

IL VARIEGATO REGIME DEGLI STRUMENTI DI TUTELA NEL CONCORDATO PREVENTIVO TRA EFFETTIVITÀ E DISOMOGENEITÀ PROCEDIMENTALI

di VALERIA MAZZOLETTI E PAOLO POTOTSCHNIG ¹

Sommario: **1.-** Premessa sul contesto normativo di riferimento. **2.-** Il regime del provvedimento di diniego dell'ammissione. **3.-** Il decreto di ammissione e i rapporti con il procedimento per la dichiarazione di fallimento **4.-** Il regime del provvedimento di revoca dell'ammissione. **5.-** Gli altri provvedimenti ostativi all'omologazione e le analogie con gli accordi di ristrutturazione. **6.-** Uno sguardo d'insieme rivolto anche agli ulteriori provvedimenti interinali. **7.-** Gli interventi della Corte di Cassazione e le limitazioni al ricorso straordinario. **8.-** Vaglio critico della soluzione accolta dalle Sezioni Unite per i provvedimenti d'inammissibilità e di revoca. **9.-** Effetti distorsivi di una rigida sovrapposizione dei principi processuali alla materia concordataria. **10.-** Ulteriori dubbi nell'applicazione delle categorie processuali alla materia concorsuale: i rapporti tra concordato preventivo e fallimento. **11.-** I contorni del carattere decisorio dei provvedimenti interinali. **12.-** Brevi riflessioni finali dal punto di vista dell'effettività della tutela giurisdizionale.

¹ L'articolo costituisce lo sviluppo di due relazioni tenute dagli Autori, rispettivamente, il 4 luglio 2017 al Master concorsuale permanente dell'Ordine dei dottori commercialisti e degli esperti contabili di Milano, *Il diritto concorsuale alla luce dell'attualità della giurisprudenza della Corte di Cassazione*, e il 13 ottobre 2017 al III Congresso giuridico forense degli Ordini di Como, Monza, Lecco e Sondrio, V sessione, *Il concordato preventivo: dalle recenti riforme agli ultimi orientamenti giurisprudenziali*.

1.- Premessa sul contesto normativo di riferimento

Le progressive riforme dell'istituto del concordato preventivo delineano oggi, dal deposito della domanda all'omologazione, un procedimento articolato, con diversi possibili fasi incidentali, nel cui svolgimento sono molteplici i provvedimenti che influiscono non solo sul corso del procedimento stesso, potendo decretarne la conclusione o influenzare la proposta e il piano, ma anche sui rapporti giuridici intrattenuti dall'impresa in crisi con i terzi.

Il legislatore ha adottato in taluni casi scelte ispirate ad un criterio di celerità nello svolgimento del procedimento, limitando il controllo su questi provvedimenti e lasciando tuttavia più di un margine di incertezza sulla disciplina di volta in volta applicabile. E' sufficiente pensare all'art. 164 l.f. e alla previsione del reclamo solo avverso i provvedimenti del giudice delegato e non del tribunale.

Rispetto ad un impianto normativo non lineare, è stato inevitabile che sorgessero contrasti giurisprudenziali e incertezze dottrinali sul regime delle impugnazioni dei provvedimenti emessi nel corso della procedura di concordato preventivo. L'apice di questo contrasto può collocarsi alla fine del 2016², quando le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute per risolvere un contrasto sul regime di impugnabilità dei provvedimenti che, in diverse fattispecie, provvedono su una domanda di omologazione di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182 bis l.f.* Il presente scritto si propone di seguire l'*iter* del procedimento concordatario, con il proposito di esaminare il regime dei rimedi avverso i provvedimenti che segnano il progredire della procedura e le sue fasi interinali fino al suo epilogo, in un percorso che, sottoponendo a vaglio critico queste e altre recenti decisioni della Corte Suprema, fa

² Con le sentenze 27 dicembre 2016, n. 26989 e 28 dicembre 2016, n. 27073. Si trovano pubblicate, tra l'altro, in *Foro it.*, 2017, 1338 ss., con nota di M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale di legittimità nelle soluzioni concordate della crisi*, e ne *Il fallimento* 2017, 537 ss., con nota di I. Pagni, *Decisorietà e definitività dei provvedimenti in materia di concordato nella prospettiva delle Sezioni unite*.

emergere soluzioni distoniche e tutt'altro che appaganti in relazione agli interessi coinvolti³.

2.- Il regime del provvedimento di diniego dell'ammissione

Seguendo – come detto - un ordine basato sullo sviluppo procedimentale, la prima fattispecie esaminata dalle Sezioni Unite è quella della inammissibilità, come dice il titolo riformato dell'art. 162 l.f., della proposta. Si tratta del provvedimento assunto dal tribunale sull'istanza di ammissione alla procedura, eventualmente anche dopo le integrazioni al piano e la produzione di nuovi documenti stimolate dallo stesso tribunale. Il provvedimento che nega l'ammissione per mancanza dei presupposti di cui agli artt. 160 e 161 l.f. è dichiarato espressamente come non soggetto a reclamo; tuttavia, in forza del terzo comma di questo articolo, se per iniziativa di un creditore o del pubblico ministero si sia pervenuti alla dichiarazione di fallimento, con il reclamo esperito ex art. 18 l.f. avverso la relativa sentenza, possono essere fatte valere censure relative alle ragioni che avevano portato al giudizio di inammissibilità⁴.

L'inammissibilità può derivare da una vasta gamma di apprezzamenti del tribunale che meritano di essere ricordati, e rispetto ai quali il provvedimento può incorrere in errori di stampo processuale, a cominciare da omesse considerazioni dei presupposti stessi, senza escludere, per quanto più di scuola, una violazione di legge sostanziale sul piano di norme del diritto dell'impresa rilevanti per le valutazioni richieste in questa fase⁵. L'art. 162, secondo comma, l.f. recita, come noto, che “*Il Tribunale,*

³ Sulla frammentarietà e varietà dei riti appartenenti alla materia concorsuale, anche nella più recente prospettiva riformatrice, rinviamo per tutti a I. Pagni, *I modelli processuali nella riforma delle procedure concorsuali*, in www.ilcaso.it, pubbl. 18/7/2016, spec. 16 ss. e ivi diverse altre citazioni.

⁴ Con un effetto devolutivo pieno, che la giurisprudenza di legittimità riconosce rispetto alla decisione di inammissibilità per la ritenuta unicità del giudizio come diretto a regolare la medesima crisi d'impresa in ambito concorsuale: da ultimo, Cass. 22 giugno 2017, n. 15467.

⁵ Naturalmente, queste violazioni possono anche combinarsi con apprezzamenti di fatto potenzialmente censurabili, che possono essere riesaminati in dipendenza del mezzo di riesame impiegato, punto sul quale torneremo a conclusione dello scritto.

se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato". Ma il richiamo di questa formula apparentemente sintetica implica che il tribunale abbia il potere-dovere di verificare, tra l'altro,

- la propria competenza;
- la sussistenza del presupposto soggettivo, rappresentato dalla sussistenza della qualità di imprenditore commerciale in capo al debitore e dal superamento delle soglie dimensionali di cui all'art. 1, secondo comma, l.f.;
- la sussistenza del presupposto oggettivo rappresentato dallo stato di crisi o di insolvenza;
- la regolarità e la completezza della documentazione *ex art. 161, commi primo e secondo, l.f.*;
- la qualifica e condizione soggettiva di "indipendenza" del professionista (iscritto nel registro dei revisori legali e in possesso dei requisiti per la nomina a curatore) che ha attestato la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario;
- la corretta comunicazione al pubblico ministero della domanda e degli ulteriori atti prescritti, unitamente all'iscrizione nel registro delle imprese;
- l'approvazione dei soci nelle società di persone e la deliberazione degli amministratori in caso di società di capitali, ai sensi gli artt. 161, quarto comma, e 152 l.f., ma anche, nel secondo caso, le determinazioni assembleari ove siano previste operazioni societarie;
- la correttezza dei criteri di formazione delle classi "*secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei*" in caso di suddivisione dei creditori in classi, secondo quanto previsto dagli artt. 160, primo comma, lett. c) e d) e 163, primo comma, l.f.;
- la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 160, secondo comma, l.f., e cioè la relazione del professionista che legittimi il degrado a chirografo dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca sulla base del valore di realizzo dei beni gravati dal vincolo;
- che la proposta assicuri il pagamento di almeno il venti per

cento dell'ammontare dei crediti chirografari in caso di concordato liquidatorio, in base al dettato dell'art. 160, quarto comma, l.f., con possibili maggiori o minori accentuazioni valutative a seconda del significato che si voglia attribuire alla norma sul piano della portata dell'impegno assunto dal debitore.

Secondo l'orientamento prevalente ⁶, già in questa fase il tribunale esercita un primo controllo di fattibilità del piano dai contorni ancora oggi non pienamente definiti e che trova il suo perno nell'attestazione, controllo che può dirsi enfatizzato dalla riforma del 2015 anche laddove si è stabilito che la proposta deve indicare l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente si obbliga ad assicurare a ciascun creditore (art. 160, 2° comma, lett. e, l.f.) ⁷.

Alcuni di questi apprezzamenti, come quelli sulla competenza e sul presupposto soggettivo, sono imprescindibili anche nel caso di domanda in bianco o con riserva, ai quali si aggiunge la verifica imposta dall'art. 161, nono comma, l.f., per il quale questa istanza è inammissibile quando il debitore, nei due anni precedenti, ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo articolo, sesto comma, l.f. cui non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. L'art. 161 l.f. non indica come non reclamabile il provvedimento del tribunale che neghi la concessione del termine e non consenta pertanto all'impresa di accedere a questa fase prodromica all'ammissione (si tratta, in verità, di ipotesi non frequente nella prassi); coerenza

⁶ Cfr., tra le più recenti, Cass. 20 dicembre 2016, n. 26332 e Cass. 7 aprile 2017, n. 9061.

⁷ Al di là dei dibattiti sulla sua portata, la previsione ci appare un po' pleonastica se si considera la fisiologia di una domanda che, dovendo superare un vaglio di fattibilità del piano, non può non definire le modalità di soddisfacimento che implicano l'indicazione di ciascuna singola "utilità"; e ciò ancor di più se quel giudizio prognostico non deve considerarsi strettamente ancorato ai profili giuridici circa il regolare svolgimento della procedura, ma, com'è nell'ordine delle cose anche restando fedeli ai noti canoni della causa in concreto, è esteso ad aspetti economico-fattuali, che a loro volta possono coinvolgere profili di diritto quali la legittimità o la stabilità di un atto negoziale esecutivo (in questa prospettiva leggiamo le più recenti decisioni di legittimità che indicano un carattere bivalente del controllo del tribunale, in quanto teso a far emergere anche la manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati: Cass. 7 aprile 2017, n. 9061 e 27 febbraio 2017, n. 4915, ne *Il fallimento* 2017, 923, con nota di M. Terenghi, *Verso un superamento della distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica nel concordato in continuità*; Cass. 28 settembre 2017, n. 22691, in www.il-caso.it, Sez. giur., 18190, pubbl. 10/10/2017).

interpretativa, anche considerando la successione temporale delle norme e l'attitudine del legislatore alle lacune nel coordinamento sistematico, suggerirebbe di ritenere applicabile la disciplina dell'art. 162 l.f. anche a questa ipotesi⁸.

3.- Il decreto di ammissione e i rapporti con il procedimento per la dichiarazione di fallimento

Anche il provvedimento di ammissione, che può a sua volta risultare viziato in relazione al riconoscimento dei requisiti della domanda, è dichiarato non reclamabile dall'art. 163 l.f., ma rispetto a quest'ultimo occorre tenere conto dei rapporti tra ricorso per concordato e procedimento per la dichiarazione di fallimento. L'avvio del secondo non è impedito dalla pendenza del primo, nel senso che si ritiene che non vi sia una dipendenza logico-giuridica tale da portare alla sua sospensione in attesa della conclusione del procedimento di omologazione.

L'esigenza, indicata dalla giurisprudenza, facendo ricorso al concetto di continenza su cui torneremo *infra*, di definire il primo anteriormente al procedimento per la dichiarazione di fallimento non preclude il progredire di quest'ultimo. Tanto è vero che il procedimento per la dichiarazione di fallimento può concludersi in pendenza di concordato, con il rigetto dell'istanza di fallimento per la insussistenza dei suoi presupposti, e cioè dell'insolvenza e/o del requisito soggettivo di fallibilità, almeno quest'ultimo peraltro preclusivo anche dell'ammissione al concordato.

Di fatto, l'eventuale istanza di fallimento finisce per rappresentare la strada di accesso ad un rimedio di carattere impugnatorio rispetto al decreto di ammissione al concordato.

⁸ Opinione comunque tutt'altro che pacifica (vedi ad esempio, I. Pagni, *op. cit.*, 18), anche se l'esigenza di tutela può presentarsi in modo meno sentito rispetto alle attività prodromiche alla procedura, ancora *in itinere*, e fermo comunque l'impatto sugli effetti e sugli strumenti, in senso ampio, protettivi, su cui torneremo *infra* nel testo.

4.- Il regime del provvedimento di revoca dell'ammissione

La seconda fattispecie affrontata dalla Corte di Cassazione, e che può condurre all'arresto del procedimento teso all'omologazione, è quella dell'art. 173 l.f. e della revoca dell'ammissione caratterizzata da diverse ipotesi: dagli atti di frode (occultamento o dissimulazione del passivo, occultamento di crediti, esposizione di passività insussistenti) scoperti successivamente all'ammissione, a quelli commessi in corso di procedura dal debitore; dal compimento di atti senza autorizzazione nel periodo interinale fino all'omologazione, al venir meno in qualunque momento dei presupposti per l'ammissione (cfr. art. 173, terzo comma). Si aggiunge l'ipotesi del mancato deposito delle somme stabilite dal tribunale in sede di ammissione per le spese di procedura, come indicato dal terzo comma dell'art. 163 l.f., che richiama l'art. 173 l.f.

Il procedimento è avviato d'ufficio, ancorché di norma su stimolo del commissario giudiziale come recita l'art. 173 l.f., e sono coinvolti pubblico ministero e creditori, con comunicazione diretta a provocare il contraddittorio. Il secondo comma dell'art. 173 l.f. indica in un decreto il provvedimento che dispone sull'eventuale revoca dell'ammissione senza stabilirne espressamente la non reclamabilità. Ancorché la logica evoluzione di detto decreto, seppur non necessitata e sempre dipendente dall'iniziativa dei creditori o del pubblico ministero, sia la dichiarazione di fallimento con sentenza, quando il tribunale si limita a pronunciare sulla revoca, anche negandola, l'opinione prevalente in giurisprudenza esclude la reclamabilità del provvedimento alla corte d'appello⁹.

La tentazione di aderire all'orientamento dottrinale più garantista è forte rispetto alla portata di questi provvedimenti. Tuttavia, e non tanto per le incertezze che contraddistinguono questo orientamento circa lo strumento da utilizzare, appare difficile contrastare la soluzione accolta dalla giurisprudenza, perché è ravvisabile una *eadem ratio legis* rispetto all'ipotesi di diniego dell'ammissione, che non giustifica l'applicazione di una disci-

⁹ Cass. 8 maggio 2014, 9998, ne *Il fallimento* 2014, 634; nonché l'ordinanza di rimessione 23 febbraio 2016, n. 3472, *Il fallimento* 2016, 655, con nota di M. Montanari, *Ricorso straordinario in cassazione e improcedibilità del concordato preventivo*, con diverse altre citazioni di giurisprudenza e dottrina.

plina diversa e opposta nelle due fattispecie, conclusione avvalorata dal richiamo forse non puntuale, ma altrimenti superfluo, al rimedio *ex art.* 18 l.f. avverso la dichiarazione di fallimento¹⁰. Né la tesi dell'impugnabilità potrebbe far leva sulle possibili maggiori implicazioni che la interruzione anticipata della procedura tende a rivestire rispetto ad un provvedimento negativo *in limine*; oltre al carattere eventuale di queste conseguenze rispetto allo stato del procedimento e alle concrete attività affrontate per l'ingresso in procedura, ripugnerebbe sul piano ermeneutico l'idea di affidarsi ad una logica quantitativa, e non qualitativa, per giustificare una diversità di trattamento nel diritto di ricorrere ad uno strumento di riesame.

5. – Gli altri provvedimenti ostativi all'omologazione e le analogie con gli accordi di ristrutturazione

Alle due fattispecie esaminate se ne aggiungono altre che impediscono al procedimento di completare il suo corso fino all'omologazione, situazioni che investono più direttamente la relazione tra debitore e creditori in sede concordataria sul piano del procedimento.

Anzitutto, l'ipotesi in cui non si raggiungano le maggioranze per l'approvazione del concordato. L'art. 179 l.f. rimanda al secondo comma dell'art. 162 l.f. per l'assunzione del relativo provvedimento, trovando applicazione in questo caso le previsioni già ricordate a proposito della pronuncia di inammissibilità della domanda con la dipendenza del gravame dalla dichiarazione di fallimento.

La quarta fattispecie è quella che riguarda il provvedimento che statuisce sull'omologazione. Questa fase procedimentale è caratterizzata da un, potenzialmente, ampio contraddittorio con i creditori dissenzienti e qualsiasi interessato che, costituendosi, possono proporre opposizione all'omologazione. Il tribunale provvede con un decreto che, qualunque sia il suo contenuto, di accoglimento o di reiezione, è reclamabile alla corte d'appello

¹⁰ Per un riassunto delle diverse tesi espresse in dottrina, che variano dal richiamo al procedimento di reclamo *ex art.* 26 l.f. a quello al rito camerale generale fino al procedimento di reclamo avverso l'omologazione, e per una opinione analoga a quella espressa nel testo, cfr. P.F. Censoni, *Il concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali* a cura di A. Jorio e B. Sassani, 2016, vol. IV, 316 s.

ai sensi dell'art. 183 l.f., salvo che non siano state proposte opposizioni nel qual caso il terzo comma dell'art. 180 l.f. esclude qualunque gravame¹¹. La norma di cui all'art. 183 l.f. rovescia però formalmente l'impostazione dell'art. 162 l.f. per l'ipotesi di mancata omologazione: con questo mezzo di reclamo può essere impugnata anche la sentenza di fallimento che sia stata pronunciata, sempre eventualmente e su istanza di "parte", qualora il giudizio di omologazione abbia condotto ad un provvedimento di diniego, come indica l'ultimo comma dell'art. 180 l.f., che prevede appunto la possibilità di pronunciare la sentenza dichiarativa di fallimento contestualmente al decreto che respinge l'omologazione¹².

Considerando gli interventi della Corte Suprema su cui tra breve ci soffermeremo, uno schema sostanzialmente analogo è quello che caratterizza l'impugnabilità del decreto che provvede sulla richiesta di omologazione di un accordo di ristrutturazione *ex art. 182 bis* l.f., il cui quinto comma richiama l'art. 183 l.f.. Quindi un reclamo in corte d'appello che è esperibile anche rispetto al decreto emesso sull'istanza *lato sensu* cautelare con cui il debitore abbia ottenuto, *ex art. 182 bis*, sesto comma, l.f., il divieto per i creditori di avviare o proseguire azioni cautelari ed esecutive.

Lo stesso regime è quello dettato per la particolare figura di cui all'art. 182 *septies* l.f., e cioè per gli accordi con gli intermediari finanziari.

Il quadro si completa con il provvedimento, decreto reclamabile alla corte d'appello *ex art. 183* l.f., che decide sulle opposizioni avverso gli accordi di moratoria, sempre regolati dall'ultimo articolo citato (art. 182 *septies*, quinto comma, l.f.).

Rispetto al concordato preventivo, il regime del controllo de-

¹¹ Ma pur sempre ritenuto impugnabile con il ricorso straordinario perché, nonostante l'assenza di un conflitto sull'omologazione, il carattere decisorio viene ravvisato nella sua obbligatorietà per i creditori: implicitamente, Cass.18 gennaio 2013, n. 1237; Cass. 3 aprile 2017, n. 8632, www.unijuris.it.

¹² Secondo un orientamento, il modello processuale non può che essere quello del reclamo del rito camerale e dell'art. 739 c.p.c. in forza della norma di chiusura di cui all'art. 742 *bis* c.p.c.: App. Napoli 6 agosto 2013, in www.unijuris.it. Ma anche questa opinione è tutt'altro che unanime: per la riconduzione del procedimento al rito degli art. 15 e 18 l.f., che appare più corretta per omogeneità con il concordato fallimentare e con le ulteriori interferenze procedurali già considerate, I. Pagni, *I modelli processuali etc.*, *op. loc. cit.*, 18 s.

gli accordi di ristrutturazione si caratterizza per l'assenza di preclusioni rispetto alla mancata proposizione delle opposizioni: i decreti *de quibus* sono sempre reclamabili, salvo verificare in concreto forme di acquiescenza o di carenza di interesse rispetto all'impugnazione proposta¹³.

6.- Uno sguardo d'insieme rivolto anche agli ulteriori provvedimenti interinali

Non mancano poi altri interventi interinali del giudice delegato o del tribunale che, senza influenzare il progredire della procedura se non come effetto riflesso dell'eventuale diniego sulla fattibilità economica del piano, possono incidere su posizioni giuridiche suscettibili di essere considerate alla stregua di veri e propri diritti soggettivi. La fattispecie di più immediato richiamo è quella della disciplina dello scioglimento e della sospensione dei contratti, ma anche la possibilità di presentare proposte e offerte concorrenti si presenta oggi come una facoltà per creditori e terzi meritevole di tutela per la sua rilevanza economica nella dinamica dei rapporti diretti alla soluzione della crisi d'impresa.

Ma qualche dubbio permane anche su ulteriori provvedimenti di principale carattere ordinatorio o, se si preferisce, amministrativo della procedura, quali le autorizzazioni al compimento degli atti di cui all'art. 167 l.f. e, in genere, di quelli di straordinaria amministrazione, che possono avere un impatto riflesso sulle posizioni giuridiche soggettive, condizionando in generale l'esercizio dell'attività aziendale che, per il resto, rimane nella disponibilità dell'imprenditore chiamato ad affrontare la crisi¹⁴.

¹³ Per la questione del rito applicabile, sembra corretto fare riferimento in tutte queste ipotesi, ad integrazione delle specifiche disposizioni di cui agli articoli citati e specie per il reclamo, al rito camerale come procedimento generalmente applicabile ai procedimenti in camera di consiglio, dal momento che non paiono ravvisabili appigli normativi e sistematici per estendere l'applicazione degli art. 15 e 18 l.f..

¹⁴ L'incidenza (e non tanto la decisione) su diritti soggettivi dipende evidentemente nei singoli casi dalla portata dei provvedimenti. Così, Cass. 30 maggio 2017, 13537, in www.unijuris.it, ha enunciato, nell'interesse della legge, il principio dell'inammissibilità del ricorso straordinario avverso i provvedimenti di accesso al concordato che disconoscano la natura prededucibile *ex art. 184 quater* l.f. di un finanziamento funzionale a tale accesso, ma ciò sul presupposto della

Rispetto ad un quadro di riferimento segnato comunque dalla possibile adozione di provvedimenti che impattano su posizioni di diritto soggettivo, la disciplina offre pertanto un panorama quanto mai variegato sul piano del loro possibile riesame: da prese di posizione normative che dichiarano non sindacabile il provvedimento o non prevedono un riesame, ad altre in cui la reclamabilità è espressamente prevista, passando per fattispecie il cui controllo dipende dall'esito del provvedimento stesso o in cui un possibile difetto di coordinamento lascia dubbi sulla volontà del legislatore.

Ora, con riferimento al regime generale dei provvedimenti interinali, si è già ricordato che l'art. 164 l.f. ammette il reclamo per i soli provvedimenti del giudice delegato, ma non mancano quelli affidati al tribunale, anche in ragione dello stato del procedimento. Nonostante il dato normativo, si sono registrate aperture giurisprudenziali al reclamo in corte d'appello *ex art. 26 l.f.* avverso i decreti del tribunale, anche se allo stato queste aperture non si risolvono in chiare affermazioni di carattere generale. E' questo, ad esempio, il caso della ritenuta soggezione a reclamo dei provvedimenti autorizzativi del tribunale pronunciati nella fase preconcordataria dopo la presentazione dell'istanza con riserva come prescritto dal settimo comma dell'art. 161 l.f.. Una soluzione motivata, in modo certamente convincente, con un'interpretazione costituzionalmente orientata rispetto a fattispecie analoghe e a correttivo di un mancato coordinamento della novella del 2013, tenuto conto della rilevanza degli interessi per cui può emergere un'esigenza di tutela mediante un riesame del provvedimento che conceda o neghi l'autorizzazione¹⁵.

Sembra tuttavia condivisibile l'opinione che, in un apprezzabile sforzo di armonizzazione del sistema, generalizza il principio della legittimità del reclamo anche rispetto ai provvedimenti del tribunale, assoggettandoli alla disciplina dell'art. 26 l.f., e cioè al reclamo alla corte d'appello contro i provvedimenti di quel medesimo organo giurisdizionale emessi nel corso della procedura di fallimento. Questa scelta appare decisamente più coerente sul piano sistematico rispetto all'applicazione del rito

natura meramente ordinatoria di tali provvedimenti che sul punto, così come più in generale sui presupposti di cui agli artt. 160 e 161 l.f., restano sempre rivalutabili all'atto dell'omologazione.

¹⁵ Così Trib. Firenze 11 luglio 2013, in www.unijuris.it.

camerale previsto dal codice di procedura civile per i procedimenti di volontaria giurisdizione, attingendo ad uno strumento di gravame che assume carattere di tipicità nella legge concorsuale come rimedio generalizzato avverso i provvedimenti interinali degli organi delle procedure ¹⁶.

Anche seguendo questa strada, residua poi la questione della ricorribilità per cassazione dei provvedimenti emessi all'esito del reclamo, vista la composita natura degli stessi, che non può essere relegata sempre ad una funzione di carattere amministrativo della procedura.

7.- Gli interventi della Corte di Cassazione e le limitazioni al ricorso straordinario

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione sono intervenute sul regime delle impugnazioni dei provvedimenti concordatari con le ricordate sentenze 27 dicembre 2016, n. 26989 e 28 dicembre 2016, n. 27073 ¹⁷, chiamate a pronunciarsi la prima con riferimento agli accordi di ristrutturazione e l'altra al concordato preventivo. Le due decisioni hanno escluso che i provvedimenti emessi ai sensi degli artt. 162 e 173 l.f., cioè d'inammissibilità della domanda e di revoca dell'ammissione alla procedura, siano suscettibili di ricorso straordinario per cassazione nonostante la mancanza del reclamo; e ciò perché non avrebbero carattere decisorio. Non sono neppure impugnabili i provvedimenti che si siano pronunciati sull'omologazione, ma per una ragione diversa, e cioè la sottolineata esperibilità del reclamo alla corte d'appello, essendo invece ricorribile per cassazione il provvedimento emesso a conclusione di questa impugnazione.

In sostanza, i provvedimenti di inammissibilità e revoca sono privi di qualunque rimedio, mentre quelli sull'omologazione sono soggetti a tre gradi di giudizio. Le decisioni hanno preso le mosse dal mutamento della disciplina dei rapporti tra concordato preventivo e fallimento seguito

¹⁶ Fabiani, *Il concordato preventivo*, in *Commentario del codice civile e codici collegati Scialoja-Branca-Galgano*, 2014, *Fallimento e concordato preventivo art. 2221*, vol. II, 2221 s.

¹⁷ Vedi supra nota 2. I principi espressi sono stati ripresi e, pur sinteticamente, confermati da Cass. S.U. 10 aprile 2017, n. 9146.

alle riforme entrate in vigore dal 2005 in avanti: il fatto che la dichiarazione di fallimento non costituisca più l'evoluzione inevitabile e necessitata di una domanda di concordato che non sia pervenuta all'omologazione con provvedimento definitivo, alla luce degli interventi normativi sulla legittimazione - è stata esclusa, come noto, quella ufficiosa del tribunale - e del presupposto oggettivo, quello stato di crisi che, di solito in linea più teorica che pratica, può non coincidere con l'insolvenza.

In precedenza, il superato collegamento di natura processuale tra le due procedure confinava i motivi di impugnazione ai rimedi contro la sentenza dichiarativa di fallimento, cioè all'opposizione di cui all'art. 18 l.f.; ma, come hanno ricordato le Sezioni Unite, si riconosceva il diritto all'impugnazione per mezzo del ricorso straordinario nei limitati casi in cui il motivo di inammissibilità escludeva anche il fallimento, come la ritenuta non sussistenza dello stato d'insolvenza o del presupposto soggettivo della qualità di imprenditore commerciale.

Merita di essere segnalato il fatto che la ricostruzione storica delle due sentenze non manca di sottolineare come, al di là dell'alternativa processuale ricordata, si riconoscesse un vero e proprio diritto soggettivo del debitore-imprenditore al rispetto delle condizioni di accesso alla procedura, una sottolineatura che, in concreto, non viene più ripresa nello sviluppo della motivazione.

Dopo questa premessa, il ragionamento delle Sezioni Unite e le conclusioni cui le stesse sono pervenute prendono naturalmente le mosse dai noti presupposti del ricorso *ex art. 111 Cost.*, che costituisce uno strumento diretto ad assicurare lo svolgimento della funzione nomofilattica, assicurando l'applicazione uniforme del diritto. Il rimedio è esperibile solo contro quei provvedimenti che, al di là della forma, cioè indipendentemente dal fatto che siano o meno sentenze secondo un'affermazione da tempo pacifica, abbiano un contenuto decisorio, riconoscendo o negando diritti soggettivi; ma - e questo le sentenze non lo ricordano espressamente - anche incidendo su rapporti di *status*, dove la posizione di conflitto tra le parti processuali non assurge a connotato tipico ed essenziale come nella giurisdizione contenziosa¹⁸.

¹⁸ Per l'utilizzabilità del rimedio *ex art. 111 Cost.* in materia di provvedimenti che riguardino gli *status*, per tutte Cass. 9 dicembre 2008, n. 28873.

L'ulteriore requisito di ammissibilità è che non sia previsto avverso il provvedimento un altro strumento con i caratteri dell'impugnazione: quel provvedimento deve cioè essere idoneo al giudicato o, se si preferisce, deve assumere un carattere di definitività, motivo per il quale - come si è detto - i provvedimenti in materia di omologazione sono esclusi dal campo di applicazione in via diretta, potendosi utilizzare il reclamo. Una conclusione elevata dalle due sentenze a principio di diritto destinata a sanare un contrasto interpretativo, ma sulla quale, per la verità, non sembrava legittimo nutrire particolari dubbi.

L'enunciazione di questi principi può sembrare in linea con il tradizionale *iter* argomentativo che caratterizza le pronunce della Corte Suprema che affrontano la questione di ammissibilità del ricorso straordinario, ma si fanno notare due passaggi che si rivelano non così scontati quando si passa dall'affermazione generale all'applicazione al caso concreto:

- nella ricostruzione di questi principi fa capolino, quale elemento caratterizzante ed essenziale per la decisorietà, che vi sia una controversia tra parti contrapposte, altrimenti, al di là dei distinguo terminologici, non potrebbe dirsi che il giudice statuisca su diritti soggettivi;

- a parte il cenno storico sopra ricordato, le Sezioni Unite non si sono poste la domanda, certo di non immediata risposta su un piano istituzionale, se il decreto di inammissibilità o revoca abbia un'incidenza sostanziale su un diritto soggettivo del debitore all'ingresso in procedura e ad ottenere l'omologazione.

Applicando i principi che regolano l'ammissibilità del ricorso straordinario, le conclusioni ricordate sono quindi state raggiunte perché si è ritenuto che il provvedimento *ex art. 162 l.f.* sia definitivo, ma manchi del requisito della decisorietà, perché pronunciato senza contraddittorio, sentendo solo il debitore, e in assenza di posizioni giuridiche contrapposte, essendo in quel momento la prospettica posizione dei creditori sulla proposta irrilevante per la dichiarazione d'inammissibilità.

Quanto al provvedimento che dispone la revoca *ex art. 173 l.f.*, si riconosce il potenziale carattere contenzioso, sempre per la possibile presenza dei creditori e le forme che rinviano al procedimento per la dichiarazione di fallimento *ex art. 15 l.f.*. Ma ciò solo quando vi sia l'istanza di fallimento, perché altrimenti il provvedimento di semplice revoca o diniego della stessa non

assumerebbe il carattere della decisorietà, anch'esso a motivo del profilo "non contenzioso" del procedimento cui fa capo.

8.- Vaglio critico della soluzione accolta dalle Sezioni Unite per i provvedimenti d'inammissibilità e di revoca

La questione risolta dalle Sezioni Unite coinvolge principi di natura processuale piuttosto complessi e molto tecnici. Come sottolineato dai primi commentatori, le decisioni evocano il tema dell'oggetto del processo civile e la ripartizione tra giurisdizione diretta a dirimere conflitti e quella volontaria dove l'intervento giudiziario opera su un piano di amministrazione di diritti e *status*¹⁹. Dalla motivazione emergono alcune incertezze d'inquadramento sistematico, non inusuali laddove debbano combinarsi ambiti interdisciplinari, com'è il caso dell'interazione tra processo e materia concorsuale.

Sotto questo profilo, il diritto processuale civile o, per meglio dire, la sua esegesi mostra talora un limite sistematico, allorché si vogliano applicare le categorie tradizionali in modo troppo ortodosso, dimenticando che la materia è pur sempre strumentale al diritto sostanziale e che quelle categorie devono essere in grado di adattarsi all'evoluzione, anche economica, della legislazione dei vari settori giuridici interessati da un intervento giurisdizionale, specie per la rilevanza degli interessi coinvolti.

Con particolare riferimento alle questioni qui esaminate, l'impressione è che i principi e i modelli processuali finiscano per influenzare la soluzione sul piano dell'ammissibilità del rimedio senza avere riguardo ai diritti e agli interessi coinvolti, e a come incidano sugli stessi i provvedimenti di cui si valuta l'impugnabilità. L'interprete non può tuttavia non muovere da due considerazioni.

La prima è che, al di là degli inquadramenti dogmatici, il diritto concorsuale offre all'impresa strumenti per risolvere la crisi che non solo incidono su rapporti giuridici, ma che si atteggiano essi stessi come rimedi rispetto ai quali il debitore vanta non già una mera aspettativa conseguente ad un intervento dell'autorità

¹⁹ Cfr. M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale di legittimità nelle soluzioni concordate della crisi*, loc. cit., 1349 s.

giurisdizionale, ma un vero e proprio diritto, comunque voglia tratteggiarsi la sua natura e al ricorrere di determinati presupposti, a beneficiare degli effetti giuridici sostanziali, e derivanti comunque dall'adozione di provvedimenti giudiziali, che possono concorrere alla regolazione della crisi.

La seconda è che, per riconoscimento dello stesso legislatore, il decreto sull'ammissibilità ben può essere afflitto da vizi meritevoli di essere sindacati da un giudice superiore, ancorché il dato testuale dell'art. 162 l.f. indichi, in nome dell'economia e dell'omogeneità processuale, nell'impugnazione della sentenza di fallimento l'unico strumento in grado di assorbire le censure per i predetti vizi e quelle strettamente afferenti alla dichiarazione d'insolvenza. Di fatto, nella pratica i motivi d'impugnativa sono fisiologicamente destinati a sovrapporsi, ancorché in modo antagonistico tra loro, ed è proprio sull'apprezzamento in ordine all'ammissibilità, incompatibile con la dichiarazione di fallimento, che le ragioni del ricorrente sono destinate ad incentrarsi.

Gli effetti del provvedimento di diniego dell'ammissione e la sua censurabilità dovrebbero però indurre ad un'interpretazione coerente con l'esegesi anteriore alla riforma, a proposito della configurabilità di un diritto soggettivo del debitore ad accedere alla procedura di concordato (e oggi anche al procedimento per l'omologazione *ex art. 182 bis l.f.*). Riproponibilità della domanda e carattere non necessitato della dichiarazione d'insolvenza non possono nascondere la rilevanza degli interessi su cui incide un provvedimento di inammissibilità, e che riguardano non solo le sorti dell'impresa, ma anche la molteplicità dei suoi rapporti con creditori e terzi.

L'osservazione vale anche per la revoca: la norma risulta più implicita sul punto nel senso che non è sancita la preclusione del gravame, ma, come già osservato, il riferimento alla reclamabilità della sentenza di fallimento *ex art. 18 l.f.*, emessa contestualmente alla revoca, si rivelerebbe del tutto superfluo se non lo si intendesse come l'indicazione di un'analogia volontà legislativa, finalizzata a far salva la possibilità di censurare la revoca stessa con gli stessi limiti del provvedimento di inammissibilità, in questo caso con motivi che possono ancor più facilmente rivelarsi autonomi rispetto alle critiche rivolte alla dichiarazione d'insolvenza.

Di fronte alla rilevanza delle possibili censure ai decreti in questione, l'effetto della disciplina concorsuale è quella di un

disallineamento della tutela giurisdizionale, tutto centrato sul fatto che sia stato o meno dichiarato il fallimento. La mancata possibilità di accedere alla procedura assume rilevanza solo in chiave difensiva rispetto alla dichiarazione di fallimento, non per proteggere comunque l'istanza di ammissione e tutti gli effetti, sostanziali e processuali, che possono conseguirne. Un disallineamento che si registra anche a confronto con i provvedimenti che riguardano l'omologazione, perché non sembra revocabile in dubbio che motivi di opposizione e reclamo possano essere fondati anche su circostanze e valutazioni che avrebbero potuto condurre alla revoca e, ancor prima, al diniego dell'ammissione; motivi che ben possono essere portati all'attenzione della Corte di Cassazione se è vero, come dicono le Sezioni Unite, che contro il provvedimento della corte d'appello in sede di reclamo è ammesso il ricorso straordinario.

Ora, questa disomogeneità di trattamento deriva anzitutto dalle scelte legislative che nelle intenzioni rispondono ad un intento di semplificazione procedimentale in un settore, come quello della crisi d'impresa, che esige interventi e risposte il più possibile rapide e meno legate a forme processuali irreggimentate. Non v'è dubbio però che le Sezioni Unite abbiano finito per accentuare la disomogeneità procedimentale enunciando una soluzione, verosimilmente condizionata da intenti deflattivi, che poggia su una dilatazione, non meramente terminologica, del concetto di decisorietà. Con un approccio parcellizzante l'articolato *iter* del procedimento di omologazione, il baricentro delle due decisioni finisce per essere rappresentato dal coinvolgimento dei creditori che assumono un ruolo essenziale per riconoscere o escludere la decisorietà: quest'ultima imporrebbe la necessità di un contraddittorio concepito in una logica processuale tipica della funzione di riconoscimento e attribuzione di diritti soggettivi tra due parti in lite, il tutto rinunciando a tenere conto in concreto della effettiva portata dell'intervento giudiziale.

9.- Effetti distorsivi di una rigida sovrapposizione dei principi processuali alla materia concordataria

Non si può ovviamente negare che, quando si sia alle prese

con un intervento dell'autorità giudiziaria nel regolamento di interessi privatistici, occorra misurarsi con norme procedurali la cui l'esegesi e la cui applicazione trovano i principi guida nella materia processuale, ancorché non sempre risulta di immediata percezione l'utilità di un rigoroso ricorso alle categorie processuali, come, ad esempio, quando si senta in dottrina l'esigenza di ricercare nell'atto introduttivo del procedimento di concordato i tradizionali elementi costitutivi della domanda giudiziale, quello soggettivo, la *causa petendi* e il *petitum*.

Ma, pur senza entrare qui nel merito del dibattito dottrinale sulla natura del concordato preventivo²⁰, costituisce altresì una semplice e ineludibile constatazione che l'istituto trova la sua disciplina di riferimento non solo nel diritto processuale, ma anche nella materia dei contratti: la funzione dell'istituto, o se si preferisce, la sua causa in concreto come delineata dalla giurisprudenza di legittimità si realizza mediante un procedimento che, dapprima, consente di conseguire particolari effetti sostanziali protettivi dell'impresa e del suo patrimonio; e, poi, si risolve in un accordo di natura contrattuale che regola l'assetto dei rapporti del debitore con i creditori anteriori, nella prospettiva del superamento della crisi d'impresa, per effetto di un provvedimento certificativo delle condizioni richieste dalla legge, secondo le progressive ed evolutive interpretazioni giurisprudenziali, e costitutivo di effetti negoziali obbligatori per tutti i creditori stessi. Sono sottratte solo le pretese contestate, per le quali sia o meno disposta l'ammissione al voto, il cui eventuale soddisfacimento è rimesso ad una risposta dall'ordinamento, questa sì, tipica della giurisdizione contenziosa e del processo di cognizione.

Gli strumenti di composizione della crisi d'impresa, e soprattutto il concordato preventivo, sono stati articolati dal legislatore mediante disposizioni che delineano, nella direzione indicata, un procedimento a formazione progressiva, la cui complessità dipende dal caso concreto, ma anche dai ripetuti interventi norma-

²⁰ Sul legame del concordato sia con le categorie contrattuali sia con il processo, si rinvia per tutti alle pagine di Fabiani, *Il concordato preventivo cit.*, 74 s.; tra gli scritti più recenti, per la sottolineatura della convivenza tra elementi di contrattualità del concordato, variamente interpretati in dottrina, e poteri di controllo del giudice, si veda altresì P.F. Censoni, *op. cit.*, 11 s. e ivi ulteriori citazioni circa l'annoso dibattito sulla natura del concordato preventivo.

tivi di questi anni. La regolazione di rapporti giuridici riconducibili all'impresa è disciplinata necessariamente mediante regole di procedura, imposte dall'intervento giurisdizionale, a presidio di un legittimo e corretto ricorso a questi istituti. Gli interessi in giuoco, oltre che di particolare rilevanza per l'ordinamento, sono molteplici e possono atteggiarsi, in un contesto dinamico, in modo convergente o divergente nel rapporto tra debitore e creditori, con interventi più o meno invasivi da parte degli organi preposti al controllo della procedura. In questo percorso, come già rimarcato, ci sono certamente provvedimenti di amministrazione della procedura, ma ve ne sono altri che incidono sul tentativo di soluzione della crisi con lo stesso impatto sostanziale del diniego di omologazione, dichiarato impugnabile, o che, nel particolare contesto di un *favor* per l'impresa in crisi, possono coinvolgere diritti dei creditori o di terzi ancor prima che si giunga alla conclusione del procedimento.

Su questo piano, l'impostazione giurisprudenziale criticata sembra contraddirsi in quelle pronunce che, con riferimento ad altra fattispecie, quella dello scioglimento o della sospensione degli effetti dei contratti, escludono il ricorso straordinario per cassazione avverso provvedimenti che certamente incidono su diritti soggettivi in modo particolarmente invasivo e si connotano di un pur informale contraddittorio, come previsto dall'art. 169 *bis* l.f.²¹. Vero che in questo caso non viene in discussione una decisione su un'azione contrattuale, ma ci sembra difficile negare un immanente conflitto di interessi tra le parti rispetto ad un provvedimento che scioglie o sospende gli effetti del vincolo negoziale.

I limiti della soluzione accolta dalle Sezioni Unite si colgono proprio nelle incertezze legate alla posizione, per così dire, processuale dei creditori, nonché alla funzione dell'intervento giudiziale nelle diverse fasi e all'oggetto dei provvedimenti assunti. Anche escludendo qualunque possibilità di intervento dei creditori nella fase di ammissione e pur volendo relegare il coinvolgimento del pubblico ministero ad un ruolo sussidiario ed eventuale, non si dovrebbe trascurare che questa fase è introduttiva e di verifica dei ricordati presupposti sostanziali e informativi essenziali per lo svolgimento del procedimento verso l'omologazione di cui si è dato precedentemente conto; ma un errore nel

²¹ Si veda la recente Cass. 2 marzo 2016, n. 4176.

negare la sussistenza di quei presupposti non è senza prezzo per il debitore e senza impatto sul suo diritto di ricorrere ad uno strumento di composizione della crisi d'impresa, considerando oneri e costi dei professionisti, dell'attestatore e di altre attività preparatorie all'ingresso in procedura derivanti, ad esempio, da perizie commissionate in vista delle consuete e giustificate richieste degli organi della procedura, da impegni finanziari assunti, tra l'altro, in vista del deposito delle spese di procedura e dalla programmazione e realizzazione di operazioni societarie straordinarie; allo stesso modo, rileva il mancato conseguimento della protezione funzionale al diritto di accesso allo strumento concordatario e ogni altra possibile *chance* di sistemazione dell'assetto dei rapporti con i creditori, dalla transazione fiscale a tutte quelle intese che, più in generale, possono essere condizionate all'omologazione e che il diniego di ammissione travolge *tout court*²². E', in altre parole, il diritto vivente, inteso come combinazione tra norme scritte e interpretazioni giurisprudenziali dal sapore spesso integrativo dell'opera del legislatore, che impegnano il debitore ad avvalersi dello strumento concordatario con un approccio che, implicando dispiego di tempo e risorse, merita *a fortiori* un grado di tutela giurisdizionale non dissimile da quello offerto dall'ordinamento allorché debbano risolversi controversie.

Ma, in definitiva, la conseguenza non è senza prezzo nemmeno per gli stessi creditori, se si guarda al loro potenziale interesse ad un soddisfacimento dei loro diritti più celere e remunerativo rispetto alle alternative concorsuali possibili, ivi compresa la stessa riproposizione dell'istanza che si espone ad ulteriori oneri ed è comunque foriera di ritardi.

In realtà, un conflitto di interessi è immanente nel ricorso al concordato perché, alla base del tentativo di soluzione della crisi, non può che esserci una fisiologica contrapposizione tra debitore e creditori, perché il primo è alla ricerca di una sistemazione negoziale che consenta il superamento della crisi modificando a suo favore le condizioni che regolano i rapporti obbligatori pendenti. E questa contrapposizione è latente in tutto il

²² In questo senso era stata chiara l'ordinanza di rimessione 23 febbraio 2016, n. 3472, *loc. cit.*, 654: “*sul carattere decisivo della dichiarazione di inammissibilità ... non sussistono dubbi, essendo evidente che la detta inammissibilità preclude la possibilità di dar corso alla procedura concorsuale con tutte le ovvie conseguenze sulla situazione soggettiva del richiedente*”.

corso della procedura, potendo sfociare in una volontà contraria alla proposta di sistemazione o, successivamente, dalla proposizione di opposizioni da parte dei creditori.

Ma lo strumento con cui il legislatore mira a risolvere la crisi o, se si vuole avere sempre come riferimento le categorie processuali, l'oggetto del procedimento concordatario è di carattere compositivo dei rapporti con i creditori e diretto al conseguimento di un'intesa sulla base di un consenso maggioritario, talché l'emersione di un contrasto e la sua definizione da parte dell'organo giurisdizionale è meramente eventuale; è poi vero che le opposizioni all'omologazione fanno emergere un conflitto, ma siamo sempre al cospetto di una funzione giurisdizionale che non ha lo scopo essenziale di risolvere controversie sui diritti sostanziali regolati dal concordato, ma di valutare questioni afferenti le condizioni per conseguire il risultato compositivo e gli effetti che ne derivano.

Considerazioni analoghe possono essere svolte in relazione alla revoca dell'ammissione. Rispetto a questa ipotesi sembra ancor meno convincente riconoscere il carattere contenzioso a seconda che sia stato chiesto o meno il fallimento: i creditori potrebbero non avere interesse alla dichiarazione di fallimento nonostante l'atto di frode confidando, ad esempio, che l'emersione di un attivo occultato possa condurre ad una proposta per loro più favorevole mediante una consentita modificazione della proposta. E' il legislatore ad aver conservato, o meglio reintrodotto, uno spazio al requisito della meritevolezza per l'accesso alla procedura, imponendo che alla scoperta degli atti in frode consegua la revoca del provvedimento di ammissibilità.

10.- Ulteriori dubbi nell'applicazione delle categorie processuali alla materia concorsuale: i rapporti tra concordato preventivo e fallimento

Le difficoltà di applicazione delle categorie tradizionali del diritto processuale civile alla materia concorsuale si notano anche in una altra recente sentenza delle Sezioni Unite, che muove dai principi enunciati in precedenza con riferimento al rapporto tra concordato e fallimento e che investe il sistema dei gravami

23

Come già accennato, questo rapporto è tracciato su un piano di indipendenza giuridico - procedimentale: la domanda di concordato non preclude o sospende il procedimento per la dichiarazione di fallimento, perché non si considera che tra i due procedimenti esista un rapporto di pregiudizialità, alla luce dello scioglimento di quella relazione in passato necessitata tra le due procedure. Le Sezioni Unite si sono rifatte al concetto di continenza per inquadrare il rapporto tra le due procedure, in quanto riferibili alla regolamentazione della stessa situazione di crisi, motivando la conclusione con l'incompatibilità delle rispettive iniziative. Questa incompatibilità appare pacifica e le larghe maglie del concetto di continenza, estese dalla giurisprudenza ad ipotesi di incompatibilità logico giuridica tra domande e relative decisioni, non sono ostative alla riconducibilità della fattispecie di cui all'art. 39 c.p.c.; ciò non di meno, sul piano processuale e per le difficoltà di sovrapporre concettualmente gli elementi identificativi delle relative domande, continuiamo a ritenere che il rapporto fra le due procedure sarebbe più propriamente riconducibile alla pregiudizialità²⁴.

Ma, al di là degli inquadramenti teorici, sono rilevanti le conseguenze sul piano processuale che ne traggono le Sezioni Unite: il procedimento di omologazione o la sua fase di reclamo diviene improcedibile e le censure al diniego dell'omologazione si traducono in motivi d'impugnazione della sentenza di fallimento. Nessun dubbio che sussista un'esigenza di coordinamento tra i due procedimenti, che potrebbe tuttavia essere soddisfatta dai rimedi della trattazione congiunta *ex art. 274 c.p.c.* o della sospensione, quest'ultima esclusa in virtù di un forzato assorbimento dei motivi di impugnazione del diniego dell'omologazione nei motivi di censura alla sentenza dichiarativa di fallimento: forzato perché i motivi restano autonomi e la preferenza

²³ Cass. S.U. 10 aprile 2017, n. 9146. Le Sezioni unite si erano già pronunciate sui rapporti tra concordato preventivo e fallimento, dalle quali muove la predetta decisione, con le note sentenze 9935 e 9936 del 15 maggio 2015, ne *Il fallimento* 2015, 898, con note di F. De Santis e I. Pagni.

²⁴ Non sono mancati commenti critici, come ad esempio, F. De Santis, *Il processo uniforme per l'accesso alle procedure concorsuali*, ne *Il fallimento* 2016, 1045, spec. 1050, che esclude in generale il ricorrere di un'ipotesi di connessione propria per la ritenuta diversità degli elementi identificativi della domanda e richiama la figura del litisconsorzio facoltativo per la almeno parziale identità delle questioni trattate.

è rivolta al contenitore processuale, prescindendo da ogni indagine circa la possibile rilevanza dello stato del procedimento *ex art. 18 l.f.*, del verificarsi delle preclusioni e, comunque, del rispetto di un pieno esercizio del diritto di difesa e della garanzia dei gradi di giudizio previsti.

La decisione è sorretta da una motivazione che appare pertanto troppo netta nell'anteporre il giudizio per la dichiarazione fallimento ad ogni questione relativa al concordato, sull'assunto che non sarebbe omologabile un concordato rispetto ad un debitore che sia stato dichiarato fallito. E' però vero anche il contrario, e cioè che non dovrebbe essere dichiarabile il fallimento di un debitore che ha conseguito l'omologazione superando quella situazione di crisi alla base di entrambe le iniziative contrapposte, posto che il completamento del percorso concordatario è destinato far venir meno l'insolvenza.

Il rapporto tra i due giudizi, benché muova dalla indipendenza di entrambi²⁵, risulta conseguentemente tracciato in modo unilaterale. Infatti non si occupa del caso, almeno in astratto prospettabile, in cui impugnato sia non il decreto di rigetto, ma quello di accoglimento dell'omologazione. La soluzione *secundum eventum litis* presuppone che il fallimento non possa essere dichiarato se nel frattempo sia intervenuta l'omologazione, peraltro *sub iudice*. Ma allora questa presunta indipendenza si affievolisce ed emerge quella pregiudizialità caratteristica di due iniziative tra loro non compatibili, tanto più quando si elevi la concezione unitaria della crisi d'impresa a faro interpretativo di questa come di altre questioni concorsuali.

11.- I contorni del carattere decisorio dei provvedimenti interinali

Tornando alla questione dei rimedi rispetto ai provvedimenti interinali e sottolineata una volta di più la complessità di queste considerazioni anche su un piano sistematico, si ha conferma come non ci possa dunque accontentare, per le ragioni indicate,

²⁵ Indipendenza che, a ben vedere, nello sviluppo del ragionamento non viene in realtà riconosciuta quando si parla di fenomeno di "conseguenzialità" dei provvedimenti e di "assorbimento" dei motivi di impugnazione: Cass. S.U. 10 aprile 2017, n. 9146, pag. 4.

della riproponibilità della domanda di concordato, in caso di mancata ammissione o revoca, per giustificare l'assenza di un gravame in questo quadro sostanziale e procedurale di riferimento; un profilo che oltretutto accentua la scivolosità del discorso perché si entra nella zona di confine con la definitività del provvedimento, che comunque va riaffermata a fronte del dettato normativo che preclude il riesame²⁶. Si noti che proprio sulla riproponibilità ha fatto leva un altro, a nostro avviso, discutibile intervento della Corte di Cassazione, che ha escluso il ricorso straordinario avverso i provvedimenti della corte d'appello che respingano la richiesta di risoluzione del concordato, dove pure l'esistenza di una controversia tra debitore e creditori può dirsi fisiologica; una fattispecie rispetto alla quale potrebbero svolgersi riflessioni, almeno in buona parte, analoghe alle precedenti sull'incidenza su diritti soggettivi dei creditori²⁷.

In dottrina, si è sottolineato che il riconoscimento di un diritto del debitore al concordato, e quindi della decisorietà dei provvedimenti di ammissione e revoca, è legato ai contenuti della proposta e del piano che, rispetto alla facoltà di riproposizione, non

²⁶ Se si vuole, una possibile commistione nell'approccio ai due concetti può leggersi nella complessiva vicenda che ha condotto alla decisione delle Sezioni Unite su tali provvedimenti, allorché l'ordinanza di rimessione (23 febbraio 2016, 3472, *loc. cit.*) poggiava proprio sul dubbio legato al carattere definitivo dei provvedimenti stessi, dando invece per pacifico quello decisorio. Per una sottolineatura del fatto che la rilevanza dell'idoneità al giudicato viene talora accostata tanto alla decisorietà quanto alla definitività, vedi I. Pagni, *Decisorietà e definitività dei provvedimenti in materia di concordato nella prospettiva delle Sezioni unite*, 546 s.

²⁷ Per essere precisi, la motivazione della sentenza Cass. 16 febbraio 2016, n. 2990 muove da una posizione antecedente la stagione riformatrice, per applicare il principio rispetto ad un decreto di rigetto che non precluderebbe la riproposizione di analoga iniziativa (che comunque potrebbe essere avanzata in uno scenario ben diverso nei rapporti tra impresa debitrice e creditori). Per questa ragione la Corte Suprema ha giustificato la diversità di trattamento normativo con l'ipotesi di accoglimento e contestuale dichiarazione di fallimento con apertura di un giudizio soggetto sia a reclamo sia a ricorso per cassazione *ex art 18 l.f.*

Non ci pare corretto dissolvere l'interesse del creditore istante nella disciplina del rigetto dell'istanza di fallimento, perché in questo caso viene in evidenza un diritto ad incidere sul fatto genetico dell'accordo concordatario per effetto della risoluzione (e dell'annullamento) con impatto sulla reviviscenza dei rapporti originari. Ancor meno giustificata appare la conclusione ove poi si ritenesse di aderire alla tesi del carattere necessitato della risoluzione per poter ottenere la dichiarazione di fallimento, stante l'assenza del rapporto di consequenzialità tra le due procedure (tesi recentemente esposta da M. Ambrosini, in *La risoluzione del concordato preventivo e la (successiva?) dichiarazione di fallimento: profili ricostitutivi del sistema*, www.ilcaso.it, pubbl. 6/9/17).

potranno mai avere i caratteri della medesima domanda perché nel frattempo la situazione dell'impresa, quanto ad esempio all'assunzione di nuove obbligazioni da parte di un'azienda in esercizio o al decorso degli interessi, non potrà più essere la stessa, anche se, ove si volesse proseguire in una logica di esegesi in stretta chiave processuale, riuscirebbe difficile elevare a fatto costitutivo della domanda di concordato una modifica, magari modesta in termini economici, delle posizioni debitorie²⁸.

Non ci sembra comunque che questo argomento sia così dirimente come di primo acchito potrebbe sembrare. Anzitutto, rispetto ad un'azienda priva della continuità e in liquidazione, l'immediata riproposizione può risultare il modo più semplice ed efficace per riproporre una domanda pressoché analoga alla precedente; inoltre, non pensando solo agli effetti dell'ingresso in procedura, un mutamento della situazione aziendale, specie se persista la continuità, può dirsi fisiologico anche in pendenza di un'impugnazione e l'impresa ben potrebbe trovarsi costretta ad adeguamenti più o meno marcati all'esito di un giudizio in cassazione. Come già sottolineato, l'incidenza di un provvedimento viziato è più ad ampio spettro della semplice difformità tra proposte successive e investe, anche sul piano dei costi e degli impegni, tutte le attività preparatorie all'ingresso in procedura. Questa incidenza si accresce vieppiù in costanza di procedura dove possono essere posti in essere atti funzionali alla proposta, da autorizzare o meno, non sempre condizionabili all'esito del procedimento, da vendite e operazioni societarie fino allo scioglimento dei contratti.

I rilievi dottrinali appena ricordati colgono però indirettamente un aspetto saliente nella prassi e che può essere valorizzato, in via interpretativa, sul piano degli interessi in giuoco e del sistema dei controlli in ambito concordatario. La ripresentazione della domanda non può essere guardata alla stregua del semplice esercizio della facoltà di ricorrere allo strumento di composizione della crisi, ma deve tenere conto del contesto in

²⁸ Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, *op. cit.*, 332 s., e in *La tutela giurisdizionale di legittimità nelle soluzioni concordate della crisi*, *op. cit.*, 1351 s., che da ciò ricava la sostanziale definitività e decisorietà del decreto, con la conseguenza dell'ammissibilità del ricorso *ex art.* 111 Cost.; I. Pagni, *op. cit.*, 548 e 551 s.; F. De Santis, *op. cit.*, 1052, peraltro in termini più dubitativi e con un richiamo ai tempi e ai costi di una nuova domanda.

cui l'impresa in crisi si muove dopo aver subito un provvedimento d'inammissibilità o di revoca che può avere rilevanti impatti sulle valutazioni di future istanze, ancorché non ammantati dal giudicato, tanto più in un clima di giustificato contenimento degli abusi, quale quello che ha contraddistinto la materia negli ultimi anni.

Si dovrebbe allora riconoscere che il concetto di decisorietà può rappresentare un ostacolo al ricorso straordinario per cassazione solo se si rinuncia aprioristicamente ad affrontare la questione avendo riguardo alle caratteristiche del procedimento nel corso del quale l'intervento giudiziario può incidere su posizioni giuridiche soggettive, ancorandosi strettamente a tradizionali canoni processuali. In un *iter* a formazione progressiva bisognerebbe, per così dire, cominciare dal fondo, non dal modello processuale, bensì dal rapporto giuridico su cui incidono i provvedimenti e rispetto al quale può sorgere l'esigenza di una forma di tutela all'esito del procedimento. Come si evince dalle stesse decisioni delle Sezioni Unite²⁹, si dovrebbe riaffermare senza esitazioni che, rispetto al loro oggetto, i provvedimenti, che concedono o negano l'omologazione, ivi compreso quello relativo agli accordi di ristrutturazione, incidono su diritti soggettivi nello svolgimento di una funzione giurisdizionale che si esplica mediante controlli e autorizzazioni che trascendono la posizione processuale dei creditori e la loro potenziale conflittualità, e riguardano l'ammissibilità appunto della procedura e la regolarità del suo svolgimento³⁰.

Una funzione che, per categorie generali, non pare ingiustificato accostare più a quella dei provvedimenti in materia di *status*

²⁹ Emblematiche sono le parole della Corte Suprema (19 marzo 2015, n. 5526, in www.unijuris.it) a proposito della diversa fattispecie della mancata ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria quale alternativa al fallimento: la legittimità del ricorso straordinario da parte dell'impresa si fonda sul "*suo diritto a regolare l'insolvenza secondo i tempi, le forme e le modalità previste per le grandi imprese*" e sulla conseguente natura decisoria del provvedimento. Riportiamo queste parole con la consapevolezza del carattere di definitività attribuito a quel provvedimento per sottolineare come lo stesso Giudice di legittimità guardi alle istanze di accesso agli strumenti concorsuali, non potendo mettersi in dubbio che di diritto debba parlarsi anche con riguardo al ricorso degli strumenti di composizione della crisi diversi e alternativi alle procedure di insolvenza.

³⁰ Con riferimento agli accordi *ex art. 182 bis l.f.*, si è espresso in termini di diritto potestativo ad ottenere gli effetti dell'omologazione e del carattere decisorio del relativo provvedimento con attitudine al giudicato, De Vita, *Il giudizio di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti: problematiche processuali*, in *Riv. dir. fall.* 2013, I, 368, spec. 387

emessi in sede di volontaria giurisdizione, che pure sono considerati ricorribili *ex art. 111 Cost.*, ma che può rivelarsi anche molto penetrante, ad esempio, se si guarda ai confini del giudizio di fattibilità che, nonostante i noti interventi delle Sezioni Unite sulla causa in concreto del concordato, continuano a riservare i margini di incertezza cui si è fatto cenno³¹. In ogni caso, forti anche del fatto che il dibattito anche in seno alle Sezioni Unite non sembra significativamente influenzato dall'adozione di schemi processuali di carattere più o meno sommario³², il richiamo alla funzione decisoria non può non essere adattato al particolare campo d'intervento giudiziario e, a ritroso, la stessa considerazione dovrebbe valere per quei provvedimenti che impediscono di pervenire al decreto di omologazione, perché l'effetto giuridico è equivalente alla mancata omologazione rispetto al diritto di ottenere quel provvedimento. L'intervento, anche interinale, degli organi giudiziari in sede di concordato preventivo appartiene insomma più alla funzione dei controlli dei requisiti normativi per ottenere determinati effetti giuridici riconosciuti dalla legge alla proposta e al piano, ma non per questo non incide sul diritto a conseguire quegli effetti per tentare la soluzione della crisi d'impresa.

La lacuna ravvisabile nel ragionamento delle sentenze esaminate consiste, dunque e per concludere, nella mancanza di un approccio interpretativo che combini la funzione dell'intervento giudiziario con la natura poliedrica e la dinamicità degli interessi sottesi alla soluzione della crisi d'impresa, avendo riguardo al fatto che il modello procedimentale è tanto più in grado di soddisfare la risposta giurisdizionale sul piano dell'effettività quando più si adatti alle esigenze dell'oggetto del procedimento, inteso in senso ampio come posizioni giuridiche soggettive coinvolte, da un lato, e come funzione e contenuto dell'intervento giudiziario medesimo, dall'altro lato³³.

³¹ Si veda *supra* la nota 6.

³² Anche l'autorevole dottrina processualistica che ha sempre difeso il processo ordinario di cognizione come strumento di garanzia, per le sue forme, nell'esercizio dell'attività giurisdizionale, risolutiva di conflitti su diritti soggettivi, sottolinea oggi con maggiore enfasi il ruolo dei processi sommari in tutte le situazioni in cui la risposta dell'ordinamento deve soddisfare un'esigenza di effettività della tutela richiesta: per tutti A. Proto Pisani, *Quattro brevi lezioni sul processo civile*, in *Riv. dir. proc.* 2016, 926, spec. 943 s..

³³ Tenendo conto che il rito, anzi i riti sommari (nel concordato convivono quello dell'art. 15 l.f. dettato per la dichiarazione di fallimento, quello dell'art. 26 l.f. per il reclamo avverso i provvedimenti del giudice delegato e del tribunale e i vari

Nel contempo, la posizione dei creditori non si atteggia come direttamente conflittuale rispetto al rapporto giuridico e ai diritti verso il debitore da regolare, tant'è che, come già sottolineato, la risoluzione di eventuali controversie per mezzo del processo di cognizione non è influenzata dalla pendenza del concordato; il loro coinvolgimento e il relativo contraddittorio rilevano solo per il possibile impatto prospettico sulla fattibilità del piano e, nel caso, sulla formazione del consenso, ciò che sfuma in questo contesto procedurale la distinzione tra l'incidere e il decidere su diritti cui la Corte Suprema ha attribuito un decisivo peso sistematico.

12.- Brevi riflessioni finali dal punto di vista dell'effettività della tutela giurisdizionale

L'ammissibilità del ricorso straordinario è questione che avrebbe dunque richiesto una maggiore riflessione sugli effetti dei provvedimenti, definitivi, di inammissibilità e revoca, muovendo dalla prospettiva – giustamente, ma non mai troppo, rimarcata in dottrina³⁴ - che deve essere il modello processuale ad adattarsi all'oggetto del processo e non viceversa, giusto per rimanere nel campo delle categorie dell'esercizio della funzione giurisdizionale.

Ma si deve anche riconoscere che, come strumento di tutela, quello *ex art. 111 Cost.* non è il mezzo di riesame più efficiente e rispondente alle esigenze di rapidità connesse al ricorso ad uno strumento di soluzione della crisi d'impresa. I tempi dei procedimenti di concordato faticano a conciliarsi con lo svolgimento del giudizio in cassazione, pur con durata normalmente ridotta nelle impugnative concorsuali, e quindi il rimedio ben può rivelarsi incompatibile con il percorso di risanamento intrapreso e suggerire nei fatti il tentativo di riproposizione.

procedimenti deformalizzati per l'ammissione e l'omologazione) costituiscono inevitabilmente lo schema da privilegiare in ragione delle esigenze di celerità e flessibilità proprie degli strumenti di composizione della crisi d'impresa, che, come tutta la materia fallimentare, è stata sottratta alla riforma sul riordino e la semplificazione dei riti civili.

³⁴ M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale di legittimità nelle soluzioni concordate della crisi*, op. cit., 1350; I Pagni, *op. cit.*, 549.

La rilevanza dei tempi della decisione del giudice di legittimità deve anche essere considerata rispetto all'assenza di un sistema di inibitoria, di difficile creazione anche legislativa, che possa salvaguardare lo *status quo* rispetto all'istanza di ammissione e alle fasi procedurali percorse fino alla revoca. Rispetto ad azioni cautelari e, soprattutto, esecutive con riferimento alle quali l'impresa abbia beneficiato di effetti protettivi, l'unico rimedio risulterebbe la possibilità di far valere forme di sospensione dei procedimenti, specie in sede di reclamo, con riguardo alle prime, e con il ricorso all'istituto tipico di cui agli artt. 623 e segg. c.p.c. per le seconde, motivate dalla pendenza del ricorso straordinario e dall'irrimediabilità degli effetti che conseguirebbero da quelle azioni rispetto alla proposta formulata.

Inoltre, non si possono trascurare che inammissibilità e revoca sono provvedimenti che spesso si fondano su apprezzamenti di fatto, il cui rilievo in sede di cassazione è limitato al vizio di motivazione, oggi confinato all'omessa considerazione di un fatto decisivo oggetto di dibattito tra le parti, salvo patologici vizi dell'*iter* argomentativo. In questa prospettiva, è la scelta legislativa che si espone a critiche: l'aver escluso la reclamabilità di quei provvedimenti, nonostante la loro rilevante incidenza, impedisce di avvalersi di uno strumento, deformalizzato, che certamente avrebbe risposto più efficacemente all'esigenza di una loro revisione³⁵. E, sotto questo profilo, ci sembra difficilmente percorribile l'opzione, adombrata in dottrina a commento delle due decisioni³⁶, dell'utilizzabilità del reclamo previsto dal codice di procedura civile per i procedimenti camerali, soluzione che si rivelerebbe come una sorta di aggiramento del dettato normativo.

E tuttavia non si può, da un lato, escludere a priori un interesse del debitore a salvaguardare gli effetti della domanda e del procedimento, specie in procedure che vedono comunque piuttosto dilatati i tempi di svolgimento; e, dall'altro lato, negare la possibile utilità, al cospetto di molti contrasti giurisprudenziali sul

³⁵ Per una sottolineatura del profilo dell'effettività della risposta giurisdizionale che spinge a vedere nel reclamo l'ordinario strumento di gravame nelle situazioni esaminate e a soluzioni interpretative che ne ricerchino, anche sul piano costituzionale, l'esperibilità, M. Montanari, *op. cit.*, 660.

³⁶ I. Pagni, *Decisorietà e definitività etc.*, *op. loc. cit.*, 551, che infatti propende per l'ammissibilità del ricorso straordinario avverso il provvedimento negativo.

piano interpretativo delle norme concorsuali registrati in questi anni di riforme, dell'esercizio della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione *in subjecta materia*, a beneficio di una maggiore certezza di uniformità applicativa delle singole previsioni.

Si potrebbe essere tentati, in conclusione, di guardare a questa disomogenea disciplina dei rimedi avverso provvedimenti emessi nel procedimento di concordato come ad un inconveniente normativo (forse) di breve durata. E' noto che, quale frutto dei lavori della Commissione Rordorf, la riforma del diritto concorsuale dovrebbe segnare, sul piano del procedimento, una vera e propria rivoluzione, con l'adozione di un unico procedimento per l'accertamento della crisi destinato ad aprire la porta a soluzioni liquidatorie o di ristrutturazione e risanamento dell'impresa. In attesa di conoscere le specifiche soluzioni normative che saranno adottate in sede di attuazione della legge delega definitivamente approvata l'11 ottobre 2017, si possono però trarre delle importanti indicazioni dal fatto che il modello processuale per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza del debitore è destinato ad essere quello dell'art. 15 l.f.; che è stata posta una particolare enfasi sulla celerità di tutto il procedimento ed è stata sottolineata l'esigenza di armonizzazione del regime delle impugnazioni, nonostante una desumibile generale esperibilità del reclamo *ex art. 18 l.f.*, "*con particolare riguardo all'efficacia delle pronunce rese avverso i provvedimenti di apertura della procedura di liquidazione giudiziale ovvero di omologazione del concordato*"³⁷.

Pur nella non piena chiarezza della formula legislativa, il riferimento al provvedimento di ingresso in procedura attesta una sensibilità alla materia delle impugnazioni dei procedimenti interinali e alla relativa efficacia, rispetto alla quale la discutibilità delle scelte legislative e giurisprudenziali esaminate potrebbe fungere da riferimento per tratteggiare più ponderatamente la disciplina anche dei rimedi avverso i provvedimenti interinali e con una più lineare definizione dei rapporti tra concordato preventivo e quella liquidazione giudiziale che sarebbe destinata in futuro a sostituire l'attuale procedura di fallimento. Tra l'applicazione delle misure di allerta e le novità in materia di concor-

³⁷ In attesa della pubblicazione della legge delega, il testo approvato può essere reperito in Senato della Repubblica XVII Legislatura, DDL S. 2681, *www.senato.it*, 5/10/2017

dato, quale la condizione per le procedure liquidatorie dell'apporto di nuove risorse patrimoniali in funzione di un miglior soddisfacimento dei creditori, dovrebbero risultare ancora più marcati per l'impresa in crisi gli impegni e le attività prodromiche all'eventuale accesso al procedimento finalizzato all'omologazione.