

Civile Ord. Sez. 1 Num. 8996 Anno 2021

Presidente: CRISTIANO MAGDA

Relatore: NAZZICONE LOREDANA

Data pubblicazione: 31/03/2021

sul ricorso 22088/2019 proposto da:

Banca di Credito Cooperativo di Cherasco s.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, elettivamente domiciliata in Roma, Via Arcione n. 71, presso lo studio dell'avvocato Jorio Alberto, rappresentata e difesa dall'avvocato Nuzzo Luigi, giusta procura in calce al ricorso;

- ricorrente -

contro

Fallimento Silver Car S.r.l. in Liquidazione;

- intimato -

ORD  
3976  
2020

M

avverso il decreto del TRIBUNALE di CUNEO, del 10/06/2019;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 03/11/2020 dal cons. NAZZICONE LOREDANA.

#### FATTI DI CAUSA

Con decreto del 10 giugno 2019, n. 5920, il Tribunale di Cuneo ha respinto l'opposizione ex art. 98 l. fall., proposta dalla Banca di Credito Cooperativo di Chierasco soc. coop., al fine di ottenere il privilegio ipotecario sul credito già ammesso allo stato passivo del fallimento Silver Car s.r.l., dichiarato con sentenza in data 13 aprile 2018, dopo che la domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva, pubblicata nel registro delle imprese il 13 gennaio 2017, era stata rinunciata dalla società, pur successivamente alla concessione del termine di novanta giorni per il deposito del piano e della proposta di concordato, onde ne era seguito il decreto di estinzione il 24 luglio 2017.

Il tribunale ha ritenuto che, ai fini dell'applicazione dell'art. 168, comma 3, ultimo periodo, l. fall., dettato per il concordato preventivo – secondo cui *«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»* – debba parlarsi di cd. consecuzione delle procedure concorsuali anche nell'ipotesi di rinuncia alla domanda di concordato, purché il lasso di tempo trascorso tra le due procedure non sia così ampio da escludere l'esistenza dell'identità della crisi e la medesimezza delle masse passive: e, nella specie, il decorso di nove mesi tra la conclusione del procedimento di concordato (24.7.2017) e la dichiarazione di fallimento (13.4.2018) indica l'esistenza del detto fenomeno, anche considerato che nella memoria depositata nel corso della procedura prefallimentare la società individuò la genesi della crisi nella

3

congiuntura economica negativa del 2009, cui tentò di porre rimedio con finanziamenti dei soci e con la presentazione della domanda di concordato.

Avverso questo decreto la banca ha proposto ricorso per cassazione, affidato a tre motivi.

Non svolge difese la procedura intimata.

#### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1.1. – Con il primo motivo, la ricorrente denuncia la violazione o falsa applicazione dell'art. 168, comma 3, l. fall., in quanto il ricorso per concordato non è stato seguito dall'ammissione della società alla procedura, per sopravvenuta rinuncia allo stesso: dunque, rispetto ad altri precedenti giurisprudenziali in materia, la differenza è che il concordato, nella specie, non è stato proprio mai ammesso ed, anzi, la domanda è stata rinunciata, non potendosi, pertanto, parlare di consecuzione delle procedure.

Inoltre, l'art. 168, comma 3, l. fall. è norma speciale della procedura concordataria, laddove nel fallimento il tema della revoca di ipoteca giudiziale riceve un'autonoma disciplina. La disposizione fissa il cd. *automatic stay* della domanda di concordato con effetti non indefiniti, ma circoscritti al preciso arco temporale, che va dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese al passaggio in giudicato del decreto di omologazione. La mancata ammissione della società alla procedura di concordato vanifica, dunque, con portata retroattiva, gli effetti *medio tempore* prodottisi ex art. 168 l. fall., e ciò è tanto più vero nel caso in esame.

Né possono trarsi argomenti in contrario dall'art. 69-bis l. fall., che mira a contrastare l'utilizzo strumentale del concordato in bianco e non attiene, quindi, al caso della rinuncia al ricorso per concordato e ritorno *in bonis* della società, nella specie lungo ben nove mesi.

4

1.2. – Con il secondo motivo, la ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione dell'art. 168 l. fall., in quanto il decorso di ben nove mesi tra le due procedure osta alla *consecutio*, essendosi verificata una soluzione di continuità, tanto che la società ebbe modo di compiere atti di straordinaria amministrazione (conclusione del contratto di affitto di azienda), pagamenti di debiti scaduti ed assunzione di garanzie: e tali atti, sebbene implicanti un pericolo di pregiudizio per le ragioni dei creditori e posti in essere senza il vincolo di una procedura concorsuale, sono insuscettibili di revocatoria fallimentare, in quanto compiuti prima del periodo sospetto.

Dal suo canto, invece, la ricorrente ha iscritto ipoteca nel dicembre 2016, ben sedici mesi prima della dichiarazione di fallimento; ma atti lesivi della *par condicio* sono stati posti in essere ben dopo tale data ed in un tempo assai più prossimo alla dichiarazione di fallimento, e, nonostante questo, restano validi ed opponibili ai creditori.

Anzi: se la banca avesse iscritto ipoteca giudiziale nel settembre 2017, a séguito del ritorno *in bonis* della società, la garanzia non sarebbe risultata inefficace ai sensi dell'art. 168, comma 3, l. fall., né revocabile ex art. 67 l. fall.: laddove, se si reputa all'ipoteca iscritta applicabile l'effetto della inefficacia, sorgono profili di costituzionalità della norma, così interpretata, per violazione dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza sostanziale.

Il decreto impugnato, nell'assunto della ricorrente, ha violato il principi, secondo cui il lasso di tempo tra le procedure deve essere di estensione non irragionevole, avendo la S.C. con la sentenza n. 9289 del 2010 già ritenuto che proprio il termine di nove mesi sia sufficiente ad escludere il fenomeno della *consecutio*.

M

1.3. – Con il terzo motivo, la ricorrente denuncia l'omesso esame di fatto decisivo, non avendo il decreto considerato che, dopo l'estinzione del procedimento di concordato, la società ha proseguito la sua attività – mediante finanziamenti da parte dei soci, stipula di contratti di affitto di azienda ed altro, al fine della ristrutturazione dell'attività d'impresa – modificando così l'entità e la tipologia della massa passiva, tanto che non può dirsi affatto che vi fosse unicità di stato di crisi: come sarebbe emerso, laddove il tribunale avesse verificato l'incidenza che la prosecuzione dell'attività sociale ebbe rispetto al presupposto della unicità dello stato di insolvenza.

Né la società, nella sua memoria depositata nel corso della procedura prefallimentare, ha ammesso che l'insolvenza risalisse già al deposito del ricorso per concordato: ed, anzi, ha ivi affermato, come emerge dal documento in atti e nuovamente prodotto con il ricorso, che la domanda fu depositata prima che si palesasse lo stato di crisi.

2. – I motivi vanno trattati congiuntamente, per la loro intima connessione.

Essi pongono, infatti, la questione se l'art. 168, comma 3, secondo periodo, l. fall. – alla cui stregua restano inefficaci, rispetto ai creditori anteriori al concordato preventivo, le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese – sia applicabile al caso in cui la domanda di concordato sia stata presentata e poi rinunciata, con estinzione del relativo procedimento, prima della sua stessa ammissione, ed il fallimento sia seguito ad una certa distanza temporale (nella specie, di nove mesi) dopo la chiusura del procedimento di concordato, quando la società aveva già posto in atto ulteriori atti di gestione aziendale.

3

La peculiarità della situazione in esame, su cui si diffonde la ricorrente, 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 (del 24 luglio 2017), onde il concordato non fu mai ammesso.

Altre situazioni simili, 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.

3. – Occorre premettere che non rileva qui la diversa questione della prededuzione, per la quale di recente (Cass. 29 maggio 2019, n. 14713) si è affermato ex art. 363 c.p.c. che il principio di consecuzione delle procedure si applica anche quando la domanda di concordato in bianco, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., sia stata rinunciata, onde nessuna procedura sia concretamente iniziata prima del fallimento (o della liquidazione coatta amministrativa); ciò vi si afferma, ai fini della prededucibilità dei crediti sorti nell'ambito della procedura minore ed, in tal caso, la Corte ha negato che la rinuncia volontaria alla domanda costituisca in sé una cesura, tale da escludere l'esistenza della consecuzione delle procedure, affermando come «*la consecutività può escludersi solo allorché si registri una discontinuità nell'insolvenza, per essere cioè il fallimento (o la liquidazione coatta) conseguente a una condizione di insolvenza non riconducibile alla situazione di crisi originaria*»; per tale orientamento, con riguardo alla prededucibilità del credito, rileva l'accertamento in concreto della sussistenza di una diversa situazione aziendale, non più riconducibile all'originario stato di crisi, in ragione delle attività d'impresa poste in essere dopo la prima domanda concordataria

3

rinunciata; ciò, dunque, ai fini dell'istituto della prededuzione, il quale trova il proprio elemento fondativo nella strumentalità utile dell'attività professionale per la massa.

4. - La questione che ora si pone muove invece le mosse dall'interpretazione dell'art. 168, comma 3, secondo periodo, l. fall., il quale dispone l'inefficacia delle ipoteche iscritte nei tre mesi anteriori alla domanda di concordato, *«rispetto ai creditori anteriori al concordato»*.

Tale periodo è stato aggiunto dall'art. 33, comma 1, lett. c), n. 2, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134: prima dell'introduzione di tale disposizione, il procedimento di concordato preventivo non poteva giovare dell'inefficacia, mancando una disciplina degli effetti del concordato sugli atti pregiudizievoli compiuti dal debitore in un periodo cd. sospetto, anteriore all'apertura della procedura.

4.1. - Tra i precedenti di questa Corte, si è affermato che l'inefficacia delle ipoteche giudiziali, iscritte nei novanta giorni precedenti la pubblicazione della domanda di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 168, comma 3, l. fall., alla stregua del principio della cd. consecuzione delle procedure, trovi applicazione anche nel caso in cui all'apertura della procedura di concordato preventivo faccia seguito la dichiarazione di fallimento (Cass. 5 marzo 2019, n. 6381). La sentenza si basa sulla considerazione che, in tal caso, il concordato era stato ammesso ed aperto; donde la conclusione che l'effetto della disposizione in esame deve sopravvivere oltre la singola procedura.

In diversa occasione, si è stabilito (cfr. Cass. 16 aprile 2018, n. 9290) che, in tema di revocatoria fallimentare, nel caso in cui, dopo la revoca dell'ammissione del debitore al concordato preventivo, si

M

frapponga un intervallo di tempo prima della sua dichiarazione di fallimento, non è esclusa la consecuzione delle procedure concorsuali e, quindi, la retrodatazione del termine iniziale del periodo sospetto, in presenza di un intervallo non irragionevole: l'elemento differenziante, rispetto alla odierna vicenda, risiede ivi nella circostanza che l'ammissione era avvenuta.

Altra pronuncia ha ritenuto, in un caso in cui ad un concordato ammesso e poi rinunciato era seguita una seconda domanda di procedura minore, che l'effetto ex art. 168, comma 3, l. fall. si produce solo dalla seconda domanda: in quel caso, però, solo questa era stata proposta dopo l'entrata in vigore del d.l. n. 83 del 2012, che, dunque, non avrebbe potuto applicarsi a fatti anteriori (Cass. 6 giugno 2018, n. 14671). La sentenza afferma, sul piano dell'interpretazione letterale dell'art. 168, comma 3, l. fall., che la norma *«fa riferimento alle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono "la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese": con ciò univocamente rivelando che l'inefficacia opera avendo riguardo a tale ristretto ambito temporale e in relazione a quella sola domanda di concordato che sia stata resa pubblica nei novanta giorni successivi alla costituzione della garanzia reale»*; sul piano teleologico della finalità della norma, la sentenza precisa che essa *«vuole evitare che i creditori, avvedutisi dello stato di crisi dell'imprenditore, si muniscano di titoli di prelazione che pregiudichino il buon esito della procedura concorsuale e il successo del piano che è già contenuto nel ricorso... Rispetto a tale ratio è quindi del tutto irrilevante che, venuta meno la procedura (per inammissibilità, revoca, rinuncia, mancata approvazione o mancata omologazione del concordato) se ne introduca un'altra»*.

3



Si tratta, a tale ultimo riguardo, di affermazioni ivi rese come *obiter dictum*, ma che ora vanno condivise, quale *thema decidendum* del presente giudizio e nell'ambito dello stesso.

4.2. – L'art. 168 l. fall. ha inteso preconstituire misure protettive o di favore dell'impresa che si impegnerà in un concordato, stabilendo tra l'altro, al terzo comma, l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni antecedenti la domanda, al fine di un ausilio per il debitore che tenti questa via alternativa, rispetto alla liquidazione giudiziale (ora, fallimento).

In tal modo, è stata introdotta nel concordato preventivo un'ipotesi di revoca *ex lege*, che in parte può avvicinarsi alle previsioni dettate, per il fallimento, dagli artt. 64 e 65 l. fall.

Ma va osservato, sin da ora, come – se l'art. 67 l. fall. tutela i creditori – l'inefficacia *ex art. 168 l. fall.* è posta a tutela dell'imprenditore, quale *favor* per la procedura concordataria.

4.2.1. – Sul piano della interpretazione teleologica, l'inefficacia delle ipoteche giudiziali è invero funzionale al buon esito del piano, con cui voglia attuarsi la proposta contenuta nel ricorso; essa, pertanto, non può operare indefinitamente, essendo tale inefficacia strumentale alla stessa procedura.

Se, invece, la domanda di concordato sia stata rinunciata, dunque nessuna procedura abbia avuto inizio ed il debitore sia ancora *in bonis*, l'effetto protettivo contemplato nell'art. 168, comma 3, secondo periodo, l. fall., che qui rileva, non opera più, con cessazione di tale effetto *ex tunc*.

4.2.2. – L'inoperatività deve affermarsi in particolare quando, rinunciata la domanda, a distanza temporale segua il fallimento dell'imprenditore.

M

Nel fallimento vige la disposizione dell'art. 69-*bis*, comma 2, l. fall., introdotta nel 2012, secondo cui quando alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli artt. 64 ss. l. fall. decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese: tale norma, ricorrendo il presupposto della *consecutio*, consente di far decorrere il termine dal quale calcolare a ritroso il compimento dell'atto, ai fini della sua revocabilità, alla data di pubblicazione della domanda di concordato. Ed il suo ambito di applicazione è quello ivi previsto, con riguardo al disposto delle norme tipiche della procedura fallimentare richiamate (artt. 64, 65, 67, commi 1 e 2, e 69 l. fall.).

La *ratio* della novità si collega, come già affermato (Cass. 29 marzo 2019, n. 8970), alla possibilità per l'imprenditore di presentare una domanda di concordato preventivo cd. in bianco, ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall., ossia con riserva di disvelare, in seguito, la proposta ed il piano: norma del pari introdotta dall'art. 33, comma 1, lett. b), n. 4, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134.

Il principio della *consecutio* delle procedure, così recepito dal legislatore, ha come presupposto implicito l'omogeneità della situazione di crisi, ad evitare un pregiudizio alla massa dei creditori, in particolare rispetto al superamento temporale del periodo sospetto, previsto per le azioni di inefficacia e revocatorie fallimentari; infatti, occorre evitare che il tentativo di pervenire ad un accordo concordatario si risolva nella vanificazione del sistema delle azioni richiamate dall'art. 69-*bis*, comma 2, l. fall., quando quel tentativo non abbia comunque evitato il fallimento.

Né qui rileva l'interpretazione della espressione di cui alla norma, laddove si chiede che al concordato "segua" il fallimento.

4

Ciò che, invece, ora rileva rimarcare è che, di fronte ad una rinuncia alla domanda di ammissione la concordato, può accadere poi che comunque, in seguito, sia dichiarato il fallimento.

In tal caso, non opera inefficacia delle ipoteche concesse nel periodo sospetto, ma solo l'autonoma disciplina, in base agli artt. 67 ss. l. fall., la quale unica troverà applicazione in presenza di una rinuncia alla domanda di ammissione la concordato.

Secondo gli artt. 67, comma 1, n. 4, e 69-bis l. fall. – di cui il secondo richiama il primo, per inferirne un'unitaria disciplina – nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, sono «*revocati, salvo che l'altra parte provi che non conosceva lo stato d'insolvenza del debitore: ... 4) ... le ipoteche giudiziali ... costituit[e] entro sei mesi anteriori*» alla «*data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese*» e «*per debiti scaduti*»: dovendo dunque sostituirsi la decorrenza del periodo sospetto, come risultante dal combinato disposto predetto.

In particolare, se ha senso la decorrenza retroattiva degli effetti della sentenza di fallimento a far data dalla iscrizione della domanda di concordato, non trova fondamento reputare che, in sede fallimentare, sopravvivano effetti di un provvedimento di ammissione a concordato preventivo, quando esso non è mai stato assunto e la procedura non abbia avuto esito.

Il regime di inefficacia per le ipoteche giudiziali iscritte nei tre mesi anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese non è funzionale alle esigenze proprie del mero procedimento che segue alla domanda di concordato ancora non ammesso, ma a quelli di una composizione negoziale della crisi che sopravvengano: onde,

M

se ciò non avviene per la rinuncia al ricorso ed estinzione del procedimento, quel regime risulta ingiustificato *ex tunc*.

In altri termini, e riassuntivamente, l'inefficacia *ex art. 168 l. fall.* è a tutela dell'imprenditore, mentre l'inefficacia *ex art. 67 l.fall.* tutela i creditori: quindi, deve applicarsi solo la prima nel caso di procedura concordataria e solo la seconda se interviene il fallimento. Ove la procedura minore si arresti senza esito (come nel caso della rinuncia), si verifica la cessazione degli effetti protettivi. Il principio della consecuzione, invece, 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.

4.2.3. – La norma, pertanto, si pone a protezione dell'intangibilità del patrimonio del debitore, ma nel contempo tiene conto dell'esigenza di affidamento degli stessi terzi: per i quali, 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.

Ne discende, in conclusione, che la garanzia ipotecaria, iscritta nei tre mesi anteriori alla iscrizione della domanda di concordato nel registro delle imprese, resta opponibile, ove il debitore torni *in bonis* per rinuncia alla domanda stessa, mentre è inoperante l'*art. 168, comma 3, l. fall.* in sede di successivo fallimento, con cessazione *ex tunc* degli effetti della domanda concordataria rinunciata.

Va, dunque, enunciato il seguente principio di diritto:

«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, trovando l'inefficacia degli atti nell'ambito della procedura fallimentare la propria disciplina nell'art. 69-bis l. fall.».

5. – Ne deriva che il ricorso va accolto, con la cassazione del decreto impugnato; non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, la causa può essere decisa, ai sensi dell'art. 384, comma 4, c.p.c, con l'ammissione della garanzia ipotecaria.

6. – Le spese vengono compensate per l'intero giudizio, attesa la novità della questione.

**P.Q.M.**

La Corte accoglie il ricorso, cassa il decreto impugnato e, decidendo nel merito, ammette il privilegio ipotecario sul credito vantato dalla ricorrente; compensa per intero le spese di lite tra le parti.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 3 novembre