

## ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORDSUALI, Procedure concorsuali e Diritto fallimentare

---

### ***È possibile il fallimento senza risoluzione del concordato?***

di **Alessandro Petronzi**

*Il lavoro esamina il discusso tema della possibilità di dichiarare il fallimento dell'imprenditore ammesso a concordato preventivo, senza la previa pronuncia di risoluzione del concordato.*

- *La situazione attuale*

Oggi, dopo quella che è stata, con formula efficace, definita “*la stagione dei concordati*”, un dato statistico, particolarmente evidente nel Tribunale di Como, ma credo diffuso in ogni tribunale d'Italia, è destinato a balzare agli occhi.

Ed è un dato statistico che vede il ricorso allo strumento concordatario in netta flessione.

Del resto, è lo stesso legislatore ad essersi reso conto che la stagione dei concordati troppo sovente ha prodotto distorsioni pratiche e spesso anche veri e propri abusi nel ricorso allo strumento in questione, ponendovi in parte riparo con la novella del 2015 che ha ridimensionato quelle norme che avevano reso possibile una certa smisurata prosperazione delle procedure concordatarie (vale a dire la rimodulazione del voto con la introduzione del silenzio rigetto in luogo del silenzio assenso da parte dei creditori non votanti e la previsione della percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari per i concordati liquidatori).

Ma quella che abbiamo definito “*la stagione dei concordati*”, ed è il tema che ci occupa, ha prodotto un ulteriore effetto: quello dei concordati, pur ammessi, pur passati attraverso il vaglio della fattibilità economica della adunanza dei creditori, e sinanco pur omologati dal Tribunale, eppure rimasti inesorabilmente ineseguiti ed inadempiti, magari per anni, nella più completa inerzia dei creditori, unici legittimati all'azione di risoluzione, e senza che gli organi della procedura o il tribunale abbiano concreti ed effettivi poteri di azione ed intervento.

Le ragioni dell'inerzia dei creditori sono note ed evidenti, ed essenzialmente legate a ragioni di natura economica: sostenere ulteriori costi per una iniziativa giudiziaria presumibilmente improduttiva di reali effetti rispetto all'interesse del soddisfacimento, anche solo parziale, del credito è ritenuto un inutile dispendio di ulteriori risorse economiche.

Le ragioni della indifferenza del legislatore rispetto alla necessità di dotare gli organi della procedura (commissario, liquidatore o tribunale) di concreti poteri di incisione sono invece riconducibili a ragioni di ordine sistematico: la natura privatistica del concordato, quale

strumento di risoluzione della crisi, impone che anche la eventuale rimozione degli effetti del concordato siano il frutto della valutazione da parte degli stessi contraenti, attraverso l'esperimento della azione di risoluzione.

Rimane il dato, un po' sconcertante, sinanco ingiusto sul piano sostanziale, di concordati omologati che rimangono nell'oblio, nonostante il diligente operato di vigilanza del commissario giudiziale o del liquidatore e la supervisione di giudice delegato e tribunale.

- *La giurisprudenza in materia*

In tale quadro fattuale ed economico si innestano le riflessioni degli interpreti sulla tematica, oggi particolarmente sentita in tutti i tribunali, della possibilità di dichiarare il fallimento dell'imprenditore in concordato senza la previa risoluzione del concordato preventivo, tematica che nasce dalla esigenza di cui si è detto, marcatamente pratica, di "sbloccare" situazioni di impasse irreversibili.

Ancora pochi sono invero i contributi, soprattutto giurisprudenziali, rinvenibili.

Pur nella pochezza del materiale giurisprudenziale rinvenibile, risulta nettamente prevalente la tesi favorevole alla possibilità di dichiarare in fallimento senza previa declaratoria di risoluzione.

Può essere utile una breve rassegna giurisprudenziale, con una rapidissima disamina del caso concreto trattato dai singoli provvedimenti:

- il più "risalente" Tribunale Venezia del 6.11.2015 ha dichiarato il fallimento richiesto in proprio dall'imprenditore in concordato omologato in una ipotesi di concordato liquidatorio ove era intervenuto il fallimento della società cessionaria dell'azienda che non aveva ancora corrisposto l'integrale versamento del corrispettivo della cessione;
- Tribunale di Napoli Nord del 13.04.2016 ha esaminato una istanza di fallimento in proprio dell'imprenditore in concordato in una ipotesi di concordato misto (in parte in continuità, in parte liquidatorio);
- Tribunale di Torino del 26.07.2016 affronta invece la tematica della legittimità della richiesta di fallimento formulata dal P.M (su segnalazione dello stesso G.D. della procedura concordataria), in una ipotesi in cui in cui il termine di adempimento non era ancora scaduto ma constava la impossibilità di pagare alcunché ai creditori;
- Tribunale di Modena del 1.08.2016 ha dichiarato il fallimento in proprio del debitore in concordato che aveva riconosciuto la impossibilità assoluta di eseguire il piano approvato dai creditori ed omologato, in una ipotesi in cui nemmeno i creditori privilegiati erano stati pagati;
- Tribunale di Treviso del 10.01.2017 ha esaminato una istanza di fallimento in proprio dell'imprenditore in concordato;
- Tribunale di Rovereto del 30.3.2017 ha dichiarato il fallimento su conforme richiesta del P.M. in una ipotesi in cui era già stato dichiarato il fallimento della società veicolo

del concordato in continuità.

Tutti i citati provvedimenti si accomunano per il richiamo, espressamente formulato nella parte motivazionale, ad un autorevole pronuncia del giudice delle leggi (Corte Cost. 106/2004) che espressamente, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale, ha affermato che: *«una lettura delle norme impugnate conforme a Costituzione non preclude all'interprete di giungere alla [...] 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 una autonoma dichiarazione di fallimento».*

E liquida l'opposto pensiero (quello cioè che richiede la risoluzione del concordato quale presupposto della declaratoria di fallimento) come *«frutto di una interpretazione che privilegia un - rispettabile ma opinabile - profilo sistematico, secondo il quale il concordato (se non risolto o annullato) cancellerebbe definitivamente "quella" insolvenza in ragione della quale fu ammesso e omologato e, pertanto, impedirebbe di attribuire successivamente rilevanza, ai fini di cui all'art. 5 legge fall., ai debiti esistenti al momento dell'apertura della procedura».*

Al fine di meglio comprendere i contorni della questione in esame va tuttavia considerato il caso di specie che il giudice rimettente e la Corte Costituzionale erano chiamate ad esaminare: si trattava di una istanza di fallimento formulata da alcuni creditori che non erano stati informati della pendenza della procedura concordataria e che pertanto non avevano potuto "partecipare" al concordato esprimendo il proprio voto, né tantomeno erano legittimati all'azione di risoluzione del concordato per decorrenza del termine annuale.

Il giudice rimettente ha pertanto sollevato la questione di legittimità costituzionale nutrendo dubbi sulla compatibilità con i principi costituzionali degli artt. 137, 184 e 186 l.fall. nella parte in cui nella parte in cui *"precludono al creditore anteriore alla proposta di concordato preventivo del suo debitore, e non avvisato della proposta concordataria, nè inserito nell'elenco dei creditori, di richiedere il fallimento del suo debitore, nel caso di inadempimento del concordato, ed anche in mancanza di risoluzione, decorso l'anno dalla scadenza dell'ultimo pagamento indicato nel concordato preventivo omologato"*.

La diversità della casistica esaminata dal giudice di legittimità costituzionale da quella che i tribunali di merito citati, che alla Corte Costituzionale si sono richiamati, è stata sintomaticamente rilevata dalla recente pronuncia del Tribunale di Padova del 30.03.2017 che, nel rigettare la istanza di fallimento formulata in proprio dell'imprenditore in concordato, che evidenziava la infattibilità pratica della procedura di concordato ormai omologato a causa dell'intervenuto fallimento della società veicolo del concordato stesso (dunque un caso analogo a quello trattato dai sopra citati Tribunale Venezia del 6.11.2015, Tribunale di Napoli Nord del 13.04.2016, Tribunale di Rovereto 30.3.2017) ha proprio posto in evidenza come il caso trattato dalla Corte Costituzionale consisteva in una ipotesi, del tutto peculiare, in cui il creditore istante il fallimento della società in concordato era stato del tutto pretermesso, essendo all'oscuro della pendenza del concordato; di qui il rischio del *vulnus* alle sue facoltà di

difesa. Ed ha operato un netto distinguo nella differente fattispecie (che accomuna tutte le altre pronunce di merito segnalate) in cui pende il termine per la risoluzione, sicché i creditori hanno a disposizione lo strumento giuridico per far valere l'inadempimento del proprio debitore, ovvero la azione di risoluzione e la conseguenziale dichiarazione di fallimento.

- *Le diverse posizioni (in sintesi).*

Esaminato il panorama giurisprudenziale, si delineano dunque diverse opzioni ermeneutiche (tutte oggi in astratto percorribili e dotate di pari dignità giuridica, in attesa che la giurisprudenza si assesti in un senso o nell'altro):

a) può ritenersi, applicando in senso espansivo il principio di diritto espresso dalla Corte Costituzionale, che nessuna norma della legge fallimentare imponga la risoluzione del concordato quale presupposto sistematico della declaratoria di fallimento (tesi estensiva, oggi prevalente in giurisprudenza di merito).

Ne consegue che il fallimento può derivare dall'iniziativa dei creditori (anche pendente il termine di risoluzione del concordato), del P.M. (è il caso esaminato dal Tribunale di Torino e dal Tribunale di Rovereto) ovvero dallo stesso imprenditore (non è un caso che il Tribunale di Napoli, al proposito, richiami l'obbligo, desumibile dall'art. 217, primo comma, n. 4 l.fall., gravante sull'imprenditore di richiedere il proprio fallimento per evitare l'aggravio del dissesto la cui violazione è penalmente sanzionata).

Del resto, non manca di rilevare il tribunale campano, dall'art. 168 l.fall., che vieta ai creditori anteriori di iniziare o proseguire azioni esecutive fino alla definitività del provvedimento di omologa, si ricava un supporto testuale per sostenere che dopo la omologa i creditori, scaduti i termini per l'adempimento previsti nella proposta di concordato omologata, possano agire per ottenere l'esecuzione delle prestazioni oggetto degli obblighi concordatari e di esperire, per la tutela delle proprie pretese economiche, l'azione esecutiva individuale e collettiva (e dunque di richiedere e provocare il fallimento dell'imprenditore inadempiente alla proposta di concordato) ;

b) può ancora ritenersi che il fallimento senza previa declaratoria di risoluzione risulti solo possibile nella ipotesi in cui a richiedere il fallimento siano creditori pretermessi dal concordato non più facoltizzati alla azione di risoluzione per decorso del termine (tesi restrittiva).

Anche per questi creditori il concordato risulta infatti comunque obbligatorio (*ex art. 184 l.fall.*) ma costoro non potrebbero esperire l'azione di risoluzione. Per evitare un vuoto di tutela, deve dunque ammettersi, sulla scia del pensiero della corte costituzionale, che possano richiedere il fallimento senza previa declaratoria di risoluzione del concordato.

c) Vi è poi un'altra ipotesi, frequente nella pratica, non ancora oggetto di specifica disamina da parte della giurisprudenza, a fronte di una certa uniformità di pensiero in dottrina, in cui si

ammette la declaratoria di fallimento anche senza risoluzione del concordato.

Si tratta cioè della istanza di fallimento formulata dai creditori che vantano crediti di natura prededucibile, formatisi proprio in conseguenza e successivamente all'omologa: essi sono crediti non anteriori, con la conseguente non applicazione della regola generale di cui all'art. 184 l.fall., e discendenti direttamente dalla pendenza stessa della procedura di concordato.

Si pensi a tutti quei creditori che maturano crediti prededucibili che non vengono pagati perché non si riescono a realizzare neppure quelle risorse sufficienti per il loro pagamento, a partire dal Commissario Giudiziale e dai periti di nomina giudiziale, oppure i professionisti che hanno assistito la società debitrice, ma anche fornitori strategici o dipendenti dell'imprenditore in continuità, ovvero, nell'ambito di quei concordati liquidatori, non infrequenti nella prassi, con enormi patrimoni immobiliari, difficili da realizzare, che generano ingenti crediti prededucibili per le imposte varie sul bene (IMU; TASI; TARI...).

- *Le conseguenze in tema di verifica dei crediti nell'ambito del fallimento.*

Vediamo ora quali sono i risvolti pratici che derivano dalla declaratoria di fallimento del debitore senza risoluzione del concordato preventivo, ed in particolare quale sia la sorte dei crediti nell'ambito dello stato passivo fallimentare.

Nella ipotesi per così dire "fisiologica" di fallimento conseguente alla risoluzione del concordato preventivo, il fallimento è in consecuzione rispetto alla procedura concordataria. Il vincolo nascente dal concordato omologato si scioglie e la dichiarazione di fallimento retroagisce al momento del decreto di apertura della procedura di concordato, caducando il vincolo del concordato ed i suoi effetti.

L'ammissione al passivo dei crediti anteriori va dunque fatta per l'intero loro ammontare e non già nella misura "falcidiata" dal concordato.

Nella diversa ipotesi di fallimento senza risoluzione invece:

- il vincolo nascente dal concordato omologato, che non è sciolto, continua a sussistere (non essendo invece sostenibile la tesi della risoluzione di diritto del concordato in conseguenza del fallimento, in quanto nessuna norma consente una simile lettura, mentre quando il legislatore ha voluto tale effetto lo ha espressamente previsto, è il caso dell'art. 12 comma 3 legge 3/2012, che stabilisce che "*la sentenza di fallimento pronunciata a carico del debitore risolve l'accordo*");
- continua ad esplicare effetti il principio di cui all'art. 184 l.fall., che sancisce la regola della obbligatorietà del concordato per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura (art. 184 l.fall.);
- la autonoma procedura fallimentare (che non è non in consecuzione, per usare le parole della

corte costituzionale) prende data ad ogni effetto dalla dichiarazione stessa.

Da tali considerazioni consegue che ai fini dell'esame delle domande di insinuazione allo stato passivo il curatore dovrà ammettere al passivo i creditori vincolati dal concordato nella misura falcidiata e/o prevista nella proposta omologata.

È stato rilevato peraltro che tale soluzione risulta sostenibile solo a patto che si riconosca alla procedura di concordato che sia stato omologato effetto novativo del credito: diversamente risulta difficile sostenere che lo stato passivo possa essere condizionato non solo da fatti costitutivi del credito, ma da una proposta, non novativa, dello stesso debitore, per giunta rimasta inadempita (una sorta di "*risoluzione unilaterale*" che emula l'art. 118 T.U.B.).

- *Uno sguardo al futuro: la recente legge delega*

Il menzionato dibattito è destinato a sopirsi definitivamente nel prossimo futuro.

Con l'approvazione definitiva del testo della legge delega di riforma delle procedure concorsuali (c.d. riforma Rordorf), il Governo sarà chiamato ad "*ordinare la disciplina della revoca, dell'annullamento e della risoluzione del concordato preventivo, prevedendo la legittimazione del commissario giudiziale a richiedere, su istanza di un creditore, la risoluzione del concordato per inadempimento*".