



PROCURA GENERALE

della Corte di cassazione

Udienza pubblica del 7 dicembre 2021 – Sezioni Unite civili

R.G. n. 2010 2017 n. 1 del ruolo

Memoria ex art. 378 c.p.c.

IL PUBBLICO MINISTERO

Visto il ricorso R.G. n. 2010 del 2017;

letti gli atti, osserva:

preliminarmente, pur convenendosi sulla perdurante importanza della trattazione orale della causa, anche in sede di legittimità, non sempre pienamente surrogabile dalla trattazione scritta, si ritiene nondimeno opportuno, tenuto conto della natura della questione posta dal ricorso, di illustrare gli argomenti che costituiranno oggetto delle conclusioni orali in una memoria scritta, allo scopo di garantire nei termini più ampi ed effettivi il contraddittorio ed il diritto di difesa delle parti.

1.L'oggetto della controversia ed i dati processuali salienti

Il Fallimento della XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX s.p.a. ricorre per cassazione contro la sentenza della Corte di Appello di Campobasso (n. 394 del 2016) che ha revocato il fallimento della XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX s.p.a., dichiarato su istanza del Pubblico Ministero senza la preventiva risoluzione del concordato preventivo cui la società debitrice era stata ammessa, ormai omologato ed in fase di

esecuzione.

I fatti processuali ancora rilevanti possono essere ricostruiti come segue:

La XXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXXX s.p.a. veniva ammessa al concordato preventivo, successivamente omologato nel 2013;

con istanza del 1° giugno 2016, il P.M. instava per il fallimento della predetta società e tale richiesta veniva accolta dal Tribunale di Campobasso con la sentenza n. 12 del 2016, quantunque la procedura concorsuale minore non fosse stata previamente definita con la risoluzione, ai sensi dell'art. 186 l.f.;

la predetta sentenza, reclamata dalla fallita, veniva quindi riformata dalla Corte di Appello di Campobasso che revocava la dichiarazione di fallimento della debitrice perché pronunciata "*omisso medio*".

2. La questione posta all'attenzione della Corte e le ragioni della rimessione alle Sezioni Unite

La questione posta all'attenzione della Corte, diffusamente individuata in tutte le sue implicazioni dall'ordinanza interlocutoria n. 8919 del 2021, è la seguente:

occorre stabilire se, a seguito della omologazione del concordato preventivo, la società ammessa alla procedura concorsuale minore possa essere dichiarata fallita ad istanza di uno qualunque dei soggetti legittimati ai sensi degli artt. 6 e 7 l.f., senza che il concordato preventivo sia stato previamente risolto;

è, peraltro, necessario valutare se una ricostruzione favorevole alla dichiarazione di fallimento *omisso medio* sia compatibile con il quadro normativo vigente (così come ricostruito anche in via interpretativa) nonché con il nuovo codice della crisi di impresa, non ancora in vigore.

Fatte tali premesse, va innanzitutto precisato che la questione esaminata è risolta in modo univoco dalla giurisprudenza di legittimità che ha più volte affermato la ammissibilità del fallimento *omisso medio* del debitore in concordato preventivo ad istanza di tutti i soggetti legittimati, ai sensi degli artt. 6 e 7 l.f. (Pubblico Ministero, creditori concorsuali limitatamente alla quota del credito, come "ristrutturata",

creditori successivi alla procedura concorsuale minore.

L'intervento delle Sezioni Unite è stato, infatti, sollecitato (con la citata ordinanza interlocutoria n. 8919 del 2021) al solo fine di affrontare la tenuta dell'orientamento cui si è fatto cenno alla luce delle criticità evidenziate dalla giurisprudenza di merito (che a tutt'oggi non si è integralmente adeguata all'orientamento della Suprema Corte) nonché da parte della dottrina.

La richiesta di rimessione alle Sezioni Unite della presente controversia non è, pertanto, giustificata dalla necessità di un intervento nomofilattico chiarificatore di un contrasto interpretativo registrato nella presente sede di legittimità ma appare piuttosto finalizzato a conseguire una pronuncia che possa sopire definitivamente ogni dubbio ricostruttivo.

3. Il quadro normativo di riferimento

Al fine di comprendere esattamente i termini della questione è necessario prima di ogni altro rilievo ricostruire il panorama normativo di riferimento.

Innanzitutto, il concordato preventivo vincola tutti i creditori "anteriori".

L'art. 184 l.f. stabilisce, infatti, che il concordato preventivo è obbligatorio per tutti i creditori che, in quanto titolari di pretese maturate in epoca antecedente alla presentazione del ricorso di cui all'art. 161 l.f., possono definirsi concorsuali.

Il vincolo concordatario può, tuttavia, sciogliersi a determinate condizioni.

L'art. 186 l.f., nella formulazione attualmente vigente, stabilisce che la risoluzione del concordato preventivo può essere dichiarata, ad istanza di ciascuno dei creditori (evidentemente concorsuali), quando l'inadempimento non ha scarsa importanza.

A seguito del decreto legislativo n. 169 del 2007 non è, dunque, possibile che alla risoluzione del concordato si pervenga in presenza di un inadempimento della società debitrice segnalato dal Commissario giudiziale ovvero rilevato di ufficio dal Tribunale. Per completezza, giova, comunque, rappresentare che le predette disposizioni sono destinate a mutare parzialmente nel prossimo futuro.

Il d.lgs. 26 ottobre 2020, n. 147 (recante disposizioni integrative e correttive al decreto

legislativo 12 gennaio 2019, n. 14, recante il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza), ha sostituito l'originario art. 119 del codice della crisi, inserendo un settimo comma a tenore del quale *“il Tribunale dichiara aperta la liquidazione giudiziale solo a seguito della risoluzione del concordato, salvo che lo stato di insolvenza consegua a debiti sorti successivamente al deposito della domanda di concordato preventivo”*.

Sempre la medesima disposizione stabilisce, altresì, che legittimati a richiedere la liquidazione sono tutti i creditori (concorsuali) nonché il commissario giudiziale.

4. La posizione interpretativa della Suprema Corte e le posizioni antagoniste

L'orientamento espresso dalla Suprema Corte (Cass. n. 17703 del 2017; Cass. n. 29632 del 2017; in senso parzialmente difforme va, però, menzionata, seppure limitatamente ad un *obiter dictum*, Cass. n. 13850 del 2019) fino ad oggi può riassumersi come segue:

- il creditore anteriore può presentare istanza di fallimento a prescindere dalla risoluzione del concordato qualora intenda far valere il credito insoddisfatto nella misura “falcidiata” dalla proposta;
- l'esercizio della facoltà prevista dall'art. 6 l.f. non è preclusa dalla vincolatività del patto concordatario sancita dall'art. 184 l.f., salvo che il creditore anteriore intenda far valere il credito inadempito nella misura originaria;
- l'art. 186 l.f. non è, pertanto, norma speciale rispetto all'art. 6 l.f.: il ricorso per la risoluzione del concordato preventivo è, infatti, finalizzato esclusivamente a realizzare la “riviviscenza” dell'originaria esigibilità integrale dell'obbligazione vantata dai creditori anteriori;
- il Pubblico Ministero è legittimato, ai sensi dell'art. 7 l.f., quando allegghi una insolvenza riferibile ai creditori anteriori, nei soli limiti della quota “ristrutturata” del credito che ad essi spetta nell'ambito della procedura concorsuale minore.

Come anticipato, parte della giurisprudenza di merito e parte della dottrina contrastano la posizione sino ad ora espressa dalla giurisprudenza di legittimità affermando che:

- il fallimento del debitore non può essere dichiarato se non sia stata preventivamente

definita la procedura di composizione negoziale della crisi (invocando la necessità del “coordinamento asimmetrico” della procedura concordataria e della procedura fallimentare come affermato dalla Cassazione a Cass. Sezioni Unite n. 9935 e 9936 del 2015): pertanto, una istanza di fallimento formulata, ai sensi dell’art. 6 (da un creditore concorsuale anteriore) ovvero dell’art. 7 l.f. (dal P.M.), sarebbe improcedibile ove il concordato non fosse stato previamente risolto poiché la risoluzione dopo l’omologazione costituisce l’unico strumento giuridico che consente di porre nel nulla la procedura di composizione negoziale della crisi;

- le disposizioni della legge fallimentare inducono alla conclusione dell’inammissibilità del fallimento *omisso medio* poiché a) l’art. 186 l.f. è *lex specialis* rispetto all’art. 6 l.f.; poiché gli artt. 162 e 173 l.f. attribuiscono espressamente al P.M. il potere di chiedere che la procedura concordataria sia convertita in fallimento in presenza di determinati presupposti, tale facoltà non può essere riconosciuta al di fuori di quanto espressamente stabilito dalla legge; b) l’art. 184 l.f. stabilisce che il concordato preventivo approvato e omologato obbliga i creditori anteriori che, pertanto, non possono invocare una insolvenza delle obbligazioni concordatarie se non dopo aver risolto l’accordo raggiunto con il debitore;

- lo stato di insolvenza che ha dato luogo alla procedura concordataria è definitivamente rimosso dall’effetto esdebitatorio dell’omologazione di guisa che il creditore anteriore può instare per il fallimento dell’imprenditore allegando una insolvenza successiva connessa a pretese maturate nel corso della procedura concorsuale minore;

in presenza di un concordato preventivo inadempito, ma non più risolubile per decorso del tempo (l’art. 186 l.f. consente di chiedere la risoluzione nel termine perentorio di un anno), i creditori anteriori, pur non potendo richiedere il fallimento del debitore, possono esercitare le azioni esecutive individuali che, a seguito dell’omologazione, non sono precluse dall’art. 168 l.f..

5. La ammissibilità della dichiarazione di fallimento *omisso medio* e gli argomenti

che inducono a preferire tale soluzione

Diversi argomenti inducono a confermare la posizione interpretativa cui ormai da tempo ha aderito la Suprema Corte.

Va preliminarmente evidenziato che nessun significato può attribuirsi al fatto che l'art. 119 del codice della crisi, nella stesura introdotta nel 2020, al settimo comma preveda che *“il Tribunale dichiara aperta la liquidazione giudiziale solo a seguito della risoluzione del concordato, salvo che lo stato di insolvenza consegua a debiti sorti successivamente al deposito della domanda di concordato preventivo”*.

Può, infatti, affermarsi che tale disposizione non rappresenta nel caso di specie un valido criterio interpretativo poiché tra la normativa dell'attuale legge fallimentare ed il codice della crisi non ricorre il necessario *“ambito di continuità”* che renderebbe possibile ricavare dalle disposizioni future elementi utili alla esegesi di quelle vigenti (il riferimento alla necessità di un ambito di continuità tra il vecchio ed il nuovo è compiuto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 12476 del 2020).

La disposizione contenuta nel nuovo codice della crisi pare, infatti, per la gran parte *“innovativa”* come si evince dal fatto che il citato articolo 119, oltre ad attribuire il potere di chiedere la risoluzione, non solo ai creditori, ma anche al Commissario giudiziale (cui spetta di formulare specifica segnalazione al Tribunale), vieta espressamente la dichiarazione di fallimento *omisso medio* nel caso in cui l'insolvenza sia riconducibile a debiti anteriori.

Analogo divieto non è, invece, espressamente previsto dalla attuale legge fallimentare né può ricavarsi indirettamente dal complesso delle disposizioni che disciplinano regolano il concordato preventivo e ne prevedono la possibile *“conversione”* in fallimento.

Alla conclusione secondo cui la previa risoluzione del concordato preventivo omologato costituirebbe la condizione ineludibile affinché il debitore possa essere dichiarato fallito per l'inadempimento degli impegni assunti nei confronti dei creditori anteriori non può pervenirsi neppure sostenendo che la composizione negoziale della

crisi realizza la definitiva esdebitazione dell'imprenditore relativamente alle obbligazioni pregresse che, ove inadempite, potrebbero al più essere soddisfatte attraverso l'esercizio di una azione esecutiva individuale ma non con concorsuale.

Tale affermazione non persuade innanzitutto perché nessun dato normativo consente di elaborare una distinzione tra insolvenza *ante* e insolvenza *post* sicché, in assenza di specifiche previsioni, l'insolvenza deve considerarsi espressione di una condizione unitaria.

In questa prospettiva, non vi sarebbe, pertanto, motivo per escludere che anche i debiti concordatari inadempiti possano da soli costituire sintomo rivelatore del fatto che l'imprenditore, pur ammesso alla composizione negoziale della crisi, è divenuto insolvente nella fase di esecuzione del piano perché solo nella fase liquidatoria è stata acquisita prova del fatto che non in condizione di far fronte con regolarità (secondo modalità e tempi promessi) ai pagamenti programmati in virtù della proposta.

Giova, ancora rilevare, che non convince la tesi secondo cui i creditori anteriori, in presenza di un adempimento del concordato, avrebbero una alternativa secca tra la proposizione dell'istanza di risoluzione, che è prodromica alla eventuale successiva richiesta di fallimento, e l'esecuzione individuale.

Tale prospettazione non persuade per tutte le ragioni sin qui esposte ed anche in considerazione del fatto che, pendente il concordato preventivo, l'esecuzione individuale è percorribile ad istanza dei creditori anteriori solo a determinate condizioni. Più precisamente, quantunque, ai sensi dell'art. 168 l.f., il divieto di esecuzione individuale operi solo a far data dalla proposizione della domanda di concordato preventivo e sino alla sua omologazione, è prevalente la tesi secondo cui non è possibile sottoporre ad espropriazione i beni che il debitore abbia ceduto ai suoi creditori in virtù di una proposta di concordato preventivo liquidatorio poiché questi ultimi fanno parte di un patrimonio "segregato" non disponibile (cfr. Cass. n. 5306 del 1999 con riferimento al concordato con cessione).

Va, inoltre, precisato che durante la fase di esecuzione del concordato i creditori anteriori sono vincolati dai tempi e modi di pagamento previsti dalla proposta talché

non sussiste il potere di agire in via esecutiva fintantochè il credito non sia divenuto esigibile rispetto a tutte le scadenze indicate nella proposta omologata.

In ogni caso, è ulteriormente opportuno precisare che ove si accedesse alla tesi secondo cui non è possibile dichiarare il fallimento dell'imprenditore – debitore ammesso ad un concordato preventivo nel frattempo omologato se tale procedura concorsuale minore non sia stata previamente risolta ai sensi dell'art. 186 l.f., si approderebbe ad una ricostruzione foriera di significative aporie.

Poiché la risoluzione di cui all'art. 186 l.f. può essere invocata dai soli creditori anteriori, affermare che il fallimento *omisso medio* è vietato, equivale a sostenere che, una volta omologato il concordato preventivo, l'imprenditore – debitore non potrebbe essere dichiarato fallito per una insolvenza collegata all'inadempimento delle obbligazioni concordatarie, in virtù di una istanza del P.M. ovvero di una richiesta di autofallimento.

L'effetto di una siffatta soluzione è, però, evidentemente irrazionale.

Pare, infatti, difficilmente percorribile la tesi secondo cui la dichiarazione di fallimento di un imprenditore – debitore in concordato preventivo che abbia “ammesso” di non poter adempiere regolarmente le proprie obbligazioni o che sia risultato insolvente all'esito degli accertamenti compiuti dalla Procura della Repubblica, sia precluso da un ostacolo processuale, non espressamente previsto e, peraltro, irriducibilmente contrastante con gli interessi pubblicistici sottesi agli istituti della legge fallimentare.

La tesi favorevole alla dichiarazione di fallimento *omisso medio* per l'inadempimento delle obbligazioni concordatarie è, infine, conforme alla sentenza della Corte Costituzionale n. 106 del 2004 che, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 137, 184 e 186 l.f. affermando che “*una lettura delle norme impugnate conforme a Costituzione non preclude all'interprete di giungere alla conclusione che anche in assenza di risoluzione del concordato possa giungersi ad una dichiarazione di fallimento*”, ha implicitamente sostenuto che anche l'inadempimento dei crediti anteriori alla proposta concordataria può dare origine ad una insolvenza “rilevante” ai fini dell'apertura della procedura concorsuale.

La soluzione sin qui propugnata appare peraltro in linea con l'orientamento (espresso dalla Cassazione a Sezioni Unite con la sentenza n. 9435 e 9436 del 2015) secondo cui le istanze di fallimento non sono procedibili fintantoche il Tribunale non abbia provveduto sulla domanda di concordato preventivo.

Deve, infatti, ritenersi che l'esigenza di provvedere prioritariamente sulla domanda di cui all'art. 161 l.f. viene meno quando il concordato preventivo sia stato ammesso, approvato e poi omologato.

Quando il concordato pende ormai in fase esecutiva, l'obiettivo di favorire prioritariamente soluzione negoziata della crisi del debitore pare inevitabilmente raggiunto. La necessità del coordinamento simmetrico tra le due procedure non può, invece, essere portato alle estreme conseguenze tanto da indurre ad affermare che, pur dinanzi ad un inadempimento delle obbligazioni concordatarie, l'istanza di fallimento è improcedibile quando la risoluzione non è stata richiesta o, comunque, disposta.

Per completezza, giova rilevare che non è condivisibile la tesi secondo cui la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore - debitore presuppone la preventiva definizione della procedura di concordato preventivo pendente, come può ricavarsi dalle disposizioni dettate dagli artt. 162, 173 e 180 l.f. che subordinano la conversione della procedura concorsuale minore in fallimento allo svolgimento di un subprocedimento "tipico" finalizzato alla chiusura anticipata.

Deve, infatti, ritenersi che tale preventiva definizione, certamente indispensabile nelle fasi che precedono l'omologazione, non sia più necessaria quando il concordato preventivo omologato, sia ormai in corso di esecuzione.

6. Le criticità applicative dell'orientamento ritenuto preferibile

Per completezza, giova evidenziare che non possono essere addotte a sostegno della tesi opposta a quella sin qui sostenuta le criticità applicative che possono derivarne.

Si è sostenuto che la tesi favorevole alla dichiarazione del fallimento *omisso medio* produrrebbe l'effetto di far lievitare i costi poiché imporrebbe di duplicare le spese anche degli organi della procedura.

Si è altresì affermato che in caso di fallimento non preceduto dalla risoluzione del concordato preventivo imporrebbe la gestione coordinata di due masse.

A ben vedere va, però, rilevato che tali argomenti non sono decisivi.

Giova rilevare innanzitutto che se la dichiarazione di fallimento costituisce l'unica modalità per tutelare le ragioni dei creditori concorsuali, nessun rilievo assume il fatto che essa generi ulteriori costi.

Inoltre, la eventuale coesistenza delle due masse delle diverse procedure concorsuali non costituisce ragione sufficiente per la dichiarazione di fallimento che, oltre, ad avere una rilevanza pubblicistica in determinate ipotesi, produce effetti ben più ampi a carico del debitore.

7. I principi di diritto alla luce delle conclusioni raggiunte e la conseguente richiesta di accoglimento del ricorso

Alla luce di quanto sin qui sostenuto, giova rilevare che la dichiarazione di fallimento non poteva essere revocata in quanto il creditore istante era legittimato a proporre la istanza ex art. 6 l.f. in relazione ad una pretesa “anteriore”.

Si chiede, pertanto, alle Sezioni Unite della Corte di Cassazione di accogliere il ricorso confermando l'orientamento sin qui espresso nei seguenti termini:

- il debitore può essere dichiarato fallito, ad istanza dei creditori concorsuali, del P.M. e dello stesso debitore, per l'inadempimento dei crediti anteriori riscontrato nella fase esecutiva di un concordato preventivo omologato e non risolto (perché il ricorso ex art. 186 l.f. non è stato proposto ovvero non poteva più essere proposto);
- la mancata o intempestiva richiesta di risoluzione del concordato preventivo non impedisce che i soggetti legittimati ai sensi degli artt. 6 e 7 l.f. possano chiedere che il debitore venga dichiarato fallito, se insolvente alle obbligazioni concordatarie assunte; in mancanza di una pronuncia giudiziale di risoluzione che ponga nel nulla l'accordo negoziale pregresso, l'inadempimento dell'imprenditore in concordato va, però, ragguagliato, rispetto ai debiti anteriori, non agli importi originari, ma agli importi rinvenienti dalla ristrutturazione.

Per tutte le ragioni che precedono, il ricorso proposto dal fallimento appare fondato e deve essere accolto.

PER QUESTI MOTIVI

Chiede che la Corte di Cassazione accolga il ricorso.

Roma,

Il Sostituto Procuratore Generale

Anna Maria Soldi