

Comitato scientifico:

*Elisabetta BERTACCHINI (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Giuseppe BUFFONE (Magistrato) - Costanzo Mario CEA (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo CENDON (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco CESARI (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Bona CIACCIA (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo CIRCELLI (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio CORASANITI (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Lorenzo DELLI PRISCOLI (Magistrato, Ufficio Massimario presso la Suprema Corte di Cassazione, Ufficio Studi presso la Corte Costituzionale) - Francesco ELEFANTE (Magistrato T.A.R.) - Annamaria FASANO (Magistrato, Ufficio massimario presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo FERRI (Magistrato, Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco FIMMANO' (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio FORGILLO (Presidente di Tribunale) - Mariacarla GIORGETTI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi IANNI (Magistrato) - Francesco LUPIA - Giuseppe MARSEGLIA (Magistrato) - Piero SANDULLI (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano SCHIRO' (Presidente di Corte di Appello) - Bruno SPAGNA MUSSO (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo SPAZIANI (Magistrato) - Antonella STILO (Consigliere Corte di Appello) - Antonio VALITUTTI (Consigliere della Suprema Corte di Cassazione) - Alessio ZACCARIA (Professore ordinario di diritto privato).*

---

## **Rapporto tra procedure di concordato preventivo e fallimento: la questione va alle Sezioni Unite.**

*La Prima Sezione Civile della Corte ha rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della causa alle Sezioni Unite in relazione alla questione, su cui vi è contrasto, relativa al rapporto tra le procedure di concordato preventivo e fallimento, ossia se, a seguito della soppressione operata con il d.l. n. 35 del 2005 dell'inciso - già contenuto nell'art. 160 legge fall. - relativo alla facoltà di proporre il concordato preventivo «fino a che il suo fallimento non è dichiarato», il rapporto tra le due procedure debba intendersi, come già fatto proprio dalle Sezioni Unite, in termini di semplice coordinamento, sicché l'apertura della procedura fallimentare non è condizionata dal previo esaurimento della soluzione concordata della crisi d'impresa, ovvero se la suddetta modifica non abbia fatto venire meno il criterio della prevenzione tra le procedure per cui si deve ritenere che - con esclusione delle fasi d'impugnazione dei provvedimenti che pongono fine alla prospettiva concordataria - la pendenza della procedura di concordato preventivo impedisca temporaneamente la declaratoria di fallimento fino alla sua definizione.*

**Cassazione civile, sezione prima, ordinanza del 30.4.2014, n. 9476**

*...omissis...*

PREMESSO

Con decreto 30 novembre 2010 il Tribunale di Reggio Emilia dichiarò risolto il concordato preventivo n. 3/2006 relativo alla Cartiera di Cadidavid s.r.l. in liquidazione, facendo applicazione dell'art. 186 legge fallim. nel testo vigente anteriormente alla modifica introdotta con il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, ma non dichiarò il fallimento.

La creditrice ICC Industria Cartaria Cadidavid s.r.l. propose reclamo alla Corte d'appello di Bologna chiedendo che fosse dichiarato anche il fallimento della società debitrice, che resistette al gravame. Nello stesso tempo la società reclamante fu dichiarata a sua volta fallita, con conseguente interruzione del processo e riassunzione a cura della Edil Paper Group s.r.l., cessionaria del credito vantato dalla reclamante. Anche il curatore del fallimento di quest'ultima si costituì nel giudizio riassunto.

La Corte d'appello, respinte le eccezioni di tardività del reclamo, nonché di difetto di legittimazione e di difetto di interesse della reclamante e della sua avente causa, ha respinto altresì il reclamo stesso,

osservando che, a seguito della modifica dell'art. 6 legge fallim. introdotta dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, con la eliminazione del potere del tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento del debitore contestualmente alla risoluzione del concordato, anche l'ipotesi di declaratoria officiosa del fallimento contemplata dall'art. 186, vecchio testo, legge fallim. deve intendersi tacitamente abrogata.

La Edil Paper Group ha proposto ricorso per cassazione articolando un solo motivo di censura. La Cartiera di Cadidavid s.r.l. ha resistito con controricorso contenente anche ricorso incidentale per due motivi.

#### CONSIDERATO

1. - E' pregiudiziale l'eccezione, sollevata dalla società controricorrente, d'inammissibilità del ricorso principale per cessazione della materia del contendere verificatasi prima della notifica dello stesso, eseguita il 23 agosto 2011, per effetto della nuova ammissione della medesima società alla procedura di concordato preventivo, su sua nuova domanda, con decreto del Tribunale di Reggio Emilia pubblicato il 18 marzo 2011. Ad avviso della controricorrente non può infatti dichiararsi il fallimento di un imprenditore in pendenza di procedura di concordato preventivo aperta nei suoi confronti.

2. - Il Collegio condivide tale avviso, ma ritiene che la sentenza delle Sezioni Unite di questa Corte n. 1521 del 2013 contenga indicazioni in senso contrario, che impongono di rimettere la decisione alle Sezioni Unite stesse ai sensi dell'art. 374, terzo comma, c.p.c.

3. - Va premesso che, com'è noto, nella riscrittura dell'art. 160 legge fallim. ad opera del d.l. 14 marzo 2005, n. 35, conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80, è stato eliminato l'inciso relativo alla facoltà del debitore di proporre il concordato preventivo «fino a che il suo fallimento non è dichiarato», dal quale si desu-  
meva, fra l'altro, il principio della prevalenza del concordato rispetto al fallimento, con i corollari della impossibilità di dichiarare quest'ultimo senza previa decisione (negativa) sull'ammissibilità dell'eventuale domanda di concordato proposta dal debitore o nel corso della procedura conseguente alla sua ammissione.

In tale nuovo contesto questa Sezione aveva quindi affermato, nella sentenza n. 18190 del 2012, che il «*criterio della prevenzione che all'epoca correlava le due procedure - di concordato preventivo e di fallimento - postponendo la pronuncia di fallimento al previo esaurimento della soluzione concordata della crisi dell'impresa*» era conseguentemente da ritenersi supera-

to e aveva, perciò, negato che al tribunale sia vietato dichiarare il fallimento senza pronunciarsi previamente sulla domanda di concordato preventivo.

Le Sezioni Unite, con la sentenza sopra indicata, hanno condiviso tale orientamento e hanno ritenuto di estenderne la *ratio* anche alla diversa fattispecie sottoposta al loro esame, nella quale la società debitrice, ammessa alla procedura di concordato e dichiarata fallita a seguito del diniego dell'omologazione, sosteneva che la dichiarazione di fallimento non potesse essere adottata in pendenza dell'impugnazione avverso il diniego di omologazione.

Gli argomenti posti dalle Sezioni Unite a fondamento della decisione contraria alla tesi della società debitrice sono tali da indurre a ritenere che si sia negata la vigenza del principio della prevalenza del concordato e del secondo dei suoi corollari sopra indicati, quello (direttamente rilevante ai fini del presente giudizio, come si è visto) relativo al divieto di dichiarare il fallimento nel corso della procedura di concordato aperta a seguito della domanda del debitore.

Si legge, invero, nella sentenza in esame:

*«Come già puntualmente rilevato da questa corte (Cass. 18190/12, cit.), infatti, il «criterio della prevenzione, che all'epoca correlava le due procedure – di concordato e di fallimento – posponendo la pronuncia*



di fallimento al previo esaurimento della soluzione concordata della crisi dell'impresa», era stato affermato in ragione dell'inciso contenuto nella precedente formulazione dell'art. 160 l. fall., per il quale all'imprenditore veniva concessa facoltà di proporre il concordato preventivo fino a che il suo fallimento non fosse stato dichiarato.»

Osservato, quindi, che l'eliminazione dell'inciso comporta anche il superamento del criterio della prevenzione, non altrimenti desumibile in via interpretativa non ricorrendo, in particolare, un'ipotesi di pregiudizialità - con conseguente sospensione necessaria - tra le situazioni giuridiche a base del concordato e del fallimento, le Sezioni Unite così proseguono:

«Al contrario, deve invece ritenersi che il rapporto tra concordato preventivo e fallimento si atteggi come un fenomeno di consequenzialità (eventuale del fallimento, all'esito negativo della procedura di concordato) e di assorbimento (dei vizi del provvedimento di rigetto in motivi di impugnazione del successivo fallimento), che determina una mera esigenza di coordinamento fra i due procedimenti (Cass. 3059/11, cit.)...

«La consequenzialità logica tra le due procedure non si traduce dunque anche in una consequenzialità procedimentale...».

Come si vede, viene preso in considerazione non già il solo rapporto tra domanda di concordato e istanza di fallimento, per negare (come già aveva fatto Cass. Sez. I 18190/2012, cit.) che l'esame della prima condizioni l'esame della seconda, bensì il rapporto tra le *procedure* di concordato e di fallimento nel loro complesso, per negare che l'apertura della seconda sia condizionata «al previo esaurimento della soluzione concordata della crisi dell'impresa» (esaurimento che si verifica con il completamento della procedura di concordato, non già con la sua semplice apertura) e per affermare che esiste tra le due procedure una mera esigenza di coordinamento.

4. - Questo Collegio è invece dell'avviso che la pendenza della procedura di concordato preventivo, conseguente alla sua apertura ai sensi dell'art. 163 legge fallim., precluda la possibilità di dichiarare il fallimento e che, più in generale, il principio della prevalenza della procedura di concordato non possa dirsi superato per effetto dell'eliminazione, nel testo dell'art. 160 legge fallim., dell'inciso di cui si è detto all'inizio.

4.1. - Se è vero che tale principio non può più essere desunto da quell'inciso, ormai scomparso, e che neppure può derivare da un rapporto di pregiudizialità in senso tecnico-giuridico tra concordato e fallimento

- rapporto senza dubbio insussistente, come statuito dalle Sezioni Unite - non sembra tuttavia da escludere che esso sia altrimenti ricavabile dal sistema, il quale attribuisce al concordato preventivo la funzione di prevenire - appunto - il fallimento attraverso una soluzione alternativa basata sull'accordo del debitore con la maggioranza dei creditori.

Tale funzione preventiva comporta sia che, prima di dichiarare il fallimento, debba necessariamente essere esaminata l'eventuale domanda di concordato presentata dal debitore, per far luogo, poi, alla dichiarazione del fallimento solo in caso di mancata apertura della procedura minore; sia che, una volta aperta quest'ultima ai sensi dell'art. 163 legge fallim., il fallimento non possa più essere dichiarato sino alla conclusione di essa in senso negativo, ossia con la mancata approvazione ai sensi dell'art. 179, il rigetto ai sensi dell'art. 180, ult. comma, ovvero la revoca dell'ammissione ai sensi dell'art. 173.

4.2. - Dette conclusioni, del resto, trovano anche aggancio in espresse disposizioni della legge fallimentare, specie se lette, queste ultime, alla luce della indicata funzione del concordato preventivo.

Così l'art. 162, secondo comma, (cui rinvia anche il richiamato art. 179) consente la dichiarazione di fallimento, «su istanza del creditore o su richiesta

del pubblico ministero», soltanto a seguito della declaratoria d'inammissibilità della proposta di concordato, e nulla autorizza a pensare che il legislatore abbia inteso riferirsi esclusivamente all'istanza o richiesta sopraggiunte alla declaratoria stessa e non anche a quelle eventualmente già presentate in precedenza; tanto più che sembra doversi ritenere che la dichiarazione del fallimento sia consentita anche all'esito dell'unica audizione del debitore prevista dal medesimo comma (audizione da estendere ovviamente, per completezza di contraddittorio, all'esame anche dell'istanza o richiesta di fallimento, oltre che della domanda di concordato), necessariamente anteriore alla declaratoria d'inammissibilità; la quale, infine, ben può essere contenuta nella medesima sentenza dichiarativa del fallimento (Cass. 12986/2009), a conferma della ordinaria contestualità dei due procedimenti volti rispettivamente alla declaratoria d'inammissibilità del concordato e alla dichiarazione del fallimento.

Alla stessa maniera l'art. 180, ult. comma, consente la dichiarazione del fallimento soltanto "se il tribunale respinge il concordato", dunque non prima di ciò e non al di fuori della relativa procedura. E analogamente dispone anche l'art. 173.

Infine, l'art. 161, decimo comma (introdotto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012,

n. 134), prevede, per l'ipotesi di presentazione della domanda di concordato con riserva in pendenza di procedimento per la dichiarazione di fallimento, una riduzione del termine per sciogliere la riserva stessa: prevede, in altri termini, un'accelerazione dei tempi della definizione della procedura relativa alla domanda di concordato, in considerazione della pendenza del procedimento prefallimentare, che non avrebbe ragione d'essere se il fallimento potesse essere dichiarato anche prima della decisione sulla procedura minore.

Né va sottaciuta l'attenzione prestata dal legislatore, nel riformare la legge fallimentare, agli effetti "protettivi" della domanda di concordato. L'anticipazione della decorrenza dei termini di cui agli artt. 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 alla pubblicazione di tale domanda in ogni caso in cui ad essa «segua la dichiarazione di fallimento» - dunque anche in caso di inammissibilità della domanda stessa - ai sensi dell'art. 69 bis, secondo comma (inserito dal già richiamato d.l. n. 83 del 2012), e l'estensione degli effetti della presentazione di quest'ultima a quelli previsti dall'art. 45, ai sensi dell'art. 169 novellato, impediscono che il ritardo nella dichiarazione del fallimento, derivante dalla necessità del previo esame della domanda di concordato, incida negativamente sulla *par condicio creditorum* e confermano, al tempo

stesso, l'intenzione del legislatore di mantenere la necessità di tale esame preventivo.

4.3. - Allorché penda anche domanda di concordato l'istanza (o richiesta) di fallimento non è certo sospesa ai sensi dell'art. 295 c.p.c., difettando - come insegnano le Sezioni Unite - il rapporto di pregiudizialità tecnico-giuridica tra le due domande. Né sembra corretto parlare di temporanea improcedibilità della stessa, dato che nulla osta a una decisione di rigetto: è soltanto il fallimento che non può essere dichiarato sino all'esito negativo della domanda di concordato per inammissibilità, mancata approvazione, rigetto o revoca, come si è visto sopra.

La regola della temporanea non dichiarabilità del fallimento non trova peraltro applicazione con riguardo alle fasi d'impugnazione dei provvedimenti che pongono fine, come appena detto, alla prospettiva concordataria, nel senso che per dichiarare il fallimento non è necessario attendere l'esito delle impugnazioni stesse. Invero il decreto d'inammissibilità della proposta di concordato, ai sensi dell'art. 162, secondo comma, legge fallim., è espressamente dichiarato non reclamabile, e anche allorché se ne ammette la ricorribilità per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., si precisa che il ricorso è consentito solo in quanto non sia stato altresì dichiarato il fallimento (Cass. 21901/2013);

quanto ai decreti di rigetto (fattispecie cui si riferisce la sentenza delle Sezioni Unite qui esaminata) e di revoca del concordato, gli artt. 180 e 173, citt., prevedono espressamente la contestualità degli stessi e della sentenza dichiarativa del fallimento.



P.Q.M.

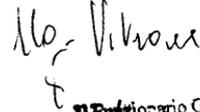
La Corte rimette gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Così deciso in Roma il 7 febbraio 2014.

Il Presidente



Ugo Vitrone



Il Funzionario Giudiziario  
Arnaldo CASANO



DEPOSITATO IN CANCELLERIA  
Oggi 30 APR. 2014

Il Funzionario Giudiziario  
Arnaldo CASANO

