vi sarebbero delle valide ragioni per ritenere non configurabile il fenomeno della consecuzione nei casi in cui il fallimento non venga dichiarato contestualmente al provvedimento di chiusura del concordato, essendo sufficiente una mera continuità causale tra le due procedure in esame.

Nonostante tali rilievi non possano essere trascurati, va, tuttavia, rimarcato come, nella pregressa disciplina, tale continuità causale derivasse dall'identità dei presupposti oggettivi delle due procedure, la quale permetteva di retrodatare determinati effetti del fallimento al momento in cui veniva accertata per la prima volta l'insolvenza dell'impresa.

Con particolare riferimento al decorso del termine dell'azione revocatoria, la Corte di Cassazione aveva, infatti, affermato che l'art. 67, nella parte in cui faceva decorrere i termini a ritroso dalla data di dichiarazione di fallimento, andasse interpretato

estensivamente, nel senso che il legislatore si sarebbe in esso riferito alla dichiarazione di fallimento come al normale mezzo legale di accertamento dello stato di insolvenza, con ciò implicitamente volendo attribuire la stessa efficacia anche al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, che costituiva il provvedimento giurisdizionale cui l'accertamento di tale stato era affidato.

La soluzione accolta dalla Suprema Corte, anche se apparentemente forzava la lettera dell'art. 67 l. fall., trovava, dunque, la sua giustificazione nella necessaria ricorrenza di un unico fenomeno di insolvenza alla base di tutte le procedure concorsuali.

Il nesso di consecuzione temporale e funzionale esistente tra le procedure concorsuali succedutesi l'una all'altra obbligavano a ritenere che l'accertamento dell'insolvenza, contenuto nella dichiarazione di fallimento, dispiegasse efficacia a partire dall'analogo e precedente accertamento di essa compiuto con il provvedimento di ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Nella vigente disciplina, invece, il provvedimento che ammette il debitore al concordato preventivo contiene l'accertamento non dello stato di insolvenza del debitore, ma di un più ampio stato di crisi.

Orbene, anche qualora si ritenesse ancora valida l'interpretazione in base alla quale la "dichiarazione di fallimento" di cui parla l'art. 67 l. fall. vada intesa nel senso di "provvedimento giudiziale che accerta lo stato di insolvenza", il termine per l'esercizio dell'azione revocatoria decorrerebbe in ogni caso dalla dichiarazione di fallimento, in quanto soltanto in quella sede viene accertata l'insolvenza del debitore. A tale riguardo va ricordato che, in sede di ammissione al concordato preventivo, al tribunale non sia richiesto di valutare se lo stato di crisi che legittima il debitore alla proposizione della domanda sia da qualificarsi come stato di insolvenza o come semplice crisi; tale valutazione non è altresì richiesta, secondo una prognosi *ex ante*, in sede di dichiarazione di fallimento.

In aggiunta, quindi, al problema della incerta applicabilità della teoria della consecuzione dei procedimenti nei casi in cui le due procedure non si susseguano senza soluzione di continuità, si deve constatare come, oggi, la configurabilità di tale impostazione, ed in particolare riguardo al decorso del termine dell'azione revocatoria, sia ostacolata anche dalla diversità (non soltanto "quantitativa", ma anche "qualitativa") dei presupposti oggettivi.

Ne consegue, allora, che la validità della teoria della consecuzione delle procedure nel vigente ordinamento sia alquanto controversa non solo nei casi in cui si verifichi un'interruzione del procedimento, ma anche laddove la successione del fallimento al concordato preventivo avvenga senza soluzione di continuità, non essendo più scontata la continuità causale tra le due procedure in esame.

In dottrina si è, tuttavia, sostenuto come tali preoccupazioni non abbiano fondamento qualora si ritenga che il decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo contenga l'accertamento giudiziale di uno stato di crisi che, per effetto del mancato superamento con il piano sottoposto, risulta *a posteriori* essere stato un vero e proprio stato di insolvenza.

In altre parole, secondo tale impostazione, ai fini dell'individuazione del *dies a quo* del periodo sospetto legale in caso di consecuzione di procedure concorsuali, all'accertamento giudiziale contenuto nel decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo, che aveva in precedenza il rilievo di accertamento di stato di insolvenza, sembra potersi equiparare la verifica *a posteriori* risultante dalla dichiarazione di fallimento consecutiva.

Nel presente lavoro, si è avuto modo di precisare come l'orientamento in questione sia stato accolto di recente dalla Corte di Cassazione, nella pronuncia del 6 agosto 2010, n. 18437, nella quale si è evidenziato come tale impostazione fosse riconosciuta anche nella pregressa disciplina, relativamente alla consecuzione del fallimento all'amministrazione controllata.

In tale ipotesi, infatti, la temporanea difficoltà ad adempiere, presupposto oggettivo dell'abrogata procedura di amministrazione controllata, si palesava *ex post* come una vera e propria insolvenza, con la conseguenza che non vi erano ragioni per non ritenere applicabile la teoria della consecuzione delle procedure anche al caso in questione.

Secondo la Suprema Corte, quindi, non sarebbe una novità fondare la validità del principio della *consecutio* su un accertamento *a posteriori* dell'insolvenza, risultante con la successiva dichiarazione di fallimento, dato che tale impostazione era pacificamente riconosciuta anche nella vigenza della previgente disciplina con riferimento all'ipotesi di passaggio tra amministrazione controllata e fallimento.

Nel presente lavoro ho, tuttavia, cercato di rilevare, proprio sulla base di quanto in passato era stato statuito dalla Suprema Corte, come non sia corretto equiparare l'attuale conversione del concordato preventivo in fallimento con quella che si aveva in passato tra l'amministrazione controllata e il fallimento.

Lo impone principalmente la differenza che intercorre tra i concetti di "temporanea difficoltà ad adempiere" e di "stato di crisi": mentre il primo configura necessariamente un'insolvenza già in atto, seppure reversibile, il secondo abbraccia, oltre all'insolvenza, situazioni ad essa prodromiche, nelle quali tuttavia l'insolvenza non si è ancora manifestata.

Ora, nel primo caso il tribunale accerta l'insolvenza, seppure reversibile, già in sede di ammissione alla prima procedura instaurata (l'amministrazione controllata), mentre la successiva declaratoria di fallimento si limita ad appurare che l'insolvenza del debitore è diventata irreversibile.

Nel secondo caso, invece, l'insolvenza viene accertata per la prima volta in sede di declaratoria di fallimento, dato che l'ammissione del debitore al concordato preventivo non implica necessariamente uno stato di decozione.

Si può, pertanto, convenire che, nella conversione dell'amministrazione controllata in fallimento, l'insolvenza non veniva appurata *a posteriori* con il sopraggiungere della declaratoria di fallimento, sicché l'impostazione emersa nella pronuncia in esame della Cassazione non può essere equiparata a quella che aveva seguito in passato la stessa Cassazione con riferimento al passaggio dall'amministrazione controllata al fallimento.

È, poi, il caso di rimarcare come la declaratoria di fallimento, intervenuta in seguito alla chiusura anticipata del concordato preventivo, si limiti ad accertare che, in quel preciso momento, il debitore non sia più in grado di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni e, pertanto, sia divenuto insolvente.

Quest'ultimo stato potrebbe essersi manifestato, per la prima volta, già al momento dell'ammissione al concordato preventivo oppure in un momento ad esso successivo, come, ad esempio, nel corso della procedura di concordato, oppure dopo la sua chiusura anticipata, nel caso in cui il fallimento non sia stato dichiarato contestualmente.

Mi pare, dunque, di potere affermare come non sia corrispondente al vero l'affermazione in base alla quale la dichiarazione di fallimento consecutiva debba implicare automaticamente che il debitore fosse insolvente già al momento dell'ammissione al concordato preventivo, e che, pertanto, non sia corretto dare a tale declaratoria una portata maggiore di quella che le viene conferita dal dettato normativo.

Alla luce di tali osservazioni, si può ritenere che i dubbi, che erano stati sollevati da autorevole dottrina circa la compatibilità della teoria della consecuzione delle procedure concorsuali nella vigente normativa, non siano stati definitivamente fugati dal principio affermato dalla Corte di Cassazione con la sentenza in esame.

È alquanto probabile allora che le questioni rimaste irrisolte possano alimentare ulteriormente quel dibattito dottrinale e giurisprudenziale verificatosi successivamente al processo riformatore che ha investito le procedure concorsuali.

Si aggiunga, poi, che, ad un'attenta lettura del dettato normativo, sembra potersi ritenere che gli effetti prodotti dalla conversione del concordato preventivo in fallimento siano oggi espressamente (e tassativamente) disciplinati dal legislatore, con la conseguenza che la cessazione del concordato, anche se contestualmente seguita dalla dichiarazione di fallimento del debitore, dovrebbe produrre la caducazione di tutti gli effetti sorti in essa, salvo quelli che il legislatore dichiara espressamente di far salvi.

Le riforme del 2005-2007, infatti, se, da un lato, hanno continuato a non disciplinare in via generale gli effetti prodotti dalla consecuzione del fallimento al concordato preventivo, dall'altro, hanno provveduto ad attribuire la prededucibilità ai crediti sorti in occasione o in funzione del concordato preventivo (art. 111 comma 2 l. fall.), nonché l'esenzione dalla revocatoria degli atti, dei pagamenti e delle garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo (art. 67, comma 3, lett. e, l. fall.).

Ora, si potrebbe sostenere che, mediante tali disposizioni, il legislatore abbia espressamente riconosciuto la validità della teoria della consecuzione delle procedure, in quanto sono stati positivizzati taluni effetti propri di tale istituto. In particolare, il legislatore ha definitivamente posto termine alle controversie inerenti all'incerta prededucibilità dei crediti sorti in occasione del concordato preventivo, propendendo per la soluzione affermativa.

A parere di chi scrive, tuttavia, l'istituto della consecuzione delle procedure, venuti meno, come appena visto, i presupposti su cui esso si fondava, potrebbe essere ancora configurabile nella vigente normativa solamente laddove vi fosse una previsione legislativa che riconosca in via generale la retrodatazione degli effetti propri del fallimento a partire dall'apertura del concordato preventivo, e, a tal fine, richieda al giudice l'accertamento della natura della crisi che aveva portato il debitore ad essere ammesso al concordato preventivo.

Tali previsioni, tuttavia, non sono presenti nel dettato normativo: manca, in particolare, una disposizione che regoli in via generale gli effetti del fallimento consecutivo.

Il fatto che, oggi, gli atti, i pagamenti e le garanzie posti in essere in esecuzione del concordato preventivo siano esentati da revocatoria (art. 67 comma 3 lett. e) e che i crediti sorti in occasione ed in funzione del concordato siano prededucibili nel fallimento successivo (art. 111 comma 2), null'altro autorizza a dedurre se non che il legislatore abbia voluto disciplinare tassativamente gli effetti prodotti dalla conversione del concordato preventivo in fallimento.

Le due disposizioni sopra richiamate si riferiscono, infatti, solamente ad alcuni degli effetti propri del fenomeno della consecuzione delle procedure, ma non ne esauriscono la portata: si pensi, in particolare, al decorso del termine dell'azione revocatoria, principale conseguenza dell'istituto della *consecutio*, il quale è rimasto non disciplinato.

Non si comprende, allora, perché il legislatore avrebbe voluto confermare la validità del fenomeno della consecuzione delle procedure concorsuali, disciplinando solamente una parte dei relativi effetti, e mantenere, poi, il principale di essi (ovvero la retrodatazione del termine per l'esercizio dell'azione revocatoria) privo di regolamentazione normativa.

A mio avviso, la risoluzione del problema può essere ricavata da una corretta interpretazione della disposizione di cui all'art. 67, comma 3, lett. e).

Si è più volte evidenziato, infatti, come la norma in questione, laddove esonera da revocatoria gli atti "posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo", intenda riferirsi non solo agli atti eseguiti dopo l'omologazione del concordato, ma anche a quelli posti in essere nel corso della procedura concordataria, purché

ovviamente essi siano “esecutivi” del concordato e riferibili, dunque, agli organi della procedura.

In dottrina, si è, allora, correttamente evidenziato come da tale disposizione si debba desumere, sulla base di un’interpretazione *a contrario*, che possano essere revocati anche atti posti in essere durante, o successivamente, la procedura di concordato preventivo, tutte le volte in cui questi non possano essere considerati “esecutivi” del concordato, nel senso sopra prospettato.

Il fatto, allora, che la norma presupponga la revocabilità di tutti gli atti posti in essere durante il concordato preventivo, ma non in esecuzione dello stesso, costituisce un ulteriore ostacolo alla retrodatazione della decorrenza a ritroso del “periodo sospetto” dalla data di apertura della prima procedura concorsuale consecutiva.

Ne consegue, in definitiva, che con ciò viene necessariamente messo in dubbio, come ognuno vede, un caposaldo della teoria della consecuzione delle procedure concorsuali.

Sulla base delle considerazioni appena svolte, si può, dunque, affermare che il legislatore delle riforme, mediante la disposizione di cui all’art. 67, comma 3, lett. e), nonché quella di cui all’art. 111, comma 2, 1. fall., abbia voluto regolare autonomamente gli effetti prodotti dal passaggio dalla procedura di concordato preventivo a quella di fallimento.

Si può, allora, convenire con la tesi in base alla quale la cessazione del concordato preventivo, anche se contestualmente seguita dalla dichiarazione di fallimento, produce la caducazione di tutti gli effetti sorti in essa, salvo quelli che il legislatore dichiara espressamente di far salvi.

Bibliografia

- A. Alessandri, *Profili penalistici delle innovazioni in tema di soluzioni concordate delle crisi di impresa*, in *Rivista Italiana Diritto Processuale Penale*, 2006.
- G. Alessi, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Diritto Fallimentare*, 2006.
- G. Alessi, *La prededuzione nel fallimento dei debiti sorti durante il concordato preventivo*, in *Diritto Fallimentare*, 1996.
- G. Alessi, *Sospensione degli interessi nel concordato preventivo seguito da fallimento*, in *Il Fallimento*, 1992.
- S. Ambrosini, *Appunti “flash” sull’art. 182-quater della legge fallimentare*, in www.ilcaso.it.
- S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2008.
- S. Ambrosini, *Il Fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, Padova, 2008.
- S. Ambrosini, P. G. Demarchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005.
- F. Antolisei, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell’urbanistica*, in *Manuale di diritto penale*, Leggi complementari, Milano, 2001.
- U. Apice, *L’abolizione del fallimento d’ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Il Fallimento*, 2008.
- U. Apice, *Consecuzione di procedure ed effetti del fallimento*, in *Il Fallimento*, 1996.
- U. Apice, *Prededucibilità dei crediti sorti in pendenza di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 1988.
- A. Audino, *Sub. Art. 160-215 l. fall.*, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2000.

- A. Audino, *Sub. Art. 160-186 l. fall.*, in Commentario breve alla legge fallimentare, diretto da A. Maffei Alberti, Padova, 2009.
- U. Azzolina, *Il Fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 1961.
- L. Boggio, *Crediti sorti in funzione del concordato preventivo: prededuzione..ma non troppo*, in *Il Fallimento*, 2009.
- G. Bonelli, *Del Fallimento*, volume III, in Commento al codice del commercio, Milano, 1923.
- S. Bonfatti, P. F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007.
- A. Bonsignori, *Il presupposto oggettivo delle procedure concorsuali*, in *Diritto Fallimentare*, 1981.
- A. Bonsignori, *Del concordato preventivo*, in Commentario Scajola Branca: Legge Fallimentare, a cura di F. Bricola, F. Galgano, Bologna - Roma, 1979.
- P. Bosticco, *La “resurrezione giurisprudenziale” dell’art. 173 l. fall. e la difficile distinzione tra atti di frode e sopravvenienze inattese*, in *Il Fallimento*, 2007.
- G. Bozza, *Il vecchio, l’attuale, e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2007.
- G. Bozza, *L’omologazione della proposta (i limiti alle valutazioni del giudice)*, in *Il Fallimento*, 2006.
- G. Bozza, *Le condizioni soggettive ed oggettive del nuovo concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2005.
- G. Bozza, *Il concordato preventivo: effetti per i creditori*, in *Il Fallimento*, 1992.
- R. Bricchetti, F. Mucciarelli, G. Sandrelli, *Commento agli artt. 216-241 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio, Bologna, 2006.
- R. Bricchetti, *Profili penali*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “organica” al decreto “correttivo”*, a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008.
- G. Canale, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in *Rivista di diritto processuale*, 2005, pag. 908.
- G. Casaroli, *Sub. art. 216- 241 l. fall.*, in Commentario breve alla legge fallimentare, a cura di A. Maffei Alberti, 2009.

- C. Cassani, *La riforma del concordato preventivo: effetti penali*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell'Economia*, 2006.
- A. Castagnola, *Decorrenza dei termini per le azioni revocatorie in caso di fallimento consecutivo ad amministrazione controllata*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1988.
- A. Castagnola, *Fallimento consecutivo ad amministrazione controllata e decorrenza dei termini per le azioni revocatorie: un ripensamento della Corte d'appello di Milano*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1991.
- P. Catalozzi, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*, in *Il Fallimento*, 2008.
- A. Ceccherini, *Effetti nel fallimento consecutivo*, in *Il Fallimento*, 1992.
- P. F. Censoni, *Commento all'art. 169 l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio, 2006.
- P. F. Censoni *Il "nuovo" concordato preventivo*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2005.
- G. Cocco, *Sub art. 217 l. fall.*, in *Commentario breve alle leggi penali speciali*, a cura di C. E. Paliero, F. Palazzo, Padova, 2007.
- L. Conti, *I reati fallimentari*, Torino, 1991.
- A. Coppola, *L'omologazione. La risoluzione e l'annullamento*, in *Il Nuovo concordato preventivo: dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, a cura di S. Pacchi, Milano, 2005.
- F. D'Alessandro, *Le disposizioni penali della legge fallimentare*, in *Commentario alla legge fallimentare*, a cura di Cavallini, 2010.
- C. D'Ambrosio, *Commento all'art. 67, comma 3 lett. d), e), g)*, in *Il Nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio, Bologna, 2006.
- U. De Crescenzo, *Commento all'art. 173*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, Commentario diretto da A. Jorio, Bologna, 2006.

- U. De Crescenzio, L. Panzani, *Il nuovo diritto fallimentare. Dal maxiemendamento alla legge n. 80 del 2005*, Milano, 2005.
- G. De Ferra, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1989.
- P. G. Demarchi, *Il concordato preventivo alla luce del decreto correttivo*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma “organica” al decreto “correttivo”*, a cura di Stefano Ambrosini, Bologna, 2008.
- F. De Marco, *La consecuzione dei procedimenti concorsuali*, in *Diritto Fallimentare* 1953.
- F. Dimundo, *Sub. art. 163 l. fall.*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da Lo Cascio, 2008.
- M. Fabiani, *Ammissione al procedimento di concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 1992.
- M. Fabiani, *L’ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l’incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Il Fallimento*, 2010.
- M. Fabiani, *Somministrazione e prededuzione: chiusura con spiragli nel concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2007.
- M. Fabiani, *Retrodatazione del periodo sospetto per gli atti dei soci illimitatamente responsabili*, in *Il Fallimento*, 1994.
- G. Fauceglia, *Revoca dell’ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento nel corso della procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009.
- G. Fauceglia, *La risoluzione e l’annullamento del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2006.
- F. Ferrara, A. Borgioli, *Il Fallimento*, Milano, 1995.
- G. Ferri, *Sull’interpretazione dell’art. 236, secondo comma, della legge sul fallimento*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1952.
- M. Ferro, *Sub. art. 160-163 l. fall.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2007.

- F. S. Filocamo, *Sub. art. 173, 179, 186 l. fall.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2007.
- F. S. Filocamo, *Sub. art. 173, 179, 186 l. fall.*, in *La legge fallimentare. Decreto Correttivo 12 settembre 2007, n. 169. Disposizioni correttive. Commentario teorico pratico*, a cura di M. Ferro, 2008.
- D. Galletti, *Commento all'articolo 160*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario diretto da A. Jorio*, Bologna, 2006.
- P. Genoviva, *Rigetto della proposta di concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: questioni di diritto processuale e transitorio*, in *Il Fallimento*, 2009.
- P. Genoviva, *I limiti del sindacato del tribunale nel concordato preventivo alla luce del "correttivo"*, in *Il Fallimento*, 2008.
- U. Giuliani - Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 2006.
- F. Giunta, A. Scarcella, *Riflessi penali della nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2006.
- M. Griffey, *La disciplina del concordato preventivo e le soluzioni della giurisprudenza*, in *Le nuove procedure concorsuali. Dalla riforma "organica" al decreto "correttivo"* a cura di S. Ambrosini, Bologna, 2008.
- L. Guglielmucci, *Diritto Fallimentare*, Torino, 2008.
- L. Guglielmucci, *Le azioni di ricostruzione del patrimonio*, in *Il Fallimento*, 2007.
- L. Guglielmucci, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005.
- A. Guiotto, *Il credito del professionista nella consecuzione di concordato preventivo in fallimento*, in *Il Fallimento*, 2010.
- G. Isolera, *Riflessi penalistici della nuova disciplina del concordato preventivo e delle composizioni extragiudiziali della crisi d'impresa*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 2006.
- M. La Monica, *I reati fallimentari*, Assago, 1999.
- M. La Monica, *Aspetti penali*, in *Il Fallimento*, 1992.

- V. Lavaggi, *Responsabilità penale nel concordato preventivo e nell'amministrazione controllata*, in *Diritto Fallimentare*, 1968.
- G. Limitone, *Revocatoria concorsuale*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, IV, Padova, 2006.
- G. Limitone, voce *Prededuzione*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, IV, Padova, 2006.
- G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008.
- G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2007.
- G. Lo Cascio, *Aspetti interpretativi del giudizio di omologazione del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2007.
- G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002.
- G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 1997.
- G. Lo Cascio, *Consecuzione di procedimenti: disarmonie interpretative*, in *Giustizia Civile*, 1994.
- G. Lo Cascio, *Ancora sul computo del periodo sospetto per l'esercizio delle azioni revocatorie nell'ipotesi di consecuzione di procedimenti concorsuali*, in *Giustizia Civile*, 1990.
- G. Lo Cascio, *Consecuzione di procedimenti concorsuali e retrodatazione del periodo sospetto dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Giustizia Civile*, 1988.
- G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 1986.
- G. Lo Cascio, *Sulla prededucibilità dei crediti nel fallimento*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1975.
- R. Lottini, *Il nuovo art. 217 bis l. fall.: una riforma che tradisce le aspettative*, in *Il Fallimento*, 2010.
- T. Manferoce, *Sub. art. 169 l. fall.*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008.
- P. Mangano, *Disciplina penale del fallimento*, Milano, 1993.

- S. Marchetti, *Consecuzione di procedimenti e prededucibilità del credito*, in *Il Fallimento*, 1996.
- G. Marinucci, E. Dolcini, *Manuale di diritto penale, Parte Generale*, Milano, 2006.
- A. C. Marollo, *La risoluzione del concordato preventivo e la successiva dichiarazione di fallimento nella riforma della legge fallimentare: vige ancora la c.d. consecuzione delle procedure?*, in *Il Fallimento*, 2007.
- R. Massaro, *Risoluzione del concordato: sorte delle garanzie e poteri del curatore del fallimento*, in *Il Fallimento*, 1994.
- V. Napoleoni, *La sopravvivenza delle garanzie nella risoluzione del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 1993.
- G. B. Nardecchia, *L'art. 169 l. fall. dopo la riforma del concordato preventivo*, in *Il Fallimento*, 2009.
- G. B. Nardecchia, *Il periodo sospetto nella nuova disciplina della revocatoria fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2008.
- G. B. Nardecchia, *Concordato preventivo*, in *Le Insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, Padova, 2006.
- G. B. Nardecchia, *Concordato preventivo, ipotesi di passaggio a fallimento ed amministrazione controllata*, in *Trattato di diritto fallimentare*, a cura di M. Ferro, 2005.
- A. Nigro, *Sub. art. 67 l. fall.*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2006.
- A. Nigro e D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese: le procedure concorsuali*, Bologna, 2009.
- P. Nuvolone, *Il diritto penale del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 1955.
- S. Pacchi, *L'ammissione al concordato preventivo*, in *Il nuovo concordato preventivo: dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, a cura di S. Pacchi, Milano, 2005.

- S. Pacchi, *L'omologazione. La risoluzione e l'annullamento*, in *Il nuovo concordato preventivo: dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, a cura di S. Pacchi, Milano, 2005.
- S. Pacchi Pesucci, *Concordato preventivo e prededuzione*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1980.
- S. Pacchi Pesucci, *Continuazione dell'impresa nel concordato preventivo e prededuzione*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1986.
- S. Pacchi, *Il concordato preventivo*, in *Manuale di diritto fallimentare*, a cura di E. Bertacchini, L. Gualandi, S. Pacchi, G. Pacchi, G. Scarselli, Milano, 2007.
- P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1983.
- P. Pajardi, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 1993.
- P. Pajardi, A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008.
- A. Paluchowski, *I poteri del Tribunale in sede di ammissione e nel corso della procedura di concordato preventivo con particolare riferimento all'ipotesi di conversione della procedura in fallimento*, in *Diritto Fallimentare*, 2006.
- L. Panzani, *Soggetti e presupposto oggettivo*, in *Il Fallimento*, 2006.
- L. Panzani, *Risoluzione del concordato e sorte delle garanzie prestate per l'esecuzione*, in *Il Fallimento*, 1997.
- L. Panzani, *Legittimazione costituzionale della retrodatazione del periodo sospetto*, in *Il Fallimento*, 1995.
- L. Panzani, *Il concordato preventivo. Risoluzione e annullamento*, in *Il Fallimento*, 1992.
- C. Pedrazzi, *I reati fallimentari*, in *Manuale di diritto penale dell'impresa*, a cura di C. Pedrazzi, A. Alessandri, L. Foffani, S. Seminara, G. Spagnolo, edizione ridotta, Bologna, 2003.
- A. M. Perrino, *Sub. art. 163 l. fall.*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008.

- L. Pica, *Il concordato preventivo: da misura premiale a strumento di salvaguardia dell'azienda?*, in *Diritto Fallimentare*, 2007.
- L. Pinto, *Sulla revocatoria fallimentare degli atti posti in essere durante il precedente concordato*, in *Giurisprudenza Commerciale*, 1998.
- I. Principe, *Ammissione alla procedura*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2006.
- R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. III, Milano, 1974.
- G. Rago, *Precedibilità nel fallimento dei debiti contratti durante il concordato preventivo*, in *Il Fallimento* 2000.
- G. Rago, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, Padova, 1998.
- A. Rossi, *I reati fallimentari, tributari, ambientali e dell'urbanistica*, in *Manuale di diritto penale, Leggi complementari*, Milano, 2001.
- L. A. Russo, *Consecuzione di procedimenti concorsuali e decorrenza del periodo sospetto per l'azione revocatoria fallimentare*, in *Il Fallimento*, 1991.
- G. Sandrelli, *Prime considerazioni sui riflessi della legge 80/05 sul comparto penale della legge fallimentare*, in *Il Fallimento*, 2005.
- C. Sapienza, *Conversione e Consecuzione dei procedimenti concorsuali*, Milano, 1958.
- S. Satta, *Istituzioni di diritto fallimentare*, Padova, 1964.
- S. Satta, *Sull'interpretazione dell'art. 236 l. fall.*, in *Rivista Italiana di Diritto Penale*, 1952.
- A. Silvestrini, G. Fauceglia, *Concordato preventivo e accordi di ristrutturazione nella nuova disciplina del fallimento. La recente disciplina della revocatoria*, Salerno, 2005.
- G. Tarzia, *Consecuzione di procedure e revocatoria fallimentare*, in *Il Fallimento*, 1987.
- G. U. Tedeschi, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2006.

G. Terranova, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale* in Diritto Fallimentare, 2006.

F. Vassalli, *La condotta del debitore nella "conversione" delle procedure concorsuali*, Milano, 1980.

V. Vitalone, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009.

M. Vitiello, *Sub. art. 180, 186 l. fall.*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008.

V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008.

Ringraziamenti

Desidero ringraziare il mio Professore Angelo Castagnola per avermi consentito di analizzare una problematica di grande rilievo nell'ambito del Diritto Fallimentare che personalmente ho trovato di grande interesse.

Desidero, inoltre, ringraziarlo per la sua grande disponibilità e per il prezioso aiuto che mi ha dato in questi mesi.