

Civile Sent. Sez. 1 Num. 21758 Anno 2022

Presidente: **CRISTIANO MAGDA**

Relatore: **CAMPESE EDUARDO**

Data pubblicazione: **08/07/2022**



SENTENZA

sul ricorso n. 5603/2015r.g. proposto da:

BARACLIT S.P.A., con sede in Bibbiena (AR), loc. Pianacci n. 19 SS71, in persona dell'amministratore delegato e legale rappresentante dott. Franco Bernardini, rappresentata e difesa, giusta procura speciale apposta in calce al ricorso, dall'Avvocato Prof. Giulio Ponzanelli e dagli Avvocati Valeria Giudici, Francesco Tafi e Marco Passalacqua, con i quali elettivamente domicilia presso lo studio di quest'ultimo in Roma, alla via Salaria n. 259.

- **ricorrente**-

contro

FALLIMENTO SEPTEM S.R.L., in persona del curatore Prof. Riccardo Passeri, rappresentato e difeso, giusta procura speciale apposta in calce al controricorso, dall'Avvocato Giuseppe Pancani, con cui elettivamente domicilia in Roma, alla Piazza dell'Emporio n. 16/a, presso lo studio degli Avvocati Prof.ri Giuseppe Guizzi ed Ilaria Pagni.

- **controricorrente-**

avverso il decreto del TRIBUNALE DI FIRENZE depositato il 21/01/2015;
udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 15/06/2022 dal Consigliere dott. Eduardo Campese;
lette le conclusioni motivate, ai sensi dell'art. 23, comma 8-*bis*, del d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla legge 18 dicembre 2020, n. 176, formulate dal P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Paola Filippi, che ha chiesto il rigetto del ricorso;

FATTI DI CAUSA

1. La Baraclit s.p.a. propose opposizione ex art. 98 l.fall. al fine di vedere riconosciuto il privilegio ipotecario al proprio credito di € 284.456,91, ammesso allo stato passivo del fallimento Septem s.r.l. solo in via chirografaria. Dedusse di aver iscritto ipoteca giudiziale su diversi immobili di proprietà della società debitrice il 26 marzo 2013 e che quest'ultima, dopo aver presentato, il 14 giugno 2013, domanda di concordato ex art. 161, comma 6, l.fall., era stata dichiarata fallita, il 28 novembre 2013, successivamente all'ammissione al concordato ma prima della sua omologazione.

1.1. Con decreto del 21 gennaio 2015, l'adito Tribunale di Firenze respinse l'opposizione. Ritenne, infatti, che l'ipoteca predetta, iscritta nei novanta giorni antecedenti la pubblicazione del ricorso per concordato preventivo della Septem s.r.l. nel registro delle imprese, dovesse considerarsi inefficace ai sensi dell'art. 168, comma 3, l.fall., che considerò applicabile, malgrado il sopraggiunto fallimento della proponente il concordato, giusta il principio di consecuzione tra le due procedure.

2. Contro il menzionato decreto ha proposto ricorso per cassazione la Baraclit s.p.a., affidandosi a due motivi. Ha resistito, con controricorso, il fallimento Septem s.r.l.. Entrambe le parti hanno depositato memoria ex art. 380-*bis*.1 cod. proc. civ..

2.1. La Prima Sezione di questa Corte, originariamente investita della decisione della controversia, con ordinanza interlocutoria del 16 novembre/23 dicembre 2021, n. 41404, ha ritenuto la questione giuridica complessivamente posta dai motivi di ricorso meritevole di maggiore approfondimento, *«al fine di valutare se il principio e le argomentazioni tutte rinvenibili nella recente ordinanza resa da Cass. n. 8996 del 2021 possano giustificare, o meno, una rivisitazione di quanto specificamente sancito, sulla questione predetta, dall'ordinanza pronunciata da*

Cass. n. 6381 del 2019». Pertanto, ha disposto la trattazione in pubblica udienza, in occasione della quale la Baraclit s.p.a. ha depositato memoria ex art. 378 cod. proc. civ..

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. I formulati motivi denunciano entrambi «*violazione e falsa applicazione di legge ex art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.*». In particolare: *i)* il primo censura l'avvenuta applicazione, da parte del tribunale, dell'art. 168, comma 3, l.fall., da ritenersi, al contrario, utilizzabile esclusivamente laddove alla proposizione della domanda concordataria abbia fatto seguito la sua omologazione, non anche ove vi sia stata - come nella specie - la mera apertura della corrispondente procedura prima della dichiarazione di fallimento della proponente il concordato medesimo; *ii)* il secondo ascrive al giudice di merito di avere indebitamente esteso il perimetro applicativo degli artt. 69-*bis* e 169 l.fall., posto che nell'ipotesi di successione tra procedure concorsuali non si realizza un'automatica trasmigrazione di tutti gli effetti della procedura minore nell'ambito di quella maggiore e viceversa.

2. Tali doglianze, scrutinabili congiuntamente perché chiaramente connesse, pongono la questione se l'art. 168, comma 3, l.fall., come novellato dal d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 134 del 2012 - alla cui stregua restano inefficaci, rispetto ai creditori anteriori al concordato preventivo, le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la pubblicazione del relativo ricorso nel registro delle imprese - si applichi, o non, pure nell'ipotesi in cui la procedura concordataria, benché aperta, si chiuda senza pervenire all'omologa e si dichiarari il fallimento della debitrice proponente il concordato stesso.

2.1. La questione è già stata esaminata da questa Corte che, con la sentenza n. 6381 del 2019 (emessa in fattispecie esattamente sovrapponibile alla presente), vi ha dato risposta positiva, enunciando il seguente principio di diritto: «*Il disposto di cui all'art. 168, comma 3, legge fall., secondo cui sono inefficaci nei confronti dei creditori anteriori al concordato le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, si applica, in forza del principio della consecuzione delle procedure, anche nel caso in cui al concordato preventivo faccia seguito la declaratoria di fallimento, ed a valere anche nei confronti dei creditori successivi, anteriori alla sentenza di fallimento*».

2.1.1. La decisione si fonda sui seguenti rilievi:

i) «*La ratio della disposizione è chiaramente nel senso di evitare che i creditori, avvedutisi dello stato di crisi, si muniscano di titoli di prelazione, destinati ad*

incidere sul buon esito della procedura concordataria e del piano di concordato, nonché a danno della massa dei creditori, e non v'è dubbio sul carattere speciale della norma, che, come rileva attenta dottrina, segna il termine a ritroso per ritenere inefficace nei confronti dei creditori anteriori alla pubblicazione del ricorso ex art. 161 legge fall. l'iscrizione di ipoteca, le cui modalità di costituzione si sono perfezionate nel periodo indicato»;

ii) « Né la natura speciale della norma né la ratio della stessa possono essere invocate per ritenere inapplicabile nel caso il principio della consecuzione tra le procedure, che vale ad impedire che l'ipoteca, una volta divenuta inefficace, possa acquisire nuovamente efficacia a seguito della dichiarazione di fallimento. Al principio di consecuzione deve infatti riconoscersi valenza di carattere generale, dato che, come affermato nelle pronunce 4959/2013 e 18437/2010, "nel caso in cui all'ammissione da parte del tribunale della domanda di concordato preventivo, proposta ai sensi della L.Fall., art.160, ratione temporis vigente, secondo il testo successivo alla L. n. 80 del 2005 ed al d.lgs. n. 5 del 2006 ed anteriore al d.lgs. n. 169 del 2007, segua dichiarazione di fallimento ex art. 162, comma 2 L.Fall., per effetto della mancata approvazione dei creditori ex artt. 177-178 L.Fall., trova applicazione il principio della consecutività delle due procedure concorsuali, costituendo la sentenza di fallimento l'atto terminale del procedimento, non assumendo rilievo l'abbandono - in sede normativa - dell'automatismo di tale dichiarazione, per la quale ora sono necessari l'iniziativa di un creditore o del P.M., il positivo accertamento dell'insolvenza ed il comune elemento oggettivo. Pertanto, quando si verifichi a posteriori [...] che lo stato di crisi in base al quale era stata chiesta l'ammissione al concordato in realtà coincideva con lo stato di insolvenza, l'efficacia della sentenza dichiarativa di fallimento va retrodatata alla data della presentazione della predetta domanda". E per la considerazione unitaria della procedura di fallimento seguita al procedimento di concordato preventivo, si vedano, tra le tante, le pronunce 8439/2012 e 7324/2016»;

iii) non può essere seguita «la tesi della ricorrente, secondo cui l'inefficacia resterebbe confinata alla procedura di concordato. Infatti, in questa procedura i creditori portatori dei crediti ipotecari colpiti da inefficacia e come tali legittimati al voto perché degradati a chirografari, avrebbero tutto l'interesse a votare contro l'approvazione della proposta di concordato in quanto con la dichiarazione di fallimento essi riacquisterebbero la natura di creditori ipotecari. Dunque, la finalità della norma ne uscirebbe stravolta»;

iv) quanto al rilievo «volto ad evidenziare la disparità di trattamento in tesi conseguente all'applicazione dell'art.168 legge fall. all'ipotesi del fallimento, va di contro osservato che le norme di cui agli artt. 67 e 69-bis legge fall. postulano presupposti diversi, né pertanto si potrebbe concludere per un'irragionevole disparità di trattamento, dato che sono diverse le fattispecie di partenza».

2.2. Non si pone in aperto contrasto con tale pronuncia Cass. (ord.) n. 8996 del 2021, secondo cui «L'art. 168, comma 3, l.fall., il quale dispone l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori all'iscrizione nel registro delle imprese del ricorso per concordato preventivo rispetto ai creditori anteriori al concordato, non si applica qualora, rinunciata la domanda di concordato preventivo prima dell'ammissione al concordato medesimo, sia stato in un momento successivo dichiarato il fallimento dell'imprenditore».

L'ordinanza, infatti, esclude l'applicabilità al caso di specie del principio enunciato da Cass. 6381/2019 cit. sottolineando che «La peculiarità della situazione in esame, [...], sta nella circostanza che il ricorso per concordato preventivo fu presto rinunciato, così che il giudice ebbe a pronunciare l'estinzione del procedimento con decreto [...], onde il concordato non fu mai ammesso. Altre situazioni similari, che potrebbero essere toccate dal principio (revoca del concordato ex art. 173 l.fall., rigetto dell'omologa ed, in genere, quei casi in cui la procedura minore si arresti senza esito), restano estranei al thema decidendum ed il divieto di obiter dicta ne impedisce la trattazione».

2.2.1. Dopo aver affermato che, ove la procedura minore si arresti senza esito (come nel caso della rinuncia) prima dell'ammissione, si verifica la cessazione degli effetti protettivi di cui all'art. 168, III comma, cit. l'ordinanza aggiunge, tuttavia, che il principio della consecuzione riguarda solo gli effetti che produce la dichiarazione di fallimento, i quali retroagiscono ex art. 69-bis l.fall. alla data del deposito della domanda di concordato, per poi giungere alla conclusione che, «ove nel caso in esame si predicasse la consecutio con il fallimento successivamente dichiarato, sovente a distanza di tempo, il periodo sospetto nascerebbe a ritroso con un computo che prenderebbe a base una procedura mai neppure iniziata».

3. Ciò premesso, - come rimarcato, dall'ordinanza interlocutoria del 16 novembre/23 dicembre 2021, n. 41404 - occorre a questo punto «valutare se il principio e le argomentazioni tutte rinvenibili nella recente ordinanza resa da Cass. n. 8996 del 2021 possano giustificare, o meno, una rivisitazione di quanto specificamente sancito [...] dall'ordinanza pronunciata da Cass. n. 6381 del 2019».

3.1. Nella specie non è contestato fra le parti che vi sia stata consecuzione fra la procedura concordataria cui la Septem s.r.l. è stata ammessa ed il successivo fallimento della società.

3.2. Sul punto è dunque sufficiente rilevare che: *i)* come riferito dal fallimento odierno controricorrente (*cf.* pag. 2 della memoria ex art. 380-*bis*.1 cod. proc. civ. del 5 novembre 2011), al deposito in cancelleria della proposta concordataria di Septem s.r.l. ed alla sua iscrizione nel registro delle imprese, era seguita l'ammissione alla procedura, e, dunque, la sua apertura, nonché, poi, la mancata approvazione dei creditori da cui era scaturita la dichiarazione di fallimento della società; *ii)* la "consecuzione" è configurabile, in linea generale, allorquando ci si trovi al cospetto di due (o più) procedure concorsuali, che, pur formalmente distinte, sul piano funzionale finiscono per essere strettamente collegate, avendo a presupposto un analogo fenomeno economico (con specifico riguardo all'ipotesi del concordato preventivo al cui infruttuoso esperimento abbia fatto seguito il fallimento del proponente il concordato, *cf.*, *ex aliis*, Cass. n. 24056 del 2021); *iii)* la recente Cass., SU., n. 42093 del 2021 - benché intervenuta sul diverso tema della prededucibilità, o meno, del credito del professionista che abbia assistito il proponente la domanda di concordato anche nel successivo fallimento di quest'ultimo - ha opportunamente precisato (*cf.* pag. 23 della relativa motivazione) che la consecutività, in assenza di una norma più specifica, «*non si limita a postulare l'identità dell'elemento oggettivo su cui sono fondate le procedure in sequenza, ma esige che tra di esse non vi sia discontinuità anche organizzativa, ricorrente invece quando la prima non sia avanzata oltre la domanda del debitore ed infatti nemmeno sia stata aperta*», così non raggiungendo il suo scopo; «*per converso, la medesima consecutività, con pienezza dei suoi effetti, coinvolge - principio o postulato che sia - in primo luogo le sole zone concorsuali per le quali è stata espressamente dettata, come avvenuto con l'art. 69-bis l.fall., al culmine di un percorso tutto orientato alla tutela della massa dei creditori, e non del singolo, esito agevolmente desumibile dalla ratio che sorregge la retrodatazione del periodo sospetto* (*cf.* Cass. n. 25728 del 2016), per la quale è stato precisato che il fatto stesso che un'ammissione vi sia stata impone di considerare la successiva dichiarazione di fallimento come conseguenza di quel medesimo stato d'insolvenza che ha costituito il fondamento oggettivo del concordato preventivo (*cf.* Cass. n. 8439 del 2012; Cass. n. 7324 del 2016); [...]; identica considerazione è stata ribadita in punto di computo degli interessi dei crediti insinuati al passivo, fatto

decorrere dalla prima procedura, quale iniziata con domanda (cfr. Cass. n. 18437 del 2010)».

4. Fermo quanto precede, può passarsi al profilo centrale dell'indagine di cui si è detto: vale a dire alla individuazione della disciplina effettivamente applicabile quanto all'ipoteca giudiziale pacificamente iscritta dalla Baraclit s.p.a. nei novanta giorni precedenti la pubblicazione della domanda concordataria della Septem s.r.l., poi dichiarata fallita.

4.1. Occorre muovere, allora, dalla disposizione di cui all'art. 168, comma 3, l.fall., il quale, dopo aver sancito che *"I creditori non possono acquistare diritti di prelazione con efficacia rispetto ai creditori concorrenti, salvo che vi sia autorizzazione del giudice nei casi previsti dall'articolo precedente"*, stabilisce, al periodo successivo, - che qui concretamente interessa - che *"Le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato"*. Quest'ultimo periodo, come è noto, è stato aggiunto dal d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 134 del 2012: trattasi di norma che prevede una inefficacia automatica, *ex lege*, che non necessita di una pronuncia giudiziale, la quale, ove intervenga, avrà natura meramente dichiarativa.

4.2. Come si è affermato in dottrina, nell'ottica della riforma la sanzione dell'inefficacia *tout court* delle ipoteche giudiziali nei confronti del concordato permette di raggiungere direttamente tre effetti ben precisi: *i)* neutralizzare le garanzie pregiudizievoli, senza alcun contraddittorio con il creditore e prescindendo da qualsiasi vaglio giudiziale; *ii)* mantenere la libera iniziativa nella gestione della crisi in capo all'imprenditore, il quale attraverso la presentazione della domanda di concordato, può strategicamente scegliere il momento più opportuno per provocare l'inefficacia delle ipoteche; *iii)* circoscrivere l'inefficacia agli effetti del concorso.

4.3. Tale effetto della pubblicazione della domanda di concordato viene meno sicuramente in tutte le ipotesi in cui la procedura concordataria si chiude anticipatamente, senza pervenire all'omologa e - diversamente da quanto accaduto nella fattispecie in esame - senza condurre alla dichiarazione di fallimento del debitore, con la conseguenza che le iscrizioni interessate dalla previsione di legge riprenderanno efficacia con effetto *ex tunc*. Principi, questi, che sono recepiti anche dalla già menzionata Cass. n. 8996 del 2021, che parla di *«revoca ex lege, di un effetto quindi che, in parte, può essere accomunato alle previsioni dettate, per il fallimento, dalla L.Fall., artt. 64 e 65»* e sottolinea che se la domanda di concordato

sia stata rinunciata ed il debitore sia ancora *in bonis*, l'effetto protettivo contemplato nell'art. 168, comma 3, secondo periodo, l.fall. «*non opera più, con cessazione di tale effetto ex tunc*».

4.4. Molto più problematica è la "tenuta" della inefficacia in parola in caso di consecuzione del fallimento al concordato preventivo, atteso che, malgrado la chiara ed evidente funzione protettiva della norma (volta ad evitare la "corsa" dei creditori anteriori alla costituzione di un titolo di prelazione nel momento immediatamente precedente la formalizzazione della crisi - con la presentazione della domanda - quando però già ne esistano dei sintomi rivelatori o, comunque, che qualche creditore, munito di informazioni privilegiate, si avvantaggi rispetto agli altri) incerta si è rivelata l'individuazione del fine che essa intende tutelare.

4.5. Sul punto il Collegio ritiene di non poter condividere le conclusioni cui è giunta Cass. n. 6381/2019, né il principio ivi enunciato, alla stregua delle considerazioni tutte di cui appresso.

4.5.1. L'applicabilità, o meno, dell'art. 168, comma 3, l.fall., al successivo fallimento va valutata in una prospettiva che muove da una duplice considerazione.

4.5.1.1. Sotto un primo profilo, va rilevato che il principio di unitarietà delle procedure succedutesi senza soluzione di continuità, benché avente valore sistematico - in quanto caratterizzato dall'esigenza di salvaguardia dell'interesse superiore di concreta attuazione della *par condicio creditorum*, anche contro eventuali espedienti tesi a vanificarla (cfr. Cass. n. 24056 del 2021; Cass. n. 8970 del 2019) - non assurge ad autonomo criterio normativo destinato a risolvere tutti i problemi di successione fra le procedure, ma è un enunciato meramente descrittivo di soluzioni regolative aventi distinte fonti normative (cfr. Cass. n. 3156 del 2006, nonché, in motivazione, le più recenti Cass. n. 33364 del 2021 e Cass. n. 5090 del 2022).

Non basta, dunque, la consecuzione per ritenere che una disposizione prevista per il concordato si applichi anche al fallimento, posto che non si rinviene, nell'ordinamento positivo, alcuna disposizione normativa che riconosca, in via generale, il permanere degli effetti propri della prima procedura anche nella seconda, né, viceversa, la retrodatazione degli effetti propri del fallimento a partire dall'inizio del concordato. Al contrario, risulta manifesta l'intenzione del legislatore di regolare autonomamente, in vista di peculiari finalità, i singoli effetti giuridici prodotti dalla presentazione della domanda di concordato sul fallimento consecutivo, sì che, al di fuori di tali effetti tipici, nessun effetto ulteriore risulta

predicabile in via interpretativa: in tal senso vanno lette le specifiche previsioni dell'esenzione da revocatoria degli atti compiuti in esecuzione del concordato preventivo (art. 67, comma 3, lett. *e*/, l.fall.), della preeducibilità dei crediti sorti in occasione ed in funzione del concordato preventivo (art. 111, comma 2, l.fall.) e della decorrenza dei termini di cui agli artt. 64, 65, 67, commi 1 e 2, e 69 dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro nelle imprese (art.69-*bis*, comma 2, l.fall.).

4.5.1.2. Per altro aspetto, va rimarcato che la consecuzione fra procedure, ed in particolare - per quanto qui di specifico interesse - fra concordato preventivo e fallimento, è un fenomeno caratterizzato da un'applicazione estensiva di norme in senso non bidirezionale, ma unidirezionale: la consecuzione comporta, infatti, la retrodatazione degli effetti della sentenza dichiarativa di fallimento alla data della presentazione della domanda della procedura minore, ovvero a quella di sua ammissione, non l'estensione degli effetti del concordato al successivo fallimento, la cui disciplina, ove compatibile, resta l'unica applicabile.

Alteris verbis, il principio dell'unitarietà fra concordato e fallimento consecutivo fa risalire all'apertura della prima procedura gli effetti di quella finale in relazione alle sole ipotesi in cui ciò è specificamente previsto (*cf.* in senso sostanzialmente analogo, il passaggio motivazionale di Cass., SU, n. 42093 del 2021, già precedentemente riportato al § 2.3.1., *sub iii*]).

4.6. Risulta evidente, alla stregua delle su esposte considerazioni, che la consecuzione non è dato di per sé sufficiente a poter ritenere operante una norma dettata per il concordato anche nel successivo fallimento, occorrendo, invece, un'espressa previsione in tal senso o, quantomeno, che la disciplina di tale ultima procedura contenga identica o analoga norma.

Sennonché, la disposizione di cui all'art. 168, comma 3, l.fall. non trova una corrispondenza in quelle che regolano specificamente gli effetti della dichiarazione di fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori: il fallimento conosce il diverso fenomeno dell'azione revocatoria (il cui accoglimento ha valenza pacificamente costitutiva: *cf.* Cass., SU, n. 30416 del 2018), ma non contempla alcuna ipotesi di inefficacia automatica, *ex lege*, (il cui accertamento in sede contenziosa darebbe luogo a una sentenza meramente dichiarativa) delle ipoteche giudiziali iscritte anteriormente all'apertura della procedura.

4.6.1. La norma che, in tema di inefficacia, lega le due procedure in caso di consecuzione, è l'art. 69-*bis*, comma 2, l.fall., introdotto nel 2012, secondo cui,

quando alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli artt. 64 e ss. l.fall. decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese, dovendo, dunque, farsi retroagire a tale data il giorno dal quale calcolare a ritroso il periodo sospetto.

4.6.2. Ciò vale anche per le ipoteche giudiziali, le quali, per il combinato disposto degli artt. 67, comma 1, n. 4, e 69-*bis*. l.fall., saranno «*revocate, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore, se... costituite entro sei mesi anteriori*» alla «*data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese*».

4.6.3. Si deve allora concludere, ad integrazione di quanto affermato dalla già citata Cass. n. 8996 del 2021, che l'art. 168, comma 3, l.fall. non trova in alcun caso applicazione nel fallimento, ancorché dichiarato per effetto della medesima situazione (di insolvenza) evidenziata con la presentazione della domanda di concordato: non rileva, in sostanza, se tale domanda sia stata rinunciata o sia stata dichiarata inammissibile, ovvero se il concordato sia stato aperto e sia successivamente venuto meno per qualsivoglia ragione (revoca ex art. 173, rinuncia, mancata approvazione o mancata omologazione), perché, una volta aperta la procedura fallimentare consecutiva, opera, nei termini previsti dall'art. 69-*bis*, solo l'autonoma disciplina degli artt. 67 e ss. l.fall..

4.6.4. Tanto si spiega ove si tenga conto che il regime di inefficacia per le ipoteche giudiziali iscritte nei tre mesi anteriori alla pubblicazione del ricorso per concordato nel registro delle imprese non è espressione di un *favor* per il debitore o per i creditori, ma è funzionale alle esigenze di composizione negoziale della crisi cui il concordato tende: onde, se tale obiettivo non viene raggiunto a causa dell'esito infausto della procedura, quel regime risulta ingiustificato *ex tunc* (cfr. Cass. n. 14671 del 2018, in cui si rinvencono affermazioni analoghe, sebbene espresse come meri *obiter dicta*).

4.6.5. In altri termini, l'inefficacia delle ipoteche giudiziali ex art. 168, comma 3, l.fall. è un effetto che non può sopravvivere oltre il concordato non solo per limiti all'applicabilità del principio della consecuzione, ma anche perché, in assenza di una diversa scelta legislativa, è destinato ad esaurire la sua funzione nel contesto di tale singola procedura.

Nell'ambito del fallimento il curatore ha a disposizione altri, numerosi, strumenti per ottenere l'accertamento dell'inefficacia di un atto (cfr. artt. 64 e

segg. l.fall.), funzionali peraltro all'obbiettivo (*prima facie* diverso da quello cui mira il concordato) del ripristino della *par condicio creditorum*.

4.6.6. La conclusione è suffragata, poi, anche da un argomento testuale: ai sensi dell'art. 168, comma 3, l.fall., la garanzia iscritta nei novanta giorni è inefficace nei confronti dei "creditori concordatari", non di quelli "fallimentari" e ciò, qualora si ritenesse di poter applicare la norma anche dopo che sia stato dichiarato il fallimento, imporrebbe al giudice di verificare l'omogeneità delle masse passive che, se può ritenersi scontata qualora il fallimento sia contestuale alla rinuncia o all'esito infausto della domanda di concordato, non può certo esserlo laddove il fallimento stesso, ancorché consecutivo, intervenga a distanza di tempo.

4.6.7. L'unico, effettivo, argomento contrario alla tesi qui propugnata speso da Cass. 6381 del 2019 (interesse del creditore ipotecario degradato a chirografo a votare contro l'approvazione del concordato) non appare decisivo, perché il medesimo creditore resterebbe comunque esposto alla revocatoria fallimentare e, quindi, ben potrebbe ritenere ugualmente per lui conveniente la soluzione concordataria. Ciò senza contare che, interpretando la norma nel senso ritenuto dalla menzionata pronuncia, potrebbe verificarsi che il debitore si determini a presentare la domanda concordataria al solo fine di rendere inefficace la garanzia.

4.6.8. Neppure può sottacersi, infine, che ove si ritenesse applicabile l'art. 168, comma 3, l.fall. nell'ipotesi di consecuzione, si finirebbe con l'assicurare ai creditori di un debitore che abbia chiesto, ma non ottenuto, la ammissione al concordato, oppure che abbia visto aperta quella procedura ma con successivo esito infausto, e poi è fallito, tutele ingiustamente ed irrazionalmente rafforzate rispetto ai creditori di un debitore che entri subito in fallimento senza passare attraverso la domanda di concordato: solo i primi, invero, potrebbero far valere la assoluta inefficacia delle garanzie reali iscritte tre mesi prima dell'ingresso nella procedura minore, malgrado questa non sia stata ammessa o non abbia avuto buon esito. Soluzione, quest'ultima, che determinerebbe un'evidente disparità di trattamento, la cui carenza di un'adeguata giustificazione logica si risolverebbe in una chiara lesione del principio costituzionale di eguaglianza.

4.7. Deve essere enunciato, allora, il seguente principio di diritto:

«L'art. 168, comma 3, l.fall., il quale sancisce l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori all'iscrizione nel registro delle imprese del ricorso per concordato preventivo rispetto ai creditori anteriori al concordato, non si applica qualora, aperta la procedura concordataria, la stessa abbia avuto

esito infausto e sia stato, contestualmente o in un momento successivo, dichiarato il fallimento dell'imprenditore, trovando l'inefficacia degli atti nell'ambito della procedura fallimentare la propria disciplina negli artt. 64 e segg. l.fall.».

5. Ne consegue l'accoglimento dell'odierno ricorso e la cassazione del decreto impugnato, con rinvio della causa al Tribunale di Firenze, in diversa composizione collegiale, per l'esame delle questioni rimaste assorbite dal rigetto del primo motivo di opposizione. Al giudice di rinvio è rimessa pure la regolamentazione delle spese di questo giudizio di legittimità.

P. Q. M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa il decreto impugnato e rinvia la causa al Tribunale di Firenze, in diversa composizione collegiale, anche per la regolamentazione delle spese di questo giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima sezione civile della