

LA RISOLUZIONE DEL CONCORDATO PREVENTIVO E LA (SUCCESSIVA?) DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO: PROFILI RICOSTRUTTIVI DEL SISTEMA*

di STEFANO AMBROSINI

1. Premessa

La risoluzione del concordato preventivo ha acquisito, negli ultimi tempi, una posizione rilevante all'interno del dibattito sulle soluzioni negoziate della crisi¹, specie per via dei casi, tutt'altro che infrequenti, nei quali le obbligazioni concordatarie restano inadempite o comunque non vengono onorate nei tempi stabiliti.

* Le considerazioni che seguono riprendono in larga parte quelle esposte dall'autore, nella qualità di "esperto formatore", in occasione del corso "Le vicende patologiche del concordato preventivo: revoca, annullamento e risoluzione", organizzato dalla Scuola Superiore della Magistratura a Scandicci (FI) nei giorni 16, 17 e 18 gennaio 2017.

¹ In argomento cfr., in luogo di altri, MARANO, *Risoluzione e annullamento del concordato*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da Jorio, Bologna, 2007, pp. 2609 ss.; RAGO, *La risoluzione del concordato preventivo fra passato presente e... futuro*, in *Fallimento*, 2007, p. 1209 ss.; MAROLLO, *La risoluzione del concordato preventivo e la successiva dichiarazione di fallimento nella riforma della legge fallimentare: vige ancora la cosiddetta prosecuzione della procedura?* ivi, 2007, pp. 444 ss.; FAUCEGLIA, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di Fauceglia e Panzani, Torino, 2009, pp. 1757 ss.; FERRO, *Il concordato preventivo: l'omologazione e fasi successive*, in *Commentario Jorio-Fabiani*, II, Bologna, 2010, pp. 1121 ss.; NARDECCHIA, *La risoluzione del concordato preventivo*, in *Fallimento*, 2012, 260 ss.; CASA, *Risoluzione del concordato preventivo e fallimento*, ivi, 2013, 63 ss.; FILOCAMO, *sub art. 186*, in *La legge fallimentare*, a cura di Ferro, Padova, 2014, pp. 2677 ss.; FAROLFI, *Risoluzione e annullamento del concordato*, in www.ilfallimentarista.it; GALLETTI, *Fallimento del debitore concordatario in assenza o nell'impossibilità di pronunciare la risoluzione del concordato*, ivi. Nella trattatistica sul concordato preventivo cfr. AMBROSINI, *Il concordato preventivo*, in *Le altre procedure concorsuali*, in *Trattato di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, diretto da Vassalli - Luiso - Gabrielli, IV, Torino, 2014, pp. 422 ss.; FABIANI, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoia - Branca - Galgano*, Bologna, 2014, pp. 756 ss.; CENSONI, *Concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio e Sassani, V, Milano, 2016, pp. 359 ss.; USAI, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in *Crisi d'impresa e procedura concorsuali*, diretto da Cagnasso e Panzani, III, Milano, 2016, pp. 3778 ss.

Occorre immediatamente soggiungere, peraltro, come la portata del problema appaia ridimensionata con riguardo ai concordati liquidatori proposti anteriormente alla riforma del 2015, stante l'orientamento, ribadito ancora di recente dalla Corte di Cassazione (e per ciò solo degno della massima attenzione), in base al quale, “nel concordato con cessione dei beni, l'imprenditore non può ritenersi abbia assunto l'obbligo di garantire ai creditori il pagamento della percentuale prefissata, potendosi il suo impegno considerarsi limitato a porre a disposizione del ceto creditorio l'intero patrimonio dell'impresa”².

Gli sforzi degli interpreti si sono concentrati sulle modalità con cui superare i limiti evincibili dal tenore dell'art. 186 relativamente alla legittimazione dei creditori a chiedere la risoluzione e l'eventuale conseguente fallimento (pacifico essendo che il creditore può instare per la prima e non anche per il secondo).

L'impressione che si ricava da alcune recenti decisioni di merito³ è quella, secondo la nota terminologia neokantiana, di un “dover essere” implicito nel nostro sistema concorsuale, in base al quale non dovrebbe esistere un concordato inadempito senza la possibilità di trasformarlo in fallimento; e ciò – questo è il punto nodale – a prescindere dalla volontà e dall'attivazione dei creditori in tal senso.

Precisamente questa sorta di postulato⁴, chiaramente sotteso alla prospettazione di quanti ritengono possa addivenirsi al fallimento *omisso medio* ove a richiederlo siano il debitore stesso o il pubblico ministero, ci si propone di sottoporre a verifica

² Così da ultimo, sulla scia di vari altri precedenti, Cass., 9 giugno 2017, n. 14444 (ord.), in www.ilcodicedeiconcordati.it. Questa soluzione non sembra invece altrettanto agevolmente predicabile con riferimento ai concordati proposti successivamente alla novella in questione, se è vero che – come si è ritenuto di osservare già all'indomani della riforma – la norma dell'art. 161, 2° c., lett. e), “risulta sufficientemente perspicua da condurre l'interprete ad affermare che la percentuale di soddisfacimento dei creditori menzionata dal debitore nel ricorso non potrà d'ora in poi limitarsi a un'indicazione di massima, ma dovrà costituire oggetto di un preciso impegno in tal senso” (AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l.132/15 e prossima riforma organica*, Bologna, 2016, p.73): con le conseguenti “ricadute”, ai fini che ci occupano, sul versante della risoluzione.

³ Trib. Venezia, 6 novembre 2015, in www.ilcaso.it; Trib. Napoli Nord, 29 aprile 2016, *ivi*; Trib. Torino, 26 luglio 2016, in www.ilfallimentarista.it; Trib. Treviso, 10 gennaio 2017, in www.unijuris.it.

⁴ In senso ovviamente atecnico, essendo il postulato, per sua natura, non solo indimostrato ma anche indimostrabile.

nelle pagine che seguono; cercando di restare fedeli all'esigenza di un approccio ermeneutico che miri a cogliere l' "essere" della norma senza farsi condizionare dal "dover essere" della stessa secondo le propensioni soggettive dell'interprete.

2. La legittimazione esclusiva dei creditori *ex art. 186* e la questione del *dies a quo*

La riformulazione del primo comma dell'art. 186 quale operata dalla novella del 2005 rappresenta uno dei più rilevanti profili di emersione della centralità, rispetto al passato, del ruolo e delle prerogative del ceto creditorio. Essa fa parte infatti di quella serie di previsioni dalle quali si evince con grande nitore il più volte sottolineato (non solo da chi scrive) spostamento del baricentro dall'eterotutela giudiziale all'autotutela dei creditori. E il rovesciamento di prospettiva è copernicano: dalla possibilità per il tribunale di pronunciare la risoluzione su richiesta del commissario (oltre ovviamente che di ciascun creditore) e addirittura d'ufficio all'attribuzione della relativa legittimazione in via esclusiva ai creditori.

La scelta del legislatore, lungi dall'essere casuale o poco meditata, riflette a ben vedere la precisa e inequivoca volontà di "chiudere il cerchio" sul piano sistematico: come l'approvazione del concordato è rimessa ai creditori (tanto che in sede di omologazione il tribunale non può più sovvertire l'esito favorevole della votazione né sulla scorta della non meritevolezza del debitore, né su quella della diversa fattibilità economica del piano⁵),

⁵ Sul tema la letteratura è ormai amplissima: oltre ai lavori monografici, di poco successivi alle riforme del 2005 e del 2006, di NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, e di PATTI, *Crisi di impresa e ruolo del giudice*, Milano, 2009, cfr., *ex multis*, FABIANI, *Autonomia ed eteronomia nella risoluzione dei conflitti nel nuovo diritto concorsuale*, *Fallimento*, 2008, pp. 1098 ss.; PAGNI, *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, *ivi*, pp.1091 ss.; ABETE, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, *ivi*, pp. 253 ss.; GENOVIVA, *I limiti del sindacato del Tribunale nel concordato preventivo alla luce del "correttivo"*, *ivi*, pp. 688 ss., nonché, fra i contributi più recenti, JORIO, *Introduzione generale alla disciplina delle crisi d'impresa*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da Jorio e Sassani, I, Milano, 2014, pp. 87 ss.; BOZZA, *Il ritorno del giudice sulla scena del concordato e il tramonto di una stella polare*, in *www.ilcaso.it*, cui sia consentito aggiungere, in senso contrario rispetto alle tesi esposte nell'ultimo saggio testé citato, AMBROSINI, *Il controllo giudiziale su*

così la risoluzione del concordato può essere dichiarata solo nell'eventualità in cui l'istanza provenga da uno o più creditori.

Questa netta presa di posizione da parte del legislatore 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'omologazione⁶.

Si tratta di una soluzione forse non immune da possibili critiche, ma certamente caratterizzata da un significativo grado di simmetria e coerenza interna: i creditori, che sono arbitri delle sorti del debitore attraverso il voto (nonché – come si diceva – in virtù delle ridimensionate prerogative del tribunale), sono ad un tempo i soli legittimati a eccepirne l'inadempimento, provocando la risoluzione del concordato.

Le critiche a detta impostazione, per vero, non attengono tanto al piano sistematico (registrandosi anzi, da questo punto di vista, l'apprezzabile coerenza cui si accennava), quanto piuttosto al fatto che in tal modo il creditore risulta gravato di un'iniziativa giudiziale i cui oneri vanno ad aggiungersi alla decurtazione – o quanto meno alla dilazione – del proprio credito. E proprio a questo inconveniente mira a porre rimedio il disegno di legge delega n. 2681 (attualmente in discussione al Senato), il quale, senza minimamente intaccare – si badi – gli elementi strutturali della norma, prevede che il creditore (che per l'appunto non vo-

domanda e piano concordatari e i compiti dell'attestatore, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 387 ss. (pubblicato anche nel volume *Fallimento, soluzioni negoziate della crisi e disciplina bancaria*, diretto da Ambrosini, Bologna, 2017, pp. 157 ss.).

⁶ Cass. 28 aprile 2015, n. 8575, così massimata in *www.ilcaso.it*: “La rinuncia alla domanda di concordato preventivo, la quale 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”. Per le implicazioni recate in materia dalla riforma del 2015 cfr. AMBROSINI, *Il nuovo diritto della crisi d'impresa: l.132/15 e prossima riforma organica*, cit., pp. 94-97.

glia sostenere i costi della domanda di risoluzione) possa chiedere al commissario giudiziale di attivarsi in sua vece⁷. Con il che trova conferma, a ben vedere, il principio secondo il quale l'atto di impulso ai fini risolutivi deve pur sempre promanare *dal ceto creditorio*.

Quanto poi al momento a partire dal quale i creditori possono ottenere la risoluzione, la formulazione dell'art. 186 rende manifesta la necessaria sussistenza di un inadempimento *già in essere* all'epoca in cui viene radicata l'azione, non essendo sufficiente la probabilità, neppure se alquanto elevata, che gli obblighi concordatari non vengano onorati.

In linea di principio, pertanto, non è configurabile la risoluzione del concordato preventivo *ante tempus* rispetto alla scadenza stabilita per l'adempimento. Solo nell'ipotesi, piuttosto rara nella pratica, di conclamata e irreversibile impossibilità di adempiere da parte del debitore (si pensi alla distruzione dei beni aziendali per caso fortuito e all'assenza di adeguate coperture assicurative) una domanda di risoluzione anticipata potrebbe essere considerata ammissibile e meritevole di accoglimento⁸. Senza dire che il debitore o un terzo potrebbero pur sempre apportare, *in limine*, risorse esterne tali da scongiurare l'inadempimento. Fatto salvo il caso, naturalmente, in cui il protrarsi della fase esecutiva del concordato comporti un danno per i creditori e che esso risulti evitabile, appunto, con l'anticipata "conversione" in fallimento.

Quanto infine al *dies ad quem* dell'azione, la norma è altrettanto chiara nell'individuare nell'anno dal termine *fissato* (nella proposta del debitore) per l'ultimo adempimento previsto dal concordato. E non è evidentemente in alcun modo possibile sostenere che l'azione sia proponibile fino a quando non sia stato posto in essere l'ultimo adempimento: diversamente opinando, infatti, il termine decadenziale verrebbe fatto decorrere non in

⁷ All'art. 6, 1° c., lett. n), si prevede infatti "la legittimazione del commissario giudiziale a richiedere, *su istanza di un creditore*, la risoluzione del concordato per inadempimento" (corsivo aggiunto).

⁸ In giurisprudenza si rinviene non di rado l'assunto, riferito al concordato liquidatorio, secondo il quale la risoluzione può essere pronunciata anche in via anticipata quando, in base all'andamento della liquidazione, emerga con ragionevole certezza che i creditori chirografari non sono destinati a ottenere alcuna soddisfazione: cfr., *ex aliis*, Trib. Modena, 11 giugno 2014, e Trib. Rovigo, 3 febbraio 2016, entrambe in *www.ilcaso.it*.

base a quanto stabilito dalla norma, bensì, *contra rationem legis*, da quando sia posto in essere il tardivo adempimento, che oltre tutto potrebbe non verificarsi mai.

3. Il problema della dichiarazione di fallimento senza la previa risoluzione del concordato

Non risultando oggettivamente contestabile il carattere esclusivo della legittimazione dei creditori a ottenere la risoluzione, occorre allora verificare la possibilità di addivenire al fallimento *omisso medio*, cioè in assenza di una pronuncia di risoluzione del concordato.

In caso di risposta affermativa, è chiaro che tanto il debitore in proprio quanto il pubblico ministero dovrebbero considerarsi legittimati a chiedere il fallimento.

Una conclusione siffatta, tuttavia, presuppone la positiva soluzione di problemi interpretativi che non risultano, in realtà, facilmente superabili.

In primo luogo, si deve tenere in debito conto l'assenza di una norma che, nell'ambito del concordato preventivo, facoltizzi tali soggetti a chiedere la "conversione" in fallimento di un concordato inadempito ma non risolto; a differenza, ad esempio, di quanto stabilito dagli artt. 162, 2° c., e 173, 2° c., per quanto riguarda il pubblico ministero.

In secondo luogo, non sembra decisivo riferirsi all'art. 6 (e ai soggetti da esso legittimati) come regola valevole in tutte le situazioni di insolvenza. Ed invero, l'art. 186 si pone in 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. Ferma, peraltro, la facoltà dei creditori, nell'ipotesi di concordato inadempito e non risolto, di tornare a poter agire *in executivis* sui beni del debitore (dove la sussistenza di una loro effettiva tutela, seppur diversa dal fallimento).

Né può invocarsi, a confutazione dell'assunto che precede, il rimando all'art. 15 operato dall'art. 137, a sua volta richiamato dall'art. 186, in quanto esso concerne, con tutta evidenza, profili meramente procedurali, inidonei, come tali, a incidere sulla soluzione del problema in esame.

E' peraltro risaputo che in senso contrario viene talora invocata una risalente pronuncia della Corte costituzionale, secondo la quale “una lettura delle norme impugnate conforme a Costituzione non preclude all'interprete di giungere alla opposta conclusione che – ferma l'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura – anche in assenza della risoluzione del concordato possa giungersi non soltanto ad una dichiarazione di fallimento “in consecuzione” ma anche ad un'autonoma dichiarazione di fallimento”⁹.

Senonché, il riferimento a tale pur autorevole arresto non risulta decisivo, per almeno due concorrenti ordini di ragioni: a) la sentenza (oltre tutto interpretativa di rigetto) è riferita alla legge fallimentare anteriore alle riforme del 2005 e del 2006, la quale contemplava, a tacer d'altro, sia il fallimento che la risoluzione d'ufficio e si iscriveva quindi in un quadro sistematico completamente diverso; b) la *ratio decidendi* è marcatamente collegata alla peculiarità del caso concretamente esaminato nel giudizio *a quo*, dal momento che si trattava nella specie di tutelare un creditore ingiustamente pretermesso da piano e proposta concordatari e che proprio per questo non aveva potuto agire tempestivamente per la risoluzione¹⁰.

A tale stregua, le decisione resa ormai quasi tre lustri fa dalla Consulta non pare avere portata determinante ai fini della soluzione del problema che ci occupa, atteso appunto l'obiettivo da essa dichiaratamente perseguito (scongiurare *vulnera* di sorta al diritto di difesa del creditore) e non scorgendosi, in difetto, la ragione – come da ultimo rilevato in giurisprudenza – “per la quale in pendenza del termine per la risoluzione si dovrebbe ritenere superabile la previsione normativa di cui agli artt. 186 e

⁹ Corte cost., 2 aprile 2004, n. 106, in *Dir. fall.*, 2004, II, p. 679.

¹⁰ Correttamente, sul punto, Trib. Padova, 30 marzo 2017, in *www.FallimentieSocietà.it*: “la lettura costituzionalmente orientata fornita dalla Corte Costituzionale è volta ad assicurare una tutela del creditore, ormai privo senza sua colpa di strumenti di difesa”.

137 l.f. che consente la dichiarazione di fallimento solo in consecuzione, previa risoluzione del concordato”¹¹.

Deve ancora osservarsi, a ulteriore supporto della tesi qui propugnata, che lo stato di crisi/insolvenza che ha dato luogo alla procedura concordataria viene rimosso, com'è noto, dall'effetto esdebitatorio dell'omologazione, da cui deriva il ritorno *in bonis* dell'impresa. Non basta quindi il pur conclamato inadempimento a concretare un'insolvenza che soltanto la risoluzione del concordato può far rivivere. L'impresa, dunque, non può essere dichiarata fallita se non sulla scorta di una *nuova* insolvenza generatasi per effetto di obbligazioni contratte *successivamente* all'omologazione e rimaste inadempite.

Senza dire, infine, del non trascurabile inconveniente connesso alla mancata risoluzione del concordato, dal momento che lo stato passivo fallimentare non potrebbe riflettere, in tal caso, il venir meno dell'esdebitazione (che si produce solo nell'ipotesi di risoluzione) nonostante il conclamato inadempimento del debitore. E neppure dell'ulteriore inconveniente connesso all'incremento dei costi – a fronte di benefici oggettivamente limitati – scaturente dall'apertura di una nuova procedura concorsuale, con conseguente ulteriore erosione dell'attivo a disposizione dei creditori; per tacer dei dubbi sollevabili in ordine all'effettività dell'interesse concreto a provocare il fallimento¹².

Dalle considerazioni di tipo sistematico che precedono, oltre che dall'esigenza di evitare forzature interpretative come quelle insite nella tesi della dichiarazione di fallimento *omisso medio* e testé poste in evidenza, deriva la necessità della previa risoluzione del concordato per poter addivenire al fallimento¹³. Declaratoria, questa, che può peraltro essere provocata dal debitore

¹¹ Trib. Padova, 30 marzo 2017, cit. Nello stesso senso, fra i provvedimenti editi sul punto, Trib. Ancona, 23 febbraio 2015, in *www.ilcaso.it*

¹² Con riferimento ad un'ipotesi di istanza di autofallimento in pendenza del termine per la risoluzione del concordato (nella specie liquidatorio), si legge in giurisprudenza (Trib. Padova, 30 marzo 2017, cit.): “quale sarebbe l'interesse giuridico a tutela del quale si dovrebbe consentire al debitore in concordato di richiedere il proprio autofallimento in pendenza di un concordato liquidatorio inadempito? I creditori sono infatti già tutelati da una procedura concorsuale che assicura il rispetto della *par condicio creditorum*”.

¹³ Non a caso, la soluzione esposta nel testo è risultata largamente condivisa in occasione dell'incontro di studio organizzato a Scandicci dalla Scuola Superiore della Magistratura nel gennaio 2017, se è vero che nella tavola rotonda conclusiva si sono espressi in tal senso Luciano Panzani, Alida Paluchowski e Giuseppe

stesso o dal pubblico ministero tutte le volte in cui il creditore chieda e ottenga la risoluzione del concordato senza instare, né contestualmente, né in un momento successivo, per il fallimento.

Da tutto ciò si ricava altresì la sicura infondatezza della questione di legittimità costituzionale sollevata nel 2015 con riguardo all'impossibilità di dichiarare il fallimento d'ufficio nell'eventualità in cui non vi sia alcuna iniziativa in tal senso¹⁴ (questione analoga, d'altronde, è già stata condivisibilmente respinta dalla Consulta nel 2013¹⁵). Come più volte sottolineato, infatti, la presenza di un concordato inadempito non “convertito” in fallimento risulta pienamente compatibile con l'assetto ordinamentale vigente e con la “filosofia” a esso sottesa¹⁶.

4. Conclusioni

Provando a tirare le fila di quanto fin qui sinteticamente esposto, pare doversi concludere che una soluzione che voglia (e debba) essere rispettosa del canone “principe” dell'interpretazione letterale e, ad un tempo, coerente con una ricostruzione sistematica dell'impianto normativo comporti i seguenti corollari:

- (i) gli unici soggetti legittimati a chiedere la risoluzione del concordato preventivo sono i creditori;
- (ii) non è possibile far luogo al fallimento in dipendenza dell'inadempimento agli obblighi concordatari se non previa risoluzione del concordato, neppure su istanza dello stesso debitore (ferma la possibilità per i creditori, al cospetto di un concordato inadempito e non risolto, di agire *in executivis* sui beni del debitore);

Bozza, oltre ad altri autorevoli relatori nel corso delle tre giornate di approfondimento dedicate alle vicende “patologiche” del concordato preventivo. E sul piano delle prassi, orientati a negare la possibilità di dichiarare il fallimento senza la previa risoluzione del concordato sono, a quanto consta, i due maggiori tribunali italiani (Roma e Milano).

¹⁴ Trib. Reggio Emilia, 28 ottobre 2015, in *www.unijuris.it*.

¹⁵ Corte cost., 9 luglio 2013, n. 184, in *Fallimento*, 2014, p. 27.

¹⁶ Sembra muovere da questo presupposto, ad esempio, Trib. Ancona, 23 febbraio 2015, cit., ove si legge che al cospetto di un concordato inadempito e non risolto “il giudice può, su richiesta del debitore, dichiarare conclusa ed *ineseguita* la procedura di concordato” (corsivo aggiunto).

(iii) può essere dichiarato il fallimento a prescindere dalla risoluzione del concordato solo nell'ipotesi di un nuovo stato d'insolvenza, generatosi dopo l'omologazione del concordato per effetto di ulteriori obbligazioni assunte successivamente al relativo decreto e rimaste inadempite.