presentate da un documento: art. 1 D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58»[3].

Del resto già il codice civile del 1865 classificava fra i «mobili per determinazione della legge (...) le azioni o quote di partecipazione nelle società di commercio e d'industria; quantunque alle medesime appartengano beni immobili» (art. 418), sulla scia dell'art. 529 del Code Napoléon. Il vigente codice del 1942, nel momento in cui enuncia che «sono mobili tutti gli altri beni», diversi da quelli elencati nei primi due commi dell'art. 812, non sembra si sia discostato da questa secolare convinzione.

Peraltro si deve rammentare che il concetto non è da tutti condiviso. Così si legge ad esempio in un autorevole trattato: «La cessione della quota sociale, non è, nelle società di persone, altrimenti concepibile se non come modificazione del contratto sociale, sottoposta alla norma dell'art. 2252, salvo che la convenzione diversa, consentita da questa norma, non renda superfluo il consenso degli altri soci. La quota sociale resta, in ogni caso, la qualità di parte del contratto di società, non già un bene: non la si può, pertanto acquistare per usucapione»[4].

In questa linea di pensiero, in passato, taluno aveva ricostruito la cessione della quota come un doppio fenomeno, consistente nel recesso del cedente e nel simultaneo ingresso del cessionario in società[5]. E la stessa suprema Corte, una decina d'anni fa, aveva riconosciuto che « la cessione della quota di società di persone (...) contiene in sé la volontà di dismettere la partecipazione ceduta, con il complesso delle posizioni connesse, e dunque di uscire dal novero dei soci. (...) la cessione della quota, pertanto, ove non rimanga nel limitato ambito del rapporto *inter partes*, ma trovi, come pacificamente nella specie, il consenso unanime occorrente per la variazione della compagine sociale con il subingresso del cessionario al cedente, segna il perfezionarsi del recesso di quest'ultimo, per effetto del concorrere di detta volontà di uscire dall'ente societario e della sua comunicazione agli altri soci»[6].

Questo diverso filone giurisprudenziale, che forse aveva contribuito ad indurre le difese delle parti soccombenti a richiamare le norme sul recesso anche per chi invece cede la quota, risulta quindi oggi tacitamente abbandonato.

Roberto Weigmann

Fallimento

Cassazione civile, I Sezione, 6 agosto 2010, n. 18437 — Proto *Presidente* — Fioretti *Relatore* — Sorrentino *P.M.* (conf.) — Banca Santo Stefano Credito Cooperativo Martellago-Venezia (avv.ti Mestrovich, Di Pierro) - Fallimento Meccanica Patron s.r.l. (avv.ti Primicerio, Sperati).

Conferma Trib. Venezia (decr.), 10 luglio 2008.

Fallimento — Concordato preventivo — Inammissibilità e rapporto con il fallimento — Risoluzione e rapporto con il fallimento (R.D. 16 marzo 1942, n. 262, artt. 1, 5, 10, 11, 16, 45, 55, 64, 65, 67, 111, 160, 162, 173, 179, 180, 186).

Nel caso in cui la proposta di concordato preventivo non abbia raggiunto le maggioranze prescritte per la sua approvazione, benché oggi la dichiarazione di fallimento non sia automatica (richiedendo, oltre all'iniziativa di un creditore o del pubblico ministero, l'accertamento dei requisiti di cui agli artt. 1 e 5 L. Fall.), non può escludersi l'unitarietà delle due procedure, dovendosi attribuire alla sentenza ex *art. 16 L. Fall. la natura di atto finale del procedimento, in alternativa al naturale sviluppo della procedura minore* (1).

(Massima non ufficiale)

Omissis. — Il primo motivo di ricorso è infondato. Secondo la ricorrente, nella ipotesi in cui alla declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato preventivo sia seguito il fallimento dell'imprenditore, gli effetti della sentenza di fallimento, a seguito della entrata in vigore della nuova disciplina, non potrebbero più essere retrodatati, in virtù del principio della consecuzione di procedure concorsuali, alla data di presentazione della domanda di concordato preventivo. Il collegio osserva che, nella vigenza della vecchia normativa, il principio di consecuzione delle procedure, con retrodatazione degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento alla data della presentazione della domanda di ammissione alla procedura minore, è stato ritenuto applicabile tanto nella ipotesi in cui alla procedura di concordato preventivo (avente l'identico presupposto dello stato di insolvenza dell'imprenditore) sia seguito il fallimento, quanto nella ipotesi in cui alla amministrazione controllata (avente quale presupposto la temporanea difficoltà dell'imprenditore di adempiere le proprie obbligazioni) sia poi seguita la dichiarazione di fallimento. La Suprema Corte ha affermato tale principio, dando preminente rilievo alla ritenuta sostanziale affinità, sia strutturale che funzionale, ed alla conseguente complementarità delle procedure, attribuendo alla sentenza dichiarativa di fallimento la natura di atto terminale del procedimento, in alternativa al naturale sviluppo delle procedure minori, posto che in definitiva presupposto comune delle stesse è l'insolvenza, anche quando, come nell'amministrazione controllata, è la temporanea difficoltà a giustificare la procedura minore, che solo "ex post" si appalesi corrispondere ad un vero e proprio stato di decozione (cfr. tra le molte: cass. n. 28445 del 2008; cass. n. 21326 del 2005). In sintesi la Corte di Cassazione ha ritenuto, nella vigenza della normativa precedente alla riforma del 2006, che è il principio di unitarietà delle procedure concorsuali (basato sul fatto che queste presentano un innegabile nucleo fondamentale comune: lo stato di insolvenza dello

[3] Nel caso esaminato da Cass., 7 novembre 2002, n. 15605, in *Giur. It*., 2003,1866, in base ad una clausola statutaria le quote erano liberamente trasferibili, ma con un diritto di prelazione a favore dei consoci: il passo citato è a p. 1868 e prosegue così: «Non vi sono pertanto ostacoli ad annoverare anche le quote sociali tra i beni che possono essere oggetto di espropriazione forzata (art. 2919 c.c., in relazione all'art. 2740 dello stesso codice) e di misure cautelari dirette a salvaguardare la garanzia patrimoniale del debitore (art. 2905 c.c.)».

[4] Galgano, *Trattato di diritto civile*, Padova, 2009, III, 310 e seg.: a supporto viene citata Cass., 10 marzo 2005, n. 5288, in *Giur. It*., 2005, 2094, dove l'impossibilità giuridica di usucapire è affermata *obiter*, sulla scorta di Cass., 3 novembre 1989, n. 4603, in *Società*, 1990, 302.

[5] V. per i riferimenti Buonocore, Castellano e Costi, *Società di persone (Casi e materiali*), Milano, 1978, 485.

[6] Cass., 4 giugno 1999, n. 5479, in *Giur. It*, 2000, 985 (e a p. 986 si legge il passo cit.).

imprenditore), che, nel caso di loro consecuzione, fa risalire all'apertura della prima gli effetti di quella finale.

Il collegio ritiene che il principio della consecuzione delle procedure debba trovare applicazione anche dopo l'entrata in vigore della nuova normativa fallimentare. La L. Fall., art. 160, nella formulazione introdotta dal D.Lgs. n. 5 del 2006, stabilisce che l'imprenditore che si trova in stato di crisi può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano (di risanamento) che può prevedere: a) la ristrutturazione del debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma (come la cessione dei beni, accollo, l'attribuzione ai creditori di azioni, quote, obbligazioni o altri strumenti finanziari e titoli di debito); b) l'attribuzione delle attività del debitore ad un assuntore (possono costituirsi assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, ma le cui azioni sono destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato); c) la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei; d) trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse. L'ultimo comma dell'articolo summenzionato chiarisce poi che "per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza". La L. Fall., art. 162 (non toccato dalla riforma della legge fallimentare introdotta con il D.Lgs. n. 5 del 2006) dispone che, se non ricorrono le condizioni previste dall'art. 160, comma 1 o se ritiene che la proposta di concordato non risponde alle condizioni indicate nello stesso articolo, il Tribunale, sentito il pubblico ministero e occorrendo il debitore, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta e dichiara d'ufficio il fallimento del debitore. Tale disposizione è stata sostituita dal decreto correttivo n. 169 del 2007 (art. 12), per cui l'art. 162 risulta così formulato: "il Tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti. Il Tribunale, se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli art. 160, commi 1 e 2, e art. 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato. In tali casi il Tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 dichiara il fallimento del debitore. Contro la sentenza che dichiara il fallimento è proposto reclamo a norma dell'art. 18. Con il reclamo possono farsi valere anche motivi attinenti alla ammissione della proposta di concordato".

Appare opportuno chiarire che questa Suprema Corte ha affermato il principio che anche nella vigenza dell'art. 162 nella formulazione adottata dal D.Lgs. n. 5 del 2006. il fallimento non può essere dichiarato d'ufficio (cfr. Cass. n. 18236 del 2009).

Dal riportato L. Fall., art. 160, comma ultimo, si evince che il requisito dello "stato di crisi" per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo devesi ritenere comprensivo sia della situazione di insolvenza vera e propria che di uno stato di difficoltà economico-finanziaria non necessariamente destinato ad evolversi nella definitiva impossibilità di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni. Dalle norme su riportate si evince altresì che, se il debitore non viene ammesso alla procedura di concordato, il tribunale su richiesta di un creditore o del pubblico ministero, qualora ne ricorrano i presupposti, dichiara il fallimento del debitore. Con la dichiarazione di fallimento il tribunale accerta *ex post* che lo stato di crisi, in base al quale l'imprenditore ha chiesto l'ammissione al concordato preventivo, è uno stato di crisi irreversibile, cioè un vero e proprio stato di insolvenza. In tal caso anche se il fallimento non viene dichiarato automaticamente, come avveniva sotto l'impero della precedente normativa, ma richiede o l'iniziativa di un creditore o del pubblico ministero e l'accertamento in concreto sia dei requisiti di cui alla L. Fall., art. 1 (identici tanto per il fallimento che per il concordato preventivo) sia dello stato di insolvenza dell'imprenditore, di cui alla L. Fall., art. 5, non si può escludere la unitarietà delle due procedure concorsuali, dovendosi attribuire alla sentenza dichiarativa di fallimento la natura di atto terminale del procedimento, in alternativa al naturale sviluppo della procedura miniore. Le due procedure debbono essere equiparate, avendo a base la medesima situazione sostanziale, non potendosi dare decisivo rilievo agli aspetti procedurali della iniziativa di un creditore o del pubblico ministero ed al fatto che lo stato di insolvenza deve essere effettivamente accertato, quando la dichiarazione di fallimento si palesa come l'unico sbocco necessario della crisi dell'impresa. La L. Fall., art. 111, comma 2, (introdotto dal D.Lgs. n. 5 del 2006) dispone che sono considerati debiti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge. La norma, come si evince dal dato testuale, considera prededucibili anche debiti sorti in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo e si riferisce chiaramente all'ipotesi in cui alla procedura di concordato preventivo sia seguito il fallimento dell'imprenditore. Con tale disposizione, come giustamente affermato da condivisibile dottrina, si è preso atto legislativamente della continuità delle procedure consecutive, il che impone, essendo tali procedure volte ad affrontare la medesimi crisi — ritenuta in un primo momento suscettibile di regolazione attraverso un accordo con i creditori e successivamente risultata tale da condurre alla liquidazione fallimentare di valutare in maniera unitaria determinati aspetti della disciplina fallimentare. Ne deriva che, qualora, a seguito di una verifica a posteriori venga accertato, con la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, che lo stato di crisi in base al quale ha chiesto la ammissione al concordato preventivo era in realtà uno stato di insolvenza, la efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento, intervenuta a seguito della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato preventivo, deve essere retrodatata alla data di presentazione di tale domanda, atteso che la ritenuta definitività anche della insolvenza che è alla base della procedura minore, come comprovata, *ex post*, dalla sopravvenienza del fallimento, e, quindi, l'identità del presupposto, porta ad escludere la possibilità di ammettere, in tal caso, l'autonomia delle due procedure.

Il secondo motivo è infondato. Secondo la ricorrente dalla sentenza dichiarativa di fallimento n. 76/2007 del Tribunale di Venezia risulterebbe che i debiti della società dichiarata fallita sarebbero venuti ad esistenza nei sette mesi intercorsi tra la data di presentazione della domanda di concordato e quella di dichiarazione del fallimento, per cui, nel caso di specie, non si potrebbe sostenere che lo stato di crisi del debitore fosse sin dall'inizio una situazione di insolvenza. Tale interpretazione del giudicato non è condivisibile. Il tribunale ha affermato che la situazione della fallita al momento della proposizione della domanda concordataria era già espressamente riconosciuta quale insolvenza (come riconosciuto con la successiva sentenza dichiarativa di fallimento), interpretazione del giudicato che può essere condivisa, atteso che nella sentenza dichiarativa di fallimento si legge che "lo stato di insolvenza della società si desume dalla conclamata impossibilità di far fronte a tutti i debiti emersi in sede di procedura di concordato e dalla relazione del Commissario Giudiziale". La ricorrente, al fine di sostenere il proprio assunto, asserisce che la espressione "debiti emersi" debba essere intesa nel senso di debiti "sorti". Tale interpretazione, però, si pone in evidente contrasto con il significato letterale della parola, che, alla stregua del contesto nel quale è inserita, ha il chiaro inequivocabile significato di debiti, la cui esistenza è stata scoperta (è emersa) a seguito degli accertamenti effettuati in sede di procedura concorsuale.

Il terzo motivo è inammissibile. Il Tribunale sarebbe incorso nel vizio di motivazione per non aver tenuto conto di documentazione (indicata specificamente nel ricorso) dalla quale emergerebbe che, nel momento in cui la ricorrente ha presentato la domanda di ammissione al concordato preventivo, non si trovava in stato di insolvenza. Il provvedimento impugnato ha affermato il contrario in base al giudicato costituito dalla sentenza dichiarativa di fallimento. La censura della ricorrente è, pertanto, inammissibile, in quanto

intesa ad ottenere una nuova valutazione dei fatti che si porrebbe in contrasto con l'accertamento contenuto in detta sentenza, ormai definitiva, non essendo stata fatta oggetto di impugnazione.

Il quarto motivo di ricorso è inammissibile. Il quesito di diritto, richiesto a pena di inammissibilità del motivo dall'art. 366 bis c.p.c., manca di specificità, atteso che si fa riferimento alle domande proposte dalla ricorrente senza specificare quale ne fosse l'effettivo *petitum* e si fa riferimento ad eccezioni di controparte senza che sia dato comprendere quale ne fosse il contenuto, chiedendo di accertare "se il Tribunale non abbia omesso di pronunciare sulle domande proposte". Tale quesito, pertanto, non consente a questa Corte di decidere in base al solo contenuto del quesito stesso, prescindendo dal contenuto (peraltro non del tutto chiaro) della censura. — *Omissis.*

(1) Con la sentenza in esame la suprema Corte ha affrontato per la prima volta la delicata questione dell'applicabilità della regola della *consecutio* tra concordato preventivo e fallimento alla luce del diritto fallimentare riformato.

In passato era pacifico che, nell'ipotesi di mancata omologazione, risoluzione o annullamento del concordato, gli effetti della successiva sentenza *ex* art. 16 L. Fall. retroagissero alla data del decreto di apertura della procedura minore[1] (fatta eccezione per quelli relativi ai soci illimitatamente responsabili)[2], con conseguente rilevanza di quel momento (con riferimento alle disposizioni richiamate dall'art. 169 L. Fall., del giorno della presentazione del ricorso) sotto molteplici profili, tra i quali il calcolo dell'anno di cui agli artt. 10 e 11 L. Fall.[3], l'interruzione del decorso degli interessi *ex* art. 55 L. Fall., il computo del periodo sospetto ai fini della revocatoria fallimentare[4] (ferma la decorrenza del termine prescrizionale di cinque anni dalla sentenza dichiarativa)[5] e la prededucibilità nel fallimento di alcune delle spese sostenute nel concordato, per vero limitata a fattispecie piuttosto rare[6].

La *consecutio* era invece esclusa quando la proposta concordataria fosse stata dichiarata inammissibile, sul presupposto che in tal caso difettasse l'elemento indi-

---

[1] Tra le sentenze più recenti aventi ad oggetto la disciplina previgente v. Cass., 11 novembre 2010, n. 22916, in *Dir. e Giust.*, 2010.

[2] Cfr., da ultimo, Cass., 26 marzo 2010, 7273, in *Giust. Civ. Mass.*, 2010, 3, la quale ha affermato che «il principio della consecuzione processuale tra le procedure di concordato preventivo e di fallimento non può essere applicato con riferimento ai creditori personali dei soci illimitatamente responsabili di società di persone, in quanto l'efficacia del concordato preventivo della società nei confronti dei soci illimitatamente responsabili riguarda esclusivamente i debiti sociali. Ne consegue che, ai fini dell'opponibilità di eventuali ipoteche al fallimento o del computo degli interessi sui crediti vantati nei confronti dei singoli soci, non rileva la data di ammissione della società di persone al concordato preventivo, ma quella della successiva dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 147 L. Fall., dei soci illimitatamente responsabili».

[3] Cass., 3 novembre 2005, n. 21326, in *Giust. Civ. Mass.*, 2005, 11, secondo cui «il principio di unitarietà delle procedure concorsuali [...] comporta che, ai fini della verifica in ordine al decorso del termine annuale di cui agli art. 10 ed 11 L. Fall., nel caso in cui la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore defunto o cessato faccia seguito alla mancata omologazione o alla risoluzione o all'annullamento del concordato preventivo, cui l'imprenditore sia stato ammesso, deve tenersi conto della data di ammissione alla procedura minore».

[4] Cass., 14 maggio 2006, n. 5527, in *Giust. Civ. Mass.*, 2006, 3; Id., 16 aprile 2003, n. 6019, in *Fallimento*, 2004, 644, con nota di De Virgiliis; Id., 16 novembre 1999, n. 12669, in *Giur. It.*, 2000, 978, con nota di Bertolotti; Id., 1° ottobre 1997, n. 9581, in *Fallimento*, 1998, 691.

[5] Cass., 9 maggio 1996, n. 4347, in *Dir. Fall.*, 1997, II, 45, con nota di Ragusa Maggiore.

[6] In passato vigeva il consolidato insegnamento secondo cui «l'art. 111 comma 1 L. Fall. avendo carattere eccezionale ed essendo quindi di stretta interpretazione in quanto deroga al fondamentale principio della *par condicio creditorum*, [era] applicabile solo alle obbligazioni contratte dagli organi della procedura subentrati all'imprenditore fallito nell'amministrazione e nella disposizione dei suoi beni per la continuazione dell'esercizio dell'impresa, ove questa [fosse] stata autorizzata, nonché dei debiti contratti per l'amministrazione del fallimento e, in generale, per le spese della stessa procedura» (Cass., 16 novembre 1981, n. 6056, in *Giust. Civ. Mass.*, 1981, 11). In altre parole, i crediti prededucibili coincidevano con le spese di procedura e con i debiti della massa, con la precisazione che per procedura doveva intendersi esclusivamente quella fallimentare, con conseguente esclusione di quelle minori. Tale interpretazione, alquanto restrittiva, era tuttavia temperata dall'affermazione, anch'essa sostanzialmente pacifica, per cui le obbligazioni contratte per la gestione dell'impresa sottoposta ad amministrazione controllata dovevano reputarsi prededucibili, a condizione che fossero venute in essere al fine di assicurare la continuazione dell'attività in vista di un possibile risanamento (cfr. Cass., 17 giugno 1995, 6852, in *Dir. Fall.*, 1996, II, 165; Id., 11 gennaio 1995, 251, in *Fallimento*, 1995, 828; Id., 10 marzo 1994, n. 2337, *ivi*, 1994, 997; Id., 15 luglio 1992, n. 8590, *ivi*, 1993, 40; Id., 6 marzo 1992, n. 2716, *ivi*, 1992, 689; Id., 22 ottobre 1991, n. 11208, in *Dir. Fall.*, 1992, II, 478; Id., 19 dicembre 1990, n. 12064, *ivi*, 1992, II, 182; Id., 16 novembre 1989, 4892, *ivi*, 1990, II, 449; Id., 5 febbraio 1988, n. 1258, *ivi*, 1988, II, 391; Id., 16 maggio 1983, n. 3369, *ivi*, 1983, II, 608; Id., 30 maggio 1978, n. 2728, in *Giur. It.*, 1979, I, 1, 651; Id., 4 ottobre 1977, n. 4370, in *Foro It.*, 1978, I, 411). Da tale lettura restava comunque escluso il concordato preventivo (v., tra gli altri, Alessi, *I debiti della massa nelle procedure concorsuali*, Milano, 1987, 136; Lo Cascio, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Milano, 1998, 422; Lanfranchi, *Uso alternativo delle procedure concorsuali, amministrazione controllata e prededucibilità dei crediti*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1985, I, 133): la giurisprudenza di legittimità era infatti solita affermare che «i crediti nascenti da obbligazioni contratte nel corso della procedura di concordato preventivo, in caso di successivo fallimento, non po[tevano] essere soddisfatti "in prededuzione" stante la funzione meramente liquidatoria del concordato, rispetto alla quale [era] estranea (in quanto meramente eventuale) la continuazione dell'esercizio dell'impresa da parte del debitore» (Cass., 9 settembre 2002, n. 13056, in *Dir. Fall.*, 2002, II, 561; Id., 14 luglio 1997, n. 6352, in *Giust. Civ. Mass.*, 1997, 1187; Id., 5 agosto 1996, n. 7140, in *Fallimento*, 1997, 269; Id., 27 ottobre 1995, n. 11216, *ivi*, 1996, 529; Id., 12 luglio 1994, n. 6556, *ivi*, 1995, 164; Id., 5 febbraio 1993, n. 1444, *ivi*, 1993, 724; Id., 26 giugno 1992, n. 8013, *ivi*, 1992, 1027; Id., 5 maggio 1988, n. 3325, in *Dir. Fall.*, 1988, II, 848; Id., 5 febbraio 1988, n. 1258, *ibid.*, II, 391). Pertanto, nel successivo fallimento si sarebbero potuti soddisfare in prededuzione i crediti sorti durante la precedente procedura di concordato esclusivamente per il caso (per il vero assai raro nella prassi) in cui essi fossero funzionali alla continuazione dell'esercizio dell'impresa (Cass., 2 agosto 2002, n. 11580, in *Fallimento*, 2003, 603); situazione, quest'ultima, che avrebbe potuto determinare l'inserimento nella categoria di cui all'art. 111, comma 1, n. 1, L. Fall. del compenso del liquidatore (Cass., 11 novembre 2003, n. 16915, in *Dir. e Prat. Società*, 2004, 11, 89, secondo cui «per i crediti maturati durante la procedura di concordato preventivo, considerato che tale procedura ha funzione liquidatoria e satisfattiva, si deve escludere che il compenso dovuto all'amministratore di società ammessa alla procedura di concordato abbia natura di credito prededucibile, salvo il caso di omologazio-

spensabile per addivenire alla "saldatura" tra due procedure, vale a dire che entrambe si fossero aperte e susseguite nel tempo[7].

Con la riforma del diritto fallimentare, venuto meno l'automatismo della dichiarazione di fallimento nell'ipotesi di prematura interruzione dell'*iter* concordatario[8] e differenziate le due procedure sotto il profilo del requisito oggettivo necessario per accedervi (lo stato d'insolvenza per il fallimento, quello di crisi per il concordato)[9], sono sorte incertezze sulla possibilità di continuare ad applicare la regola in esame, della quale tuttavia la dottrina — alla cui impostazione la Cassazione sembra aver aderito — ha affermato la perdurante operatività.

Il problema del superamento dell'ineluttabilità del fallimento non è parso insormontabile, in quanto non impedisce che la transizione dal concordato avvenga senza soluzione di continuità; anzi, l'art. 162, comma 2, L. Fall. stabilisce che, laddove sia dichiarata l'inammissibilità della proposta (anche successivamente all'apertura della procedura minore), il provvedimento che la accerta (o che revoca l'ammissione) si accompagna — in presenza di apposita istanza di uno o più creditori o del pubblico ministero e previa verifica della sussistenza dello stato d'insolvenza — alla sentenza *ex* art. 16 L. Fall., con la precisazione che il reclamo contro di essa è l'unica sede idonea a far valere i vizi del decreto di cui all'art. 162 L. Fall.[10] Considerazioni analoghe valgono per la mancata omologazione e per la risoluzione: quanto alla prima, l'art. 180, comma 7, L. Fall. contiene disposizioni pressoché identiche a quelle di cui all'art. 162, comma 2, L. Fall.; quanto alla seconda, l'art. 186, comma 5, L. Fall. rimanda all'art. 137 L. Fall., che a sua volta rinvia all'art. 15 L. Fall., in materia di istruttoria prefallimentare[11].

Con riferimento alla non omogeneità del presupposto oggettivo, si è messo in luce che anche sotto l'imperio della disciplina previgente la *consecutio* operava con riferimento a procedure fondate su requisiti obiettivi non sempre coincidenti[12], non essendo automaticamente sussumibile la temporanea incapacità di adempiere (condizione per l'accesso all'amministrazione controllata) nello stato insolvenza[13].

Ulteriore argomento a favore della perdurante applicabilità della regola in esame è stato ravvisato nel novellato disposto dell'art. 111, comma 2, L. Fall., che — com'è noto — qualifica alla stregua di debiti della massa quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla legge fallimentare, incluso — evidentemente — il concordato preventivo[14].

Senza dire dell'argomento *ab inconvenienti*: com'è stato osservato, «negare la revocabilità degli atti compiuti prima dell'ammissione al concordato significa mettere nelle mani del debitore uno strumento di tutela del ceto creditorio che per sua natura non può dipendere da iniziative discrezionali (quando non dilatorie e strumentali) dell'imprenditore in crisi; significa, di fatto, consentire, nelle ipotesi più patologiche, accordi fra il debitore e quello o quei creditori che sono stati soddisfatti a scapito degli altri, magari con mezzi anormali di pagamento o con atti notevolmente sproporzionati»[15].

Può pertanto concludersi che, ancor'oggi, ogniqualvolta la procedura concordataria conosca un esito fal-

---

ne di una proposta di concordato che preveda la gestione dell'impresa quale modalità diretta a mantenere l'unità operativa dell'azienda al fine di una sua migliore liquidazione»). Salve tali rare eccezioni, la regola deponeva quindi nel senso della tendenziale esclusione della prededuzione. Stando alle più recenti pronunce di merito basate sulla disciplina previgente doveva infatti darsi per acquisito che «il credito maturato dal legale del debitore per l'assistenza prestata nel giudizio di omologazione del concordato preventivo non [fosse] prededucibile nel fallimento consecutivo» (Trib. Sulmona, 23 ottobre 2003, in *Fallimento*, 2004, 579, 805) e che «il credito per il compenso del liquidatore sociale che [avesse] rivestito la carica nel corso della procedura di concordato preventivo non [fosse] prededucibile nel successivo fallimento, né [fosse] assistito da alcun privilegio» (Trib. Milano, 26 febbraio 2003, in *Fallimento*, 2003, 901). E a maggior ragione la prededuzione non poteva essere invocata per le spese attinenti alla presentazione della domanda *ex* art. 160 L. Fall.

[7] Cass., 22 novembre 1991, n. 12573, in *Dir. Fall.*, 1992, II, 734; Id., 22 giugno 1991, n. 7046, in *Giur. It.*, 1992, I, 1, 741, cui *adde*, più di recente, Id., 22 novembre 2007, n. 24330, in *Mass. Giust. Civ.*, 2007, 11, con il rilievo che «il Tribunale dichiara aperta la procedura di concordato preventivo solo se ne riconosce ammissibile la proposta. Sicché la procedura di concordato preventivo non si apre prima del decreto di ammissione. E se la domanda di concordato viene dichiarata inammissibile, l'eventuale successiva dichiarazione del fallimento comporta l'apertura della prima e unica procedura concorsuale relativa all'impresa insolvente». *Contra* App. Firenze, 28 giugno 2005, in *Foro Pad.*, 2006, 260, con il rilievo che «in ordine al periodo c.d. "sospetto" di cui all'art. 67 L. Fall. nell'ipotesi di consecuzione di procedure e, in particolare, nel caso in cui la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo sia stata dichiarata inammissibile con conseguente dichiarazione di fallimento d'ufficio, il termine per l'esercizio dell'azione revocatoria fallimentare decorre dalla data di presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo e non dalla data della successiva dichiarazione di fallimento».

[8] Fauceglia, *Revoca dell'ammissione al concordato e dichiarazione di fallimento in corso di procedura*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali* a cura di Fauceglia, Panzani, Torino, 2009, 3, 1703 e segg.

[9] Ambrosini, *I presupposti per l'accesso al concordato*, in Ambrosini-Demarchi-Vitiello, *Il concordato preventivo e la transazione fiscale*, Bologna, 2009, 5 e segg.

[10] Jorio, *Il concordato preventivo: struttura e fase introduttiva*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma* a cura di Jorio, Fabiani, Bologna, 2010, 997.

[11] Vitiello, *L'esecuzione del concordato*, in Ambrosini-Demarchi-Vitiello, *op. cit.*, 251.

[12] Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale* a cura di Cottino, Padova, 2008, XI, 1, 29.

[13] Tra le pronunce più recenti v. Cass., 28 novembre 2008, n. 28445, in *Giust. Civ. Mass.*, 2008, 11, 1706, la quale riafferma il consolidato orientamento secondo cui «il fallimento rappresent[a] lo sviluppo della condizione di temporanea difficoltà denunciata dall'imprenditore che chiede il beneficio dell'amministrazione controllata, essendosi rivelata errata la prognosi di risanamento alla base di quest'ultima».

[14] Ambrosini, *op. ult. cit.*, 28 e seg., il quale rileva che «proprio questa previsione, a ben vedere, testimonia come sia affrettato pretendere di archiviare la teoria della *consecutio*, costituendone detta norma, anzi, il puntuale recepimento in relazione alla prededucibilità dei crediti; e l'intrinseca debolezza dell'argomento *ubi lex noluit tacuit* non vale certamente a suffragare la soluzione opposta con riguardo alla questione del decorso del periodo sospetto».

[15] Ambrosini, *op. ult. cit.*, 29.

limentare opera la *consecutio*, con tutti i conseguenti effetti in materia, tra l'altro, di conteggio dell'anno per l'imprenditore cessato o defunto, di interruzione degli interessi e di computo del periodo sospetto, mentre la questione della prededucibilità delle spese sostenute nel corso del concordato sembra essere stata definitivamente risolta dal menzionato art. 111 L. Fall., pur con le incertezze legate alla concreta individuazione dei nessi di occasionalità e strumentalità[16].

Come anticipato, l'orientamento emerso in dottrina è stato puntualmente recepito dalla sentenza in esame, la quale suscita tuttavia qualche perplessità nella misura in cui sembrerebbe riferirsi non solo alla mancata omologazione, alla risoluzione, all'annullamento e alla revoca dell'ammissione, ma anche alla dichiarazione di inammissibilità *tout-court*, resa prim'ancora dell'emissione del decreto di apertura della procedura.

Nella motivazione della sentenza della suprema Corte si legge infatti che, «qualora, a seguito di una verifica *a posteriori* venga accertato, con la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore, che lo stato di crisi in base al quale ha chiesto» — ma, a quanto parrebbe, non necessariamente ottenuto — «l'ammissione al concordato preventivo era in realtà uno stato di insolvenza, l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento, intervenuta a seguito della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato preventivo» — non, stando alla lettera della sentenza, della revoca dell'ammissione — «deve essere datata alla data di presentazione di tale domanda».

Il rilievo è tuttavia almeno in parte ridimensionato dalla circostanza che, in realtà, la fattispecie concreta verte non su un caso di inammissibilità *ab origine*, ma su un'ipotesi di mancato raggiungimento delle maggioranze (per la quale l'art. 179 L. Fall. rimanda all'art. 162 L. Fall.), trattandosi, pertanto, della revoca dell'ammissione a una procedura regolarmente aperta.

Resta il fatto che l'affermazione dei giudici di legittimità — quand'anche reputata alla stregua di un mero *obiter* — sembra porsi in contrasto con il precedente orientamento della stessa Corte[17].

Responsabilità degli amministratori

Cassazione civile, I Sezione, 3 giugno 2010, n. 13465 — Proto *Presidente* — Rordorf *Relatore* — Ciccolo *P.M.* (parz. diff.) — Aliprandi (avv. Bresciani) ed altro - Fallimento Consorzio Costruttori Bresciani (avv. Giampaoli).

Cassa con rinvio App. Brescia, 14 aprile 2005.

Consorzio — Fallimento — Azione di responsabilità contro gli amministratori — Legittimazione (C.c. artt. 2394, 2394 *bis*; 2608; R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 146).

Il curatore del fallimento di un consorzio con attività esterna non è legittimato ad esercitare, nei confronti degli amministratori del consorzio, l'azione di responsabilità eventualmente spettante a coloro che vantino pretese creditorie a valere sul fondo consortile e lamentino l'incapienza di questo, ovvero abbiano subito danni diretti per esser stati fuorviati dalla violazione dei criteri legali che presiedono alla redazione della situazione patrimoniale del consorzio (1).

(Massima non ufficiale)

Omissis. — La possibilità d'invocare la previsione del citato art. 2394 al di fuori della disciplina societaria in cui essa è collocata è assai problematica. È vero che l'azione di responsabilità dei creditori sociali contemplata da detto articolo (ed ora, in ipotesi di fallimento, dal successivo art. 2394 bis) può esser ricondotta a figure di carattere generale. Si tratta, a seconda delle opinioni, di un'azione aquiliana per lesione del credito, direttamente esercitata da creditori danneggiati, o di un'azione surrogatoria da costoro esperita in luogo della società, cui essa altrimenti spetterebbe. Ciò, tuttavia, non toglie che quell'azione, per come configurata dal citato art. 2394, riveste connotati suoi propri, di cui sarebbe difficile misconoscere la specialità, quanto alle condizioni di esperibilità, al regime della rinuncia e della transazione e, soprattutto, quanto alla legittimazione attiva in caso di fallimento. Se tali specialità non vi fossero, e se quindi l'azione in esame si esaurisse in tutto e per tutto in un'applicazione di figure generali già ben note all'ordinamento, non si comprenderebbe del resto neppure la ragione per cui la si è espressamente prevista nell'articolo sopra menzionato.

Sono appunto questi elementi di specialità, propri dell'azione di responsabilità esperibile dai creditori della società per azioni (nonché dal curatore in caso di fallimento) e che trovano nella disciplina di quel tipo di società la propria giustificazione logica, a rendere già prima facie poco plausibile l'ipotesi di un'applicazione analogica della normativa in discorso anche al di fuori dell'anzidetta disciplina societaria. Né occorre ricordare che i consorzi — pur quelli con attività esterna, i quali presuppongono una base corporativa e sono dotati di un certo grado di autonomia patrimoniale — costituiscono enti ben diversi da una società per azioni, sia dal punto di vista strutturale, sia per le finalità in relazione alle quali operano, sia per il modo di essere della loro base economico-finanziaria. La stessa possibilità che scopi consortili possono essere perseguiti anche mediante l'adozione della forma societaria (art. 2615 ter c.c.) evidentemente conferma che, quando tale forma non sia stata invece adottata, la disciplina giuridica del consorzio, almeno in via di principio, non può esser ricercata nelle norme riguardanti la società.

Naturalmente, resta intatta la possibilità di postulare l'esperibilità (non già della specifica azione indicata nel citato art. 2394, bensì) di azioni previste in via generale dall'ordinamento, ivi compresa — ed è quella che in questa sede interessa — l'azione per responsabilità extracontrattuale, contemplata dall'art. 2043 c.c., essendo ormai da tempo acquisito il principio per cui tale azione compete anche in caso di lesione di diritti di credito nei confronti del terzo che, col proprio illegittimo comportamento, abbia pregiudicato le ragioni del creditore. Se però è solo questa la base giuridica sulla quale potrebbe fondarsi l'azione dei creditori nei confronti di chi abbia mal gestito il consorzio, e se d'altro canto neppure è postulabile un'azione di responsabilità esercitabile dal consorzio medesimo nei confronti dei propri amministratori, i quali rispondono solo direttamente nei confronti dei singoli consorziati (art. 2608, cit.), allora non è affatto

[16] Sul tema v., tra gli altri, Ambrosini, *La ripartizione dell'attivo*, in Ambrosini-Cavalli-Jorio, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale* a cura di Cottino, Padova, 2009, XI, 2, 661 e segg.

[17] V. nota n. 7.