

COMMENTO ALL'ART. 173
– Revoca dell'ammissione al concordato e
dichiarazione del fallimento nel corso della procedura –
(in *Commentario alla legge fallimentare*, III, Milano, 2010)

Marcello Gaboardi

Università Bocconi – Milano

SOMMARIO: 1.1. La revoca dell'ammissione al concordato preventivo. I recenti sviluppi della disciplina positiva: dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 – 1.2. La successione del fallimento al concordato e la difficile sopravvivenza del principio di consecuzione delle procedure – 2. Le fattispecie previste dall'art. 173 l.f.: gli «atti di frode» ai creditori – 3. (*Segue*) Gli atti dispositivi non autorizzati, gli atti diretti a frodare le ragioni dei creditori e l'insussistenza delle condizioni di ammissibilità – 4. Profili processuali

1.1. La revoca dell'ammissione al concordato preventivo. I recenti sviluppi della disciplina positiva: dal d.l. 14 marzo 2005, n. 35 al d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 – Il sistema di controllo giurisdizionale sulla permanenza delle condizioni di *legittimità* e *praticabilità* della soluzione concordataria rinviene nella disposizione dell'art. 173 l.f. il suo fondamentale completamento. Accanto alle previsioni che assegnano al tribunale fallimentare l'onere di vagliare la correttezza e la realizzabilità del piano concordatario in apertura della procedura (art. 162 l.f.) e in chiusura della stessa (art. 180 l.f.), il legislatore ha voluto predisporre un ulteriore strumento per la verifica della perdurante regolarità del concordato, esperibile durante l'intero svolgimento della procedura e funzionale a *reprimere* l'emersione della mancanza (originaria o sopravvenuta) delle condizioni di ammissibilità del concordato ovvero dei comportamenti fraudolenti o, comunque, illegittimi compiuti dal debitore prima o dopo la sua ammissione alla procedura.

Malgrado le recenti evoluzioni della disciplina concordataria, sembra dunque ancora connotata al meccanismo dell'art. 173 una funzione *lato sensu* sanzionatoria del comportamento dell'imprenditore che non sia stato capace di tener fede agli impegni presi con la domanda di concordato: la frode ai creditori, la gestione imprudente del patrimonio imprenditoriale, la presentazione di una domanda di ammissione fondata su elementi assai fragili e inidonei a configurare (o conservare nel corso del concordato) i presupposti per l'accoglimento del ricorso sono atteggiamenti che attestano in misura diversa un comportamento elusivo degli impegni concordatari da parte dell'imprenditore. Di guisa che, in un contesto normativo che continua ad essere ispirato principalmente ad una finalità di tutela degli interessi dei *creditori* e, talvolta, anche di quelli generali alla salvaguardia dei *valori aziendali* (e alla conservazione dell'impresa da istanze disgregative), la revoca dell'ammissione al concordato segna un chiaro «regresso» dell'imprenditore (se non più, automaticamente, allo spossessamento fallimentare, almeno) allo «stato di crisi» che ne caratterizzava l'assetto economico e finanziario al momento della presentazione della domanda. Come si è puntualmente segnalato (1), la revoca dell'ammissione rappresenta

(1) Il riferimento è a G. LO CASCIO, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 2007, p.

certo una «inevitabile conseguenza» del venir meno delle condizioni per la permanenza della procedura, ma al contempo essa si risolve nella preclusione di un *beneficio* per l'imprenditore: quello di poter superare il proprio dissesto patrimoniale attraverso un accordo con i creditori assunto in un contesto procedimentale che comprime solo limitatamente i suoi poteri gestori o dispositivi, essendo invece funzionale ad un risanamento della situazione debitoria attraverso il soddisfacimento delle pretese dei creditori o, se del caso, attraverso la continuazione dell'attività d'impresa e la conservazione dei beni produttivi.

L'affermazione di una finalità repressiva insita nel provvedimento di revoca dell'ammissione al concordato sembra, poi, confermata dalla conservazione di un'iniziativa officiosa *in parte qua*, spettando al commissario giudiziale il solo obbligo di informare direttamente il collegio (senza più alcun tramite – come si vedrà – da parte del giudice delegato) circa i probabili comportamenti illegittimi dell'imprenditore. Compete, invece, al collegio l'onere di aprire il procedimento che conduce alla revoca della procedura, senza necessità di attendere la presentazione di una specifica domanda di parte: in questa prospettiva, la scelta di revocare la procedura sembra, dunque, superare l'esigenza di tutela dei soli interessi particolari ed estendersi alla salvaguardia di interessi sovraindividuali connessi al corretto svolgimento della procedura concorsuale.

In un simile contesto, l'intervento riformatore del 2005 (d.l. 14 marzo 2005, n. 35 convertito nella l. 14 maggio 2005, n. 80) aveva inteso conservare il carattere spiccatamente pubblicistico del procedimento di revoca del concordato, atteso che, malgrado le profonde modifiche ai presupposti dell'ammissione alla procedura e all'accentuazione del profilo «consensualistico» dell'accordo concordatario (con la conseguente compressione di taluni poteri giudiziari), il legislatore non aveva apportato alcuna sostanziale innovazione *in parte qua*, sebbene sotto più profili si fosse palesata la necessità di una revisione critica della disposizione in commento al fine di adeguarne i numerosi aspetti distonici alla *ratio* ispiratrice della riforma. Ma una tale esigenza – immediatamente avvertita dalla dottrina (2)

998 (dal quale sono tratte anche le parole riportate *infra* tra virgolette nel testo). Al contrario, sottolinea maggiormente il profilo della «repressione» del comportamento frodatario o illegittimo del debitore S. SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, 1996, p. 497. Il dibattito interpretativo sulla natura della disposizione in commento – evocato anche da G. FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Commentario* Fauceglia – Panzani, vol. III, 2009, p. 1691, nota 1 – evoca due aspetti del medesimo fenomeno, strettamente connessi alla sua natura e fra loro inscindibili: la centralità che da sempre caratterizza il meccanismo dell'art. 173 l.f. nel sistema del concordato preventivo (cfr., per tutti, A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 173*, in *Commentario* Scialoja - Branca, 1979, p. 289) finisce per accentuare, a seconda dello spirito informatore che di volta in volta anima la disciplina concordataria, il profilo pubblicistico e quindi «sanzionatorio» della revoca (evidente non solo *olim* nella dichiarazione officiosa del susseguente fallimento, ma ancor oggi nella perdita di un rilevante vantaggio per l'imprenditore in crisi e per i suoi creditori a seguito della revoca) ovvero il profilo connesso alla semplice constatazione, sul piano strettamente «procedimentale», della mancanza dei presupposti necessari per la permanenza della procedura.

(2) Cfr., in particolare, P.G. DEMARCHI, *Commento all'art. 163*, in S. AMBROSINI – P.G. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005, p. 110, il quale – prima dell'intervento correttivo del 2007 – rilevava che «l'art. 173 era stato formulato con la vecchia disciplina del concordato, e non è stato coordinato con le nuove norme», giungendo ad affermare che, a seguito della soppressione delle condizioni imposte dal previgente art. 160 l.f., era «venuto meno ogni potere del tribunale di dichiarare il fallimento ai sensi dell'art. 173 secondo comma ultima parte l. fall., norma

– non è stata soddisfatta dai *conditores* nemmeno con la successiva riforma del procedimento fallimentare (d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5), la quale ha tuttavia apportato talune significative modifiche anche alla disciplina del concordato preventivo adeguandone taluni caratteri al novellato assetto degli organi concorsuali (emblematica, in tal senso, è la soppressione del «potere direttivo» dal novero delle prerogative del giudice delegato *ex art.* 167, comma 1, l.f.) e rafforzando i profili privatistici della procedura in ossequio al rinnovato assetto di poteri nell’ambito del fallimento. La scelta del riformatore di non indugiare su un (pur necessario) adeguamento dell’art. 173 al nuovo indirizzo legislativo, conservando anacronisticamente la possibilità di una dichiarazione officiosa del fallimento e rinunciando a qualsiasi contraddittorio col debitore sui presupposti *ex artt.* 1 e 5 l.f., aveva anzi indotto una parte della dottrina a sostenere la *parziale abrogazione* della norma in commento per l’assoluta incompatibilità con il principio della iniziativa di parte all’instaurazione dell’istruttoria prefallimentare (*ex artt.* 6 e 7 l.f.). La «distonia» dell’art. 173 all’interno del riformato sistema normativo era resa, poi, ancora più evidente – come detto – dalla sopravvenuta modifica dei presupposti delle procedure concorsuali, tenuto conto che – a seguito della riforma del 2005 – non solo non rappresenta(va)no più dei requisiti per l’ammissione alla procedura né la «meritevolezza» del debitore a concludere la soluzione concordata né la «convenienza» per i creditori del piano concordatario, ma lo stesso presupposto oggettivo dell’insolvenza (un tempo comune al fallimento e al concordato) si è diversificato in relazione alla procedura concordataria che è ora promuovibile anche in presenza di un mero «stato di crisi» (concetto di difficile interpretazione, quest’ultimo, potendosi astrattamente configurare anche come stato di «insolvenza» dell’imprenditore *ex art.* 160, comma 3, l.f.). In particolare, la definitiva emancipazione dell’art. 160 l.f. dai profili di ammissibilità della proposta concordataria connessi al precedente comportamento del debitore e la loro sostanziale riduzione, nell’attuale disciplina, al superamento di una verifica di carattere documentale alla stregua dell’art. 161 l.f. hanno convinto taluni interpreti a proclamare la sostanziale inapplicabilità (e, dunque, l’abrogazione implicita) sia della previsione del comma 1 della norma commento, nella parte in cui la stessa pone a fondamento della decisione di revoca le condotte fraudolente dell’imprenditore antecedenti alla presentazione della proposta, sia della previsione del(l’attuale) comma 3 relativa, invece, alla revoca del concordato per mancanza delle condizioni di ammissibilità (3).

Nonostante le indicazioni suggerite da una simile lettura dell’*iter* riformatore *in*

che deve intendersi, pertanto, implicitamente abrogata» (su quest’ultimo aspetto cfr. anche *infra* nel testo e la successiva nota 3).

(3) Dopo l’entrata in vigore della riforma del 2005, hanno sollevato perplessità in ordine alla persistente vigenza dell’art. 173 l.f. anche nell’attuale assetto normativo del concordato preventivo (lasciato sostanzialmente invariato anche dalla novella del 2006): L. D’ORAZIO, *Profili di diritto transitorio nel nuovo concordato preventivo*, in S. BONFATTI – G. FALCONE, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2005, pp. 299-300; G. CANALE, *Le nuove norme sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione*, in C. PUNZI – E.F. RICCI, *Le nuove norme processuali e fallimentari. Commento al d.l. 14 marzo 2005, n. 35 e della legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80*, Padova, 2005, pp. 207-208; M.R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare*, Milano, 2006, p. 256; S. DE MATTEIS, *Questioni vecchie e nuove in tema di concordato preventivo*, in *Fall.*, 2005, p. 1410 (con particolare riferimento al mutato regime della iniziativa per la dichiarazione del fallimento, cfr. anche M. FABIANI, *Commento agli artt. 6 e 7*, in *Commentario* Jorio, vol. I, 2006, p. 141).

parte qua, si è obiettato che l'assenza di un'esplicita presa di posizione da parte del legislatore non avrebbe potuto legittimare un'interpretazione abrogatrice dell'art. 173, la cui disposizione continuava anzi a giustificare (seppur con gli opportuni adattamenti) la revoca della procedura concordataria al ricorrere delle condotte contemplate dal legislatore (4). Il rinnovato assetto normativo del concordato avrebbe dovuto risolversi, invece, in un adeguamento delle condotte tipizzate nella disposizione in commento alla stregua dei nuovi presupposti di ammissibilità alla procedura (5), ferma restando l'impraticabilità del meccanismo – connotato, invece, all'originaria impostazione della legge fallimentare del 1942 – che conduceva all'apertura officiosa del procedimento fallimentare. E infatti, nel quadro del previgente dettato normativo, non vi era menzione di una revoca della procedura concordataria rivelatasi illegittima, consentendosi anzi al tribunale di promuovere la dichiarazione di fallimento senza necessità di attendere l'iniziativa dei creditori (o del pubblico ministero) né di instaurare un previo contraddittorio con il debitore (prescritto, invece, dalla Corte costituzionale per l'istruttoria prefallimentare sin dalla sentenza n. 141 del 16 luglio 1970) (6). L'iniziativa officiosa e la sostanziale compressione del diritto di difesa dell'imprenditore consentivano, pertanto, che la declaratoria del fallimento venisse pronunciata anche in assenza di uno specifico accertamento giudiziario dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l.f., riconoscendo alla domanda di concordato una sorta di (impropria) valenza confessoria o quanto meno indiziaria dello stato di insolvenza del debitore.

1.2. La successione del fallimento al concordato e la difficile sopravvivenza del principio di consecuzione delle procedure – La possibilità di un'apertura *ex officio* del fallimento dopo la revoca della procedura concordataria ha rappresentato – fino all'entrata in vigore del decreto correttivo – un'anomalia della disciplina del concordato, dettata forse più da un difetto di coordinamento legislativo che non da un reale intendimento dei *conditores*. Basti considerare, infatti, che le altre ipotesi in cui la legge del 1942 prevedeva

(4) In tal senso si è espressa la prevalente dottrina intervenuta successivamente all'entrata in vigore del d.l. n. 35/2005 cit. (cfr., in particolare, L. GUGLIELMUCCI, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2005, p. 99, p. 102; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006, p. 559; P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, in S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006, p. 247; I. PAGNI, *Il procedimento di omologa (profili processuali)*, in *Fall.*, 2006, p. 1077; G. RAGO, *Primi problemi applicativi sul nuovo concordato preventivo*, in *Fall.*, 2006, p. 292). Analogamente, anche la giurisprudenza di merito – ben prima dell'approvazione del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che ha risolto definitivamente i dubbi interpretativi lasciati aperti dalle precedenti riforme (si veda *infra* nel testo) – non ha esitato a riconoscere la persistente vigenza della disposizione in commento (cfr. Trib. Roma, 26 settembre 2008, in *Fall.*, 2009, p. 187 ss.; Trib. Milano, 20 luglio 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 451 ss.; Trib. Milano, 24 aprile 2007, in *Fall.*, 2007, p. 1441 ss., con nota di P. BOSTICCO, *La «resurrezione» giurisprudenziale dell'art. 173 l.f. e la difficile distinzione tra atti di frode e sopravvenienze inattese*; Trib. Milano, 9 marzo 2007, in *Fall.*, 2007, p. 684 ss., con nota di G. BOZZA, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare*; Trib. Bologna 25 gennaio 2006, in *Fall.*, 2006, p. 676) estendendone l'area applicativa sino alla fase di omologazione del concordato (cfr., *ex multis*, Trib. Milano, 8 giugno 2006, in *Fall.*, 2006, p. 1420; Trib. Ancona, 23 febbraio 2006, inedita; Trib. Roma, 2 febbraio 2006, inedito; Trib. Bologna, 17 novembre 2005, in *Giur. mer.*, 2006, p. 658; Trib. Bari, 7 novembre 2005, in *Fall.*, 2006, p. 52).

(5) Per maggiori riferimenti in ordine a questa interpretazione, si rinvia al successivo § 3.

(6) La si può leggere in *Foro it.*, 1970, I, c. 2038 ss.

l'automatica conversione del concordato in fallimento (dalla declaratoria di inammissibilità della proposta *ex art.* 162 l.f. alla revoca della procedura per il mancato deposito della «somma che si presume necessaria per l'intera procedura» *ex art.* 163 l.f. ovvero per la mancata approvazione della proposta da parte dei creditori *ex art.* 179 l.f.) sono state puntualmente «corrette» con l'estensione *in parte qua* del principio dell'iniziativa di parte e dell'accertamento in contraddittorio dei presupposti di fallibilità.

D'altro canto, una simile conclusione non ha fatto altro che raccogliere (con ritardo) le indicazioni che da tempo provenivano dalla dottrina, la quale – come si è illustrato – ha sempre sostenuto la necessità che la declaratoria di fallimento fosse preceduta dall'accertamento della permanenza di uno stato di insolvenza in capo all'imprenditore, osservandosi in particolare che il decreto di ammissione al concordato, pur accertando *olim* che «l'imprenditore (...) si trova[va] in istato d'insolvenza» (art. 160 l.f. del 1942), non conseguiva un'efficacia di giudicato valevole anche nel susseguente giudizio di fallimento. Se ciò non sottraeva certo al tribunale il potere di procedere officiosamente alla dichiarazione *ex art.* 16 l.f., consentiva tuttavia di adeguare il procedimento alle esigenze di tutela del diritto di difesa, conformando ai parametri dell'art. 24 Cost. anche il giudizio di revoca del concordato: solo l'effettiva partecipazione del debitore al procedimento assicurava, infatti, la piena realizzazione del contraddittorio, così come prescritto dalla Corte costituzionale con riferimento sia all'istruttoria prefallimentare che al giudizio *ex art.* 162 l.f. (7).

In un simile contesto, l'introduzione di una diversa tipologia di presupposti per il fallimento e il concordato e, soprattutto, l'incremento delle tutele e delle garanzie processuali nel riformato quadro «cognitorio» dell'istruttoria prefallimentare hanno reso ancora più evidente l'anomalia delle disposizioni che regolavano la successione del fallimento al concordato senza esigere lo svolgimento di uno specifico accertamento dei relativi presupposti. D'altra parte, la dichiarazione officiosa del (sopravvenuto) fallimento ha suscitato perplessità alla luce del rinnovato regime dell'art. 6 l.f. e del definitivo abbandono dell'iniziativa officiosa del collegio. I più recenti interventi riformatori hanno, infine, tradotto *iure positivo* le istanze di adeguamento del procedimento fallimentare celebrato nel corso della procedura concordataria, esigendo ogni volta l'iniziativa di parte e l'accertamento dei presupposti di legge: in particolare, con riferimento alla disposizione in commento l'esplicito richiamo all'art. 15 l.f. e alle relative scadenze processuali costituisce la definitiva uniformazione del procedimento di revoca del concordato e di conseguente dichiarazione di fallimento ai principi processuali generali dettati dalla riforma del 2006 con riguardo all'istruttoria prefallimentare.

L'assimilazione del giudizio di fallimento *ex art.* 173 l.f. alla fisionomia del nuovo

(7) Cfr., oltre alla citata Corte cost., 16 luglio 1970, n. 141, anche Corte cost., 20 giugno 1972, n. 110, in *Giust. civ.*, 1972, III, p. 182 ss. Giova ricordare, in proposito, che le declaratorie di incostituzionalità degli artt. 15 e 162 l.f. – nelle parti in cui tali disposizioni non prevedevano l'obbligo di una previa convocazione dell'imprenditore ai fini della dichiarazione di fallimento e di inammissibilità del concordato preventivo – non sono state applicate dalla successiva giurisprudenza senza qualche resistenza, ritenendosi assicurato il diritto di difesa del debitore ogni qualvolta questi fosse stato posto nelle condizioni di conoscere le ragioni poste a fondamento della decisione del collegio e di contraddire, per lo più *ex post*, con l'ausilio di strumenti adeguati (anzitutto, l'impugnazione della sentenza di fallimento): si vedano, *ex multis*, Cass., 11 agosto 2000, n. 10673, in *Fall.*, 2001, p. 980 ss. e Cass., 2 maggio 1994, n. 4234, in *Fall.*, 1994, p. 1251 ss.

processo cognitorio *ex art. 15 l.f.* ha indotto una parte della dottrina a dubitare della persistenza nell'ordinamento del tradizionale principio della *consecuzione di procedure* e dei suoi ben noti corollari: dalla rilevanza anche nel susseguente fallimento di atti o effetti prodottisi nel corso del concordato alla possibilità di anticipare al momento di apertura del primo procedimento la produzione di taluni effetti conseguenti *ex se* dalla sola declaratoria di fallimento ⁽⁸⁾. A sostegno di una simile impostazione si è fatto riferimento non solo alla sopravvenuta diversificazione tra i presupposti delle due procedure, ma altresì a taluni ulteriori interventi novellatori che hanno inciso profondamente sui rapporti tra fallimento e concordato: a cominciare dall'innovativa scelta del riformatore di esentare dall'azione revocatoria fallimentare gli atti (negoziali o solutori) posti in essere dal debitore «in esecuzione del concordato preventivo» ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. e), l.f. Se non è certo questa la sede per esaminare una questione così complessa, vi è tuttavia da segnalare in questa sede come la revocabilità degli atti compiuti nel corso del concordato e non aventi un carattere esecutivo (9) – e cioè la regola desumibile da una lettura *a contrario* della

⁽⁸⁾ Nella vigenza della legge fallimentare del 1942, l'affermazione del principio della consecuzione dei procedimenti era assolutamente unanime in dottrina (si vedano, per tutti, S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 515, nota 51; A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 173*, p. 299 ss.; F. FERRARA jr – A. BORGIOI, *Il fallimento*, Milano, 1995, p. 693 ss.) e in giurisprudenza (cfr., *ex multis*, Cass., 30 maggio 1994, n. 5284, in *Fall.*, 1995, p. 138 ss.; App. L'Aquila, 11 novembre 1983, in *Dir. fall.*, 1984, II, p. 137 ss.; App. Milano, 5 febbraio 1971, in *Dir. fall.*, 1972, II, p. 793 ss.), sebbene un tale principio – come si è sottolineato – possa trovare applicazione «soltanto se e in quanto la disciplina prevista per il fallimento sia *conciliabile* con quella relativa alle precedenti procedure e riguardi situazioni che, nell'ambito delle stesse procedure, non trovino espressa e chiara regolamentazione» (così la citata Cass., 30 maggio 1994, n. 5284 in motivazione; il corsivo è nostro). Una considerazione, quest'ultima, che ha reso indubbiamente più ardua l'applicabilità del principio della consecuzione dopo la riforma dei presupposti per l'ammissione al concordato, atteso che la difformità delle condizioni patrimoniali e finanziarie dell'imprenditore che accede al concordato o viene dichiarato fallito sembra precludere la possibilità di apprezzarne unitariamente la vicenda concorsuale. Si è tuttavia rilevato in proposito che la considerazione unitaria della successione di procedure si fonda – secondo un condiviso apprezzamento della dottrina – sull'evoluzione peggiorativa di un *unico* stato di dissesto dell'impresa e sull'esigenza di porvi rimedio con gli strumenti che si rivelino, di volta in volta, più adeguati rispetto alla condizione attuale dell'impresa (cfr., in particolare, G.B. NARDECCHIA, *L'art. 169 l.f. dopo la riforma del concordato preventivo*, in *Fall.*, 2009, p. 634 ss.; nel senso di una sostanziale omogeneità qualitativa tra i presupposti delle due procedure si è espresso anche P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, p. 260; in giurisprudenza, cfr. invece – accanto alla già ricordata Trib. Roma, 2 febbraio 2006, inedita – anche Trib. Sulmona, 19 gennaio 2006, inedita; Trib. Modena, 14 ottobre 2005, inedita; Trib. Sulmona, 9 giugno 2005, in *Fall.*, 2005, p. 793). E infatti, lo «stato di crisi», richiamato nell'art. 160 l.f. quale presupposto per l'ammissione al concordato, non solo può risolversi – per un espresso riconoscimento legislativo – nella «insolvenza» fallimentare, ma sembra altresì configurarsi come uno stadio embrionale dell'«insolvenza», meno grave di quest'ultima ma certamente idoneo ad attestare la difficile condizione patrimoniale del debitore, la quale aggravandosi può condurre alla declaratoria del fallimento.

⁽⁹⁾ Va ricordato infatti che, secondo l'opinione maggioritaria della dottrina, l'esenzione dalla revocatoria fallimentare *ex art. 67*, comma 3, lett. e), l.f. si estende non solo agli atti compiuti dopo l'omologazione del concordato in adempimento degli obblighi assunti dal debitore (nel senso di limitare l'ambito applicativo della disposizione a questa sola ipotesi, in ossequio ad una interpretazione della natura «esecutiva» dell'atto esente che appare, però, eccessivamente formalistica, si veda, invece, F. SANTANGELI, *Commento agli artt. 64-67*, in *Commentario Santangeli*, 2006, p. 290), ma anche agli atti che, pur essendo stati compiuti nel corso della procedura, sono «esecutivi» in quanto conformi alle previsioni contenute nel piano concordatario (in questo senso si vedano S. BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziabile delle crisi d'impresa. La disciplina dei «piani di risanamento dell'esposizione debitoria» e degli «accordi di ristrutturazione dei debiti»*, in S. BONFATTI – P.F. CENSONI, *La riforma della disciplina dell'azione*

norma – abbia suggerito ad una parte degli interpreti di ritenere ormai preclusa ogni possibilità di retrodatare il *dies a quo* del periodo sospetto alla data di apertura del concordato. Si è osservato, infatti, che la stessa ragione pratica per la quale venne elaborato il principio della *consecutio* tra le procedure – e cioè la possibilità di revocare gli atti posti in essere (non durante ma) prima dell’apertura del concordato – sarebbe definitivamente venuta meno (10). La conclusione, per quanto fondata su una rigorosa lettura del dato normativo, si è rivelata opinabile ed è stata infatti criticata alla luce della considerazione secondo cui proprio dalla preclusione dell’azione revocatoria per gli atti compiuti in pendenza del concordato deriverebbe la più chiara conferma della persistenza della teoria della consecuzione in caso di revoca della procedura minore (11). Non si è mancato, poi, di sottolineare l’importanza assunta *in parte qua* anche dalla nuova disposizione dell’art. 111, comma 2, l.f., sul rilievo che l’estensione del carattere prededucibile dei crediti sorti «in occasione o in funzione» (anche) della procedura concordataria (poi regredita nel fallimento) legittimerebbe – sotto questo ulteriore profilo – una considerazione unitaria del complesso procedimento concorsuale (12). È indubbio, tuttavia, che nell’attuale quadro normativo – contraddistinto dall’assenza di meccanismi destinati a garantire l’omogeneità della situazione di difficoltà economica alla base delle due procedure concorsuali – la configurabilità della consecuzione tra i procedimenti si rivela particolarmente delicata, dovendo essere verificata in concreto sulla base dei ricordati indici identificativi ogni qualvolta tale principio venga invocato nell’ambito del singolo giudizio (13).

revocatoria fallimentare, del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione, Padova, 2006, pp. 304-306; C. D’AMBROSIO, *Commento all’art. 67, comma 3, lett. d), e), g)*, in *Commentario Jorio*, vol. I, 2006, p. 908; I. PAGNI, *Il procedimento di omologa (profili processuali)*, p. 1078, nota 25).

(10) In questo senso, cfr. soprattutto S. BONFATTI, *Le procedure di composizione negoziata delle crisi d’impresa. La disciplina dei «piani di risanamento dell’esposizione debitoria» e degli «accordi di ristrutturazione dei debiti»*, p. 305.

(11) L’opinione è espressa, in particolare, da C. D’AMBROSIO, *Commento all’art. 67, comma 3, lett. d), e), g)*, p. 997. Si vedano anche F.S. FILOCAMO, *Commento all’art. 173*, in *Commentario Ferro*, 2006, p. 1304; S. VINCRE, *Le nuove norme sulla revocatoria fallimentare*, in C. PUNZI – E.F. RICCI, *Le nuove norme processuali e fallimentari. Commento al d.l. 14 marzo 2005, n. 35 e della legge di conversione 14 maggio 2005, n. 80*, Padova, 2005, p. 188.

(12) Basti qui rilevare come l’odierna esplicita attribuzione del carattere prededucibile ai crediti «sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge» (art. 111, comma 2, l.f.) prospetti la possibilità di un superamento dell’antica opinione secondo cui il carattere prededucibile *ex art. 111 l.f.* sarebbe spettato solo «ai debiti della massa, contratti cioè per le spese e dunque a causa dello svolgimento e delle gestione della procedura, nell’interesse dei creditori» (così Cass., 24 luglio 2007, n. 16387, in *Fall.*, 2008, p. 431 ss., con nota di P. CATALLOZZI, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*). Va ribadito infatti che, accanto ai crediti sorti «in funzione» della procedura concordataria (quali sono, per l’appunto, quelli tradizionalmente qualificati come prededucibili anche dalla giurisprudenza), il legislatore qualifica oggi come prededucibili anche i crediti sorti soltanto «in occasione» del concordato, emancipando così definitivamente il carattere della prededucibilità del credito da quello della sua utilità per la massa dei creditori (in questo senso, si vedano, in particolare, G.B. NARDECCHIA, *L’art. 169 l.f. dopo la riforma del concordato preventivo*, pp. 641-642 e P. CATALLOZZI, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*, p. 441).

(13) Alla conclusione accennata nel testo aderiscono, in dottrina, M. FERRO, *Il nuovo concordato preventivo: la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, in *Giur. mer.*, 2006, p. 693; F. SANTANGELI, *Commento agli artt. 64-67*, p. 297; G.B. NARDECCHIA, *L’art. 169 l.f. dopo la*

2. *Le fattispecie previste dall'art. 173 l.f.: gli «atti di frode» ai creditori* – Con riferimento alle fattispecie contemplate nell'art. 173, devono essere anzitutto considerate quelle previste nel comma 1 e caratterizzate dall'elemento comune della *frode* ai creditori, intesa quale comportamento ingannatorio del debitore diretto a fornire all'esterno una falsa rappresentazione della propria consistenza patrimoniale, eludendo così la corretta valutazione dei creditori in merito al contenuto e alla serietà della proposta concordataria.

Come noto, le declinazioni del comportamento fraudolento sono tipizzate dal legislatore in cinque categorie, che riguardano, anzitutto, l'*occultamento* e la *dissimulazione* di parte dell'attivo, da intendersi come *nascondimento* dei beni imprenditoriali alla stregua della nozione che è assunta dal legislatore a fondamento delle corrispondenti fattispecie penali di bancarotta (*ex art. 216, comma 1, n. 1, l.f.*). Di talché, mentre la condotta di occultamento si risolve in una materiale sottrazione delle *res*, quella dissimulativa si sostanzia nel nascondimento giuridico (di parte) dell'attivo patrimoniale per il tramite di atti giuridici aventi carattere simulatorio. Assumono rilevanza, sotto quest'ultimo profilo, condotte fra loro molto eterogenee – dall'alterazione delle scritture contabili all'infedele redazione dello stato analitico e estimativo delle attività imprenditoriali – ma incidenti sulla corretta valutazione della proposta concordataria da parte del ceto creditorio. In definitiva, ciò che determina la natura fraudolenta dell'atto *de quo* è la sua idoneità ad accreditare un'immagine dell'attivo patrimoniale diversa (*rectius* quantitativamente più contenuta) rispetto a quella reale, senza che la specifica forma di soddisfacimento dei creditori delineata dall'imprenditore nel piano concordatario possa in alcun modo precludere la revoca della procedura (14).

Mirano, invece, a fornire un'erronea rappresentazione dei creditori le condotte che si risolvono nell'*omessa denuncia di crediti* e nell'*esposizione di passività inesistenti* sul rilievo che un elenco nominativo dei creditori («con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione») è posto a fondamento della domanda di concordato dall'art. 161, comma 2, lett. b), l.f. (15). Simili comportamenti possono tradursi, dunque, nella decisione del debitore di non dare evidenza a talune posizioni debitorie ovvero di palesare – eventualmente con il supporto di scritture contabili alterate – l'esistenza fittizia di rapporti obbligatori a proprio carico, di guisa che, mentre nel primo caso l'imprenditore mira ad accreditare una esposizione debitoria meno gravosa di quella reale (sottraendosi fraudolentemente al pagamento totale o parziale dei creditori), nella seconda ipotesi l'obbiettivo del debitore è quello di realizzare indebite distrazioni di attivo in favore di chi

riforma del concordato preventivo, p. 640, secondo cui, in particolare, è necessario che la sussistenza originaria delle insolvenze venga accertata o con il decreto di ammissione al concordato preventivo o con la sentenza dichiarativa del fallimento.

(14) Cfr. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p. 701. Già nel vigore della precedente normativa, escludeva che la peculiare modalità di soddisfacimento del ceto creditorio potesse incidere sull'apertura o meno del procedimento di revoca, sottolineando in particolare l'irrilevanza del fatto che la proposta concordataria fosse stata strutturata dal debitore nel senso che l'adempimento venisse assicurato da garanzie prestate da terzi, A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 173*, p. 291. In giurisprudenza si vedano, *ex multis*, Trib. Roma, 26 aprile 1990, in *Dir. fall.*, 1990, II, p. 870 e Trib. Forlì, 13 maggio 1988, in *Giur. comm.*, 1989, II, p. 766.

(15) Ma una analoga considerazione riveste anche l'elenco dei diritti reali o personali dei terzi sui beni di proprietà o in possesso dell'imprenditore, alla stregua dell'art. 161, comma 2, lett. c), l.f.

non sia creditore o di chi lo sia in una misura soltanto inferiore, alterando così la genuina formazione delle maggioranze in occasione dell'approvazione del piano concordatario. In entrambi i casi, alla base dei comportamenti ora ricordati, vi è dunque un intenzionale e inescusabile *difetto comunicativo* da parte dell'imprenditore circa la propria reale posizione debitoria (16).

I maggiori problemi interpretativi – anche alla luce delle recenti riforme – si pongono, però, con riguardo alla categoria generale e residuale di tutti gli «altri atti di frode» del debitore che siano idonei a determinare la revoca della procedura concordataria. E ciò appare evidente se solo si considera che già nel vigore della precedente normativa, a fronte di coloro che circoscrivevano la categoria *de qua* ai soli fatti di bancarotta sanzionati penalmente (e aventi un contenuto prevalentemente distrattivo) (17), si era consolidata l'opinione secondo cui l'intento fraudolento del debitore sarebbe emerso, invece, dall'accertamento della preordinazione dell'atto ad assicurare una falsa rappresentazione all'esterno delle condizioni di ammissibilità al concordato, come ad esempio la simulazione nella proposta di attività inesistenti o la presentazione di un fideiussore insolvente o, ancora, di garanzie reali prive di un effettivo contenuto (18).

(16) Si veda, per tutti, G. RAGO, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, Padova, 1998, p. 344. In particolare, P. BOSTICCO, *La «resurrezione» giurisprudenziale dell'art. 173 l.f. e la difficile distinzione tra atti di frode e sopravvenienze inattese*, p. 1450 sottolinea opportunamente la necessità di tenere distinte le ipotesi di «volontaria pretermissione di debito certo» da quelle di «(colpevole, sicuramente, in funzione anche dei principi di prudenza, ma non necessariamente fraudolenta) mancata considerazione di un debito che l'imprenditore non consideri, ritenendolo inesistente». E in effetti, il tratto caratterizzante le fattispecie giustificative della revoca del concordato è costituito – come detto – proprio dall'elemento della *frode*, con la conseguenza che non parrebbe ingiustificato escludere il procedimento *ex art. 173 l.f.* in relazione alle semplici *modificazioni* della situazione rappresentata ai creditori ogni qualvolta le stesse siano dovute ad eventi esterni, potendosi in tal caso sanare l'irregolarità con una nuova votazione da parte dei creditori (e ciò sul rilievo – osserva l'Autore da ultimo citato – che la preclusione alle modifiche della proposta concordataria successive all'avvio della procedura di votazione *ex art. 175 l.f.* valga solo per le modifiche volontarie *ex parte debitoris*). Secondo la giurisprudenza di merito, inoltre, la frode potrebbe concretizzarsi anche nella omessa denuncia di un credito contestato o, comunque, incerto, nonché nella scelta del debitore di non indicare o di indicare in maniera inappropriata l'esistenza di una causa di prelazione nell'elenco dei creditori: in questi termini, si vedano, *ex multis*, Trib. Palmi, 19 dicembre 2003, in *Fall.*, 2004, p. 453; Trib. Torino, 12 novembre 1991, in *Fall.*, 1992, p. 95; Trib. Roma, 11 aprile 1990, in *Fall.*, 1991, p. 83.

(17) L'opinione risale a F. VASSALLI, *La condotta del debitore nella «conversione» delle procedure concorsuali*, Milano, 1980, p. 17 ss. In giurisprudenza si segnala, invece, Cass., 2 aprile 1985, n. 2250, in *Fall.*, 1985, p. 1036 ss., secondo cui, in particolare, assumeva rilevanza ai sensi dell'art. 173 l.f. il comportamento del debitore diretto a sottrarre denaro dall'attivo patrimoniale anteriormente all'apertura del concordato preventivo.

(18) In questo senso si era espressa l'opinione prevalente della dottrina (si vedano, in particolare, G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Padova, 1989, p. 546 e A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 173*, p. 289), anche se non si era mancato precisare che l'art. 173 l.f. non avrebbe potuto trovare applicazione con riguardo agli atti distrattivi o revocabili in quanto tali, vale a dire il meccanismo della revoca si sarebbe potuto esplicare anche nei confronti di tali ove fosse risultato che gli stessi erano stati posti in essere dal debitore in vista dell'ammissione alla procedura concordataria (cfr. R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, Milano, 1974, p. 2267; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, p. 578; G. RAGO, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, p. 345). Al riguardo, giova inoltre rilevare come S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 497, pur condividendo questa impostazione, osservava che il compimento di atti revocabili avrebbe potuto comunque esercitare un'incidenza negativa sulla omologazione del

I termini del dibattito sono oggi profondamente mutati per effetto della rinnovata fisionomia del concordato preventivo, di guisa che – come ricordato in apertura – il nuovo assetto dei requisiti di ammissione alla procedura suggerisce di estendere la rilevanza degli «altri atti di frode» sia a quei comportamenti che risultino preordinati ad impedire il rigetto della domanda concordataria (rappresentando, ad esempio, un attivo superiore a quello reale), sia alle condotte consistenti in fatti di bancarotta che, pur essendo realizzati anteriormente alla presentazione della proposta di concordato, siano ad essa ricollegabili sia sul piano cronologico che su quello causale (19). In definitiva, l'eliminazione del requisito della «meritevolezza» dal novero dei presupposti per l'ammissione alla procedura – vincolata, nella vigenza del previgente art. 160 l.f., alla tenuta di una regolare contabilità, all'assenza di pregresse dichiarazioni di fallimento o di ammissioni ad altre procedure concordatarie e, infine, alla mancanza di condanne penali – attenua il carattere prettamente «sanzionatorio» del procedimento di revoca e ne esalta invece i profili connessi alla tutela di una *libera e informata* formazione della volontà da parte dei creditori. Di guisa che la recente accentuazione della natura «consensualistica» (e dunque negoziale) del concordato, pur non esaurendone la rilevanza all'interno del nuovo ordinamento fallimentaristico, contribuisce all'esatta definizione del concetto di frode ai creditori nel senso che ne limita la rilevanza ai soli comportamenti dell'imprenditore che palesano una *falsa rappresentazione* dei presupposti richiesti dalla legge per accedere alla procedura. A questo proposito, è allora significativo menzionare un recente approdo della giurisprudenza di merito favorevole ad escludere l'applicazione dell'art. 173 l.f. in relazione ad operazioni negoziali (pregiudizievoli per il ceto creditorio) che erano state poste in essere in un momento di gran lunga precedente a quello della presentazione della proposta

concordato ogni qualvolta il tribunale fallimentare si fosse risolto ad esprimere su questo rilievo un giudizio negativo circa la convenienza per i creditori della proposta formulata dall'imprenditore concordatario.

(19) In questo senso, cfr. G. FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, p. 1698 ss.; P. BOSTICCO, *La «resurrezione» giurisprudenziale dell'art. 173 l.f. e la difficile distinzione tra atti di frode e sopravvenienze inattese*, p. 1445; G. CANALE, *Orientamenti e disorientamenti nelle prime interpretazioni giurisprudenziali sul nuovo concordato preventivo*, in *Giur. it.*, 2006, p. 566; A. AUDINO, *Commento all'art. 173*, in *Commentario Maffei Alberti*, 2009, p. 993. In giurisprudenza, si vedano – accanto alla citata Trib. Milano, 24 aprile 2007 (secondo cui costituisce atto di frode l'evasione fiscale contestata dalla Guardia di Finanza prima della proposta di concordato preventivo e tenuta celata ai creditori) – anche Trib. Modena, 18 settembre 2008, in *Fall.*, 2009, p. 121; Trib. Milano, 30 ottobre 2007, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 452 ss., con nota di G. SCHIANO DI PEPE, *È possibile rifondare l'art. 173 legge fallimentare?*; Trib. Milano, 20 luglio 2007, in *Dir. fall.*; 2008, II (secondo cui la società debitrice potrebbe evitare la revoca dell'ammissione alla procedura soltanto aveva provveduto, prima della proposizione della domanda di concordato, alla *rimozione* degli amministratori responsabili delle condotte fraudolente, non essendo invece sufficiente la mera *sostituzione* degli amministratori che si risolve in un «atto neutro», incapace di determinare uno iato tra la responsabilità degli amministratori e quella della società); Trib. Roma, 1° febbraio 2006, in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 95 ss.; Trib. Sulmona, 19 gennaio 2006, inedita (*contra* cfr., però, Trib. Piacenza, 4 dicembre 2008, in *Fall.*, 2009, p. 1464 ss., con nota critica di F.S. FILOCAMO, *L'art. 173 primo comma l.f. nel «sistema» del nuovo concordato preventivo*, secondo cui gli atti distrattivi compiuti prima della presentazione della proposta renderebbero applicabile l'art. 173 l.f. solo se occultati dal debitore, sul rilievo che, diversamente, i creditori potrebbero esprimersi consapevolmente tenendo conto delle eventuali azioni recuperatorie azionabili nel corso del fallimento (in questo senso si veda anche G. SCHIANO DI PEPE, *È possibile rifondare l'art. 173 legge fallimentare?*, p. 468 ss.).

concordataria (20): elemento dirimente ai fini dell'applicazione o meno della norma in commento (*rectius* ai fini della valutazione della natura fraudolenta o meno dell'atto) è stato, dunque, l'apprezzamento di una sorta di *nesso di funzionalità* tra l'atto del debitore e il contenuto del piano concordatario, con la conseguenza che – più in generale – devono restare esclusi dall'area di influenza dell'art. 173 tutti quei comportamenti (gestionali o contabili) che, non incidendo sulla corretta rappresentazione dell'azienda nella proposta concordataria, non pregiudicano i crediti nel loro diritto ad esercitare il voto sul piano di concordato in maniera consapevole e informata.

La limitazione dell'ambito applicativo delle ipotesi residuali del comma 1 dell'art. 173 ai soli atti che siano finalizzati all'ammissione al concordato per il tramite di una falsa rappresentazione della realtà patrimoniale dell'imprenditore porta, dunque, ad escludere ogni rilevanza *in parte qua* a comportamenti puramente distrattivi del debitore. E ciò, sul duplice rilievo che, da un lato, le condotte suscettibili di revocare la procedura possono essere apprezzate principalmente sulla base dei *documenti* da allegare alla domanda concordataria (dallo stato analitico ed estimativo della società all'elenco nominativo dei creditori) e, dall'altro lato, che il piano concordato è determinato in base all'attivo patrimoniale esistente nel momento della presentazione della domanda da parte del debitore, rilevando ai fini della revoca soltanto atti fraudolenti *anteriori* al decreto di ammissione (21).

3. (*Segue*) *Gli atti dispositivi non autorizzati, gli atti diretti a frodare le ragioni dei creditori e l'insussistenza delle condizioni di ammissibilità* – Mentre le situazioni contemplate dal comma 1 dell'art. 173 si riferiscono ad atti compiuti prima dell'ammissione del debitore al concordato preventivo, le fattispecie contemplate dall'attuale comma 3 della disposizione in commento si determinano *successivamente* all'apertura della procedura e riguardano tre differenti tipologie di atti.

In primo luogo, assumono rilevanza gli *atti di amministrazione straordinaria* del patrimonio imprenditoriale che siano stati compiuti dal debitore nel corso della procedura nonostante l'assenza della prescritta autorizzazione del giudice delegato ai sensi dell'art. 167, comma 2, l.f. Basterà in questa sede ricordare che il carattere della straordinaria amministrazione assume rilevanza nella disciplina concordataria alla stregua dell'incidenza dell'atto (*rectius* dei suoi effetti) sulla consistenza del patrimonio debitorio: maggiore è la propensione dell'atto dispositivo ad incidere profondamente sui beni dell'imprenditore (riducendone l'entità o gravandoli di oneri o di vincoli), più spiccata è la sua natura straordinaria e l'esigenza di subordinarne il compimento ad una previa valutazione di convenienza alla luce degli interessi creditori. Nel precedente quadro normativo la riflessione attorno all'esatta definizione del carattere «straordinario» dell'atto imprenditoriale aveva indotto una parte della dottrina a concludere che il compimento di

(20) Cfr. la citata Trib. Milano, 30 ottobre 2007, p. 454, ove il principio generale richiamato nel testo è applicato con riferimento ad operazioni che erano compiute nell'ambito di rapporti di collegamento societario.

(21) In questo senso si veda, per tutti, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p. 701. Nel vigore della previgente disciplina del concordato, si erano espressi analogamente anche S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 497; A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 173*, pp. 288-289; G. RAGO, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, p. 342.

atti non autorizzati *ex art.* 167, comma 2, l.f. dovesse comportare automaticamente la dichiarazione di fallimento del debitore, senza necessità che il tribunale si fermasse a valutare se tali atti fossero diretti oppure no a frodare le ragioni dei creditori (22). Con l'entrata in vigore delle novità introdotte dalle recenti novelle, è parso invece prevalere un orientamento interpretativo che, soffermando l'attenzione dell'interprete sull'esigenza che il piano concordatario sia idoneo ad assicurare il massimo soddisfacimento possibile alle pretese creditorie, ritiene opportuno subordinare la revoca della procedura ad una valutazione negativa da parte del collegio circa la congruità dell'atto non autorizzato a soddisfare le condizioni del piano proposto dall'imprenditore (23).

Gli *atti comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori* si identificano, invece, con quei comportamenti – posti in essere dal debitore nel corso del concordato – che sono diretti a perseguire interessi contrastanti con le funzioni della procedura, e cioè principalmente con l'interesse dei creditori ad ottenere il soddisfacimento dei propri diritti. Donde, si comprende, l'eterogeneità degli elementi caratterizzanti questa tipologia di atti, potendo assumere rilevanza sia situazioni incompatibili con il piano concordatario (come, ad esempio, il compimento di atti di straordinaria amministrazione autorizzati dal giudice delegato malgrado il loro carattere fraudolento) sia situazioni destinate a violare la regola della *par condicio creditorum* (come, ad esempio, il pagamento di debiti anteriori all'apertura della procedura) (24). Privata di un carattere fraudolento (e, dunque, estranea ai limiti ora tratteggiati) è invece la condotta – anch'essa successiva all'ammissione alla procedura – con cui il debitore ometta di effettuare il deposito della somma necessaria per la procedura ai sensi dell'art. 163, comma 3, l.f.: sebbene una simile condotta manchi di un carattere lesivo delle ragioni creditorie, la legge dispone comunque che il commissario giudiziale debba provvedere a norma dell'art. 173 l.f. sul rilievo che il mancato deposito determinerebbe l'impossibilità (economica) di assicurare un regolare svolgimento delle

(22) Il compimento di atti non autorizzati rilevava *ex se* come comportamento giustificativo della revoca del concordato secondo S. SATTA, *Diritto fallimentare*, p. 497 e R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, vol. IV, p. 2253. Diversa l'opinione espressa da A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 173*, p. 288, che escludeva la possibilità di una applicazione diretta e automatica del meccanismo di cui all'art. 173 *in parte qua*, richiedendo che il compimento di atti non autorizzati dal giudice delegato rilevasse ai fini della revoca della procedura *soltanto* laddove questi compromettessero la «convenienza» del concordato. In giurisprudenza si veda, invece, la risalente Trib. Lucca, 26 luglio 1979, in *Fall.*, 1980, p. 713, che riteneva legittimo l'atto di straordinaria amministrazione compiuto dall'imprenditore concordatario malgrado l'assenza di autorizzazione se l'atto fosse stato sospensivamente condizionato alla ratifica da parte del giudice delegato o fosse stato, comunque, da questi ratificato (*contra* Trib. Firenze, 19 gennaio 1982, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 1558 ss.).

(23) Così G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, p. 560; G. FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, pp. 1700-1701; P. BOSTICCO, *La «resurrezione» giurisprudenziale dell'art. 173 l.f. e la difficile distinzione tra atti di frode e sopravvenienze inattese*, p. 1446; F.S. FILOCAMO, *Commento all'art. 173*, pp. 1298-1299. *Contra* si veda, però, Trib. Modena, 14 ottobre 2005, in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 661 ss., secondo cui la procedura di concordato sarebbe revocabile nel caso di una cessione di credito – non autorizzata dall'autorità giudiziaria – posta in essere al solo fine di acquisire la provvista necessaria per effettuare il deposito *ex art.* 163, comma 4, n. 4, l.f.

(24) A sostegno di una simile lettura degli atti diretti a frodare le ragioni dei creditori [assolutamente prevalente anche in dottrina (cfr., per tutti, F.S. FILOCAMO, *Commento all'art. 173*, p. 1298)], si vedano, in particolare, Trib. Avezzano, 29 giugno 1981, in *Dir. fall.*, 1981, II, p. 568 e Trib. Reggio Emilia, 15 gennaio 1981, in *Dir. fall.*, 1982, II, p. 1107.

attività procedimentali.

Infine, un'ipotesi residuale di arresto della procedura concordataria è quella offerta dalla *mancaza delle condizioni di ammissibilità del concordato*, cui si riferisce l'ultima parte della disposizione in commento. L'ampio dettato normativo consente di ritenere che assuma rilevanza *in parte qua* sia una mancanza originaria dei presupposti di legge per l'accoglimento della domanda di concordato, sia una mancanza sopravvenuta dei medesimi nel corso della procedura per effetto delle modifiche introdotte dal debitore al piano concordatario ovvero per l'incidenza sul medesimo degli atti *medio tempore* compiuti dall'imprenditore.

La rilevanza della norma varia a seconda del ruolo assegnato al tribunale fallimentare in occasione del giudizio di ammissione del debitore alla procedura: ne deriva che, quando si ammette la possibilità per il collegio di espletare un sindacato di *merito* sul contenuto del piano concordatario, la verifica della ricorrenza dei presupposti sanciti negli artt. 160 e 161 l.f. si estende *ex se* anche al controllo sulla concreta «fattibilità» del piano. Per contro, quando al tribunale si riconosce un controllo sulla sola *legalità* della proposta (e della relazione che attesta la veridicità e la fattibilità del piano in essa descritto), l'ambito della verifica dei presupposti di ammissione al concordato è inevitabilmente assai più circoscritta. Sono queste le opzioni interpretative che si sono susseguite con l'incedere delle recenti riforme della disciplina concordataria, per approdare infine alla conclusione secondo cui le condizioni di ammissibilità alla procedura – e, di conseguenza, anche l'ambito applicativo dell'art. 173 l.f. – si sono oggi ridotte al riscontro della *completezza e della regolarità documentale* prevista dall'art. 163 l.f., non potendosi negare – almeno in astratto – che una carenza o irregolarità documentale possa emergere anche nel corso della procedura. Come è facile avvedersi, è questa la conseguenza non solo della eliminazione dal novero delle condizioni di ammissibilità della «convenienza» del concordato (per i creditori) e della «meritevolezza» del debitore a beneficiare della procedura concordataria, ma anche della attribuzione del potere di definire il contenuto del piano concordatario alla esclusiva sfera di pertinenza dell'autonomia privata: restano, tuttavia, i dubbi in merito alla inclusione o meno della «fattibilità» (o «attuabilità») del piano tra i requisiti di ammissibilità della proposta e, quindi, tra i presupposti che legittimano la revoca della procedura *ex art. 173 l.f.*

Ebbene, pur non essendo questa la sede per svolgere un simile approfondimento, va comunque ricordato che, secondo la prevalente interpretazione della dottrina e della giurisprudenza, la *sostenibilità concreta* del piano e la *coerenza* del programma di azione predisposto dal debitore (e dal professionista che redige la relazione) sono elementi da assoggettarsi ad un effettivo controllo da parte del tribunale «in qualunque momento» della procedura, giustificando – in caso di esito negativo dell'accertamento – la revoca d'ufficio del concordato ai sensi dell'art. 173 l.f. (25). In particolare, si è osservato che la verifica

(25) In dottrina riconoscono la piena legittimità di un controllo costante – sino alla omologazione del concordato – della «fattibilità» del piano: P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, p. 247; I. PAGNI, *Il procedimento di omologa (profili processuali)*, p. 1077; G.U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, p. 559; G. RAGO, *Primi problemi applicativi sul nuovo concordato preventivo*, p. 292; M. FERRO, *Il nuovo concordato preventivo: la privatizzazione delle procedure riorganizzative nelle prime esperienze*, p. 693. In giurisprudenza, per una chiara presa di posizione sul tema si veda Trib. Pescara, 13 ottobre 2005, in *Giur. mer.*, 2006, p. 654 ss.

sulla «fattibilità» del piano concordatario assume un'importanza significativa nelle ipotesi in cui il concordato si realizzi attraverso la cessione dei beni ai creditori *ex art.* 182 l.f., atteso che è proprio dal grado di concreta attuabilità della *cessio bonorum* che si può misurare il livello di soddisfacimento delle pretese creditorie. Va subito detto, tuttavia, che sull'argomento incidono in misura rilevante i termini del dibattito che, da tempo, si è sviluppato in dottrina attorno alla vincolatività del piano concordato per il debitore, contrapponendosi al riguardo due diversi orientamenti: l'uno propenso a circoscrivere l'obbligo del debitore alla sola messa a disposizione dei beni ceduti nel rispetto delle condizioni stabilite nel piano concordatario, con la conseguenza che – spettando ai creditori il solo risultato della liquidazione – nessuna rilevanza potrà assumere ai sensi dell'art. 173 l.f. un'eventuale prognosi di non raggiungibilità delle percentuali di soddisfacimento (delle pretese creditorie) eventualmente indicate nella proposta concordataria (26); l'altro favorevole, invece, ad estendere l'area della vincolatività anche alla previsione nel piano concordatario di specifiche percentuali di soddisfacimento del ceto creditorio, di talché, ogni qualvolta la proposta si riveli non realizzabile già nel corso della procedura, potrà instaurarsi il procedimento per l'arresto del concordato in applicazione dell'art. 173 l.f. (27).

4. *Profili processuali* – Significative sono anche le novità che hanno caratterizzato – alla luce delle recenti riforme – i *profili processuali* del procedimento di revoca del concordato e di eventuale susseguente dichiarazione di fallimento dell'imprenditore.

(i) Per quanto concerne, anzitutto, il profilo dei *limiti temporali* all'applicazione della disposizione in esame, va rilevato che, mentre il previgente sistema concordatario legittimava l'opinione secondo cui l'intervento di revoca della procedura (e la conseguente automatica dichiarazione di fallimento) potesse concretizzarsi fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione (28), nel rinnovato quadro normativo il carattere

(26) In questo senso si è espresso, in particolare, P.F. CENSONI, *Il concordato preventivo*, p. 256 (si veda anche Trib. Bologna, 17 novembre 2005, in *Giur. mer.*, 2006, p. 658 ss.).

(27) Cfr., in particolare, Trib. Ancona, 10 gennaio 2006, inedita; Trib. Ancona, 13 ottobre 2005, in *Fall.*, 2005, p. 1404; Trib. Ancona, 23 febbraio 2006, inedita (si veda anche F.S. FILOCAMO, *Commento all'art. 173*, p. 1300, ove ampi riferimenti giurisprudenziali).

(28) In questo senso si era espressa la prevalente dottrina dell'epoca: cfr. A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 173*, p. 293 ss. [secondo cui l'esperibilità del procedimento di revoca esige (ed esige ancora oggi) che sia «emanato il decreto di ammissione al concordato preventivo»]; G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2002, p. 579; P. BOSTICCO, *Commento all'art. 173*, in *Commentario Tedeschi*, vol. II, 4, 1997, p. 155. Non sono mancate, tuttavia, opinioni discordanti, come quella secondo cui la risoluzione dell'accordo concordatario avrebbe rappresentato un'ulteriore ipotesi di conversione della procedura (attuabile, quindi, ben oltre il limite temporale individuato dalla dottrina prevalente) sul rilievo che l'*iter* concordatario sarebbe proseguito anche dopo l'omologazione del piano e durante tutta la sua fase esecutiva (così, in particolare, A. CANDIAN, *Il processo di concordato preventivo*, Padova, 1937, p. 267; *contra*, però, A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 173*, p. 294, il quale osservava come l'inizio della fase esecutiva precludesse ogni possibilità di conversione in fallimento del concordato, dando anzi origine ad uno «iatio fra concordato preventivo e fallimento» che neppure la previsione dell'art. 186 l.f. poteva colmare, costituendo il «prodromo a un'autonoma apertura di fallimento»).

In giurisprudenza si vedano – accanto alla risalente Trib. Parma, 9 gennaio 1956, in *Dir. fall.*, 1956, II, p. 219 – Trib. Bari, 4 maggio 2004, in *Fall.*, 2004, p. 1056 e Trib. Genova, 23 maggio 1990, in *Fall.*, 1990, p. 1257. Diversa e isolata è, invece, l'opinione espressa dalla giurisprudenza di legittimità nell'*unica* risalente

provvisoriamente esecutivo del decreto di omologazione suggerisce di individuare il *dies ad quem* per l'instaurazione del procedimento di revoca nel momento in cui il tribunale ha *depositato* il provvedimento conclusivo della procedura. Opinare diversamente – sostenendo che l'art. 173 possa trovare applicazione fino a quando il decreto di omologazione diviene definitivo (29) – costituirebbe una ingiustificata elusione dell'art. 180, comma 5, l.f., atteso che gli effetti modificativi della decisione collegiale si producono per il debitore indipendentemente dalla proposizione del reclamo dinanzi alla corte d'appello (30).

(ii) Con riferimento, invece, al procedimento di revoca della procedura concordataria, la nuova versione del comma 1 dell'art. 173 richiede al commissario giudiziale (31) di informare *direttamente* il tribunale fallimentare in relazione alla eventuale

pronuncia sul punto (cfr. Cass., 18 dicembre 1952, n. 3243, in *Dir. fall.*, 1953, II, p. 131 ss.): secondo la Corte, in particolare, la revoca del concordato poteva essere disposta fino all'udienza collegiale di assegnazione a sentenza del giudizio di omologazione, osservandosi che a decorrere da tale data sarebbero cessate le funzioni del giudice delegato. Nel vigore del precedente regime normativo, si è tuttavia obiettato che la sopravvivenza di un potere del giudice delegato di stabilire con «decreto successivo» all'omologazione le modalità di versamento delle somme dovute dal debitore in esecuzione del concordato (*ex art. 181, comma 3, l.f. del 1942*) escludeva che l'assegnazione a sentenza dell'omologazione facesse venir meno il concordato, con la conseguenza che «nelle more, spesso lunghe, fra l'udienza di precisazione delle conclusioni e l'emanazione della sentenza di omologazione e, poi, il suo passaggio in giudicato, magari ritardato dalla pendenza di annose impugnazioni», nulla avrebbe potuto precludere al giudice delegato di promuovere il procedimento di revoca della procedura (cfr., ancora, A. BONSIGNORI, *Commento all'art. 173*, pp. 294-295, da cui sono tratte le parole da ultimo riportate tra virgolette).

(29) Cfr., in particolare, D. GALLETTI, *L'impresa sociale insolvente*, in *Giur. comm.*, 2006, II, p. 928 ss. *Contra*, invece, U. DE CRESCIENZO, *Commento all'art. 173*, in *Commentario Jorio*, vol. II, 2007, p. 2471, secondo cui il *dies ad quem* per la revoca del concordato è costituita dall'apertura del giudizio di omologazione.

(30) In questo senso, si vedano G. FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, pp. 1692-1693, nota 9; S. AMBROSINI, *Concordato preventivo: profili generali e limiti del controllo giudiziale*, in AA.VV., *La riforma del diritto fallimentare*, Torino, 2007, p. 143 (con riferimento alla precedente disciplina fallimentaristica, cfr. anche G. RAGO, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, p. 352, il quale riconduceva il limite temporale entro cui poteva manifestarsi l'iniziativa dell'autorità giudiziaria nel momento del deposito della sentenza di omologazione del concordato).

(31) Sebbene il commissario giudiziale sia maggiormente facilitato nella rilevazione dei comportamenti fraudolenti (anteriori o successivi alla proposta concordataria) in virtù della funzione di vigilanza sull'amministrazione imprenditoriale ad esso assegnata dall'art. 167, comma 1, l.f., nulla sembra vietare che la segnalazione al tribunale possa provenire al tribunale anche dal pubblico ministero ovvero dai creditori o dai terzi interessati all'esecuzione delle operazioni previste nel piano concordatario [in questo senso, cfr. F.S. FILOCAMO, *Commento all'art. 173*, p. 1302; *contra*, invece, G. FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, p. 1702, il quale – in ossequio ad una interpretazione assai rigorosa della disposizione in esame – limita l'iniziativa *in parte qua* al solo commissario giudiziale con riferimento sia alle condotte contemplate nel comma 1 sia a quelle contemplate nel successivo comma 3 dell'art. 173 l.f.: l'opinione non sembra tuttavia condivisibile, soprattutto se si considera che, in caso di impulso da parte dei creditori o di terzi, nulla vieterebbe di investire il commissario giudiziale del controllo dei fatti contestati, al fine non solo di evitare lo svolgimento di inutili e dispendiose attività processuali, ma anche di scongiurare – come si è osservato – l'«influenza negativa» che un'infondata comunicazione di comportamenti illegittimi o fraudolenti del debitore ovvero della mancanza dei presupposti per l'ammissione della proposta potrebbe ingenerare sulla «propensione al voto dei creditori nel caso in cui il procedimento [di revoca] sia aperto prima dell'adunanza», tanto più ove si consideri che la

emersione di comportamenti fraudolenti nei confronti del ceto creditorio, evidenziandosi così la profonda differenza del nuovo «rito» rispetto a quello previgente, nel quale – come noto – il collegio veniva investito dei poteri di revoca del concordato soltanto a seguito dell'espletamento di «opportune indagini» da parte del giudice delegato, a sua volta informato dei presunti comportamenti fraudolenti dal commissario giudiziale.

Le novità si ispirano, dunque, ad esigenze di maggiore rapidità della procedura e di uniformazione del procedimento *de quo* alla nuova fisionomia del sistema di rapporti tra gli organi del concordato: come in passato, poi, anche oggi l'onere di comunicazione all'organo giurisdizionale dev'essere soddisfatto dal commissario giudiziale con la massima sollecitudine, richiedendosi che l'esistenza degli atti fraudolenti venga riferita «immediatamente» al tribunale, così come in passato era richiesto che ne venisse data «immediata notizia» al giudice delegato.

L'apertura del procedimento di revoca resta soggetta all'*iniziativa officiosa* del tribunale e, in particolare, al deposito del decreto di convocazione del debitore in camera di consiglio affinché gli sia consentito l'esercizio del diritto di difesa nelle forme prescritte dall'art. 15 l.f. Analogamente a quanto stabilito dal comma 4 del medesimo art. 15, il decreto di convocazione dovrà contenere la puntuale indicazione che il procedimento è volto alla revoca dell'ammissione al concordato e la contestazione di tutti gli addebiti che sono mossi all'imprenditore, e ciò in funzione di un corretto esercizio del diritto di difesa da parte del debitore, nei cui confronti non potrà dunque essere pronunciato un provvedimento di revoca ogni qualvolta non sia stato previamente convocato dinanzi al tribunale, senza che alcuna rilevanza possa invece attribuirsi – come può accadere di leggere in recenti interventi della giurisprudenza di merito (32) – alla circostanza che i fatti posti a fondamento della revoca erano già noti al debitore ovvero che il debitore era già stato sentito su tali fatti in occasione del giudizio di ammissione al concordato. La disposizione in commento richiede ora che il decreto di apertura del procedimento sia anche *comunicato* – a cura della cancelleria – al pubblico ministero e ai creditori, allo scopo di consentirne una regolare partecipazione al giudizio: sebbene nessun accenno sia riservato dal legislatore alla possibilità per il commissario giudiziale di partecipare al procedimento, nulla sembra escludere che il tribunale – nell'esercizio dei propri poteri officiosi – possa comunque sentirlo sui fatti che costituiscono oggetto del procedimento, in forza della funzione di sorveglianza che è attribuita a tale organo dalla legge e, specialmente, dall'art. 165 l.f.

Come si ricava dal richiamo esplicito all'art. 15 l.f., anche il giudizio di revoca del concordato si atterrà al modello processuale «cognitorio» dell'istruttoria prefallimentare, arricchendosi non solo delle garanzie processuali (*in primis* quelle al diritto alla prova e al contraddittorio) che caratterizzano i procedimenti contenziosi a cognizione (sostanzialmente) piena, ma altresì delle prerogative – spettanti al tribunale alla luce del comma 8 dell'art. 15 l.f. – di adottare provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del

legge non prescrive alcuna comunicazione ai creditori dell'(eventuale) successivo decreto con cui il tribunale disponga il non luogo a provvedere sulla revoca per carenza infondatezza o irrilevanza degli addebiti].

(32) Ci si riferisce, in particolare, alla citata Trib. Roma, 26 settembre 2008, in *Fall.*, 2009, p. 187 ss., con nota critica di G. LO CASCIO, *Concordato preventivo, inammissibilità della domanda e fallimento in corso di procedimento: interventi normativi successivi ed interpretazioni incerte*.

patrimonio imprenditoriale (soprattutto al fine di inibire, in caso di pericolo, il compimento di atti pregiudizievoli per gli interessi creditori o di contenere i poteri amministrativi dell'impresa attraverso provvedimenti di carattere ablatorio, come ad esempio la nomina di un amministratore giudiziario). Il procedimento di revoca del concordato si chiude, infine, con l'adozione di un apposito *decreto* che sancisce il definitivo venir meno della procedura (ovvero con un decreto che, negando i presupposti per l'apertura del procedimento, dichiara il non luogo a provvedere sulla revoca): come si è osservato, qualora alla revoca non si accompagni la contestuale dichiarazione di fallimento dell'imprenditore deve ritenersi ammissibile la riproposizione di una domanda di concordato, eccezion fatta per l'eventualità in cui l'arresto della (prima) procedura non sia stato determinato dall'accertamento dell'originaria mancanza dei presupposti di ammissibilità o del sopravvenuto superamento dello «stato di crisi» (33).

(iii) In caso di revoca del concordato, l'adozione della *contestuale* sentenza di fallimento è subordinata – come si è illustrato in apertura – non solo alla proposizione di una specifica domanda da parte di uno dei creditori (ovvero alla presentazione di una richiesta da parte del pubblico ministero), ma anche allo specifico accertamento dell'esistenza dei presupposti sanciti negli artt. 1 e 5 l.f. La ricordata contestualità tra il provvedimento di revoca e quello dichiarativo del fallimento sembra essere stata prescritta dalla legge (al pari di quanto è disposto in caso di mancata omologazione del piano concordatario *ex art. 180*, comma 7, l.f.) al fine di consentire una rapida attuazione degli effetti della declaratoria *ex art. 16 l.f.*, e ciò soprattutto nell'eventualità in cui l'arresto del concordato sia stato determinato da comportamenti fraudolenti o illegittimi del debitore, tali da rendere particolarmente opportuno l'ampliamento dei confini dello «spossessamento» del debitore (da quello «attenuato» dell'art. 167 l.f. a quello «assoluto» dell'art. 42 l.f.) (34).

(33) Cfr., per tutti, G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo*, Milano, 2008, p. 563. In senso contrario, si veda però U. DE CRESCIENZO, *Commento all'art. 173*, pp. 2466-2467, secondo cui l'ammissibilità di una nuova proposta di concordato sarebbe preclusa qualora la revoca sia stata causata dal compimento di atti fraudolenti, sul rilievo che si tratterebbe di vicende non suscettibili di una effettiva sanatoria: si è obiettato, tuttavia, che – «a meno di ripristinare valutazioni riferibili alla meritevolezza» – nulla impedisce di ritenere che, almeno astrattamente, la nuova proposta sia del tutto indipendente dai precedenti illeciti imprenditoriali o dalle contaminazioni dovute ad ingannatorie rappresentazioni della situazione patrimoniale dell'impresa (così, in particolare, A. AUDINO, *Commento all'art. 173*, in *Commentario Maffei Alberti*, 2009, p. 998, da cui sono tratte anche le parole riportate tra virgolette nell'inciso).

(34) In ossequio alla disciplina generale dell'istruttoria prefallimentare, l'ultima parte del comma 2 dell'art. 173 consente, inoltre, al debitore e a «qualunque interessato» di reclamare la sentenza dichiarativa del fallimento nelle forme dell'art. 18 l.f., legittimando altresì la possibilità di cumulare in un'unica istanza i motivi di contestazione del decreto di revoca a quelli della contestuale declaratoria di fallimento (in questo senso, sul rilievo che potrebbe applicarsi analogicamente la previsione dell'art. 162, comma 3, l.f., si è espresso, in particolare S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato Cottino*, vol. XI, 2008, pp. 78-79). Per contro, nulla è previsto dal legislatore in ordine alla reclamabilità o meno del decreto di revoca dell'ammissione alla procedura ogni qualvolta al provvedimento non si accompagni la contestuale dichiarazione di insolvenza dell'imprenditore (come pure nulla è stabilito in ordine alla reclamabilità o meno del decreto con cui il tribunale confermi l'ammissione del debitore alla procedura concordataria). Malgrado il silenzio dei *conditores* sul punto, la dottrina ha suggerito l'applicazione in parte qua dell'art. 739 c.p.c. che consente la reclamabilità «con ricorso alla corte d'appello» dei «decreti pronunciati dal tribunale in camera di consiglio in primo grado» (cfr. S. AMBROSINI, *Il concordato*

Marcello Gaboardi
Assistant Professor di Diritto processuale civile e Diritto fallimentare
Dipartimento di Studi Giuridici
Università Commerciale “L. Bocconi”
Via Röntgen, 1
20136 – Milano
(+39) 02.5836.5590
gaboardi.marcello@unibocconi.it

preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, p. 78; G. FAUCEGLIA, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, pp. 1703-1704): la soluzione solleva alcune perplessità soprattutto se si considera che le modifiche apportate dalla riforma del 2006 alla disposizione dell'art. 164 l.f. hanno circoscritto la rilevanza del regime di reclamabilità dei decreti dell'autorità giudiziaria ai soli provvedimenti del giudice delegato, limitando l'impugnabilità di quelli collegiali ai soli casi (e con gli specifici strumenti di contestazione) di volta in volta previsti. In questa prospettiva, anche il richiamo alla previsione generale dell'art. 739 c.p.c. non sembra poter supplire al silenzio legislativo, sia in considerazione del dato letterale (dell'art. 173 l.f. e dell'art. 26 l.f.) sia in considerazione del fatto che la disposizione in commento sembra circoscrivere l'area dell'impugnabilità del decreto di revoca alla sola ipotesi in cui allo stesso si accompagni la contestuale dichiarazione di fallimento dell'imprenditore [il problema non era stato affrontato neppure nella bozza dello schema di decreto legislativo approvata nel luglio del 2005 dalla Commissione istituita presso il Ministero della giustizia e presieduta dal Sen. Giuliano (la si può leggere in appendice a S. AMBROSINI – P.G. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, p. 205 ss., p. 211), nella quale l'art. 173 l.f. – rubricato «cessazione anticipata della procedura» – non faceva alcuna menzione al regime impugnatorio dei provvedimenti del tribunale, anche se riconosceva al solo commissario giudiziale la legittimazione ad agire per la dichiarazione di fallimento del debitore].

Del resto, alla luce della disciplina dettata per le altre ipotesi di «conversione» del concordato in fallimento (in sede di delibazione della domanda di ammissione *ex art.* 162, di mancato raggiungimento delle maggioranze prescritte *ex art.* 177, di rigetto dell'istanza di omologazione *ex art.* 180), emerge l'intenzione del legislatore di favorire la contestualità del provvedimento di revoca e della pronuncia di fallimento anche allo scopo – accennato *supra* nel testo – di soddisfare tempestivamente le esigenze sottese alla revoca (della procedura e quindi) degli effetti dell'ammissione al concordato per il debitore, a cominciare dagli ampi poteri gestori e dispositivi del proprio patrimonio. Ciò che, in definitiva, sembra anche giustificare la conclusione alla quale è pervenuta recentemente una parte della dottrina affermando che, in caso di presentazione dell'istanza di fallimento anteriormente alla (o nel corso della) procedura concordataria, il (medesimo) tribunale fallimentare (competente *ex art.* 9 e 161 l.f. a decidere tanto sulla domanda di fallimento che sulla richiesta di ammissione al concordato) è chiamato a disporre la «riunione» dei due procedimenti per una loro trattazione e decisione congiunta (in questo senso di è espresso P. GENOVIVA, *Rigetto della proposta di concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: questioni di diritto processuale e transitorio*, in *Fall.*, 2009, p. 55 ss., p. 61 ss.: con il proprio intervento l'Autore commenta criticamente la sentenza di App. Torino, 17 luglio 2008, in *Fall.*, 2009, p. 51 ss., che propende invece per un'impropria applicazione *in parte qua* dell'istituto della sospensione necessaria *ex art.* 295 c.p.c.).