



REPUBBLICA ITALIANA
IL TRIBUNALE ORDINARIO DI PISTOLA
Sezione Civile

Riunito in Camera di Consiglio e composto dai Sigg.ri Magistrati:
Dr. Raffaele D'Amora Presidente
Dr.ssa Nicoletta Curci Giudice rel.
Dr. Sergio Garofalo Giudice
ha pronunciato il seguente

DECRETO

nel procedimento ex art. 15 l.f. per la declaratoria di fallimento in
concordato preventivo stante il decreto di omologa in data 09.01.2013

Il Tribunale, letto il ricorso per la declaratoria di fallimento della in
concordato preventivo omologato in data 9.1.2013 e la memoria di costituzione della
società,

sentite le parti ed assunte informazioni dal C.G. e dal Liquidatore,
dato atto che le attività di liquidazione non sono esaurite dovendosi ancora vendere beni
immobili della società e dei soci (da qualificarsi come finanza esterna) e ciò per essere
risultati senza esito i pregressi tentativi di vendita,
che, in ogni caso, anche considerando la presenza di un rilevante credito divenuto di
dubbia riscossione, appare ragionevole ipotizzare che neppure sarà possibile conseguire
l'integrale pagamento dei creditori privilegiati (rischio, per altro, fatto presente ai creditori
nella relazione ex art. 172 l.f.),

sentito il giudice relatore, osserva quanto segue.

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

All'udienza del 12.12.2017 con dichiarazione a verbale, il difensore della

ha chiesto, in ipotesi, la declaratoria di risoluzione del concordato, domanda sulla quale la ha dichiarato di non accettare il contraddittorio. In effetti, la domanda è stata irritualmente proposta in assenza di ricorso e in carenza di mandato, per cui su di essa il Collegio non dovrà espressamente pronunciarsi, anche se la questione della risolvibilità del concordato in oggetto sarà, comunque, scrutinata, ancorché sotto diverso profilo.

Tanto premesso, si rileva che l'impostazione della parte istante in ordine alla propria legittimazione ad agire non appare condivisibile (a prescindere da quanto poi si dirà sulla integrazione della preclusione temporale nei concordati liquidatori, che nella fattispecie non si verificata essendo ancora in corso l'attività liquidatoria e considerando che i tempi indicati nella proposta avevano evidente natura previsionale: cfr., C 22273/17).

Fondare la legittimazione del creditore ad una azione diretta alla declaratoria di fallimento, *omisso medio* (ovvero superando il passaggio della risoluzione del concordato), sul dato temporale della scadenza del termine annuale per l'azione risolutoria costituisce equivoco interpretativo, essendo irragionevole che l'intervenuta decadenza (Cfr, C 22273/17 sulla natura decadenziale del termine in oggetto), piuttosto che impedire *tout court* l'esercizio del diritto, ne agevoli la sua attuazione per via giurisdizionale svincolandola dai presupposti della risoluzione. Delle due l'una: o il creditore può *sempre* agire in via autonoma per il fallimento o non può farlo *mai*, potendo solo chiederlo nell'ambito del modulo risolutorio previsto dall'art. 186 l.f., e, dunque, nel rispetto del termine annuale di decadenza (la seconda opzione risulta recepita da T Padova 30.3.2017, T Pordenone 26.4.2016, T Ancona 23.2.2015. In questo senso risultano orientati anche il Tribunale di Milano e il Tribunale di Roma)

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

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

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

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

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

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

In sostanza, identico è anche il precedente di cui a T Napoli Nord 29.4.2016, relativo alla richiesta di auto fallimento presentato dalla società concordataria in relazione a rapporti afferenti la prosecuzione dell'attività di impresa nell'ambito di un concordato cd misto. Tuttavia il Tribunale, nel suo *iter* argomentativo, parifica la nuova insolvenza al permanere di quella precedente, il che legittimerebbe anche nel secondo caso non solo la richiesta diretta di fallimento, ma altresì l'azione esecutiva individuale.

Ma quel che più conta è che tale contaminazione fra disciplina della nuova e della vecchia insolvenza affiora anche nel pensiero di C 29632/2017 (che legittima "la instaurazione di un fallimento *ex novo*, nel quale le obbligazioni idonee a sostenere il giudizio d'insolvenza

- e in prospettiva il passivo concorsuale - sono quelle riscritte - cioè falciate e destrutturate rispetto al rango privilegiato - a seguito dell'omologazione *oltre ad altre sopravvenute* ", queste ultime considerate nella loro integralità.).

Orbene, è proprio tale parificazione che occorre sottoporre a vaglio critico, non essendo per nulla scontata e non essendovi consequenzialità né logica né giuridica fra la prima asserzione (indiscutibile) e la seconda (discutibile).

Sul piano motivazionale, appare costante, nella giurisprudenza di merito favorevole ad un fallimento in assenza di risoluzione del concordato, il richiamo alla risalente pronuncia della Corte costituzionale (Corte cost. n. 106 del 2.4.2004) che ebbe a ritenere plausibile (o, meglio, non verificata dal giudice remittente) una interpretazione del sistema secondo cui, accanto al fallimento "in consecuzione" della risoluzione del concordato, potrebbe configurarsi una autonoma dichiarazione di fallimento, che "prende data ad ogni effetto dalla dichiarazione stessa" ferma l'obbligatorietà della falciata concordataria sui crediti anteriori.

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

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

Ma, una volta esaurita la stagione della eteronomia giudiziale ed inaugurata quella di un diverso concordato preventivo - caratterizzato da una natura prevalentemente negoziale e privatistica e dalla autonomia della valutazione dei creditori in merito all'esito della ristrutturazione proposta - il risalente precedente non è più spendibile, semmai denotando il suo richiamo in termini di attualità una intrinseca carenza argomentativa (cfr., sulla evoluzione in senso privatistico del concordato preventivo: C s.u. 9935/15, C s.u. n. 1521/2013, C 11014/13, C 13083/13).

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

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

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

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

La prima argomentazione di C 17703/17

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

In senso critico, osserva il Collegio che l'affermazione secondo cui l'art.184 l.f. non contiene alcuna preclusione rispetto ad autonome iniziative fallimentari ex art. 6 avrebbe dovuto essere la conclusione di un *iter* argomentativo che, invece, è del tutto assente, per

cui essa assume natura di mero postulato la cui validità viene, dunque, ammessa *a priori* allo scopo di costruire una teoria.

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

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

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

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

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

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

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

L'art. 6, co. 1 lett m) indica fra i principi e i criteri direttivi quello secondo cui deve prevedersi la "legittimazione del commissario giudiziale a richiedere, su istanza di un creditore, la risoluzione del concordato per inadempimento".

Del resto, l'affermazione di C 17703/17 secondo cui il creditore può agire ex art. 6 in forza del credito falcidiato, lascia in ombra il tradizionale problema di *quale sia la misura del credito* ristrutturato nel concordato liquidatorio ovvero nella tipologia più comune.

Tralasciando l'impatto della riforma dell'art. 160, il cui IV comma, come introdotto con L. 132/15, ha previsto la soglia del 20% nei concordati diversi da quelli in continuità aziendale (per i "nuovi" concordati liquidatori la disposizione introdurrà uno scenario risolutorio probabilmente modificato, ma ancora non prevedibile, varie essendo le interpretazioni giurisprudenziali sul significato della disposizione: per una di esse, cfr., T Pistoia 29.10.2015), allo stato appare consolidato l'arresto della S.C. (in particolare C 6022/14, di recente confermata da C 9 giugno 2017 n. 14444 ord.) secondo cui, nel concordato con cessione dei beni, l'imprenditore assume l'obbligo di porre a disposizione dei creditori l'intero patrimonio dell'impresa e non di garantire il pagamento dei crediti in una misura percentuale prefissata sicché l'indicazione della percentuale di soddisfacimento dei crediti, a meno di un'espressa previsione in tal senso, non costituisce manifestazione di una volontà negoziale sulla quale si forma il consenso o l'accettazione, perché ciò equivarrebbe a ritenere sempre necessaria la soluzione della forma del concordato misto (nello stesso senso C s.u. 1521/13, C 13817/11).

Poiché costituirebbe solo un escamotage ritenere che, in tale tipologia concordataria, il credito ristrutturato e, dunque, direttamente azionabile ex art. 6 sia quello oggetto di mera previsione (non vincolante e, per altro, con possibilità di prospettive previsionali divaricate fra proposta e relazione ex art. 172), ritiene il Collegio che, ragionando nell'ottica di C 17703/17, più convincente sarebbe considerare per nulla inciso lo statuto del creditore chirografario (per una ricostruzione alternativa, v. *infra*).

Questi, una volta condivisa la costante interpretazione della S.C., potrebbe agire in forza del credito nella originaria misura anche in presenza di un concordato non risolto (del resto, è pacifico che, se dalla liquidazione dei beni si realizzano valori maggiori del previsto, essi andranno a soddisfare i creditori chirografari in misura superiore rispetto alla previsioni e ciò fino all'intero credito).

La conclusione sarebbe che, nei concordati con cessione dei beni, i creditori chirografari sono indifferenti all'evento risolutorio in sede di iniziativa ex art. 6 (e, per ragionevole coerenza, anche in sede di insinuazione al passivo fallimentare): per essi, nel contesto

interpretativo di C 17703/17, l'art. 186 diverrebbe norma non scritta e la cosa alquanto sorprende.

2) Poiché uno sguardo al passato può illuminare il presente, sembra utile rammentare che, nel sistema concorsuale ante riforme, pur vigendo il principio della ineluttabilità del fallimento di ufficio in forza del secondo comma dell'art. 186, il concordato con cessione dei beni non si risolveva "se nella liquidazione dei beni si sia ricavata una percentuale inferiore al quaranta per cento". Dunque, in caso di inadempimento del concordato, purché il creditore chirografario avesse percepito anche una irrisoria percentuale del proprio credito, il binomio risoluzione/fallimento non trovava attuazione.

Al contrario, nel nuovo sistema tale sbarramento non opererebbe in quanto la situazione di cui sopra sarebbe indice di una nuova manifestazione di insolvenza rilevante ai fini di una autonoma iniziativa fallimentare.

Non convince che ciò che non era consentito nel vecchio sistema concorsuale lo sia ora nel nuovo, in cui il concordato si è svincolato del tutto, o in buona misura, dalle pregresse connotazioni pubblicistiche e prevale un indirizzo normativo ed interpretativo ispirato al *favor concordati*.

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

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

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

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

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

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

E' ben vero che, a norma dell'art. 181, con il decreto di omologazione si chiude la procedura di concordato preventivo, ma ciò significa soltanto che si è conclusa (con esito positivo) la fase procedimentale formativa dell'accordo (in qualche modo rapportabile al procedimento di formazione del contratto ex art. 1326 cod. civ.). Dopo di essa (in caso di omologa) resta l'accordo, la cui efficacia conformativa e stabilizzatrice è in *re ipsa* e, comunque, sancita dall'art. 184, che costituisce la proiezione concorsuale del principio civilistico di cui all'art. 1372 cod. civ.

Si rende, dunque, pleonastica la disposizione di cui all'art. 168, norma diretta a tutelare lo *status quo* in pendenza della fase di allestimento della proposta e di formazione del consenso e che esaurisce la sua funzione al termine di tale fase. Dopo l'omologa non vi è più pendenza del procedimento concordatario, ma vi è *pendenza del concordato* e della sua fase esecutiva disciplinata dall'art. 185: il concordato, inteso come procedura concorsuale, prosegue tant'è che, in caso di successivo fallimento ex art. 186, si verifica una tipica ipotesi di consecuzione fra procedure (art. 69 bis l.f.), come da ultimo ribadito da C. 29632/17 (sulle tracce di Corte cost. 106/2004).

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

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

La protezione della fase genetica della scelta deve completarsi nella protezione della scelta generata da tale fase e la scelta della regolamentazione dell'insolvenza secondo la regola concordataria non si riduce ad una questione di mero trattamento ma *anche di regole*, che sono quelle procedimentali di formazione, ma soprattutto quelle sostanziali che disciplinano il negozio concordatario, comprese quelle previste per la rimozione dell'accordo.

La seconda argomentazione di C 17703/17

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

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

Al contrario, deve rammentarsi che la giurisprudenza di legittimità ha in precedenza chiarito che l'abrogazione espressa del potere del tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento, nel caso di risoluzione del concordato preventivo, realizzata dall'art. 17, comma 1, del d.lgs. n. 169 del 2007, che ha modificato il citato art. 186, ha avuto «valore *meramente ricognitivo* di una abrogazione implicita che è stata indotta» dalla riformulazione dell'art. 6 del r.d. n. 267 del 1942, «in modo da rendere incompatibile la

sopravvivenza dell'istituto nell'ambito della disciplina del concordato preventivo» (Corte di cassazione, sezioni unite civili, sentenza 15 maggio 2015, n. 9934). Tale interpretazione, in quanto accolta anche dalla Corte costituzionale (sentenza n. 222 del 2017 e n. 184 del 2013) non pare revocabile in dubbio.

Per altro, la più attenta dottrina non ha mancato di rilevare che "l'art. 186 si pone in un rapporto di *specialità* rispetto alla norma generale dell'art. 6, che trova appunto applicazione nella misura in cui non vi sia una *lex specialis* a disporre diversamente. La disciplina del concordato non consente di agire nei confronti del debitore per l'esatto adempimento degli obblighi concordatari (nel cui ambito si potrebbe essere tentati di far rientrare l'istanza di fallimento), bensì esclusivamente – come si è visto – per la risoluzione del concordato, dalla quale soltanto può scaturire il successivo – e consequenziale – fallimento".

La rimozione del fallimento di ufficio dall'ambito dell'istituto dell'art. 186 ha semplicemente costituito un'operazione di adeguamento simmetrico del sistema, anche tenuto conto che «il nostro ordinamento processuale civile è, sia pure in linea tendenziale e non senza qualche eccezione, ispirato dal principio *ne procedat iudex ex officio*, così da escludere che in capo all'organo giudicante siano allocati anche significativi poteri di impulso processuale» (Corte cost. sentenza n. 184 del 2013).

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

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

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

Le successive argomentazioni di C 29632/17

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

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

A) Sulla obiezione relativa alla specialità del sistema incentrato sull'istituto di cui all'art. 186, la Corte rileva che *“si tratta di dar corso ad un principio generale che permette ai soggetti legittimati ex artt. 6 e 7 l.f. di provocare la dichiarazione di fallimento del debitore commerciale insolvente, escludendosi che la specialità dell'art.186 l.f., pur predicabile, abbia portata soppressiva delle prime disposizioni e dunque sia estesa a vicende diverse dal rapporto tra risoluzione del concordato e fallimento in consecuzione”*.

Una volta riconosciuta la specialità del rimedio risoluzione/eventuale fallimento ex art. 186, affermare che essa non sortisce l'effetto derogatorio rispetto all'alternativo e generale sistema delineato dagli artt. 6 e 7 appare contraddittorio.

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

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

Va, per altro, sottolineato che l'effetto della deroga non è certo quello di predicare la “portata soppressiva” *tout court* delle disposizioni di cui all'art. 6 e 7 l.f., ma di collocarne l'operatività (assai dubbia, invero, per quanto attiene all'art. 7 come poi si dirà) all'interno

del modulo risolutorio e non in sua alternativa. Il creditore potrà certamente chiedere il fallimento del debitore in concordato ex art. 6 (nonché ex artt. 1 e 5 l.f.), ma solo a seguito della risoluzione del concordato in quanto, fino a quel momento la sua qualità di creditore è spendibile solo all'interno della vicenda concordataria: in ciò la specialità dell'art. 186. Dunque, non di soppressione si tratta, ma di coordinamento.

B) C 29632/17 assume che *“nemmeno è ipotizzabile il paventato automatismo tra inadempimento parziale del concordato preventivo e nuova dichiarazione d'insolvenza, nel limitato senso che al primo corrisponda un permanente rischio per il debitore concordatario di essere esposto ad una dichiarazione di fallimento elusiva dello scrutinio dei fatti integranti la risoluzione; il fallimento infatti è evitabile opponendo che il concordato è in ragionevole corso di attuazione e che dunque anche il singolo inadempimento di una o più obbligazioni concordatarie trova causa nella sequenza adempitiva in essere, opponendosene quanto meno il difetto di esigibilità; ma quando tale processo - fenomenicamente inteso - è cessato, con esaurimento delle attività aziendali ovvero dimostrata inidoneità satisfattiva delle stesse rispetto agli obblighi del concordato ovvero, più tardi, del congegno risolutivo o dell'annullamento, a fortiori torna possibile un giudizio sulla salute finanziaria dell'impresa nell'ordinario contesto di cui agli artt. 6-7 e 15 l.f., come avvenuto in primo grado, pienamente consentito dalla stessa Cass. s.u. 9935/2015 (i cd. fatti sopravvenuti)”*.

La prima pronuncia della Corte (C 17703/17) non chiariva se l'iniziativa fallimentare ex art. 6 in pendenza di concordato non risolto avesse o meno gli stessi presupposti rispetto a quella risolutoria. La declaratoria di fallimento nel contesto dell'art. 186 non si fonda soltanto sul binomio dei presupposti soggettivo ed oggettivo di cui agli artt. 1 e 5 l.f., ma ha quale antecedente necessario quello dell'inadempimento di non scarsa importanza del concordato omologato, fattispecie che assume connotazioni diverse e controverse a seconda della tipologia concordataria.

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

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

realizzandosi una duplicazione esatta dei due moduli che sarebbe sistematicamente incomprensibile.

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

In conclusione, si potrebbe verificare l'ipotesi del fallimento in pendenza di un concordato non risolubile per inadempimento.

La seconda pronuncia di C 29632/17 sembra risolvere il dubbio, in quanto non si rinviene nel contesto motivazionale la necessità dell'accertamento dell'inadempimento del concordato, non considerato quale fatto costitutivo della domanda, ma relegato al rango di eccezione, per altro dal contenuto assai sfumato (*"il fallimento infatti è evitabile opponendo che il concordato è in ragionevole corso di attuazione"*). Ora, anche a prescindere dalla vaghezza del contenuto della eccezione (*"ragionevole corso di attuazione"*), resta che se la società concordataria non si costituisce (potrebbe non averne alcun interesse) l'eccezione non viene sollevata e, dunque, il fallimento può essere dichiarato senza che l'inadempimento di non scarsa importanza (che è cosa diversa dalla posizione del singolo creditore, in ipotesi istante per il fallimento) venga accertato quale fatto costitutivo del diritto azionato.

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

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

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

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

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

Ma la divaricazione fra le due tipologie di procedimenti è destinata ad aumentare in presenza di un *concordato con cessione dei beni*, come quello in oggetto, in relazione al quale, per quanto già rilevato, l'imprenditore non assume l'obbligo di garantire ai creditori il pagamento di una percentuale prefissata potendosi il suo impegno considerare limitato a porre a disposizione del ceto creditorio l'intero patrimonio dell'impresa (C 14444/17, C 13817/2010; C 1521/2013; 13817/2011). In particolare si rammenta che C 6022/2014 ha precisato che *"nella domanda di concordato con cessione l'indicazione della percentuale di soddisfacimento dei crediti è dunque necessaria al fine di consentire ai creditori di valutare la concretezza e la convenienza della proposta, nonché la sua fattibilità economica, ma, a meno di un'espressa previsione in tal senso, non costituisce manifestazione di una volontà negoziale sulla quale si forma il consenso o l'accettazione, con la conseguenza che i creditori non possano richiedere la risoluzione nell'ipotesi in cui la somma ricavata dalla vendita dei beni si discosti, anche notevolmente, da quella necessaria a garantire il pagamento dei loro crediti nella percentuale indicata, non potendosi configurare inadempimento rispetto ad un'obbligazione che il debitore non ha assunto. In tal caso, piuttosto, come è stato sottolineato da attenta dottrina, l'inadempimento che giustifica la risoluzione potrà essere invocato qualora il patrimonio conferito sia risultato privo delle qualità promesse, ai sensi dell'art. 1497 c.c. (cfr. altresì Cass. S.U. n. 1521/13; per la giurisprudenza di merito, cfr. T Rovigo 3 Febbraio 2016).*

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

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

Sul punto la giurisprudenza di merito appare divaricata.

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

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

Ha rilevato che, in siffatta situazione, si evidenzia il venir meno della causa concreta del concordato, così come delineata da C s.u. n. 1521 del 23/01/2013.

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

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

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

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

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

Più suggestivo sembra l'argomento relativo al *venir meno della causa concreta* del concordato, ovvero del riconoscimento ai creditori di una “sia pur minimale consistenza del credito...”, inteso quale requisito di idoneità della proposta a consentire il superamento dello stato di crisi.

Si tratta, come è noto, di un approccio in virtù del quale C s.u. 1521/13 ha portato a compimento l'evoluzione dell'istituto concordatario verso approdi tipicamente negoziali, richiamando appunto uno degli elementi essenziali del contratto ex art. 1325 cod.civ., per altro sotto l'evidente influenza della ridefinizione dell'istituto operata dalla emblematica pronuncia di Cassazione Civile, sez. III, sentenza 08/05/2006 n. 10490.

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

Tale nozione concreta della causa ha trovato conferma nella successiva elaborazione sistematica della S.C., risolvendo il contrasto fra tesi soggettivistica e tesi oggettivistica, nelle sue diverse sfumature, con l'affermazione della necessità dell'analisi dell'interesse concretamente perseguito dalle parti cioè della "ragione pratica dell'affare" (C s.u. 4628/15, C s.u. 9140/16, ripresa da C s.u. 24645 e 24646 del 2016; cfr, altresì C 23941/2009, C 16315/2007).

Si tratta, allora, di comprendere se la sanzione della nullità (per altro, rimedio non espressamente previsto nella patologia del concordato ex art. 186) sia predicabile a seguito dell'evento sopravvenuto consistente nel mancato riconoscimento, all'esito della liquidazione, di una qualche soddisfazione per determinate categorie di creditori.

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

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

Ma se, nel concordato con cessione, oggetto dell'obbligazione del debitore è unicamente l'impegno a mettere i beni a disposizione dei creditori liberi da vincoli ignoti che ne

impediscono la liquidazione o ne diminuiscono sensibilmente il valore (cfr. altresì C 9541/14) e se l'effetto esdebitatorio nei confronti di tutti i creditori deriva dall'esecuzione del concordato in tali termini (C 6022/2014, richiamata da C 14444/17), ne deriva che, una volta adempiuta tale obbligazione, non vi è inadempimento e, di conseguenza, non ha senso parlare di carenza funzionale della causa concreta.

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

Come si vede, è proprio l'effetto esdebitatorio di cui all'art. 184 (correttamente inteso) che paralizza l'azione del creditore ex art. 6: non esiste un credito ristrutturato da poter azionare al di fuori dell'ambito risolutorio, per il semplice fatto che *non esiste più alcun credito*, salvo che il concordato non venga risolto per inadempimento delle obbligazioni assunte dal debitore (come sopra descritte), con conseguente reviviscenza dei crediti nella misura originaria: dunque, o nessun credito o l'intero credito (ovviamente l'identica conclusione non è predicabile per altre tipologie concordatarie).

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

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

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

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

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

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

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

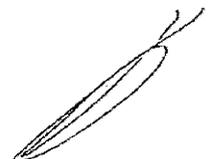
Il nuovo rischio sotteso a C 29632/17 (e al suo collegato precedente) potrebbe essere quello di un fatale indebolimento della teoria delle disuguaglianze funzionali alla soluzione della crisi d'impresa, con conseguente venir meno della fiducia dei terzi chiamati a cooperare col debitore in crisi (tipicamente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

Un esito, ove verificabile, di sicuro eccentrico rispetto al principio del *favor concordati*.

Ma di tale eventuale fallimento *ex novo* pare opportuno segnalare alcune ulteriori particolarità.

Nel procedimento ex art. 186 i creditori diversi da quello ricorrente per la risoluzione del concordato, di norma accompagnata dalla richiesta di fallimento, possono intervenire nel giudizio (com'è prassi, il ricorso viene comunicato a tutti i creditori) con la facoltà di contrastare la domanda per assenza dei presupposti, o per la presenza di un loro interesse alla prosecuzione della fase esecutiva del concordato (ad esempio, il creditore privilegiato che comunque troverebbe ulteriore soddisfazione dalla vendita del bene messo a disposizione dal terzo – un attivo che non si ritroverebbe nell'eventuale fallimento successivo – potrebbe far valere un tale interesse, nonché l'assenza di quello del ricorrente, in ipotesi - come nel caso de quo - creditore chirografario, che neppure dal successivo fallimento ricaverrebbe alcuna soddisfazione: ciò secondo il principio di cui all'art. 100 c.p.c., che trova ingresso all'interno di un rimedio risolutorio modellato su quello previsto dall'art. 1453 cod.civ.).

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



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

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

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

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

Può semmai muoversi un ulteriore rilievo sistematico.

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

In sostanza, il P.M., mentre non potrebbe instare per l'inadempimento del concordato per poi richiedere, all'esito positivo del giudizio risolutorio, il fallimento del debitore inadempiente, potrebbe però chiedere direttamente il fallimento del debitore *in quanto* inadempiente.

Pare al Collegio che la conclusione desti qualche perplessità, ma altri potrebbero non cogliervi alcuna incoerenza sistematica.

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

In senso contrario, un'attenta dottrina ha rilevato che la ricostruzione sistematica *"porta a escludere non solo la legittimazione di soggetti terzi diversi dai creditori, ma anche la possibilità per il debitore, preso atto del proprio inadempimento, di rinunciare agli effetti esdebitatori ex art. 184. Un'iniziativa di questo genere, alla luce della lettera e della ratio dell'art. 186, 1° c., appare invero sottratta alla libera determinazione del debitore: il decreto di omologazione ha impresso all'impresa tornata in bonis una direzione che*

soltanto i creditori sono in grado di invertire attraverso, appunto, l'azione di risoluzione loro riservata, senza che vi sia spazio per atteggiamenti abdicativi da parte del debitore, invece sempre possibili fino all'omologazione".

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

Ancora una volta devono sottolinearsi le analogie con il diritto comune ed in particolare con il comma I dell'art. 1453 cod.civ. che riserva al solo contraente adempiente (l'*altro*) la legittimazione attiva a proporre l'azione risolutoria. Nulla di diverso da quanto previsto dall'art. 186 l.f.

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

Ma occorre verificare gli effetti di un tale eventuale autofallimento, da considerarsi per altro, secondo l'interpretazione di C 29632/17, non in consecuzione, ma ex novo.

In particolare, occorre verificarne l'impatto con le nuove disposizioni di cui all'art. 185 l.f. (ex d.l. 27 giugno 2015, n. 83 come modificato dalla legge di conversione 6 agosto 2015, n. 132), secondo le quali:

"3. Il debitore è tenuto a compiere ogni atto necessario a dare esecuzione alla proposta di concordato presentata da uno o più creditori, qualora sia stata approvata e omologata.

4. Nel caso in cui il commissario giudiziale rilevi che il debitore non sta provvedendo al compimento degli atti necessari a dare esecuzione alla suddetta proposta o ne sta ritardando il compimento, deve senza indugio riferirne al tribunale. Il tribunale, sentito il debitore, può attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti.

5. Il soggetto che ha presentato la proposta di concordato approvata e omologata dai creditori può denunciare al tribunale i ritardi o le omissioni da parte del debitore, mediante ricorso al tribunale notificato al debitore e al commissario giudiziale, con il quale può chiedere al tribunale di attribuire al commissario giudiziale i poteri necessari a provvedere in luogo del debitore al compimento degli atti a questo richiesti."

Appare evidente che, con la Riforma del 2015, accanto al rimedio risolutorio, è stata

introdotta la possibilità di agire per l'esatto adempimento delle obbligazioni assunte, con ciò ampliando lo spettro della tutela dei creditori ed accentuando le analogie con il sistema comune di cui all'art. 1453 cod.civ.

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

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

Come si vede, la regola risulta estesa, al di là dei limiti dell'approvazione della proposta dei creditori, ad ogni tipologia concordataria.

E' evidente che l'autofallimento ex novo promosso direttamente dal debitore paralizzerebbe le iniziative di adempimento specifico dei creditori, rendendo decisivo e definitivo il comportamento ostruzionistico del debitore stesso.

Ma ancora un aspetto della questione occorre non tralasciare.

Già nel vigente sistema concorsuale, il concordato (specialmente quello con cessione dei beni) tende ad alimentarsi con finanza esterna, spesso consistente nella messa a disposizione di un bene immobile di terzi.

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

Ove si consideri il principio direttivo di cui all'art. 6, co. 1, lett a) della legge delega 155/17, che generalizza la necessità della finanza esterna (*"prevedere l'ammissibilità di proposte che abbiano natura liquidatoria esclusivamente quando e' previsto l'apporto di risorse esterne che aumentino in misura apprezzabile la soddisfazione dei creditori"*), lo

scenario futuro potrebbe essere quello di un dirompente impatto sistematico della interpretazione accreditata da C 17703/17 e C 29632/17.

Per altro, oltre alla neutralizzazione delle iniziative dirette all'adempimento specifico delle obbligazioni concordatarie ed alla possibile sottrazione della finanza esterna alla *recovery* dei creditori, con l'autofallimento il debitore potrebbe poi agevolare le condizioni per un concordato fallimentare, in cui il passivo non sarebbe quello anteriore, ma quello minore risultato dalla ristrutturazione del concordato mai risolto (secondo la prospettazione di C 29632/17).

Come si vede, una sorta di abuso dello strumento fallimentare (non concordatario questa volta), ma difficilmente sanzionabile perché legalizzato per via interpretativa.

Sulla specifica questione è stato autorevolmente osservato: *“Sarebbe quindi a dir poco contraddittorio che potesse pervenirsi a sanzionare l'inadempimento agli obblighi concordatari in ragione di una presunta insolvenza che proprio il concordato ha inteso rimuovere, e ciò pur quando i creditori, omettendo di chiedere la risoluzione, abbiano mostrato di non voler sanzionare affatto quell'inadempimento”*.

L'art. 186 è norma scritta per dare stabilità alla soluzione concordataria (una manifestazione di *favor concordati*, in definitiva): trascorso l'anno di cui al comma III la regolamentazione concordataria si cristallizza e l'impossibilità di pervenire alla risoluzione del concordato diviene a sua volta impeditiva della dichiarazione di fallimento (che, ove invece intervenisse a seguito della risoluzione, sarebbe un fallimento in consecuzione né altro potrebbe essere).

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

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

Ne consegue la declaratoria di inammissibilità della domanda di fallimento della

La liquidazione concordataria dovrà essere portata a termine, salvo nuove e fondate iniziative risolutorie, fino al termine delle relative operazioni, che si considerano compiute



non soltanto con la vendita dei beni dell'imprenditore, nonché con la predisposizione e comunicazione del piano di reparto, ma anche con gli effettivi pagamenti, compresi quelli conseguenti ad eventuali sopravvenienze attive (così C 22273/17).

Da quel momento decorre il termine di decadenza annuale di cui al comma III dell'art. 186 (cfr., S.C. sopra cit.), fermo restando che al termine delle operazioni di liquidazione il Tribunale provvederà ad emettere il decreto di chiusura della procedura in analogia con quanto previsto dall'art. 136, co. 3, l.f., così segnando il momento terminale dell'attività di sorveglianza da parte degli organi della procedura (così T Pistoia 17.3.2010, con soluzione ripresa da T Siena 19.7.2017. Cfr., altresì T Ancona 23.2.2015).

Che nel caso di specie, dopo il decreto di chiusura, possano attivarsi da parte dei creditori azioni esecutive individuali è da escludere alla luce dei già chiariti effetti esdebitatori definitivi ex art. 184, tipici del concordato con cessione dei beni (in assenza di risoluzione). La conclusione potrebbe essere diversa in *altre* tipologie concordatarie, potendosi accreditare la possibilità (più teorica che pratica) di azioni esecutive in forza del credito falciato nella misura concordataria (C 29632/17), ma la questione esula dall'oggetto del presente giudizio (e, in definitiva, anche dalle attribuzioni di un tribunale fallimentare. In ogni caso, sul punto cfr., T Pistoia 17.3.2010).

Il variegato scenario interpretativo legittima la sussistenza di giusti motivi legittimanti la compensazione delle spese.

Pqm

Il Tribunale di Pistoia dichiara inammissibile la domanda di fallimento proposta da _____ nei confronti della _____ in concordato preventivo e compensa le spese.

Così deciso nella Camera di Consiglio del Tribunale di Pistoia il 14.12.2017, su relazione della dott.ssa Nicoletta Curci.

Il Presidente
dott. Raffaele D'Amora

