

Risoluzione del concordato preventivo e dichiarazione del fallimento d'ufficio

I principi del giusto processo e gli orientamenti giurisprudenziali a confronto.

Le conseguenze dell'abolizione della dichiarazione del fallimento d'ufficio, il nuovo concordato preventivo e il principio di consecuzione tra le procedure.

Corte d'appello di Palermo - III Sez. - Sentenza 8 ottobre 2008, n. 991

(Presidente Marino, Relatore Librino)

LA MASSIMA

Fallimento e concordato preventivo - Abolizione della dichiarazione d'ufficio - Istanza di parte
(art. 186 legge fall.; D.Lgs. n. 169/2007)

A seguito del D.Lgs. n. 169/2007, ogni fase del concordato preventivo è soggetta all'istanza di parte ed è scomparsa la disposizione che prevedeva la dichiarazione di fallimento come conseguenza inevitabile della risoluzione del concordato. Rimasta l'attività di vigilanza dell'ufficio sull'adempimento del concordato, l'iniziativa per la risoluzione e per il fallimento è attribuita al P.M. e ai creditori, mentre per la risoluzione della proposta concordataria al solo ceto creditorio.

Claudia Gentili

GIUDICE PRESSO IL TRIBUNALE DI MISTRETTA

Il caso posto all'attenzione dalla Corte d'appello di Palermo riguarda il gravame proposto avverso la sentenza del 6-19 dicembre 2007, con la quale il tribunale ha risolto il concordato preventivo omologato con sentenza del 18 luglio-8 agosto 1996 e dichiarato il fallimento della società e dei soci personalmente ed illimitatamente responsabili.

I principi del giusto processo e l'interpretazione dell'art. 186 legge fall.

La corte afferma la fondatezza del motivo di impugnazione sollevato dalla società fallita e dai singoli soci relativo all'impossibilità del

Per consultare il testo completo dei provvedimenti vedi la banca dati:



www.dps.ilsole24ore.com

tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento, muovendo dal presupposto che l'impulso officioso è stato esercitato interamente sotto il vigore del D.Lgs. n. 5/2006.

A tale fine, il collegio ritiene non ipotizzabile una reviviscenza delle istanze di fallimento precedenti la domanda di concordato all'esito del constatato insuccesso della liquidazione concordataria, in quanto, tra l'altro, tali creditori non avevano neppure partecipato alla procedura di concordato; inoltre, sostiene la corte, non possono rilevare, quale esercizio di azione, le dichiarazioni di "insistenza" per la declaratoria di fallimento avanzate da un creditore e dal commissario giudiziale nel

NOTA BENE

Per il principio della c.d. unità delle procedure concorsuali, per ogni dissesto può avere luogo soltanto una procedura concorsuale.

corso della procedura di concordato, essendo tali manifestazioni di volontà espressione di un mero potere sollecitatorio.

In tali ipotesi, l'improcedibilità dei ricorsi per la dichiarazione di fallimento è stata rilevata dai giudici, come pure dall'attuale dottrina; si è sottolineato, infatti, che per il principio della c.d. unità delle procedure concorsuali, per ogni dissesto può avere luogo soltanto una procedura concorsuale^[1].

Sotto altro aspetto, non sembra prospettabile che la domanda introduttiva volta alla ristrutturazione del debito, nell'eventualità di un esito non favorevole della procedura, possa avere valore e natura di istanza diretta all'accertamento dell'esistenza delle condizioni e dei presupposti per l'assoggettabilità alle procedure concorsuali conseguenti: le due domande, quella tendente a cercare una soluzione concordataria della crisi e quella diretta alla dichiarazione di fallimento, appaiono logicamente incompatibili, oltre a determinare un contrasto con il generale principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato di cui all'art. 112 cod. proc. civ.

La particolarità del caso affrontato dalla corte d'appello di Palermo risiede nel fatto che il principio del venire meno dell'iniziativa officiosa del tribunale in merito alla dichiarazione di fallimento, a seguito della risoluzione e dell'annullamento del concordato preventivo, viene af-

fermata in relazione a una sentenza dichiarativa di fallimento pronunciata sotto il vigore della riforma di cui al D.Lgs. n. 5/2006 e per un concordato omologato nel 1996: il problema interpretativo che tuttora potrebbe sorgere per i concordati omologati prima del 1° gennaio 2008 (quindi *ante* riforma D.Lgs. n. 169/2007), riguarda, da un lato, la soppressione dell'iniziativa officiosa da parte della nuova formulazione dell'art. 6 legge fall. e, dall'altra, la sopravvivenza, nel vigore della riforma del 2006, di alcune disposizioni che contemplano l'impulso d'ufficio per la dichiarazione di fallimento, come l'art. 186, ultimo comma, legge fall. secondo cui «con la sentenza che risolve od annulla il concordato il tribunale dichiara il fallimento»^[2].

La corte fornisce una chiave di lettura dell'allora art. 186 legge fall. che - come vedremo - sarà confermata dalla rinnovata disciplina del 2007: l'intento del legislatore del 2006, con la modifica degli artt. 6 e 7 e con l'abrogazione dell'art. 8 legge fall.^[3], è quello, secondo il collegio, di eliminare, con efficacia generalizzata all'intera legge fallimentare, il potere d'ufficio del tribunale nella dichiarazione di fallimento, in omaggio ai principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., retto da un giudice terzo ed imparziale e dove le parti sono in condizioni di parità^[4].

Come è stato acutamente osservato da una

NOTA BENE

L'intento del legislatore della riforma era di eliminare il potere d'ufficio del tribunale nella dichiarazione di fallimento, in omaggio ai principi del giusto processo ex art. 111 Cost., retto da un giudice terzo e imparziale ed ove le parti sono in condizioni di parità.

(1) Cfr. Cass. 17 settembre 1993, n. 9581; trib. Roma 30 dicembre 1992, in Dir. Fall., 1993, II, pag. 188, e trib. Roma 30 settembre 1997, in Dir. Fall., 1998, II, pag. 146; Cass. 3 novembre 2005, n. 21326; G. Lo Cascio, «Concordato preventivo e maggioranze previste per l'approvazione», in Il Fallimento, 2007, pag. 51.

(2) Tra le altre disposizioni che prevedevano l'iniziativa d'ufficio nel vigore della riforma del 2006, cfr. artt. 162, 173 e 179 legge fall.

(3) Ciò nonostante i principi espressi da Corte cost. con sentenza n. 240/2003 (da ritenersi ormai superati nel rinnovato contesto normativo), chiamata a decidere sulla legittimità costituzionale degli artt. 6 ed 8 legge fall., che aveva dichiarato la legittimità del fallimento d'ufficio, risultando questo inammissibile solo nei casi di procedimento instaurato sulla base di una notizia decotitionis comunque acquista.

(4) In tal senso, M. Ferro, «I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese tra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva», in Fallimento, 2005, pag. 590, n. 5; F. Allegritti, in Il Nuovo Fallimento, a cura di F. Santangeli, Milano, 2006, pagg. 724 e 770: l'autore evidenzia i problemi di coordinamento tra le norme determinati dall'entrata in vigore del nuovo art. 6 legge fall.; G. Alessi, «Il nuovo concordato preventivo», in Dir. fall. società commerciali, 2005, I, pagg. 1134-1135.

parte della dottrina, l'obiettivo del legislatore (ripreso nella successiva riforma chiarificatrice del 1997) è anche quello di riconoscere ai creditori il diritto di gestire la crisi, assicurando così una disciplina coerente rispetto alle esigenze del mercato, in vista di una soluzione dell'insolvenza che si fondi sull'accordo ed eviti la deriva antieconomica del fallimento⁽⁵⁾. Secondo, invece, un diverso orientamento giurisprudenziale⁽⁶⁾, il mantenimento da parte del legislatore della riforma del 2006 della previsione del potere d'ufficio nell'art. 186 legge fall., ha il preciso significato di individuare dei casi tassativamente disciplinati che non contrastano, in virtù del principio di specialità, con il nuovo testo dell'art. 6 legge fall.

Una parte della giurisprudenza ritiene, infatti, che la vigenza delle previsioni normative che contemplano la dichiarazione di fallimento d'ufficio in caso di mancata ammissione al concordato, persista, pur dopo la riforma dell'art. 6 legge fall., quanto meno in relazione alle domande di concordato preventivo presentate fino al 31 dicembre 2007 (essendo, invece, diversa la disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 169/2007 per le procedure iniziate dal 1° gennaio 2008).

In tali casi, tuttavia, si afferma la necessità, a seguito della riforma dell'art. 160 legge fall., che sia previamente accertata l'esistenza dei

requisiti dello stato di insolvenza ai fini della dichiarazione di fallimento⁽⁷⁾.

Le conseguenze dell'abolizione della dichiarazione del fallimento d'ufficio

L'intervenuta abolizione del fallimento d'ufficio, ha come conseguenza, secondo la corte, l'abrogazione implicita ai sensi dell'art. 15 delle preleggi di tutte le norme contrastanti, tra cui il citato art. 186, ultimo comma, legge fall.

Essendo la dichiarazione di fallimento intervenuta nel vigore della riforma del 2006 e potendosi ritenere che quest'ultima norma sia di carattere processuale per la quale vale il principio *tempus regit actum*, il collegio afferma che la sentenza dichiarativa della risoluzione del concordato e del fallimento d'ufficio è da ritenersi affetta da nullità, in quanto pronunciata in difetto di esercizio d'azione.

Trattandosi di un vizio non meramente formale, ma che

incide sulle condizioni legittimanti l'esercizio del potere giurisdizionale, la corte ha utilizzato la categoria della nullità che travolge tutti gli effetti prodotti dalla pronuncia giudiziale. È evidente, pertanto, la differenza rispetto al rimedio della revoca della sentenza di fallimento, quale possibile esito del giudizio di appello ai sensi dell'art. 18 legge fall. (nel testo in vigore sotto la novella del 2006) che



GIURISPRUDENZA

Il collegio ritiene non ipotizzabile una reviviscenza delle istanze di fallimento precedenti la domanda di concordato all'esito del constatato insuccesso della liquidazione concordataria, in quanto tali creditori non avevano neppure partecipato alla procedura di concordato (App. Palermo n. 991/2008).

(5) F. Di Marzio, «Autonomia negoziale e nuove regole sulla crisi e sull'insolvenza dell'impresa», in Riforma fallimentare, Lavori preparatori ed obiettivi, a cura di M. Vietti, F. Marotta, F. Di Marzio, Torino, 2007, pagg. 15-16.

(6) Trib. Roma 14 marzo 2007, in *Il Fallimento*, 2007, pag. 1205; in tal senso, La Riforma della legge fallimentare, II, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2006, pag. 1128 e segg. e pag. 996; P. Marano, *Il nuovo diritto fallimentare, commentario diretto da A. Jorio*, coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, pag. 2614, secondo cui, non potendosi parlare di un difetto di coordinamento tra norme, la legittimazione del tribunale alla dichiarazione del fallimento d'ufficio «permane in quelle ipotesi in cui continua ad essere espressamente prevista, tanto più ove l'accertamento dell'inadempimento che legittima la risoluzione manifesta, altresì, l'insolvenza dell'imprenditore».

(7) Trib. Pescara 15 novembre 2007. In dottrina, L. D'Orazio, «La risoluzione d'ufficio del concordato preventivo con cessione dei beni e la sentenza di fallimento dopo il D.Lgs. 169/2007», nota a Cass. 7 giugno 2007, n. 13357, in *Giust. civ.*, 2008, pag. 1523; secondo l'autore i concordati già omologati al 17 marzo 2005, in virtù della specifica disciplina transitoria, devono rimanere governati dal vecchio procedimento ex art. 186 legge fall., con possibilità di conversione automatica del concordato in fallimento (fallimento d'ufficio). Il caso analizzato dall'autore, tuttavia, riguarda un'ipotesi in cui il fallimento era stato dichiarato d'ufficio con sentenza del 1998, quando ancora la legge fallimentare prevedeva l'iniziativa d'ufficio; si tratta, pertanto, di fattispecie diversa da quella all'attenzione della corte d'appello di Palermo. Sulle problematiche della disciplina transitoria introdotta dall'art. 2, comma 2-bis, della legge di conversione n. 80/2005 del D.L. n. 35/2005, cfr. G. Lo Cascio, «Il nuovo fallimento: riflessioni sugli aspetti processuali e sulla disciplina transitoria», in *Fallimento*, 2006, pag. 751.

**NOTA BENE**

Per effetto delle norme riformate sono da ritenersi abrogate non solo la dichiarazione di fallimento d'ufficio ma anche la risoluzione d'ufficio del concordato.

fa salvi, invece, gli effetti degli atti legalmente compiuti dagli organi della procedura.

Altro principio di diritto affermato dalla corte riguarda l'intervenuta abrogazione, per incompatibilità tra il nuovo quadro normativo e il testo dell'allora vigente art. 186 legge fall., non solo della dichiarazione di fallimento d'ufficio ma anche della risoluzione d'ufficio del concordato.

La corte fa applicazione del principio di consecuzione delle procedure concorsuali, ritenendo che le varie fasi siano relative a un'unica procedura.

«Nel sistema della legge - scrive la corte - risoluzione e fallimento sono strettamente connessi e non si vede come il tribunale possa limitarsi a pronunciare la sola risoluzione senza il fallimento (che potrebbe seguire a distanza di tempo, con le prevedibili problematiche in tema di consecuzione delle procedure)».

Tale principio, affermato più volte dalla giurisprudenza e dalla dottrina^[8], sembra trovare una base testuale nel combinato disposto delle norme di cui agli artt. 186, 162, comma 2, e 173 legge fall., dal quale si evince che la sentenza dichiarativa di fallimento è atto finale del procedimento.

In merito occorre ricordare l'insegnamento della Corte costituzionale nella sentenza n. 8013/1992, secondo cui «la consecuzione, quale fenomeno di unificazione delle procedure che, sulla base degli stessi presupposti soggettivi ed oggettivi, consente l'applicazio-

ne per interpretazione estensiva della disciplina dell'ultimo procedimento della serie alle situazioni anteriori, si fonda sulla costanza di una correlazione logica tra le varie situazioni e sulla costanza dei due presupposti essenziali dei vari procedimenti: identità di qualificazione imprenditoriale ed identità di situazione di crisi qualificabile come insolvenza».

Per poter dare luogo all'istituto della *consecutio* e alla successiva disciplina per estensione occorre che, in entrambe le procedure, come nel caso di specie, ricorra l'identità di presupposti soggettivi e oggettivi; il concordato in oggetto è stato, infatti, omologato sotto il previgente art. 160 legge fall., dove il presupposto di apertura del concordato coincideva con lo stato di insolvenza proprio del fallimento.

Il nuovo concordato preventivo e il principio di consecuzione tra le procedure

La decisione della corte si allinea al successivo intervento chiarificatore del legislatore con il D.Lgs. n. 169/2007, che ha espunto ogni iniziativa autonoma e automatica dell'organo giudicante volta a dare corso alla procedura fallimentare per effetto dell'insuccesso di quella concordataria.

Nei casi di inammissibilità della proposta di concordato (art. 162 nuovo testo legge fall.), come anche di revoca all'ammissione (art. 173 nuovo testo legge fall.), la dichiarazione di fallimento può essere pronunciata dal tribuna-

**NOTA BENE**

Nei casi di risoluzione o annullamento del concordato, solo il ceto creditorio conserva il potere di iniziativa, escludendosi perfino quello sollecitatorio del P.M.

(8) Cfr. Ceccherini, «Effetti nel fallimento consecutivo», in *Fallimento*, 1992, pag. 313 e segg.; Guglielmucci, *Lezioni di diritto fallimentare*, Torino, 2004, pag. 431 e segg.; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, pag. 857 e segg.: l'autore rileva come «nella consecuzione dal concordato al fallimento il principio della retrodatazione degli effetti aveva trovato non pochi limiti; (...) l'impostazione giurisprudenziale con cui, da un lato, erano stati retrodati gli effetti del fallimento sin dall'inizio della prima procedura e, dall'altro, il tentativo di conservare determinati effetti giuridici prodotti nelle fasi intermedie, non potesse essere seguita perché finiva di far coesistere situazioni del tutto antitetiche». In tema di consecuzione delle procedure e computo del periodo sospetto, cfr. Cass. 29 ottobre 1999, n. 10792; Cass. 16 aprile 2003, n. 6019; Cass. 3 novembre 2005, n. 21326; in tema di inapplicabilità del principio di consecuzione nel caso di dichiarazione di fallimento in estensione ai soci illimitatamente responsabili: Cass. 22 novembre 2007, n. 24330.

**NOTA BENE**

Lo stato di crisi di cui all'art. 160 legge fall. nel testo riformato va inteso nel modo più ampio possibile: dalla temporanea difficoltà di liquidità a quella di insolvenza, che l'imprenditore ritenga di superare mediante un piano di risanamento da condividere con il ceto creditorio.

le su istanza dei creditori o su richiesta del P.M.; nei casi, invece, di risoluzione o annullamento, l'iniziativa è rimessa al solo ceto creditorio, dovendosi escludere qualsiasi potere, anche meramente sollecitatorio, del P.M. (in base al combinato disposto degli artt. 137 e 186 legge fall. non è prevista la partecipazione necessaria del P.M. al giudizio di risoluzione). Tali novità normative sono il segno del carattere negoziale dell'istituto e della volontà del legislatore di affidare all'accordo tra imprenditore e ceto creditorio la risoluzione della crisi. Il problema è semmai trovare, in sede applicativa, un giusto equilibrio tra i profili pubblicistici del riformato istituto, quali la possibile evoluzione della procedura concordataria in fallimento, la verifica dei presupposti per l'ammissione alla procedura e l'intervento del P.M., con quelli privatistici^[9]. In questa luce dovrà essere valutata la funzionalità dell'istituto, quale strumento non più alternativo al fallimento, ma volto al risanamento dell'impresa e a deflazionare, per quanto possibile, il ricorso alla procedura fallimentare, tendente quest'ultima a prevalenti finalità liquidatorie^[10].

Per tale ragione lo stato di crisi, di cui all'art. 160 legge fall. nel testo riformato, dev'essere inteso, come ritenuto anche dalla giurisprudenza, nel modo più ampio possibile; a tale concetto sembra riconducibile qualsiasi situazione, da quella della temporanea difficoltà di liquidità a quella invece di insolvenza, che, tuttavia, l'imprenditore ritenga di superare mediante un piano di risanamento da condividere con il ceto creditorio^[11].

Si è anche sottolineato che l'effetto sostanziale dell'abolizione dell'impulso d'ufficio e la nuova natura negoziale del concordato preventivo sembrano portare al superamento dello stesso principio di consecuzione delle procedure concorsuali, correttamente applicato come visto dalla corte d'appello di Palermo per un concordato omologato sulla base della previgente normativa.

La consecuzione e la conseguente disciplina per estensione sembrano, dunque, trovare difficile applicazione nel vigore della nuova normativa, proprio a causa della differente natura del presupposto dello stato di crisi rispetto all'insolvenza e della possibile esistenza di un lasso temporale, anche breve, tra una procedura e l'altra, tale da escludere l'unitarietà dei procedimenti^[12].

**NOTA BENE**

L'abolizione dell'impulso d'ufficio e la natura negoziale del concordato preventivo sembrano portare al superamento del principio di consecuzione delle procedure concorsuali.

(9) Per una lettura del nuovo concordato preventivo come connotato da incisi elementi privatistici, cfr. G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, pag. 207 e segg.; l'autore evidenzia, tuttavia, come nella nuova disciplina del concordato sia mancata un'effettiva privatizzazione del concorso dei creditori e sia stata mantenuta un'eccessiva giurisdizionalizzazione della procedura (pag. 170); D. Galletti, *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, pag. 2269.

(10) Per approfondimenti, cfr. A. Bonsignori, «Processi concorsuali minori», *il Fallimento*, sempre più inattuale, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 1997, pag. 1 e segg. Sul carattere deflattivo sull'utilizzo della procedura fallimentare, cfr., G. Canale, «Il concordato con cessione dei beni, accollo o altre operazioni straordinarie», in *Riv. dir. proc. civ.*, 2005, pag. 897.

(11) Sul concetto di crisi dell'imprenditore, cfr. D. Galletti, *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio, coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, pag. 2274; S. Scarafoni, «La riforma del concordato preventivo», in *Dir. Fall.*, 2005, I, pag. 834.

(12) L. D'Orazio, «Il controllo del tribunale nell'omologazione del concordato preventivo, l'eliminazione del fallimento d'ufficio e la consecuzione delle procedure», in www.ipsoa.it/Fallimento; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, op. cit., pag. 861: l'autore mette in luce le disarmonie determinate dal fenomeno della consecuzione o della conversione delle procedure concorsuali con l'avvento della nuova normativa fallimentare, quali l'impossibilità dell'assimilazione della fase concordataria con quella fallimentare, la difficoltà di stabilire, attesa la diversità dei presupposti, quando l'una procedura si sia trasformata nell'altra per lucrare gli effetti della consecuzione, l'impossibilità di ufficializzare lo stato d'insolvenza durante il concordato preventivo con la conseguenza che gli effetti pretesi nel fallimento consecutivo dipenderebbero da un giudizio ex post sicuramente impraticabile.

**IN SINTESI****SENTENZA CORTE D'APPELLO DI PALERMO, SEZ. III, 8 OTTOBRE 2008, N. 991****IL FATTO**

Una società di persone propone gravame avverso la sentenza del 6-19 dicembre 2007 con la quale il tribunale aveva risolto il concordato preventivo omologato con sentenza del 18 luglio-8 agosto 1996 del tribunale di Agrigento e dichiarato il fallimento della s.n.c. e dei soci personalmente ed illimitatamente responsabili.

Gli appellanti censurano la sentenza impugnata deducendo che il tribunale aveva errato a risolvere il concordato preventivo, non risultandone i presupposti (art. 186 legge fall.). In subordine, deducevano l'insussistenza dei presupposti soggettivi e og-

gettivi per la dichiarazione di fallimento, che dovevano essere verificati secondo la normativa vigente all'epoca della dichiarazione. La sentenza andava, pertanto, annullata o riformata e comunque revocata la dichiarazione di fallimento.

LA DECISIONE

La Corte d'appello di Palermo afferma la fondatezza del motivo di impugnazione sollevato dalla società fallita e dai singoli soci relativo all'impossibilità del tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento, muovendo dal presupposto che l'impulso officioso è stato esercitato interamente sotto il vigore del D.Lgs. n. 5/2006.

L'appello perciò è fondato, perché la risoluzione ed il fallimento sono stati dichiarati senza eserci-

zio di azione, avendo il legislatore della riforma eliminato tale potere officioso. Non è seriamente ipotizzabile, inoltre, una sorta di riviviscenza delle istanze di fallimento in esito al constatato insuccesso della liquidazione prevista col concordato. A seguito del D.Lgs. n. 169/2007, ogni fase del concordato preventivo è ormai soggetta all'istanza di parte ed è scomparsa la disposizione che prevedeva la dichiarazione di fallimento d'ufficio come conseguenza inevitabile della risoluzione del concordato. Rimasta l'attività di vigilanza dell'ufficio sull'adempimento del concordato, l'iniziativa per la risoluzione e per il fallimento è attribuita, tuttavia, ai creditori. Pertanto, la sentenza di primo grado del tribunale di Agrigento è annullata.