

IPSOA

Il Fallimento

e le altre procedure concorsuali

Mensile di giurisprudenza e dottrina

ISSN 0394-2740 - ANNO XXXIX - Direzione e redazione - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

8-9/2017

 edicolaprofessionale.com/iffallimento

**Responsabilità civile per ricorso
abusivo di credito**

**Cessione d'azienda e revocatoria
fallimentare**

Impugnazione delle insinuazioni tardive

Inefficacia delle ipoteche giudiziali

DIRETTORE SCIENTIFICO
Giovanni Lo Cascio

COMITATO DI DIREZIONE
Massimo Fabiani
Giovanni Lo Cascio
Adriano Patti

COMITATO SCIENTIFICO
Luigi Abete, Giuseppe Bozza,
Luigi D'Orazio, Patrizia De Cesari,
Francesco De Santis,
Antonino Dimundo,
Massimo Ferro,
Giovanni Battista Nardecchia,
Luciano Panzani, Giorgio Tarzia

TARIFFA R.O.C. - POSTE ITALIANE SPA, SPEDIZIONE IN ABBONNAMENTO POSTALE D.L. 352/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO

00216306



5-000002-163067



Wolters Kluwer

STRUMENTI E PROCEDURE PER IL RECUPERO CREDITI

a cura di Antonio Ivan Natali

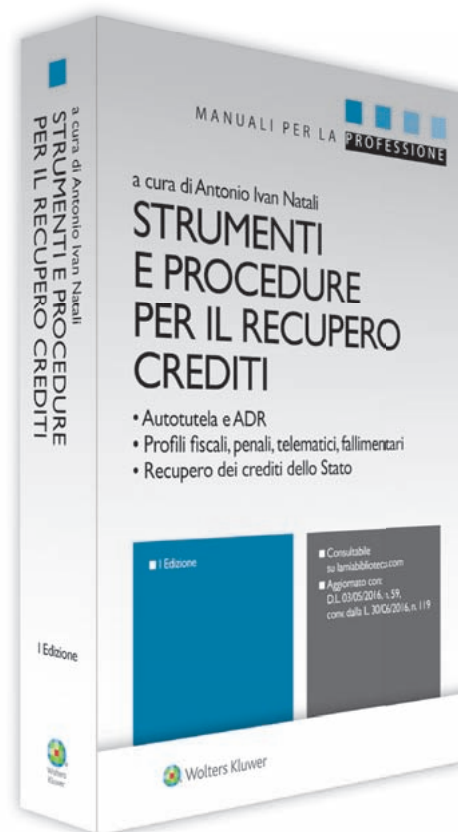
€ 72

Cod. 00216490

L'opera affronta il tema del recupero crediti così come disciplinato nei codici e nelle leggi speciali.

Il volume è suddiviso in due parti:

- la prima ha carattere generale, i temi trattati sono: gli strumenti di **autotutela del credito**, delle **adr**, dell'**opposizione al decreto ingiuntivo**, dell'**espropriazione forzata in generale** (presso il debitore, presso terzi, immobiliare, dei beni indivisi, contro il terzo proprietario), dell'**esecuzione per consegna o rilascio** e dell'**esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare**, delle **opposizioni**, del **debitore e del terzo nel processo esecutivo**, della **sospensione ed estinzione** del processo esecutivo e dell'**esecuzione forzata nei confronti della P.A.**
- la seconda monotematico: il recupero dei **crediti dello Stato**; gli **aspetti fiscali, telematici** (decreto ingiuntivo on line) e **penali** del recupero del credito; il recupero dei **crediti nelle procedure concorsuali**; la **crisi da sovraindebitamento**. Si dà conto dei più recenti interventi del legislatore (D.L. n. 59/2016 conv. in L. n. 119/2016) e della **giurisprudenza sia di merito che di legittimità**.



shop.wki.it ☎ 02.82476.1
info.commerciali@wki.it

 **Wolters Kluwer**
When you have to be right



OPINIONI

Fallimento	LA PROPOSTA DI DIRETTIVA UE IN MATERIA DI INSOLVENZA di <i>Lorenzo Stanghellini</i>	873
Accordi di ristrutturazione	L'ART. 182 SEPTIES L.FALL. E L'ACCORDO DI RISTRUTTURAZIONE "A MAGGIORANZA" di <i>Fabrizio Bonato</i>	881

IN ITINERE

	NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI a cura di <i>Massimo Ferro</i>	893
--	--	------------

GIURISPRUDENZA

Legittimità

	Cassazione Civile, Sez. I, 1° giugno 2017, n. 13886	896
Fallimento	LA NON FRAZIONABILITÀ DEL DECRETO DI ESECUTIVITÀ DELLO STATO PASSIVO commento di <i>Marina Spiotta</i>	898
	Cassazione Civile, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 11798	905
	Cassazione Civile, Sez. I, 20 aprile 2017, n. 9883	908
	LA CASSAZIONE TORNA SUL TEMA DELL'AZIONE RISARCITORIA PER "CONCESSIONE ABUSIVA DI CREDITO" CHE ABBIA RITARDATO LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO commento di <i>Giorgio Tarzia</i>	911
	Cassazione Civile, Sez. I, 7 aprile 2017, n. 9061	923
	Cassazione Civile, Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4915	925
Concordato preventivo	VERSO UN SUPERAMENTO DELLA DISTINZIONE TRA "FATTIBILITÀ GIURIDICA" E "FATTIBILITÀ ECONOMICA" NEL CONCORDATO IN CONTINUITÀ? commento di <i>Marco Terenghi</i>	929
	Cassazione Civile, Sez. I, 5 aprile 2017, n. 8869	939
Fallimento	QUALCOSA DI NUOVO SUL FRONTE DELLE DOMANDE TARDIVE commento di <i>Vittorio Zanichelli</i>	941
	Cassazione Civile, SS.UU., 28 febbraio 2017, n. 5054	
	CESSIONE DI AZIENDA E REVOCATORIA FALLIMENTARE osservazioni di <i>Ugo De Crescenzo</i>	947

Merito

	Tribunale di Grosseto 14 marzo 2017, n. 16964	
Concordato preventivo	LA PUBBLICAZIONE DELLA DOMANDA DI CONCORDATO PREVENTIVO NEL REGISTRO DELLE IMPRESE commento di <i>Raffaella Brogi</i>	955
	Tribunale di Ravenna 10 marzo 2017	966
Sovraindebitamento	LA VERIFICA DELLA FATTIBILITÀ GIURIDICA NEL PIANO DEL CONSUMATORE commento di <i>Alessandro Torcini</i>	967
	Tribunale di Nola 17 marzo 2016	973
Concordato preventivo	"PER LA CONTRADDIZION CHE NOL CONSENTE": UNA CRITICA AD UNA LETTURA ANTI-SISTEMICA DEGLI ARTT. 168 E 186 L.FALL. commento di <i>Federico Casa</i>	975

OSSERVATORIO

OSSERVATORIO INTERNAZIONALE SULL'INSOLVENZA

a cura di *Patrizia De Cesari e Galeazzo Montella*

985

Massimario di legittimità

Massime della giurisprudenza di legittimità pubblicate secondo l'ordine progressivo della materia regolata dagli articoli del R.D. 16 marzo 1942, n. 267

988

Massimario di merito

Massime della giurisprudenza di merito pubblicate secondo l'ordine progressivo della materia regolata dagli articoli del R.D. 16 marzo 1942, n. 267

992

INDICE

Indice analitico-alfabetico

994

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

N. Abriani, S. Ambrosini, M. Arato, G. Cabras, G. Cavalli, P.F. Censoni, P. De Cesari, L. Del Federico, S. Fiore, E. Frascaroli Santi, A. Lanzi, F. Macario, F. Marelli, M. Montanari, I. Pagni, U. Patroni Griffi, M. Perrino, G. Presti, A. Rossi, R. Tiscini, G. Trisorio Liuzzi

Il Fallimento
e le altre procedure concorsuali

Mensile di giurisprudenza e dottrina

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:
telefono 02 82476.570
telefax 02 82476.055
e-mail: redazione.fallimento.ipsoa@wolterskluwer.com

Per informazioni su gestione abbonamenti, numeri arretrati, cambi d'indirizzo, ecc., scrivere o telefonare a:

WOLTERS KLUWER ITALIA Servizio Clienti
telefono 02 824761 - telefax 02 82476.799
e-mail servizio.clienti@wolterskluwer.com

EDITRICE

Wolters Kluwer Italia s.r.l.
Strada 1, Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI)

INDIRIZZO INTERNET

www.edicolaprofessionale.com/iffallimento

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Francesco Cantisani, Ines Attorresi, Tania Falcone

HANNO COLLABORATO

La selezione della giurisprudenza di legittimità è a cura dell'Avv. Dario Finardi

REALIZZAZIONE GRAFICA

Wolters Kluwer Italia S.r.l.

FOTOCOMPOSIZIONE

Sinergie Grafiche Srl
Viale Italia, 12
20094 Corsico (MI)
Tel. 02/57789422

L'elaborazione dei testi, anche se curata con scrupolosa attenzione, non può comportare specifiche responsabilità per eventuali errori o inesattezze.

PUBBLICITÀ:

 **Wolters Kluwer**

E-mail: advertising-it@wolterskluwer.com
www.wolterskluwer.it
Strada 1 Palazzo F6
20090 Milanofiori Assago (MI), Italia

STAMPA

GECA S.r.l. - Via Monferrato, 54
20098 San Giuliano Milanese (MI) - Tel. 02/99952

Autorizzazione del Tribunale di Milano n. 10 dell'8 gennaio 1979

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane Spa - Spedizione in abbonamento Postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27 febbraio 2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano
Iscritta nel Registro Nazionale della Stampa con

il n. 3353 vol. 34 Foglio 417 in data 31 luglio 1991
Iscrizione al R.O.C. n. 1702

ABBONAMENTI

Gli abbonamenti hanno durata annuale e si intendono rinnovati in assenza di disdetta da comunicarsi a mezzo raccomandata A.R. da inviare a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori - 20090 Assago (MI), entro 60 gg prima della data di scadenza per abbonamenti carta, entro 90 gg. prima della data di scadenza per abbonamenti digitali. L'abbonamento cartaceo comprende nel prezzo di abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo www.edicolaprofessionale.com/iffallimento. L'abbonamento digitale è consultabile all'indirizzo: www.edicolaprofessionale.com/iffallimento

ITALIA

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione 263,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: 250 + Iva 4%

ESTERO

Abbonamento annuale cartaceo solare (gennaio - dicembre) oppure 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione 526,00
Abbonamento digitale 12 mesi rolling dalla data di sottoscrizione: 250,00

MAGISTRATI e EDITORI GIUDIZIARI - sconto del 20% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista applicabile rivolgendosi alle Agenzie Wolters Kluwer (<http://shop.wki.it/agenzie>) o inviando l'ordine via posta a Wolters Kluwer Italia s.r.l., Strada 1 Pal. F6, 20090 Milanofiori Assago (MI) o via fax al n. 02 82476799 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02 824761.
Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura.

MODALITÀ DI PAGAMENTO

Versare l'importo sul C/C/P n. 583203 intestato a WKI s.r.l. Gestione incassi - Strada 1, Palazzo F6, Milanofiori

oppure

Inviare assegno bancario/circolare non trasferibile intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Indicare nella causale del versamento il titolo della rivista e l'anno di abbonamento
Prezzo copia: € 33,00
Arretrati: prezzo dell'anno in corso all'atto della richiesta

DISTRIBUZIONE

Vendita esclusiva per abbonamento

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dell'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni e integrazioni.

Egregio Abbonato,
ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003 n. 196,
La informiamo che i Suoi dati personali sono registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e sono trattati da quest'ultima tramite propri incaricati. Wolters Kluwer Italia S.r.l. utilizzerà i dati che La riguardano per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utilizzabili, ai sensi dell'art. 130, comma 4, del D.Lgs. n. 196/2003, anche a fini di vendita diretta di prodotti o servizi analoghi a quelli oggetto della presente vendita. Lei potrà in ogni momento esercitare i diritti di cui all'art. 7 del D.Lgs. n. 196/2003, fra cui il diritto di accedere ai Suoi dati e ottenerne l'aggiornamento o la cancellazione per violazione di legge, di opporsi al trattamento dei Suoi dati ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco aggiornato dei responsabili del trattamento, mediante comunicazione scritta da inviarsi a: Wolters Kluwer Italia S.r.l. - PRIVACY - Centro Direzionale Milanofiori Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02 82476799.

Insolvenza

La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza

di Lorenzo Stanghellini (*)

Il processo di armonizzazione europea del diritto dell'insolvenza sembra registrare un'improvvisa accelerazione, causato dalla diffusa e perdurante crisi economica e dal conseguente impatto sul tessuto sociale e sui bilanci delle banche europee. La direttiva, qualora venisse approvata, avrebbe una serie di obiettivi alquanto importanti (responsabilità degli amministratori di società in situazione di crisi, rapida esdebitazione anche per i professionisti, specializzazione di coloro che hanno incarichi in procedure concorsuali). Dal punto di vista degli strumenti di gestione della crisi, essa avrebbe un oggetto limitato ma importante: la direttiva imporrebbe agli Stati membri di adottare un percorso unitario (cioè senza radicali cesure fra strumenti stragiudiziali assistiti e procedure concorsuali) per la ristrutturazione delle imprese in continuità diretta. Risulterebbero modificati, rispetto al quadro italiano attuale e in formazione, le regole in materia di professionista attestatore e blocco delle azioni esecutive, e dovrebbero essere inclusi in questo percorso anche gli imprenditori agricoli. Il recepimento della direttiva potrebbe essere l'occasione per un ripensamento del sistema più radicale di quanto sembri emergere dal disegno di legge delega attualmente all'esame del Parlamento.

1. Un'accelerazione improvvisa

Il processo di armonizzazione del diritto societario è iniziato circa cinquant'anni fa. Solo tre anni fa, invece, se si esclude un singolo intervento del Parlamento europeo nel 2011, le istituzioni europee hanno cominciato ad interessarsi in modo serio del diritto fallimentare.

La causa scatenante di tale interesse è stata la crisi finanziaria iniziata nel 2007, che da un lato ha piegato centinaia di migliaia di imprese a livello europeo, dall'altro ha appesantito i bilanci delle banche di crediti deteriorati (NPL) che in alcuni ben noti casi (soprattutto in Italia, Spagna, Porto-

gallo e Irlanda) ne hanno messo in pericolo la stabilità.

Nel marzo del 2014 la Commissione europea ha pubblicato la Raccomandazione "un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza". Nel 2015, con una serie di interventi sempre più pressanti e specifici, prima i presidenti del Parlamento, della Commissione, del Consiglio, dell'Eurogruppo e della BCE hanno sollecitato un intervento di armonizzazione del diritto fallimentare, poi la Commissione ha inserito tale armonizzazione fra gli obiettivi della Comunicazione sulla Capital Market Union (1).

(*) Il testo riproduce, con aggiornamenti, la relazione tenuta il 24 settembre 2016 al convegno di Courmayeur su "Le procedure concorsuali nel quadro europeo", ed è stato utilizzato per l'audizione sulla proposta di direttiva presso la Commissione Giustizia il 24 maggio 2017. Il contributo, insieme agli altri Atti del convegno, è in corso di pubblicazione anche nei *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*.

L'autore è membro del Group of Experts on restructuring and insolvency law, che ha collaborato con la Commissione europea nella redazione della proposta. Le opinioni sono ovviamente espresse a titolo personale.

(1) Comunicazione "Piano di azione per la creazione dell'Unione dei mercati dei capitali" (COM(2015)468), il cui paragra-

fo 6.2 ("Rimuovere gli ostacoli nazionali agli investimenti transfrontalieri") recita: "La convergenza delle procedure di insolvenza e di ristrutturazione favorirebbe una maggiore certezza giuridica per gli investitori transfrontalieri e incoraggerebbe la tempestiva ristrutturazione di imprese vitali in difficoltà finanziarie. Coloro che hanno risposto alla consultazione in generale hanno convenuto che l'inefficienza e le differenze che caratterizzano le normative sull'insolvenza ostacolano la valutazione del rischio di credito da parte degli investitori, in particolare in caso di investimenti transfrontalieri". Dunque, "la Commissione proporrà un'iniziativa legislativa in materia di insolvenza, ristrutturazione precoce e 'seconda possibilità' sulla base dell'esperienza maturata con la raccomandazione [12 marzo 2014].

Con tempi rapidissimi, dopo una fitta serie di riunioni del Group of Experts appositamente costituito e di incontri con gli Stati membri e i vari stakeholders (associazioni di imprese, banche, sindacati, consumatori, ecc.), la Commissione ha pubblicato, il 22 novembre 2016, una proposta di direttiva.

Tale proposta, il cui contenuto esamineremo fra poco, ha iniziato l'iter legislativo delle istituzioni europee (Consiglio dei Ministri dell'UE e Parlamento), che può durare da alcuni mesi a più di un anno.

Dopo la sua (eventuale) definitiva approvazione, essa dovrà essere recepita nei 27 Stati membri che al quel momento avrà l'UE. In alcuni di essi, si tratterà di un cambiamento significativo. L'Italia non sembra fare eccezione.

2. L'oggetto della direttiva

La proposta di direttiva (che di seguito, per brevità, definiremo la "direttiva") ha cinque obiettivi, distinti fra loro anche se collegati:

- 1) prevedere, per tutti i debitori (imprenditori e professionisti), la disponibilità di strumenti di allerta che consentano loro di percepire il peggioramento della situazione finanziaria;
- 2) far sì che in tutti gli Stati dell'UE gli imprenditori sovraindebitati possano accedere a strumenti che consentano la loro rapida ed efficiente ristrutturazione, che costituisce l'obiettivo più importante della proposta;
- 3) prevedere doveri di comportamento degli amministratori di società in crisi, che possano fungere da criterio di imputazione, ma anche da esimente, per la loro responsabilità nell'affrontare il dissesto;
- 4) prevedere una rapida esdebitazione degli imprenditori e dei professionisti sovraindebitati;
- 5) prevedere strumenti di miglioramento dell'efficienza delle procedure di insolvenza, quali che sia il loro nome e le loro caratteristiche nei singoli Stati membri dell'UE.

Non è dunque oggetto della direttiva una completa armonizzazione del diritto fallimentare. Restano infatti fuori dal perimetro della direttiva sia le procedure e gli strumenti di carattere liquidatorio, sia l'armonizzazione dei privilegi e in genere della gerarchia dei creditori.

È da precisare che la direttiva intende imporre degli standard minimi, cioè assicurare che in ciascuno degli Stati membri i debitori e i creditori goda-

no almeno delle garanzie da essa previste. Agli Stati membri non è vietato prevedere disposizioni ulteriori, purché non incompatibili con le finalità della direttiva: ad esempio, come vedremo, la direttiva prevede che gli strumenti di ristrutturazione si applichino agli imprenditori che intendono continuare l'attività d'impresa, ma nulla vieta agli Stati membri di applicare gli stessi strumenti anche agli imprenditori che intendano cederla o cessarla. L'obiettivo è dunque ambizioso, ma non irrealizzabile come sarebbe se invece mirasse ad armonizzare tutto il diritto fallimentare degli Stati membri, che spesso è collegato agli strumenti di realizzazione della garanzia patrimoniale, al diritto del lavoro, al diritto dei contratti, la cui origine è non di rado frutto di tradizioni secolari.

3. Il primo obiettivo: gli strumenti di *early warning* (e l'imperfetto parallelo con l'allerta del DDL Rordorf)

La direttiva, allo scopo di contrastare la tendenza dei debitori ad affrontare in ritardo le proprie difficoltà finanziarie, vuole che gli Stati membri mettano a disposizione strumenti che consentano loro di percepire le difficoltà e agire di conseguenza (art. 3). Varie sono le considerazioni al riguardo:

- a) lo scopo di tali strumenti non deve essere solo quello di indurre il debitore a ristrutturarsi tempestivamente, ma anche quello di indurlo ad avviare tempestivamente una liquidazione, che se iniziata in una fase anticipata ha più probabilità di essere ordinata e efficiente (Considerando n. 16);
- b) gli strumenti di *early warning* che gli Stati devono prevedere possono essere di varia natura, purché volontaria ("Member States shall ensure that debtors and entrepreneurs have access to early warning tools"). Essi possono consistere anche in doveri di regolarità contabile e controllo per il debitore o il management, come pure doveri di report sulla base di contratti di prestito ("accounting and monitoring duties for the debtor or the debtor's management as well as reporting duties under loan agreements"). Gli Stati membri devono altresì mettere a disposizione dei debitori informazioni chiare sulle procedure disponibili per ristrutturarsi (ancora Considerando n. 16);
- c) gli Stati membri possono, ma non *debbono*, prevedere incentivi o addirittura obblighi a carico di revisori, agenzie fiscali e di previdenza sociale di

L'iniziativa avrà come scopo la rimozione dei principali ostacoli al libero flusso di capitali, prendendo a modello i regimi nazionali che funzionano bene". Ripercorre il passaggio dalla racco-

mandazione alla direttiva G. Lo Cascio, Le procedure di crisi delle imprese: una riforma internazionale ed interna senza fine, in questa *Rivista*, 2017, 501.

segnalare (non è chiaro se al debitore o anche a terzi, ma la cosa non pare decisiva dato che si tratta di norma che non impone alcun obbligo o divieto agli Stati membri) il deterioramento della situazione (ancora Considerando n. 16).

Lo scopo della direttiva è, evidentemente, quello di aumentare l'autoconsapevolezza del debitore, facendo leva sugli strumenti c.d. di allerta interna e di assistenza al debitore. Essa non ha invece lo scopo di forzare la mano al debitore rivelando la sua crisi anche a terzi, come è invece l'impostazione del DDL AS 2681 (si veda l'art. 4) (2).

Gli Stati membri possono limitare gli strumenti di *early warning* alle sole piccole e medie imprese e agli imprenditori (escludendone i professionisti).

4. Il secondo obiettivo: gli strumenti per la ristrutturazione

Si tratta, come anticipato, della parte più rilevante e ambiziosa della proposta.

4.1. Ambito soggettivo e finalità degli strumenti

La direttiva mira ad assicurare che in tutto il territorio dell'UE gli imprenditori in crisi abbiano accesso a strumenti che consentano loro di ristrutturarsi in modo efficiente, evitando di essere assoggettati a procedure di carattere liquidatorio. Più in dettaglio:

- a) l'accesso a tali strumenti deve essere garantito a tutti gli imprenditori, a prescindere dalla loro dimensione e dalla natura dell'attività svolta (e dunque anche a quelli agricoli e a quelli cc.dd. "sotto soglia");
- b) gli imprenditori devono trovarsi in una condizione di probabilità di insolvenza (art. 4, par. 1). Non pare espressamente vietato che agli strumenti acceda anche l'imprenditore già in stato di insolvenza, ma in tal caso, ottenuto il blocco delle azioni esecutive (art. 6), egli deve essere in grado di adempiere regolarmente le obbligazioni che sorgono durante il periodo. Se così non è, infatti, gli Stati membri possono prevedere che uno o più creditori possano ottenere l'apertura di una procedura di insolvenza (art. 7);
- c) gli strumenti devono essere volti a consentire la "ristrutturazione", che, ai sensi dell'art. 2(2), deve

essere finalizzata alla prosecuzione dell'attività d'impresa da parte dello stesso imprenditore, in quanto il contenuto del piano può prevedere la cessione di beni o di "parti" dell'impresa (3). Sembra dunque restare fuori dall'oggetto della direttiva la prosecuzione da parte di un diverso imprenditore (c.d. continuità indiretta). Trattandosi di direttiva che impone standard minimi, nulla vieta che uno Stato membro renda accessibile lo strumento anche a un imprenditore che intenda cedere l'intera attività (come sembra previsto dal DDL AS 2681: si v. art. 1, comma 2, lett. g; ma altre disposizioni non ripetono la precisazione, ivi contenuta, che la continuità aziendale può aver luogo anche "anche tramite un diverso imprenditore") o addirittura liquidare il patrimonio.

4.2. Gli strumenti

L'aspetto più interessante è che, al fine di consentire all'imprenditore di ristrutturarsi, la direttiva non prevede una procedura, ma una serie di strumenti di efficacia e invasività crescente, cui corrispondono crescenti tutele e cautele. Il debitore, in altre parole, deve essere messo in condizione di utilizzare la "medicina" o l'insieme di medicine adeguati alla gravità della situazione, che può richiedere da una semplice moratoria a una ristrutturazione dell'intera massa debitoria, suddivisa in classi.

Si tratta:

- a) del blocco delle azioni esecutive, che il debitore può chiedere e che il giudice deve concedere per un periodo massimo di quattro mesi. Il blocco può essere rinnovato fino a un massimo di dodici mesi, in presenza di crescenti assicurazioni al giudice che le trattative stanno procedendo e il blocco non pregiudica ingiustamente i creditori (art. 6 par. 4-7). Il giudice può rimuovere il blocco anche prima della scadenza se vi è un ingiusto pregiudizio o se lo chiedono tanti creditori da poter impedire l'approvazione del piano (si veda più avanti per una discussione e un possibile esempio);
- b) del c.d. *cram-down of dissenting creditors* (o ristrutturazione dei debiti dei dissenzienti (art. 10), che in sostanza è la possibilità di far vincolare i dissenzienti di una classe. Si tratta di possibilità concessa, nel nostro ordinamento, sia dall'art. 182-

(2) Su questo punto dissenso dall'ottimo lavoro di L. Panzani, *La proposta di Direttiva della Commissione UE: early warning, ristrutturazione e seconda chance*, in questa *Rivista*, 2017, 129, che ritiene che la direttiva prenda qui spunto dall'esperienza francese e dal progetto italiano.

(3) L'art. 2(2) dispone infatti: "*restructuring means chan-*

ging the composition, conditions, or structure of a debtor's assets and liabilities or any other part of the debtor's capital structure, including share capital, or a combination of those elements, including sales of assets or parts of the business, with the objective of enabling the enterprise to continue in whole or in part".

septies (limitatamente ai creditori finanziari), sia dal concordato preventivo;

c) del c.d. *cross-class cram-down* (o ristrutturazione trasversale dei debiti) (art. 11), che in sostanza è la possibilità di vincolare ai termini del piano una o più classi dissenzienti. Si tratta di possibilità concessa, nel nostro ordinamento, solo dal concordato preventivo con classi, quando la maggioranza di queste ha approvato la proposta (art. 180, comma 4).

In sostanza, il debitore può utilizzare, come da uno scaffale, uno o più di questi strumenti, a seconda delle esigenze e della gravità della situazione. In tutti i casi egli mantiene l'amministrazione dell'impresa (art. 5), e un professionista è nominato solo nei casi in cui il debitore ottiene il blocco delle azioni esecutive o mira ad ottenere un *cross-class cram-down*.

A questi strumenti si aggiungono:

1) la protezione, molto potente perché menziona esplicitamente l'esenzione da persecuzione penale, per la nuova finanza, sia finanza-ponte, sia finanza in esecuzione di un piano approvato, che non possono essere oggetto di revocatoria o dar luogo a sanzioni penali (art. 16). La concessione della preclusione è a discrezione degli Stati membri;

2) la protezione per gli atti compiuti in funzione delle trattative per un piano di ristrutturazione, e per quelli in esecuzione di tale piano (art. 17).

Si tratta di concetti prossimi a quelli conosciuti nell'ordinamento italiano, con il (complesso) sistema di protezione dei finanziamenti (principalmente, ma non esclusivamente, artt. 182 *quater* e *quinquies* l.fall.) e di esenzioni da revocatoria e da sanzioni penali (principalmente art. 67, comma 3 e art. 217 *bis* l.fall.).

4.3. Le classi di creditori, la distribuzione del valore e il trattamento dei soci

Il principio-guida della ristrutturazione è quello della valorizzazione del consenso e del minimo intervento dell'autorità giudiziaria. In quest'ottica, il debitore è libero di formare classi e distribuire il valore come meglio crede, fermo restando che egli deve ottenere (se si tratta di puro accordo) il consenso dei creditori coinvolti o (nel caso di vincolo a maggioranza) della maggioranza dei creditori coinvolti per ciascuna classe. L'unico limite è, in questo secondo caso, che ciascun creditore coinvolto ha diritto al controllo di convenienza (*best interest of creditors test*: art. 10, comma 2, lett. b), e dunque non può essere vincolato se nell'alternativa

liquidatoria verrebbe soddisfatto in misura maggiore (art. 13, comma 1).

Questo principio cade allorché l'accordo debba essere imposto anche a creditori che *in maggioranza* sono dissenzienti. In questo caso, occorre che il piano osservi anche un'ulteriore condizione: il rispetto della priorità di rimborso (la *absolute priority rule*), secondo cui nessun soggetto collocato in posizione inferiore può essere soddisfatto fino a che quello collocato in posizione superiore non è interamente soddisfatto (art. 11, comma 1, lett. c, e art. 2(10)). In questo caso, si utilizza la valutazione dell'impresa secondo la prospettiva della continuazione e non della liquidazione (art. 13, comma 2), criterio più favorevole alle classi collocate più in basso nella gerarchia (il maggior valore può infatti andare a loro vantaggio, "ricadendo" dalle classi di rango superiore interamente soddisfatte). Se dunque il creditore *non ottiene* il consenso di *tutte* le classi di creditori e di soggetti che siano "interessati" dal piano (e dunque non siano ad esso indifferenti, come accadrebbe per creditori pagati secondo le originarie scadenze), allora non è libero di distribuire il valore.

Due ulteriori considerazioni:

1) anche i creditori prelatizi interamente soddisfatti votano sul piano, se non sono pagati secondo le scadenze originarie, e votano per l'intero credito (a differenza di quanto fino a oggi ritenuto dalla nostra giurisprudenza);

2) anche i soci sono "interessati" al piano, e il loro dissenso abusivo può essere superato nei termini (per la verità non del tutto chiari) di cui all'art. 12, che prevede la possibilità di farli votare in una classe, con ciò assoggettandoli, se essi si rifiutassero di approvare un piano che ritengono non conveniente, al *cross-class cram-down*, con il connesso effetto di rendere molto difficile il loro mantenimento nella compagine sociale.

Questo pone un problema, soprattutto per le piccole e medie imprese, per le quali da un lato gli amministratori sono diretta espressione dei soci, e dall'altro è difficile mantenere valore all'impresa se non mediante il contributo diretto dei soci-amministratori, che spesso non ha carattere monetario. Il problema è ben avvertito dalla Commissione europea, la quale, nel Considerando n. 29, scrive: "I detentori di strumenti di capitale delle piccole e medie imprese che non sono meri investitori bensì proprietari dell'impresa e che contribuiscono all'impresa in altri modi, ad esempio con competenze in materia di gestione, possono non essere incentivati a ristrutturare a tali condizioni. Pertanto il meccanismo di ristrutturazione

trasversale dei debiti dovrebbe rimanere facoltativo per il proponente il piano". Questo passaggio, che a tutta evidenza mostra l'intenzione politica di consentire ai soci di una piccola società di rimanere più facilmente nel capitale della società ristrutturata, non sembra tuttavia adeguatamente tradotto nell'articolo (4). Pertanto, allo stato della proposta di direttiva come è attualmente formulata, la legislazione nazionale che prevedesse, anche in caso di mancata approvazione da parte di tutte le classi, la possibilità per i soci di restare azionisti sulla base di un loro contributo non monetario alla ristrutturazione sarebbe probabilmente illegittima.

5. Il terzo obiettivo: dare certezza, ma anche responsabilità, agli amministratori di società in crisi

L'art. 18 formalmente rientra nella sezione sugli strumenti di ristrutturazione, ma sembra aver un oggetto più ampio. Esso concerne infatti le responsabilità degli amministratori di società in crisi. L'articolo si completa con il Considerando n. 36, e riprende la Legislative Guide dell'Uncitral, che però sul punto è più dettagliata.

La proposta prevede che essi debbono adottare cautele necessarie ad evitare l'insolvenza e in via immediata devono fare quanto possibile per minimizzare la perdita per i creditori, i lavoratori, gli azionisti e gli altri stakeholders (ad esempio, fornitori e clienti). Si tratta del tentativo di introdurre a livello europeo una forma di *wrongful trading*, che la Commissione europea aveva effettuato nel 2003 sulla scorta del suggerimento dei suoi esperti in materia di diritto societario.

6. Il quarto obiettivo: la seconda chance a imprenditori e professionisti in caso di crisi

Da tempo le istituzioni europee promuovono una cultura della "seconda possibilità" (5), che implica anche l'accesso ad una relativamente rapida esde-

bitazione. Tale possibilità diverrebbe un obbligo per gli Stati membri con l'eventuale definitiva approvazione della direttiva.

Si noti che, mentre la parte relativa agli strumenti di ristrutturazione concerne le imprese, questa parte riguarda tutte le persone fisiche impegnate in un'attività professionale, e dunque anche i lavoratori autonomi e i professionisti (lo si comprende dall'art. 23, par. 1, che prevede la possibilità di trattare in un'unica procedura sia i debiti in senso ampio "professionali", cioè quelli derivanti da un'attività d'impresa o professionale, sia quelli derivanti da cause estranee a tale attività). La proposta andrebbe dunque ad occupare l'ambito sia dell'art. 142 l.fall., sia dell'art. 14 *terdecies* della L. n. 3/2012. Il tema dei consumatori, invece, resta fuori dall'ambito della proposta di direttiva, avendo implicazioni diverse da quelle degli imprenditori e dei professionisti. Gli Stati membri possono tuttavia legittimamente estendere la disciplina dell'esdebitazione anche alle persone fisiche che non esercitano un'attività imprenditoriale o professionale (art. 1, par. 3).

La disciplina, contenuta negli artt. da 19 a 23, richiede che, salvo eccezioni, l'esdebitazione venga ottenuta entro tre anni dall'apertura della procedura, tempi dunque diversi da quelli previsti dalle due norme sopra citate. Gli Stati membri possono tuttavia mantenere un regime che prevede un pagamento parziale dei debiti, purché l'obbligo di pagamento sia commisurato alla situazione individuale del debitore e sia proporzionale al suo reddito disponibile (art. 19, par. 2).

7. Il quinto obiettivo: il miglioramento dell'efficienza delle procedure di insolvenza

Molto importanti sono infine le norme dagli artt. 24 a 29, che mirano a incrementare l'efficienza dei sistemi nazionali (e, si noti, anche le procedure di

(4) Una possibile lettura che ripristini coerenza fra la motivazione e l'articolo della proposta di direttiva è quella secondo cui la società può proporre un piano che non tocchi gli azionisti (o comunque non li cancelli) e, in caso di mancata approvazione da parte di tutte le classi, non chieda l'applicazione del *cross-class cram-down* (ristrutturazione trasversale dei debiti) di cui all'art. 11. La conseguenza, tuttavia, è quella dell'insuccesso del tentativo, non quella del superamento della regola della priorità assoluta.

Il complesso e affascinante tema della distribuzione del valore fra soci e creditori, nei concordati con continuità aziendale, è trattato da M. Fabiani, *La rimodulazione del dogma della responsabilità patrimoniale e la de-concorsualizzazione del con-*

cordato preventivo, in www.ilcaso.it, nonché A. Rossi, *Il migliore soddisfacimento dei creditori* (quattro tesi), in questa *Rivista*, 2017, 637. Il tema è stato oggetto di espresso esame da parte di Trib. Firenze, 2 novembre 2016, *decr.*, in questa *Rivista*, 2017, 313, con ampia e profonda nota di G. D'Attorre, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*

(5) La Raccomandazione del 2014 su "un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza", che al tema dedicava il par. IV, era solo l'ultima di una serie di documenti miranti a sollecitare negli Stati membri la consapevolezza del tema della seconda possibilità per gli imprenditori onesti ma sfortunati.

liquidazione, non solo quelle di ristrutturazione). Esse prevedono:

- a) la specializzazione e la formazione dei giudici nella materia dell'insolvenza;
- b) la formazione dei professionisti nominati nelle procedure (mediatori, commissari, curatori, ecc.);
- c) la trasparenza e l'obiettività nelle designazioni di tali professionisti da parte dell'autorità giudiziaria;
- d) il monitoraggio e l'adeguato compenso di tali professionisti, al fine di assicurare la rapidità e l'efficienza del loro lavoro;
- e) l'uso di mezzi elettronici di comunicazione nelle procedure di insolvenza;
- f) la raccolta di dati su tutte le procedure di ristrutturazione, di liquidazione e di esdebitazione, al fine di consentire l'elaborazione di affidabili statistiche sulla loro efficienza.

8. Cosa cambierebbe negli strumenti di ristrutturazione

Rispetto al panorama attuale, vi sarebbero significativi cambiamenti. In primo luogo, gli strumenti di ristrutturazione dovrebbero essere resi accessibili in modo paritetico sia agli imprenditori commerciali, sia agli imprenditori agricoli. Si tratterebbe di una significativa innovazione, stante la riconosciuta difficoltà di mantenere in attività imprese agricole che spesso sono dotate di una complessa organizzazione e il cui "magazzino", spesso, non può tollerare nemmeno pochi giorni di interruzione nella cura (si pensi alle imprese florovivaistiche). Allo stato, la L. n. 3/2012 non consente ad esempio di ottenere un blocco delle azioni esecutive e finanziamenti prededucibili urgenti fino al momento della presentazione del piano, che normalmente richiede settimane di elaborazione in condizioni di stress finanziario e di rischio di aggressione da parte dei creditori, legittimati ad agire individualmente. Ne consegue che, a differenza di quanto prevede il DDL A.S. 2681 (art. 2, comma 1, lett. e), non soltanto dovrebbe esservi un procedimento unitario di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza fra imprenditori commerciali e agricoli, ma dovrebbe esservi anche un percorso comune, almeno per quanto riguarda gli strumenti di ristrutturazione. Se ciò porti alla fine della distinzione fra imprenditore commerciale e agricolo anche per le procedure liquidatorie è frutto di una scelta politica nazionale.

Anche per quanto riguarda gli strumenti di ristrutturazione (ricordo che l'ambito è limitato a questo)

oggi accessibili ai soli imprenditori commerciali, vi sarebbero elementi di novità, sia di dettaglio sia, e soprattutto, di impostazione generale.

Fra i primi, segnalo il possibile venir meno della figura del professionista attestatore che rende dichiarazioni in una fase anticipata. In sostanza, se i creditori o il giudice lo ritengono opportuno, acquisiranno idonee perizie; tuttavia, non si avrebbe più questo adempimento che, occorre dire, non ha funzionato bene soprattutto perché è mancato (non importa qui se per colpa dell'inadeguatezza di molte attestazioni, di un certo interventismo giudiziario o, probabilmente, di entrambi i fattori) l'affidamento dell'autorità giudiziaria rispetto al lavoro dell'attestatore, che nel disegno della riforma degli anni 2005 e seguenti doveva consentire al giudice di adottare decisioni rapide grazie a un quadro informativo da lui fornito.

Cambiarebbe inoltre il meccanismo per l'ottenimento del blocco delle azioni esecutive. Esso infatti:

- a) potrebbe essere ottenuto con molta più facilità di quanto sia oggi possibile a fronte dell'inizio di una trattativa per una soluzione stragiudiziale, essendo sufficiente che esso sia "necessario per agevolare le trattative sul piano di ristrutturazione" (art. 6 par. 1): l'art. 182 bis comma 6 ss. richiede invece impegnative dichiarazioni al professionista attestatore;
- b) richiederebbe un provvedimento del giudice anche in caso di apertura di una procedura giudiziale, per la quale - come nel concordato preventivo - è oggi previsto un automatismo;
- c) il blocco delle azioni esecutive non potrebbe tuttavia essere disposto per più di quattro mesi, e potrebbe essere rinnovato per due volte fino a un massimo di dodici mesi in presenza di prove sempre più stringenti circa la probabilità che sia raggiunto un accordo. Dall'altro lato, esso potrebbe non essere rinnovato alla scadenza, o essere revocato anche prima di essa, in assenza di serie prospettive di un accordo

Il limite massimo di dodici mesi potrebbe porre rilevanti problemi qualora lo strumento miri a una completa ristrutturazione dell'indebitamento (sulla scorta dell'attuale concordato preventivo), che richiede quasi sempre un complesso piano, lunghe trattative con i principali creditori e snodi procedurali che è possibile comprimere, ma non eliminare. Tale periodo massimo (prossimo a quello di nove mesi più sessanta giorni attualmente previsto dall'art. 181 l.fall.) può risultare stretto, soprattutto se interpretato come perentorio (e, soprattutto nei

confronti di creditori esteri e di beni di debitori italiani posti all'estero, sarebbe difficile sostenere il contrario, dato che il blocco impedisce loro l'esercizio del diritto). Oggi molte procedure di concordato durano, dal deposito della domanda "in bianco" all'omologazione, ben più di dodici mesi. Più difficili da giudicare sarebbero i cambiamenti di impostazione. A mio avviso, l'occasione potrebbe essere favorevole per cessare di vedere i vari strumenti come isolati (si tenta un accordo di ristrutturazione, e se non riesce si apre un concordato preventivo, ecc.), come accade oggi, per passare a uno strumento unico di ristrutturazione, di incisività modulabile secondo le circostanze e le richieste delle parti (debitore e creditori), circostanze e richieste che spesso si chiariscono o cambiano, in modo fisiologico, nel tempo necessario all'espletamento del tentativo di soluzione della crisi. Il debitore può realmente e in buona fede pensare che vi siano le condizioni per concludere un accordo di

ristrutturazione, e rendersi conto che alcuni creditori rifiutano (non di rado irragionevolmente) di aderirvi. In questo senso, mi sembra che dovrebbe essere superata l'impostazione sottesa al DDL 2681, che, almeno a una sua lettura letterale, pare continuare a replicare la molteplicità degli strumenti (piano di risanamento, accordi di ristrutturazione, concordato preventivo, liquidazione). L'unificazione comprenderebbe il rito per l'accertamento dello stato di crisi o di insolvenza, ma gli strumenti resterebbero distinti, e così, è da ritenere, la loro gestione.

Il recepimento della direttiva, qualora essa venga effettivamente adottata, potrebbe essere l'occasione non solo per razionalizzare il sistema italiano, da tutti giudicato moderno ma frammentato, ma anche per importare elementi di novità nel suo complessivo assetto, che talvolta si fa fatica a vedere con sufficiente distacco.

LIBRI

Disponibile in E-BOOK

COLLANA: NUOVA GIURISPRUDENZA DI DIRITTO CIVILE COMMERCIALE

Fallimento e concordato fallimentare

Opera in 2 volumi

A cura di Alberto Jorio



La **nuova disciplina del fallimento** si inserisce nella più ampia riforma delle procedure concorsuali prevista dal decreto legge n. 35/2005 e dai decreti successivi. Non si è trattato di una vera e propria rifondazione delle discipline concorsuali, ma di un adattamento allo spirito nuovo di regole ritenute in parte obsolete.

Sull'esempio di altre legislazioni, sono state introdotte **regole dirette a valorizzare maggiormente le opportunità di salvaguardia delle imprese in crisi** e a disegnare una nuova configurazione dei rapporti tra gli attori delle procedure: debitore, creditori, giudici, organi di gestione e di controllo.

Il volume, strutturato in due tomi, esamina criticamente dottrina e giurisprudenza; in particolare i principali temi trattati sono: la **liquidazione coatta amministrativa**, gli **effetti del fallimento**, l'**apertura**

e la chiusura del fallimento, l'esdebitazione, l'accertamento del passivo, il tribunale fallimentare e il concordato fallimentare.

Una parte è dedicata anche al **diritto europeo**.

Wolters Kluwer Italia 2016, pagg. 2.994

Prezzo: € 160,00

Codice: 00203107

ISBN: 978-88-5981466-5

Per informazioni e acquisti

• **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)

• **Agenzie Ipsoa di zona**
www.shop.wki.it/agenzie

• **www.shopwki.it**

DIRITTO PENALE DELL'ECONOMIA

diretto da
A. Cadoppi, S. Canestrari, A. Manna, M. Papa

€ 180

Cod. 00203117

Il Trattato, frutto dell'esperienza didattica e professionale dei Direttori e degli Autori, analizza in modo approfondito e trasversale, un settore del diritto penale di grande rilevanza nell'odierna vita economica e sociale, sensibile ai mutamenti non solo del mondo dell'impresa e del lavoro, ma anche dei mercati e dei consumatori.

L'Opera si sofferma su quattro grandi aree relative a:

- reati societari, finanziari e bancari
- reati tributari
- reati fallimentari
- responsabilità da reato dell'ente che può essere chiamato a rispondere dei reati commessi da dirigenti, dipendenti che operano in nome e per conto dell'ente stesso.

L'analisi delle **disposizioni del codice e della normativa complementare** parte da un'esegesi del dato normativo, arricchita dagli spunti offerti dalla **dottrina più accreditata** e dallo studio dell'applicazione effettuata dalla **Suprema Corte**, dalle **Corti europee** e dai **Tribunali di merito**.

Il Trattato rappresenta un valido supporto per il professionista per l'inquadramento e l'aggiornamento della materia.



Crisi d'impresa

L'art. 182 *septies* l.fall. e l'accordo di ristrutturazione "a maggioranza"

di Fabrizio Bonato

La "storia infinita" del diritto della crisi d'impresa si arricchisce di un nuovo capitolo. Con l'art. 182 *septies* l.fall. il legislatore ha introdotto uno strumento astrattamente idoneo a migliorarne la disciplina ma in concreto di difficile comprensione, che unisce soluzioni innovative a temi mutuati da esistenti procedure concorsuali. Con il contributo in esame l'Autore analizza la materia, enucleandone i punti salienti e tentando di ipotizzare quali sono gli impatti sull'empirico panorama rappresentato.

1. L'introduzione dell'art. 182 *septies* l.fall.: panoramica comparatistica e *ratio legis*

È stato sostenuto che analizzare il recente diritto della crisi d'impresa sia "come cercare di colpire un bersaglio in rapido movimento, attraverso un inseguimento ermeneutico delle continue novità" (1): l'immaginifica espressione sintetizza acutamente l'attuale situazione della normativa concorsuale italiana.

Dal 2005 ad oggi, infatti la produzione legislativa in materia è stata copiosa e poco coordinata, quasi come se il legislatore procedesse meccanicamente per "prova ed errore", "sul presupposto che, a forza di aggiustamenti e di approssimazioni, prima o poi la formula giusta sarebbe stata trovata" (2).

Lampante esempio di tale tendenza è l'accordo di ristrutturazione dei debiti previsto dall'art. 182 *bis*, l.fall., rimasto sottoutilizzato anche a causa del

mancato allineamento dei creditori spesso riscontrato in merito alla risoluzione della crisi; peraltro, anche nel frequente caso in cui l'esposizione debitoria sia per la sua più larga parte nei confronti del ceto bancario, gli interessi si presentano sfaccettati (3) e l'individuazione di una comune linea d'azione è ostacolata dal dissenso opportunistico di alcuni di essi (4).

Tale problematica non è tuttavia sicuramente prerogativa esclusiva del diritto concorsuale italiano.

Infatti, nonostante la peculiarità delle diverse discipline concorsuali nazionali (5), trasversalmente ai sistemi giuridici si sono sviluppati strumenti volti a "coartare" - in presenza di determinati requisiti - la volontà dei creditori non aderenti ad operazioni di ristrutturazione.

In particolare, il legislatore britannico ha introdotto nel 2006 l'istituto dello "scheme of arrangement". Tale strumento si configura come un accordo tra la

(1) M. Spiotta, in G. Cottino (a cura di), *Legge fallimentare e codice civile: prove di dialogo. Riflessioni sulle deroghe al codice civile contenute nella legge fallimentare*, in *Giur. it.*, 2016, 1020.

(2) N. Nisivoccia, *Il nuovo art. 182 septies l.fall.: quando e fin dove la legge può derogare a se stessa?*, in questa *Rivista*, 2015, 1181.

(3) B. Inzitari, *Gli accordi di ristrutturazione con intermediari finanziari e la convenzione di moratoria: deroga al principio di relatività del contratto ed effetti sui creditori estranei*, in *Contr. e impr.*, 2015, 1183.

(4) C.L. Appio, *Prime riflessioni in tema di accordi di ristrutturazione del debito ex art. 182-septies fra ragioni creditorie e principio consensualistico*, in *il Caso*, 29 dicembre 2015, 2. Cfr.

anche L. Varotti, *Articolo 182 septies. Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria (apunti veloci sulla riforma 2015 della legge fallimentare - Il parte)*, in *il Caso*, 18 agosto 2015, 1. Dello stesso avviso anche F. Marrelli, *Con il nuovo art. 182-septies l.fall. arriva il cram down negli accordi di ristrutturazione dei debiti, ma solo per le banche*, in *Diritto* 24, 17 luglio 2015; L. De Angelis, *Gli accordi di ristrutturazione e le banche*, in *Società*, 2008, 1462, ove si rileva che i non allineati interessi degli istituti di credito possono peraltro derivare anche dalle caratteristiche e dalle strutture interne degli stessi.

(5) L. Panzani, *L'insolvenza in Europa: sguardo d'insieme*, in questa *Rivista*, 2015, 1013-1014.

società e una o più classi di creditori, che, in presenza di determinati requisiti e a seguito di omologazione da parte del Tribunale, vincola tanto la società quanto i creditori medesimi (6). Sulla stessa falsariga il legislatore francese ha introdotto nel 2010 lo strumento della “*sauvegarde financière accélérée*”, un accordo che può essere proposto da un debitore e che, a determinate condizioni, vincola i creditori bancari non aderenti (7).

Valori e principi non dissimili, poi, sono stati fatti propri anche dall'Unione Europea che, con la Raccomandazione emanata in data 12 marzo 2014 dalla Commissione, ha inteso promuovere l'emersione precoce dello stato di crisi e l'armonizzazione delle discipline nazionali in materia di insolvenza (8).

Con riferimento alla normativa italiana, una proposta in merito al coordinamento tra gli istituti di credito e il debitore nell'ambito della risoluzione della crisi era già stata avanzata prima dell'emanazione del D.L. n. 83/2015. Si era in particolare ritenuto che una soluzione efficiente avrebbe potuto essere l'affidamento, da parte delle banche, “del compito di gestire il negoziato nel loro comune interesse ad un soggetto distinto da esse e facoltizzato a rappresentarle nei rapporti con l'impresa debitrice” (9). L'Autore, che ha proposto la predetta soluzione, si è tuttavia dichiarato consapevole dell'elevata probabilità che essa non venisse mai messa in pratica: duole dire che, ancora una volta, le previsioni pessimistiche si sono rivelate fondate.

È stato quindi necessario attendere l'emanazione del D.L. n. 83/2015, successivamente convertito

con modificazioni in L. n. 132/2015, con cui il legislatore, traendo ispirazione dai modelli in precedenza descritti (10), ha introdotto l'art. 182 *septies* l.fall. all'esplicito fine di “togliere ai creditori finanziari che vantano un credito di piccola entità la possibilità di dichiararsi contrari ad operazioni di ristrutturazione concordate fra il debitore e la maggioranza dei creditori finanziari, decretando l'insuccesso complessivo dell'operazione e l'apertura di una procedura concorsuale” (11).

Sebbene parte della dottrina abbia mosso condivisibili critiche in merito alla scelta di introdurre l'art. 182 *septies* l.fall. utilizzando lo strumento della decretazione d'urgenza, senza peraltro attendere l'esito dei lavori della Commissione Rordorf per la riforma della legge fallimentare (12), appare ad una prima analisi encomiabile la ragione che ha condotto ad una riforma mediante la quale il legislatore italiano ha voluto, da un lato, mantenere “un'impostazione contrattuale” e, dall'altro, inserire “la possibilità di un'estensione degli accordi stragiudiziali anche agli intermediari finanziari non aderenti, per il salvataggio dell'impresa ancora sana ma colpita dalla crisi” (13).

2. I confini dell'accordo di ristrutturazione “a maggioranza”

Venendo all'analisi della disciplina in oggetto, si deve precisare che secondo l'orientamento dottrinario prevalente l'accordo di ristrutturazione rafforzato (14) non costituisce un nuovo strumento per

(6) F. Iodice, *Scheme of arrangement tra Raccomandazione della commissione e riforma del regolamento sulle procedure di insolvenza*, in questa Rivista, 2015, 1094, nt. 6.

(7) Per una disamina dell'istituto della “*Sauvegarde financière accélérée*” v. L. Quattrocchio, *L'accordo di ristrutturazione dei debiti e la convenzione di moratoria: la disciplina*, in il Caso, 18 ottobre 2015, 3; Y. Chaput in Vassalli-Luiso-Gabrielli (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali. Le droit français de la sauvegarde des entreprises*, Torino, 2014, V, 177.

(8) Raccomandazione della Commissione Europea 2014/135/UE del 12 marzo 2014, disponibile su www.eur-lex.europa.eu; per una disamina critica dell'afferenza della Raccomandazione al panorama concorsuale italiano v. M. Perrino, *Gli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari e le convenzioni di moratoria*, in *Dir. fall.*, 2016, 1456.

(9) L. De Angelis, *op. cit.*, 1463.

(10) È la stessa Relazione Illustrativa al disegno di legge di conversione a rilevare che la normativa nazionale ha tratto ispirazione da ordinamenti stranieri che hanno risolto il problema del dissenso opportunistico in merito alla ristrutturazione dell'impresa da parte di alcuni dei creditori bancari “mediante istituti che consentono il rapido raggiungimento di ristrutturazione stragiudiziali che, prevenendo l'apertura di una procedura concorsuale, si basano su accordi consensuali tra debitore e finanziatori, operativi e vincolanti anche in assenza di consenso unanime dei creditori” (Relazione Illustrativa allo sche-

ma di disegno di legge di conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, recante “*Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*”, disponibile all'indirizzo www.giustizia.it). Cfr. anche L. Quattrocchio, *op. cit.*, 2; S. Ambrosini, *Il diritto della crisi d'impresa nella legge n. 132/2015 e nelle prospettive di riforma*, in il Caso, 30 novembre 2015, 50; G. Fauceglia, *L'accordo di ristrutturazione dell'indebitamento bancario tra specialità negoziale e regole concorsuali*, in *Dir. Fall.*, 2016, 725.

(11) Relazione Illustrativa, *cit.*, 11. Cfr. anche M. Perrino, *op. cit.*, 1454; M. Bianca, *La nuova disciplina del concordato e degli accordi di regolazione della crisi: accentuazione dei profili negoziali*, in *Dir. fall.*, 2015, 537.

(12) Cfr. S. Ambrosini, *op. cit.*, 3; M. Bianca, *op. cit.*, 543.

(13) Relazione Illustrativa, *cit.*, 12.

(14) Li definisce in tal modo M. Fabiani, *Riflessioni sistematiche sulle addizioni legislative in tema di crisi di impresa*, in *Nuove leggi civ.*, 2016, 68. Lo stesso Autore, in altro contributo, definisce peraltro l'istituto anche come accordo di ristrutturazione “a maggioranza”, in quanto “*si stipula con una maggioranza ma (anche e solo) a maggioranza (plutocratica e qualificata)*” (M. Fabiani, *Gli accordi di ristrutturazione nella cornice della tutela dei diritti e la rilevanza della fattispecie speciale di cui all'art. 182 septies l.fall. in chiave di collettivizzazione della crisi*, in questa Rivista, 2016, 928).

Accordi di ristrutturazione

la risoluzione concordata della crisi d'impresa, bensì un “*subgenus degli accordi di ristrutturazione*” (15); una simile conclusione sembra convincente, alla luce di argomentazioni tanto di tipo sistematico quanto di tipo letterale, tenendo a mente che la disciplina in oggetto “*integra quella generale dell'art. 182 bis*” (16).

Tale assunto non dirime tuttavia la questione in merito alla natura da attribuire alla disciplina medesima (17), punto su cui i commentatori si sono divisi tra coloro che hanno ritenuto che con l'art. 182 *septies* l.fall. il legislatore abbia portato a compimento “il disegno di rendere gli accordi di ristrutturazione, piuttosto che contratti, ulteriori procedure concorsuali di stampo negoziale da affiancarsi ai concordati” (18) e coloro che, invece, ritengono che “il guado che separa gli accordi dalla concorsualità [paia] ancora presente” (19).

Come spesso capita, una soluzione di compromesso appare condivisibile; si è infatti rilevato che, in ottica scevra di preconcetti ideologici, la struttura conferita dal legislatore agli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari si colora di una “*innegabile collettivizzazione*” (20) e comporta la necessità concreta di conferire a tale fattispecie contrattuale “*tutto lo strumentario delle garanzie che sono apprestate quando si superano i confini della negozialità in senso stretto*” (21).

Ai sensi del dettato normativo, l'art. 182 *septies* l.fall. trova applicazione “*quando un'impresa ha debiti verso banche e intermediari finanziari in misura non inferiore alla metà dell'indebitamento com-*

pletivo”. È dunque di tutta evidenza che il primo dei presupposti per il ricorso a tale istituto è rappresentato dalla conformazione dell'indebitamento dell'impresa in crisi, ed in particolare dall'incidenza dell'esposizione nei confronti delle banche e degli intermediari finanziari rispetto all'indebitamento complessivo (22).

Fermo quanto sopra, dovrà analizzarsi quali crediti debbano essere considerati nel calcolo della prevalenza dell'indebitamento “*finanziario*”.

Secondo la dottrina, in assenza di specificazioni da parte del legislatore non dovrebbe rilevare la natura prelatizia o chirografaria del credito (23), l'intervenuta scadenza dello stesso né la sua attualità o eventualità (24). Più incertezze si riscontrano in merito ai crediti contestati; infatti, a fronte di una dottrina che li considera rilevanti ai fini del predetto calcolo “*a meno che la contestazione non appaia prima facie fondata*” (25), la giurisprudenza di merito si era pronunciata nel senso di “*non tener conto dei crediti contestati, a meno che le contestazioni non risultino ictu oculi talmente infondate da apparire dilatorie e strumentali*” (26).

Ancora, i commentatori si sono domandati se crediti aventi origine da attività diversa da quella bancaria o finanziaria, ma cionondimeno vantati da soggetti riconducibili al novero delle banche e degli intermediari finanziari, vengano in rilievo per l'applicabilità dell'art. 182 *septies* l.fall. (27). Dal dettato legislativo, tuttavia, non sembra lecito far discendere una differente disciplina a seconda che il credito vantato da una banca o da un in-

(15) Così C. Trentini, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2016, 468.

(16) B. Inzitari, *op. cit.*, 1184. Cfr. anche S. Ambrosini, *op. cit.*, 49; L. Provaroni, *Accordo di ristrutturazione e convenzione di moratoria: effetti per i creditori finanziari dissenzienti*, in *Corr. trib.*, 2016, 76; M. Perrino, *op. cit.*, 1445; M. Bianca, *op. cit.*, 536; A. Nigro, *Gli accordi di ristrutturazione con “intermediari finanziari” e le convenzioni di moratoria*, in *Orizzonti del diritto commerciale online*, 2015, 2; A. Bombardelli, in *Aa.Vv.*, *La nuova riforma del diritto concorsuale*, Torino, 2015, 304.

(17) Cfr. C.L. Appio, *op. cit.*, 4; per una condivisibile posizione di compromesso in merito alla natura da attribuirsi all'accordo di ristrutturazione dei debiti “classico” v. L. Balestra, *Accordi di ristrutturazione dei debiti con le banche e normativa civilistica*, in *Corr. giur.*, 2016, 449 ss., 451.

(18) F. Di Marzio, *Un decreto legge in riforma del diritto fallimentare*, in *www.giustiziacivile.com*, 26 giugno 2015, 5; dello stesso avviso anche Bianca, *op. cit.*, 537; P. Valensise, in Sandulli-Santoro (diretto da), *La nuova mini-riforma della legge fallimentare, Osservazioni sull'accordo di ristrutturazione con gli intermediari finanziari ex art. 182-septies l.fall.*, Torino, 2016, 297. In giurisprudenza v. Trib. Forlì 5 maggio 2016, in *De Jure*, 3.

(19) Così M. Fabiani, *Riflessioni*, cit., 68; cfr. anche A. Nigro, *op. cit.*, 10.

(20) Così M. Fabiani, *Gli accordi*, cit., 927.

(21) Così M. Fabiani, *Gli accordi*, cit., 928.

(22) A. Fittante, *Le principali novità introdotte dal d.l. 83/2015 in materia fallimentare*, in *il Societario*, 22 settembre 2015, 6; L. Quattrocchio, *op. cit.*, 8; G. Fauceglia, *op. cit.*, 724; P. Valensise, *op. cit.*, 304; O. Cagnasso - L. Panzani, *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, Milano, 2016, 3144; A. Didone, *Le riforme delle procedure concorsuali*, Milano, 2016, 1961; R. Brogi, *Imprese in crisi e mondo bancario: il nuovo art. 182 septies legge fallimentare*, in *Quotidiano giuridico*, 22 luglio 2015, 1; Cndcec, *Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*, disponibile all'indirizzo www.cndced.it, novembre 2016, 5; R. Ranalli, *Speciale Decreto cit.*, 1; M. Perrino, *op. cit.*, 1444.

(23) L. Quattrocchio, *op. cit.*, 8. Per una valutazione improntata agli aspetti contabili cfr. anche G. Verna, in *AA.VV.*, *Gestione delle procedure concorsuali nella crisi d'impresa, L'accordo di ristrutturazione con enti finanziari*, Milano, 2016, 485.

(24) C. Trentini, *op. cit.*, 470.

(25) C. Trentini, *op. cit.*, 470.

(26) Trib. Verona 15 novembre 2011, in *il Caso*; cfr. anche Trib. Ancona 20 marzo 2014, in *www.unijuris.it*, secondo cui le percentuali sono “*da calcolarsi sul totale dei crediti indipendentemente dalla loro natura (chirografaria o privilegiata)*”; non rilevarebbe neppure la circostanza per cui i crediti siano muniti o meno di titolo esecutivo (così Trib. Roma 16 ottobre 2006, in questa *Rivista*, 2007, 187).

(27) C. Trentini, *op. cit.*, 470.

termediario finanziario abbia origine bancario-finanziaria o meno, e in effetti non “si vede perché, se una banca abbia crediti di origine diversa verso un determinato creditore, e parte di questi non derivino da operazioni bancarie o finanziarie, per quei crediti si dovrebbe applicare un diverso regime” (28).

La disciplina ha dunque una chiara connotazione soggettiva, da cui discende l'ineludibile necessità di definire un secondo confine inerente proprio ai soggetti considerati dall'art.182 *septies* l.fall.

L'indebitamento di cui si è sopra trattato deve infatti essere nei confronti di “banche o da intermediari finanziari”. Per l'individuazione di tali soggetti, soccorrono le norme previste dal D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385 (T.U.B.), secondo cui il cui si intende per “banca” “l'impresa autorizzata all'esercizio dell'attività bancaria” (cfr. art. 1, lett. b), T.U.B.), e per “intermediario finanziario” i soggetti iscritti nell'apposito albo ed autorizzati all'esercizio nei confronti del pubblico dell'attività di concessione di finanziamenti (cfr. artt. 106-107 T.U.B.) (29). La dottrina si è poi domandata se la disciplina di cui all'art. 182 *septies* l.fall. possa applicarsi anche alle c.d. banche di fatto: la risposta sul punto è stata negativa, in quanto si è ritenuto che non avrebbe avuto alcun senso “distinguere fra creditori finanziari e creditori non finanziari se, tra i primi, dovessero essere ricompresi anche operatori non aventi caratteristiche di ufficialità e regolarità” (30).

Con riferimento al versante “imprenditoriale” del requisito soggettivo, tenendo a mente che gli accordi di ristrutturazione con gli intermediari altro non sono se non una variante degli accordi di ristrutturazione del debito *ex art. 182 bis* l.fall., si deve concludere che “i presupposti, anche soggettivi, degli stessi non possono essere diversi da quelli prescritti per l'istituto generale” (31).

3. La deroga ai principi cardine della disciplina contrattuale

L'effetto potenzialmente dirompente della disciplina in oggetto risiede senza dubbio nella possibilità di estendere l'accordo anche ai creditori bancari e finanziari dissenzienti, a condizione che la classe creditoria in cui essi sono stati inseriti abbia aderito all'accordo di ristrutturazione con la maggioranza qualificata di almeno il 75% dei crediti inseriti nella classe creditoria medesima.

A scanso di equivoci, appare utile precisare che il mancato raggiungimento di tale soglia in una certa categoria non pregiudica l'estensione degli effetti ad una diversa categoria in cui la soglia stessa sia stata raggiunta (32): a tali fini, perciò, le categorie devono considerarsi alla stregua di “comparti stagni” (33).

La disposizione sancisce poi l'intangibilità dei diritti dei creditori non aderenti (34) diversi da banche e intermediari finanziari (35), continuando ad applicarsi a questi la disciplina generale degli accordi (36).

Un primo punto fermo è tuttavia la necessità dell'adesione all'accordo di ristrutturazione di tanti creditori (bancari e non) che rappresentino almeno il 60% dell'indebitamento complessivo dell'impresa in crisi (37): in assenza di tale requisito non si potrebbe discorrere in radice di alcun accordo di ristrutturazione.

A tal proposito, è da rilevare che il testo originario del decreto legge prevedeva che un creditore finanziario dissenziente, inserito in una categoria di creditori nella quale le adesioni all'accordo siano state superiori al 75% dei crediti della categoria stessa, fosse considerato aderente ai fini del superamento della soglia del 60% prevista dall'art. 182 *bis* l.fall. (38). La previsione, benché astrattamente capace di “semplificare il raggiungimento di

(28) C. Trentini, *op. cit.*, 470.

(29) A. Arrigoni, *Intermediari finanziari “atipici” e regolamentazione a tasselli*, in *Giur. comm.*, 1991, 531; secondo parte della dottrina il richiamo agli intermediari finanziari comprenderebbe non solo “le società veicolo per la cartolarizzazione dei crediti” (così G. Fauceglia, *op. cit.*, 724), ma dovrebbe essere esteso anche “alle società di leasing, a quelle di factoring, ai fondi di investimento, alle società di gestione del risparmio, alle SIM, alle SICAV, ai confidi, mentre ne sono escluse le società di renting, o di noleggio a lungo termine” (G. Verna, *op. cit.*, 485).

(30) C. Trentini, *op. cit.*, 469.

(31) C. Trentini, *op. cit.*, 471.

(32) Cndcec, *op. cit.*, 8.

(33) È ragionevole, in ogni caso, ritenere che nella prassi i testi contrattuali degli accordi di ristrutturazione con banche e intermediari finanziari potranno prevedere clausole che ne ri-

colleghino l'efficacia all'intervenuta estensione, da parte del tribunale, delle previsioni dell'accordo di ristrutturazione medesimo a tutte le categorie con riferimento alle quali tale estensione sia stata chiesta dal debitore.

(34) Di rilevante interesse è l'individuazione di quali creditori debbano essere considerati “non aderenti”, anche alla luce della modifica apportata dal legislatore all'art. 178 l.fall. in materia di adesioni alla proposta concordataria e con cui è stato ripristinato il metodo del consenso esplicito. Per una disamina sul punto v. C.L. Appio, *op. cit.*, 14.

(35) Così P. Valensise, *op. cit.*, 290.

(36) C. Trentini, *op. cit.*, 474; nello stesso senso A. Bombar-delli, *op. cit.*, 305.

(37) Così P. Valensise, *op. cit.*, 293.

(38) Cfr. art. 9, comma 2, D.L. n. 83/2015, disponibile all'indirizzo www.gazzettaufficiale.it.

uno dei requisiti per l'acquisto di efficacia dell'accordo" (39), ha sollevato fin da subito aspre critiche (40) e il legislatore, considerato l'evidente rischio di incostituzionalità (41) e l'incoerenza sistematica dell'impostazione (42), ha espunto la stessa dal testo della legge di conversione n. 132/2015.

Da una prospettiva pratica, l'elemento caratterizzante del nuovo strumento è stato rinvenuto nella "possibilità di derogare agli artt. 1372 e 1411 c.c., vale a dire i principi generali secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti e non produce effetti rispetto ai terzi, come pure che la stipulazione a favore di terzi può avere effetto solo quanto questi accettino di profittarne" (43).

A tal proposito diversi commentatori si sono interrogati criticamente in merito al richiamo a tali previsioni (44). A fronte di alcune voci che hanno ritenuto pertinente e rilevante il riferimento all'art. 1372 c.c., si sono riscontrate opinioni per cui lo stesso "appare del tutto inutile e fuorviante di ambiguità" (45).

Quasi unanime è stato invece il giudizio negativo in relazione al richiamo operato dal legislatore all'art. 1411 c.c. (46). La disposizione in oggetto opera infatti nel caso in cui il contratto concluso tra due parti produca effetti a favore del terzo, mentre "gli accordi di ristrutturazione resi possibili dall'art. 182 septies saranno più verosimilmente a svantaggio dei terzi, anziché a loro favore" (47). Nonostante sia innegabile che vantaggi e svantaggi siano metri di paragone relativi (48) rimangono dubbi sulla pertinenza del richiamo.

4. I requisiti per l'estensione degli effetti ai creditori finanziari non aderenti

Stringenti requisiti sono stati posti dal legislatore quali bilanciamento della facoltà (49) conferita al debitore dall'art. 182 septies l.fall.

4.1. La suddivisione in categorie dei creditori non aderenti

Il primo elemento di analisi è la suddivisione in categorie dei creditori bancari e finanziari. A livello sistematico, il riferimento a "categorie" di creditori non può non richiamare il concetto di "classi" previsto dall'art. 163 l.fall. in materia di concordato preventivo, e anche in questo caso la dottrina è apparsa divisa tra chi non ha attribuito eccessiva rilevanza al dato testuale (50) e chi invece ha ritenuto che la diversità di denominazione rappresenti la volontà del legislatore "di operare una distinzione" (51).

A prescindere dal valore intrinseco della scelta lessicale, la dottrina si è trovata concorde nel ritenere che i criteri per individuare posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei siano "i medesimi già utilizzati in ordine alla formazione delle classi di creditori nel concordato preventivo" (52).

Ancora, in limine, è opportuno domandarsi se la formazione delle categorie debba intendersi come un obbligo (53) imposto dal legislatore al debitore che voglia fare ricorso all'accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari. L'interpretazione al momento prevalente ha ritenuto che in presenza di posizioni giuridiche e interessi economico non

(39) M. Perrino, *op. cit.*, 1448.

(40) F. Lamanna, *Speciale Decreto "contendibilità e soluzioni finanziarie" n. 83/2015: accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria, in il Fallimentarista*, 29 giugno 2015, 2. Nello stesso senso anche L. Quattrocchio, *op. cit.*, 7; P. Valensise, *op. cit.*, 292; C. Trentini, *op. cit.*, 486, nt. 68.

(41) F. Lamanna, *op. cit.*, 2; nello stesso senso anche A. Bombardelli, *op. cit.*, 316.

(42) A. Bombardelli, *op. cit.*, 317.

(43) Così B. Inzitari, *op. cit.*, 1185; dello stesso avviso anche N. Nisivoccia, *op. cit.*, 1184.

(44) L. Varotti, *op. cit.*, 3; G. Verna, *op. cit.*, 486.

(45) L. Balestra, *Accordi di ristrutturazione, cit.*, 455.

(46) C. Trentini, *op. cit.*, 474; L. Balestra, *Accordi di ristrutturazione, cit.*, 455.

(47) Così N. Nisivoccia, *op. cit.*, 1184; L. Balestra, *Accordi di ristrutturazione, cit.*, 456.

(48) Secondo N. Nisivoccia, *op. cit.*, 1184 l'accordo di ristrutturazione è "per definizione peggiorativo nei confronti dei creditori, aderenti o estranei che siano all'accordo, se il parametro di confronto è il soddisfacimento integrale dei loro crediti, ma la valutazione è diversa nell'ambito di una crisi e davanti alla prospettiva di fallimento".

(49) In questo senso C. Trentini, *op. cit.*, 473; F. Lamanna,

op. cit., 2; N. Nisivoccia, *op. cit.*, 1183; L. Follieri, *op. cit.*, 1170; L. Balestra, *Accordi di ristrutturazione cit.*, 453; A. Fittante, *op. cit.*, 7; Cndcec, *op. cit.*, 5; L. Provaroni, *op. cit.*, 76; M. Perrino, *op. cit.*, 1445; G. Verna, *op. cit.*, 485; A. Bombardelli, *op. cit.*, 305. In senso critico A. Nigro, *op. cit.*, 6, secondo cui "non si comprende perché l'estensione coattiva non sia automatica ma sia rimessa ad una scelta del debitore: il che accentua la irragionevolezza e la portata distorsiva dell'innovazione".

(50) P. Valensise, *op. cit.*, 298; L. Varotti, *op. cit.*, 6; C. Trentini, *op. cit.*, 479; A. Nigro, *op. cit.*, 4; A. Bombardelli, *op. cit.*, 305, nt. 3.

(51) Così B. Inzitari, *op. cit.*, 1187. Della stessa opinione C.L. Appio, *op. cit.*, 12; F. Lamanna, *op. cit.*, 2; M. Perrino, *op. cit.*, 1446.

(52) A. Fittante, *op. cit.*, 7; N. Nisivoccia, *op. cit.*, 1183; C. Trentini, *op. cit.*, 477; A. Didone, *op. cit.*, 1961; A. Bombardelli, *op. cit.*, 313.

(53) La questione non è nuova. Si veda in proposito l'ordinanza della Corte cost. 12 marzo 2010, n. 98, con cui il Giudice delle Leggi ha implicitamente avallato la tesi della facoltatività della suddivisione in classi nel concordato preventivo. Sul punto cfr. anche G.B. Nardecchia, *Le classi e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2011, 80 ss.; C. Trentini, *op. cit.*, 482.

omogenei “sia obbligatorio procedere alla creazione di classi” (54).

Venendo all’analisi dei criteri di ripartizione, si è in dottrina rilevato che per il concetto di “posizione giuridica” omogenea possa rilevare in particolare “il rango del credito” (55), ovvero “la tipologia dell’operazione creditizia da cui il debito trae origine” (56), ovvero ancora il settore in cui il creditore ha operato (57); in giurisprudenza è stata inoltre ritenuta corretta, in punto omogeneità di posizioni giuridiche, una distinzione basata sulla natura ipotecaria o chirografaria del credito bancario e sulla natura dell’operazione (58).

Il concetto di “interesse economico” è invece più indeterminato e passibile di interpretazioni maggiormente discrezionali (59), dovendosi aver riguardo alla “tipologia della garanzia di soddisfazione per il creditore” (60) e alle “conseguenze lato creditore del comportamento del debitore” (61).

Stante le caratteristiche dei presupposti sopra analizzati, sembrano necessarie alcune precisazioni.

In primo luogo, stando al dato testuale dell’art. 182 *septies* l.fall., “una banca o un intermediario finanziario può essere titolare di crediti inseriti in più di una categoria” (62), mentre non sarebbe possibile la creazione di una sola categoria composta di creditori non aderenti (63).

Altro aspetto controverso è se in questo contesto sia necessario un accordo unitario ovvero possa essere prevista una pluralità di accordi intercorrenti con i diversi creditori. L’opinione preferibile, avallata anche dalla giurisprudenza, è che l’accordo debba essere unico all’interno di ciascuna categoria, così che ai membri di una stessa categoria sia riservato il medesimo trattamento (64).

Da ultimo, occorre valutare se le categorie debbano essere strutturate già nella fase delle trattative ovvero possano esserlo in sede di conclusione dell’accordo. A tal proposito, pare ammissibile sostenere che esse possano rappresentare “il portato di un confronto conclusivo, una volta individuati i creditori aderenti all’accordo e, conseguentemente, le posizioni dissenzienti” (65).

Altra disposizione conferente con il tema in oggetto è quella contenuta nell’art. 182 *septies*, comma 3, l.fall., secondo cui “non si tiene conto delle ipoteche giudiziali iscritte dalle banche o dagli intermediari finanziari nei novanta giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese”.

La *ratio* di tale “*sibillina*” (66) previsione è stata rinvenuta nella necessità di evitare surrettizi vantaggi da parte di alcuni creditori (67). Sebbene vi siano innegabili analogie tra la previsione in oggetto e quella contenuta nell’art. 168, comma 3, l.fall., è

(54) L. Quattrocchio, *op. cit.*, 9; nello stesso senso A. Bombardelli, *op. cit.*, 305; in giurisprudenza Trib. Forlì, *cit.*, 6. *Contra* C. Trentini, *op. cit.*, 482; F. Lamanna, *Classi nell’accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e nella convenzione di moratoria*, in *il Fallimentarista*, 7 gennaio 2016; R. Ranalli, *Speciale Decreto cit.*, 2; G. Verna, *op. cit.*, 489.

(55) A. Didone, *op. cit.*, 1961; A. Bombardelli, *op. cit.*, 311.

(56) Così Trib. Forlì, *cit.*, 6. Cfr. in dottrina G. Verna, *op. cit.*, 487.

(57) G. Fauceglia, *op. cit.*, 733; P. Valensise, *op. cit.*, 305; B. Inzitari, *op. cit.*, 1187; L. Varotti, *op. cit.*, 10; M. Perrino, *op. cit.*, 1446.

(58) Trib. Milano, 11 febbraio 2016, in *il Caso*, 7.

(59) A. Didone, *op. cit.*, 1961; *contra* G. Verna, *op. cit.*, 487.

(60) Così Trib. Forlì, *cit.*, 6; Trib. Milano, *cit.*, 7, ha ritenuto rispettato il requisito dell’omogeneità di interesse economico in seguito ad una distinzione tra creditori avente come discrimine la natura di affidamento bancario o di credito di firma delle obbligazioni bancarie nei confronti dell’imprenditore; Trib. Padova 31 dicembre 2016, in *il Caso*, 2, secondo cui l’impresa che ha depositato il ricorso per l’omologazione dell’accordo ex art. 182 *bis* l.fall. e per la sua estensione, ai sensi dell’art. 182 *septies* l.fall., al creditore bancario non aderente, ha correttamente “individuato l’omogeneità delle posizioni nella natura chirografaria dei debiti delle banche aderenti e nell’identità di trattamento proposto a tutti gli aderenti”. Posizione più singolare quella sostenuta da App. Roma 15 dicembre 2014, con nota di M. Pereno, *Il classamento dei creditori: omogeneità giuridica ed interessi economici*, in *il Fallimentarista*, 13 aprile 2015.

(61) Cndcec, *op. cit.*, 8. Cfr. anche G. Verna, *op. cit.*, 487; A. Bombardelli, *op. cit.*, 311.

(62) A. Bombardelli, *op. cit.*, 311. L’inserimento di una banca o di un intermediario in una determinata categoria non ne impedirebbe dunque l’inserimento in una diversa per un diverso credito e, dunque, lo stesso istituto di credito potrebbe qualificarsi come creditore aderente con riguardo ad un certo credito dallo stesso vantato e come non aderente (a seconda dei casi “forzato” o meno all’adesione) con riguardo ad una diversa posizione.

(63) Così C. Trentini, *op. cit.*, 481. Di opinione contraria invece A. Didone, *op. cit.*, 1961; F. Lamanna, *op. cit.*, 2, secondo cui “la (sola) categoria dei creditori bancari può essere spaccettata in più sub-categorie”.

(64) Trib. Forlì, *cit.*, 6. In dottrina v. F. Lamanna, *Classi cit.*, 1; Cndcec, *op. cit.*, 8; A. Didone, *op. cit.*, 1962. È stato inoltre correttamente rilevato che “se si ammettesse all’interno della categoria la possibilità per l’imprenditore di concludere accordi separati con ciascun creditore, la scelta di uno fra i tanti accordi conclusi, al quale riconnettere l’estensione dell’efficacia, sarebbe meramente arbitraria e costituirebbe una prevaricazione del debitore nei confronti dei creditori di minoranza” (L. Varotti, *op. cit.*, 7).

(65) L. Provaroni, *op. cit.*, 77. Nello stesso senso anche G. Fauceglia, *op. cit.*, 733; A. Fittante, *op. cit.*, 7.

(66) F. Lamanna, *Speciale Decreto cit.*, 3. B. Inzitari, *op. cit.*, 1191; cfr. anche S. Ambrosini, *op. cit.*, 51; C. Trentini, *op. cit.*, 487. I dubbi espressi da larga parte della dottrina sono principalmente dovuti alla circostanza per cui nell’accordo di ristrutturazione non verrebbero distinti i crediti fra privilegiati e chirografari, in quanto non v’è da operare alcuna gradazione.

(67) L. Quattrocchio, *op. cit.*, 12; cfr. anche G. Fauceglia, *op. cit.*, 737; M. Perrino, *op. cit.*, 1449.

da rigettare la prospettata assimilazione degli effetti delle due disposizioni (68) in quanto le stesse sono, ad una analisi più approfondita, intrinsecamente differenti (69). La disposizione dell'art. 182 *septies* l.fall. è stata dunque interpretata nel senso di "escludere che l'ipoteca giudiziale iscritta dalla banca o dall'intermediario finanziario nei novanta giorni precedenti possa dar titolo all'inserimento nella categoria dei creditori assistiti da ipoteca" (70), e il relativo creditore potrà pertanto essere inserito in una categoria di creditori chirografari (senza appunto tenere conto della ipoteca iscritta (71)), ovvero in una categoria privilegiata (72), non potendo le doglianze dello stesso fondarsi sull'omessa considerazione della garanzia ipotecaria (73). A tale ultimo proposito è tuttavia d'obbligo precisare che il credito per cui è stata iscritta ipoteca continua a rilevare sia per le soglie previste dall'art. 182 *bis* l.fall. (74) che per quelle previste dall'art. 182 *septies* l.fall. (75).

4.2. L'avvio delle trattative, il requisito della buona fede e gli oneri informativi dell'imprenditore in crisi

Il legislatore ha imposto al debitore anche una serie di "regole di condotta" (76), e segnatamente un obbligo di informazione in merito all'inizio delle trattative e di conduzione delle stesse in modo tale da mettere banche e intermediari finanziari in condizione di parteciparvi in buona fede.

Con riguardo all'informazione di avvio delle trattative, i primi commentatori hanno ritenuto che non sia sufficiente una semplice comunicazione, ma "occorre che vengano illustrate almeno le linee

essenziali del piano di risanamento" (77). In particolare, il momento di inizio delle trattative è individuato nella c.d. apertura del tavolo bancario, ed è dunque opportuno che, anche in assenza di espressi obblighi di convocazione, tutte le banche e gli intermediari finanziari vengano invitate a tale incontro (78).

Per converso, il requisito della partecipazione in buona fede alle trattative appare un concetto "più generico e fumoso, e quindi suscettibile di dar luogo ad inevitabili incertezze applicative" (79); esso, necessariamente ulteriore rispetto al generico requisito previsto dall'art. 1337 c.c. (80), è stato talvolta inteso come la possibilità, per le banche e gli intermediari finanziari di "formulare controproposte e/o manifestare fattivamente il proprio dissenso" (81), come "onere del debitore offrire a tutti i creditori identiche possibilità di negoziazione e comunque operare con diligenza e correttezza" (82), ovvero ancora come la necessità di una completa *disclosure* da parte del debitore in merito alla propria situazione economica, patrimoniale e finanziaria (83). In giurisprudenza è stato poi di recente osservato che, al fine del riconoscimento dell'esistenza di trattative in buona fede, è necessario "che l'imprenditore proponente abbia fatto presente ai creditori bancari o intermediari finanziari che la proposta si inserisce nell'ambito di un accordo *ex art. 182 septies* l.fall." (84).

Con riferimento ai destinatari dell'obbligo di buona fede, a fronte di opinioni dottrinarie contrastanti (85) deve ritenersi insostenibile che la buona fede possa "essere *pretesa unilateralmente*" (86) da una delle parti del rapporto (o, *rectius*, del tavolo

(68) La tesi è sostenuta da O. Cagnasso - L. Panzani, *op. cit.*, 3145.

(69) G. Fauceglia, *op. cit.*, 738, secondo cui tale disposizione "non può parificarsi a quella prevista in tema di concordato preventivo"; nello stesso senso anche M. Perrino, *op. cit.*, 1449, per cui la disposizione sarebbe "analoga, ma non coincidente con quella già dettata in tema di concordato preventivo dall'art. 168, comma 3, ultimo periodo".

(70) C. Trentini, *op. cit.*, 487; F. Lamanna, *Speciale Decreto*, cit., 3.

(71) B. Inzitari, *op. cit.*, 1191; S. Ambrosini, *op. cit.*, 51.

(72) G. Fauceglia, *op. cit.*, 738; nello stesso senso G. Verna, *op. cit.*, 495.

(73) C. Trentini, *op. cit.*, 487; cfr. anche G. Fauceglia, *op. cit.*, 738; B. Inzitari, *op. cit.*, 1192; G. Verna, *op. cit.*, 495.

(74) C. Trentini, *op. cit.*, 487.

(75) F. Lamanna, *Speciale Decreto*, cit., 3.

(76) P. Valensise, *op. cit.*, 306.

(77) L. Quattrocchio, *op. cit.*, 11. Dello stesso avviso anche L. Varotti, *op. cit.*, 7; L. Provaroni, *op. cit.*, 76.

(78) Secondo il Cndcec "la comunicazione effettuata nei confronti del c.d. legale "lato banche", qualora questi abbia ricevuto mandato professionale dal debitore, è efficace solo nel momento in cui questi ne metta a conoscenza tutti gli istituti coin-

volti; è pertanto opportuno che quest'ultimo fornisca prova dell'avvenuta comunicazione a tutti gli istituti coinvolti" (Cndcec, *op. cit.*, 6).

(79) F. Lamanna, *Speciale Decreto*, cit., 4.

(80) M. Bianca, *op. cit.*, 539.

(81) C.L. Appio, *op. cit.*, 9; G. Fauceglia, *op. cit.*, 735.

(82) G. Verna, *op. cit.*, 493.

(83) M. Fabiani, *Gli accordi*, cit., 925; cfr. anche C. Trentini, *op. cit.*, 476, secondo cui "la buona fede qui richiesta è quella che si esige dalle parti appunto nelle trattative e che impone di fornire, se richiesti, tutte le informazioni necessarie e di non tacere circostanze rilevanti ai fini della conclusione dell'accordo o della sua esecuzione"; A. Bombardelli, *op. cit.*, 306, nt. 5; Cndcec, *op. cit.*, 7.

(84) Trib. Milano, cit., 8. Cfr. anche Trib. Padova, cit., 2.

(85) Una parte della dottrina ha ritenuto che destinatario dell'obbligo di buona fede sia solo il debitore. In questo senso G. Verna, *op. cit.*, 492; G. Fauceglia, *op. cit.*, 736; L. Provaroni, *op. cit.*, 77. Altre voci hanno invece interpretato la norma come una necessità di buona fede da parte dei creditori finanziari; in questo secondo senso v. C. Trentini, *op. cit.*, 476; F. Lamanna, *Speciale Decreto*, cit., 4.

(86) C. Trentini, *op. cit.*, 476. Cfr. anche F. Lamanna, *Speciale Decreto*, cit., 4; M. Bianca, *op. cit.*, 540; G. Verna, *op. cit.*, 494.

negoziale), dovendo invece caratterizzarsi come “un requisito della conduzione delle trattative” (87).

Un ulteriore obbligo informativo previsto a carico del debitore dall'art. 182 *septies* l.fall. è la notifica individuale, integrativa rispetto agli adempimenti pubblicitari già previsti (88), ai creditori bancari o finanziari non aderenti che in ipotesi dovranno essere vincolati dagli effetti dell'accordo sottoscritto; ai sensi dell'art. 182 *septies*, comma 4, secondo periodo, l.fall., inoltre “il termine per proporre l'opposizione di cui al quarto comma del medesimo articolo decorre dalla data della notificazione del ricorso”. Tale notifica avrà ad oggetto l'accordo e la relazione del professionista attestatore (89) mentre, secondo condivisibile impostazione, la documentazione richiesta dall'art. 182 *bis* l.fall. mediante il rinvio all'art. 161, comma 2, l.fall. risulterà già depositata presso il competente registro delle imprese e non dovrà pertanto essere oggetto di notifica individuale (90). È peraltro opportuno precisare che con “notifica” il legislatore ha voluto intendere “la forma di comunicazione che tecnicamente rientra in tale definizione” (91), non potendo dunque ritenersi equivalente la comunicazione fornita con mezzi diversi (92).

4.3. Il ruolo del Tribunale e l'omologazione dell'accordo

Il nucleo delle cautele che circondano gli accordi di ristrutturazione a maggioranza è tuttavia rappresentato da “un significativo ampliamento del controllo demandato, in sede di omologazione, al Tribunale” (93).

In *limine*, occorre precisare che il Tribunale, prima di procedere alla verifica dei requisiti indicati nella norma, dovrà inoltre compiere valutazioni di ordine generale (94) e in merito al raggiungimento delle soglie (95).

Questione controversa, rilevata peraltro anche dalla giurisprudenza (96), appare l'influenza della presenza o meno di opposizioni all'omologazione dell'accordo sull'ambito di valutazione del giudice (97).

La risposta, considerata anche la delicatezza della questione, non sembra poter essere univoca e dovrà declinarsi in maniera differente a seconda dell'elemento concretamente indagato (98).

In primo luogo, il Tribunale dovrà vagliare la correttezza della formazione delle categorie “indipendentemente dal fatto che sia stata o meno proposta opposizione” (99).

Con riferimento al requisito dell'informazione e dello svolgimento in buona fede delle trattative i commentatori sono invece apparsi divisi; in particolare secondo un primo orientamento “la questione della correttezza e completezza del corredo informativo e del fatto che i creditori siano stati tutti posti in grado di partecipare alla trattative non può che essere posta nel caso in cui uno o più creditori abbiano lamentato, in concreto, la violazione di tali regole” (100) mentre, da altro angolo visuale, “nonostante il silenzio della norma resterebbe attribuito un controllo almeno sull'adeguata informazione dell'avvio delle trattative e della sussistenza delle condizioni per parteciparvi secondo buona fede” (101).

(87) C. Trentini, *op. cit.*, 476; G. Verna, *op. cit.*, 493.

(88) M. Perrino, *op. cit.*, 1449. Cfr. anche C. Trentini, *op. cit.*, 490, secondo cui la previsione della notifica individuale deve essere adottata “fermo restando l'obbligo della pubblicità nel registro delle imprese”; B. Inzitari, *op. cit.*, 1190. *Contra* C.L. Appio, *op. cit.*, 9, secondo cui l'art. 182-*septies* “sostituisce l'iscrizione dell'accordo nel registro delle imprese con la notifica personale ai creditori bancari e/o finanziari non aderenti al ricorso”; O. Cagnasso - L. Panzani, *op. cit.*, 3146.

(89) P. Valensise, *op. cit.*, 311, secondo cui potrebbe altresì ritenersi eccessivo intendere l'art. 182 *bis*, comma 2, l.fall. come obbligo di deposito di tutta la documentazione menzionata dall'art. 161, comma 2, l.fall.; cfr. anche C.L. Appio, *op. cit.*, 10, nt. 12.

(90) Per un più ampio contenuto della notifica individuale v. B. Inzitari, *op. cit.*, 1190; F. Lamanna, *Speciale Decreto*, cit., 3; G. Fauceglia, *op. cit.*, 738; L. Varotti, *op. cit.*, 8; A. Fittante, *op. cit.*, 7.

(91) C. Trentini, *op. cit.*, 490.

(92) In questo senso C. Trentini, *op. cit.*, 491.

(93) L. Balestra, *Accordi di ristrutturazione*, cit., 455; L. Provaroni, *op. cit.*, 77.

(94) C. Trentini, *op. cit.*, 491, secondo cui il Tribunale dovrebbe procedere a valutare “competenza, presupposti per l'accesso, raggiungimento delle percentuali di legge, regolarità della

procedura, validità giuridica degli accordi, qualificazione e indipendenza dell'attestatore, completezza, non contraddittorietà, correttezza logica della relazione di attestazione sia per ciò che riguarda la veridicità dei dati aziendali, sia per quanto attiene all'attuabilità dell'accordo, in particolare per i creditori aderenti”.

(95) C. Trentini, *op. cit.*, 491.

(96) Trib. Busto Arsizio 19 febbraio 2016, 7, secondo cui “la presenza o meno di opposizioni all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti assume rilevanza in relazione al contenuto del controllo del Tribunale (...). Qualora sia stata proposta opposizione, si instaura un pieno giudizio di merito volta a verificare l'idoneità del piano ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei e, in ogni caso, volto a valutare gli accordi alla luce delle contestazioni mosse dall'opponente; diversamente, l'assenza di opposizioni preclude al Tribunale la possibilità di sollevare d'ufficio quelle contestazioni che avrebbero potuto essere sollevate dai creditori estranei e limita il controllo, oltre che agli aspetti formali, alla completezza ed alla congruità della relazione del professionista”.

(97) C. Trentini, *op. cit.*, 492.

(98) C. Trentini, *op. cit.*, 492.

(99) C. Trentini, *op. cit.*, 492; G. Fauceglia, *op. cit.*, 19.

(100) C. Trentini, *op. cit.*, 492.

(101) G. Fauceglia, *op. cit.*, 739; M. Perrino, *op. cit.*, 1451, secondo cui “la valutazione deve essere compiuta a prescindere

Accordi di ristrutturazione

Secondo la dottrina è infine soltanto in presenza di opposizioni (102) che il Tribunale dovrà verificare, ai sensi dell'art. 182 *septies*, comma 4, lett. c), l.fall., che i creditori bancari e finanziari non cui il debitore chieda al Tribunale l'estensione degli effetti dell'accordo "possano risultare soddisfatti, in base all'accordo, in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili", con giudizio da operarsi al momento dell'avvio delle trattative (103) e onere dell'imprenditore di confrontare tra loro le alternative concretamente praticabili. A tal proposito, occorre in primo luogo valutare l'estensione del giudizio di convenienza, e nello specifico se il giudizio comparativo del Tribunale debba essere operato con riferimento ai creditori non aderenti in astratto considerati (104) ovvero alle alternative praticabili per ciascun creditore (105).

Venendo alla questione sicuramente più controversa, occorre chiedersi cosa si debba intendere per "alternative concretamente praticabili" e in che modo debba svilupparsi il controllo del Tribunale. Nel novero delle predette alternative rientra di certo la procedura fallimentare, come anche la giurisprudenza ha avuto modo di precisare (106), così come sembrano essere ricomprese le procedure esecutive individuali qualora siano state avviate da terzi e "i creditori non aderenti abbiano già spiegato intervento" (107).

È stato di contro ritenuto, per vero non pacificamente (108), che rispetto all'accordo di ristrutturazione il concordato preventivo non possa "mai costituire un'alternativa concretamente praticabile" (109).

Peraltro, pur in assenza di una disposizione *ad hoc* e ferme restando le valutazioni da compiersi *ex art.* 182 *bis* l.fall. (110), è stato in dottrina rilevato che anche l'opera del professionista attestatore dovrà essere modulata in ragione dello specifico strumento di risoluzione delle crisi di impresa attivato dal debitore (111) e della necessità di esprimersi in relazione alla conduzione in buona fede delle trattative (112), alla convenienza dell'accordo rispetto alle alternative concretamente praticabili (113), nonché alle conseguenze dell'eventuale mancata estensione dell'accordo ad uno o più creditori bancari e finanziari non aderenti (114).

Ai sensi dell'art. 182 *septies*, comma 4, secondo periodo, l.fall., il Tribunale ha altresì la facoltà di essere coadiuvato da un ausiliario, da nominarsi a fronte della complessità delle valutazioni da compiere; tale soggetto ricopre un ruolo di rilievo in particolare nella valutazione della soddisfazione dei creditori bancari e finanziari non aderenti in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili e nell'indirizzare il controllo in merito alla strutturazione delle categorie (115).

Ulteriore questione di evidente rilevanza pratica è la possibilità di un'omologazione parziale, ossia un

dal fatto che sia stata o no proposta opposizione dai creditori BIF cui si chiede di estendere l'accordo".

(102) C. Trentini, *op. cit.*, 494, che rileva pragmaticamente che "se [l'accordo] sta bene ai creditori, non si capisce perché non dovrebbe star bene a tutti"; *contra* cfr. P. Valensise, *op. cit.*, 294.

(103) G. Fauceglia, *op. cit.*, 741, secondo cui "un giudizio di convenienza può richiamarsi in ragione (solo) delle alternative praticabili nel momento stesso in cui la trattativa è stata iniziata".

(104) C.L. Appio, *op. cit.*, 21. Nello stesso senso L. Provaroni, *op. cit.*, 77; Cndcec, *op. cit.*, 7; L. Quattrocchio, *op. cit.*, 14; C. Trentini, *op. cit.*, 478.

(105) B. Inzitari, *op. cit.*, 1190; F. Lamanna, *Speciale Decreto*, cit., 5; P. Valensise, *op. cit.*, 312, secondo cui "il raffronto cui il tribunale è chiamato non è in astratto ma, come precisa la norma, deve essere condotto tra l'accordo speciale di cui si chiede l'omologazione e le alternative concretamente praticabili per quelle banche ed intermediari ai quali, in quanto minoritari e non aderenti, il debitore chiedere di estendere gli effetti dell'accordo".

(106) Trib. Forlì, cit., 6; Trib. Padova, cit., 4.

(107) F. Lamanna, *Speciale Decreto*, cit., 6, secondo cui se le procedure espropriative individuali "non siano state avviate da alcuno, sembra configgere con la necessità di concretezza la mera potenzialità dell'instaurazione del procedimento esecutivo"; cfr. anche L. Quattrocchio, *op. cit.*, 15; P. Valensise, *op. cit.*, 312.

(108) Nel senso di ricomprendere il concordato preventivo nel novero delle alternative concretamente praticabili si sono

espressi L. Quattrocchio, *op. cit.*, 15; Cndcec, *op. cit.*, 7.

(109) F. Lamanna, *Speciale Decreto*, cit., 6, secondo cui "o vi è l'accordo, con i suoi specifici contenuti, o vi è un concordato preventivo, con le sue altrettanto specifiche clausole e condizioni, e l'uno e l'altro non possono proporsi contestualmente, sì che non è mai possibile alcun confronto concreto tra l'uno e l'altro"; L. Provaroni, *op. cit.*, 77.

(110) Si fa riferimento in particolare alla necessaria valutazione in merito alla veridicità dei dati aziendali, all'attuabilità dell'accordo e all'idoneità dello stesso ad assicurare il pagamento integrale dei creditori non aderenti e non coartati nei termini di cui all'art. 182 *bis*, l.fall. (v. Cndcec, *op. cit.*, 9).

(111) P. Valensise, *op. cit.*, 309; Cndcec, *op. cit.*, 10.

(112) Cndcec, *op. cit.*, 10.

(113) Cndcec, *op. cit.*, 10; R. Ranalli, *Speciale Decreto*, cit., 4. *Contra* cfr. C. Trentini, *op. cit.*, 479, secondo cui "deve escludersi che nella relazione dell'attestatore debba prendersi posizione in ordine al presupposto della soddisfazione in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili".

(114) Cndcec, *op. cit.*, 10, secondo cui è necessario che "l'attestatore rappresenti il punto di rottura della fattibilità del piano qualora venisse meno la coercizione di parte o di tutti i creditori finanziari non aderenti".

(115) A. Bombardelli, *op. cit.*, 315, secondo cui l'ausiliario dovrà verificare, in particolare, "che ognuna di esse sia adeguatamente supportata da una ragionevole giustificazione tecnica, senza limitare l'indagine al semplice riscontro della presenza di caratteristiche astrattamente idonee a rendere una classe omogenea e differente dalle altre".

decreto che omologhi l'accordo nonostante il rigetto della richiesta di estensione ai creditori non aderenti.

La soluzione più convincente in proposito è che non possa aprioristicamente escludersi una omologazione dell'accordo pur in assenza di estensione dello stesso ai creditori bancari e finanziari non aderenti (116).

Se da un lato il piano sotteso all'accordo è strutturato per "performare" sull'assunto dell'estensione dell'accordo medesimo ai creditori bancari e finanziari non aderenti e dunque il relativo diniego potrà incidere in maniera significativa sullo piano stesso (117), non si potrebbe per ciò solo recisamente escludere la possibilità di ottenere l'omologa da parte del Tribunale: essa rimane infatti subordinata alla tenuta del piano nella diversa situazione in cui i creditori bancari e finanziari minoritari non aderenti non possano essere coartati, ma debbano invece ricevere lo stesso trattamento riservato agli altri creditori non aderenti.

In estrema sintesi, il controllo da parte del Tribunale rimane un tema controverso e di difficile razionalizzazione, che presenta da un lato il rischio che detto controllo finisca per risultare "un passaggio meramente burocratico" e dall'altro, per converso, che esso renda "quanto mai difficile ottenere l'omologa di questo tipo di accordo" (118).

4.4. I limiti dell'estensione dell'accordo ai creditori bancari e finanziari non aderenti

È da ultimo opportuno precisare che, ai sensi dell'art. 182 *septies*, comma 7, l.fall., ai creditori bancari e finanziari non aderenti cui sia esteso l'accordo di ristrutturazione non possa essere imposta l'esecuzione di "nuove prestazioni". Come appare evidente, la principale problematica sarà dunque indi-

viduare quali prestazioni possano essere definite effettivamente "nuove", anche alla luce del rilievo per cui "l'imprenditore in crisi generalmente non chiede ai propri creditori solo una dilazione del termine di adempimento delle proprie obbligazioni, ma domanda anche altre misure che possono consistere nella riduzione dei debiti, nella concessione di nuove linee di credito, nel mantenimento di quelle vecchie" (119).

Dunque, ad una prima lettura, sembra doversi affermare in maniera recisa che, salvo quanto disposto in materia di locazione finanziaria (120), ai creditori bancari e finanziari non aderenti potrebbe essere imposto "ogni tipo di rimodulazione/ristrutturazione del relativo credito, dallo stralcio tout court, al riscadenziamento, finanche alla conversione ad esempio in partecipazioni di rischio ovvero in strumenti finanziari partecipativi" (121) mentre, di contro, "l'effetto imposto ai creditori non aderenti non può consistere nel vincolo ad assumere o perpetuare vincoli obbligatori" (122).

La linea di discriminazione tra una prestazione coercibile e una non coercibile appare dunque essere l'aggravamento o meno della posizione debitoria dell'istituto di credito (123). Infatti, mentre stralci e rimodulazioni del credito non comporterebbero un aggravamento dell'esposizione al rischio del creditore, la concessione di nuova finanza sarebbe rimessa all'autonomia privata (124).

Un aspetto particolarmente delicato e significativo (125) è poi quello relativo al mantenimento in essere le linee autoliquidanti esistenti, intendendosi le stesse come quelle operazioni creditizie per cui "la banca smobilizza un credito non ancora scaduto anticipandone al cliente il valore nominale, se del caso previa deduzione dell'interesse, a fronte della

(116) C.L. Appio, *op. cit.*, 23; G. Fauceglia, *op. cit.*, 741; M. Fabiani, *Gli accordi cit.*, 926; G. Verna, *op. cit.*, 497; A. Nigro, *op. cit.*, 4. *Contra* P. Valensise, *op. cit.*, 313, secondo cui "sembra difficilmente percorribile la diversa, ulteriore ipotesi di una sorta di omologazione parziale, che cioè non comporti la richiesta estensione degli effetti ad uno dei creditori bancari/finanziari minoritari non aderenti".

(117) P. Valensise, *op. cit.*, 313; F. Lamanna, *Speciale Decreto*, cit., 4.

(118) F. Lamanna, *Speciale Decreto*, cit., 6; cfr. anche C.L. Appio, *op. cit.*, 22.

(119) L. Varotti, *op. cit.*, 11.

(120) Il legislatore ha avuto cura di specificare che non rientra nel novero delle nuove prestazioni il mantenimento della concessione di beni in locazione finanziaria; tale previsione, dunque, potrà esser oggetto di estensione ai creditori bancari e finanziari non aderenti.

(121) P. Valensise, *op. cit.*, 309; cfr. anche R. Ranalli, *Speciale Decreto*, cit.; C. Trentini, *op. cit.*, 488; L. Quattrocchio, *op. cit.*, 21. Si è ritenuto che non sia coercibile "l'erogazione di

nuove prestazioni, la concessione di nuovi finanziamenti, l'erogazione di nuovi finanziamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare finanziamenti esistenti" (Cndcec, *op. cit.*, 8.), mentre potrebbero essere estese ai creditori bancari e finanziari non aderenti le previsioni concernenti "la remissione parziale del credito, la dilazione del rimborso del credito, la conversione del credito in quote di capitale o strumenti finanziari partecipativi, le clausole di "convertendo" delle linee di credito utilizzate, la ridefinizione del profilo di interessi e/o commissionale, le regole di waterfall e di cash sweep, il pactum de non petendo e le clausole di infallibilità, le clausole specifiche in caso di vendita di beni sui quali insiste la garanzia ipotecaria" (Cndcec, *op. cit.*, 9).

(122) M. Perrino, *op. cit.*, 1450; L. Quattrocchio, *op. cit.*, 21.

(123) R. Ranalli, *La convenzione di moratoria di cui all'art. 182 septies*, in questa *Rivista*, 2016, 898.

(124) A. Didone, *op. cit.*, 1963.

(125) R. Ranalli, *La convenzione*, cit., 898, secondo cui "le linee autoliquidanti costituiscono il tema di maggiore criticità in materia di coercizione dei creditori non aderenti negli accordi di ristrutturazione".

canalizzazione del pagamento del terzo a favore della banca stessa” (126).

Sul punto, a un primo orientamento che ha ritenuto che le linee di credito “scaricate” dopo la stipula dell’accordo non possano essere nuovamente utilizzate, nemmeno nel limite delle disponibilità esistenti (127), se ne contrappone un secondo, che è stato ritenuto essere più in linea con le linee guida della riforma (128), che ha ritenuto di consentire “di mantenere operative le linee autoliquidanti, per l’ammontare effettivamente utilizzato al momento di riferimento, con possibilità di accedere a nuove anticipazioni in via revolving o meglio simmetrica agli scarichi intervenuti” (129). Secondo tale ultima tesi, una volta “scaricate” le linee l’imprenditore potrebbe continuare ad utilizzare l’affidamento, nei limiti delle somme precedentemente “tirate”.

In conclusione si è osservato che, in linea generale, “ai creditori non aderenti può essere chiesto di subire gli effetti degli accordi stipulati da altri ma non anche di agevolarli attivamente, perché questo sarebbe troppo” (130) mentre, con riferimento alle linee di credito autoliquidanti, la banca sarebbe vincolata “nei limiti dell’affidamento utilizzato (...) e deve consentire il normale smobilizzo e il simmetrico riutilizzo” (131).

5. Conclusioni

Tirando le fila, si può in primo luogo rilevare che, nonostante la recentissima introduzione e i tempi

relativamente lunghi necessari all’implementazione di uno strumento di risoluzione concordata della crisi, gli accordi di ristrutturazione *ex art. 182 septies* l.fall. abbiano avuto un certo successo tra gli operatori del settore, o almeno ne abbiano suscitato l’interesse. Particolare è, peraltro, anche il momento in cui la novella si colloca, in quanto parzialmente sovrapposta ai lavori della commissione Rordorf e al relativo esame parlamentare; a tal proposito, una conferma della bontà dell’introduzione normativa può rinvenirsi nel recepimento, da parte della stessa commissione Rordorf, dell’impostazione dell’art. 182 *septies* l.fall. e nella previsione di estensione dei principi ivi contenuti anche al di fuori dell’ambito bancario-finanziario.

Sebbene a tal proposito sia naturalmente doveroso attendere il provvedimento governativo di attuazione della delega e valutarne attentamente i risvolti pratici, sembra per ora concesso esprimere, in accordo con i primi commentatori (132), un primo giudizio di favore nei confronti dell’accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e nutrire una tenue speranza che l’impostazione ad esso sottesa possa rappresentare una sorta di “nuovo corso” per la disciplina nazionale della crisi d’impresa.

(126) L. Andretto, *Effetti del concordato preventivo sulle linee di credito autoliquidanti aperte alla data della domanda*, in questa *Rivista*, 2016, 1372.

(127) R. Ranalli, *La convenzione*, cit., 898.

(128) Cndcec, *op. cit.*, 8; M. Fabiani, *La convenzione di moratoria diretta a disciplinare in via provvisoria gli effetti della crisi*, in questa *Rivista*, 2015, 1274; S. Ambrosini, *op. cit.*, 52.

(129) R. Ranalli, *La convenzione*, cit., 898; Cndcec, *op. cit.*, 8.

(130) N. Nisivoccia, *op. cit.*, 1184.

(131) M. Fabiani, *La convenzione*, cit., 1274; O. Cagnasso - L. Panzani, *op. cit.*, 3146.

(132) V., su tutti, l’audizione conoscitiva del dott. Luciano Panzani presso la Camera dei Deputati, disponibile all’indirizzo www.camera.it, 8. Cfr. anche, nello stesso senso, P. Valensise, *op. cit.*, 291; M. Bianca, *op. cit.*, 544; A. Nigro, *op. cit.*, 10. *Contra* M. Perrino, *op. cit.*, 1457, secondo cui l’accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari si risolverebbe in “una nuova, semplificata forma di concordato, alleggerita delle garanzie e degli oneri del concordato preventivo maggiore, in considerazione della loro (almeno dal legislatore, ritenuta) superfluità rispetto a creditori professionali specifici, quali appunto banche e intermediari finanziari”.

OPERATORI STRANIERI E MERCATO ITALIANO DEGLI APPALTI PUBBLICI

di Antonio Pavan

€ 38

Cod. 00216483

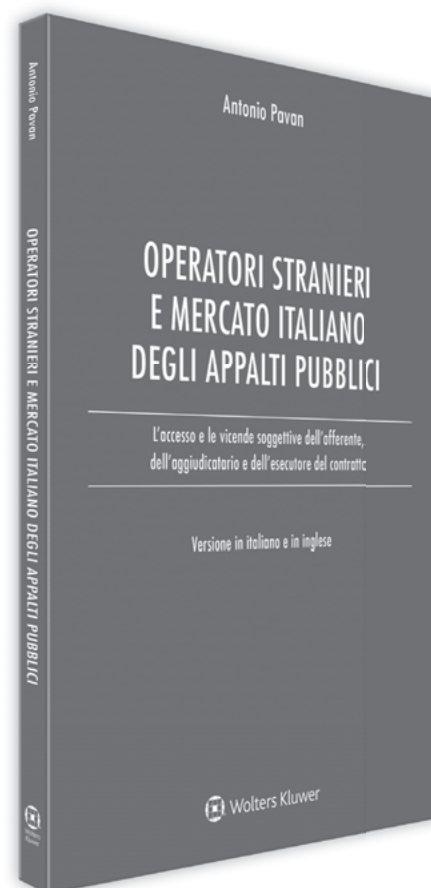
Il volume tratta la materia degli appalti pubblici dal punto di vista dell'**operatore straniero** che intenda partecipare alle **gare** indette dalle amministrazioni italiane per **lavori, servizi e forniture**.

Lo fa esaminando alcuni principi cardine e fornendo delle nozioni utili per coloro i quali decidano di affacciarsi al **mercato italiano** che, in Europa, rappresenta il quarto per importanza.

In un'ottica di **Mercato unico europeo**, è infatti indispensabile dotare tutti gli operatori, e quindi anche quelli appartenenti agli altri Paesi membri, di **strumenti per competere efficacemente al di fuori del territorio nazionale**.

Lo stesso ragionamento, in una visione di **Mercato globale**, può applicarsi anche agli operatori dei Paesi extraeuropei che guardino all'Italia e all'Europa con interesse.

Di qui, la scelta di redigere l'opera non solo in italiano, ma anche **in lingua inglese**.



In itinere: novità giurisprudenziali

a cura di Massimo Ferro

FALLIMENTO

RINUNCIA ALL'ISTANZA DI FALLIMENTO IN SEDE DI RECLAMO

Cassazione Civile, Sez. I, 28 giugno 2017, n. 16180 - Pres. Dogliotti - Est. Fichera - Fallimento Onis S.r.l. c. Onis S.r.l. e al.
(Legge fallimentare artt. 6, 15, 18)

Le dichiarazioni di **desistenza dagli originari ricorsi di fallimento**, depositate da **tutti i creditori** istanti e in pendenza del giudizio di reclamo, **non** determinano un'autonoma causa di **revoca del fallimento** stesso. Il ricorso del creditore non integra invero attività solo sollecitatoria, ma è esercizio di un'azione volta alla tutela di un credito dell'istante ed esige, perché il giudice possa pronunciarsi nel merito, che la domanda non sia rinunciata per la durata del procedimento dichiarativo. Dunque la desistenza **non** spiega effetto se intervenuta **dopo** la **pubblicazione** della **sentenza** di fallimento e non influisce di per sé sull'esito del reclamo ex art. 18 l.fall.

COMPENSO DELL'AMMINISTRATORE E PRIVILEGIO NEL FALLIMENTO DI SOCIETÀ

Cassazione Civile, Sez. I, 13 giugno 2017, n. 14694 - Pres. Didone - Est. Campese - M. c. Fall. Bosco Industrie meccaniche S.p.a.
(Legge fallimentare artt. 98, 99; cod. civ. artt. 1226, 1704, 2364, 2389, 2392, 2751 bis)

L'**amministratore** che **insinui al passivo** del fallimento della società il proprio **credito al compenso**, ove esso non sia stato predeterminato in atto costitutivo o delibera d'assemblea, ha un diritto che è regolato, nell'*an* e nel *quantum*, dai **principi del mandato** (nella specie, attenendo il caso a fatti disciplinati dal testo degli artt. 2364, 2389, 2392 c.c., richiamanti l'art. 1704 c.c., anteriori al D.Lgs. n. 6 del 2003). Dunque i riferimenti sono alla **diligenza del mandatario**, alla possibile **quantificazione giudiziale**, al **criterio liquidatorio secondo l'equità**, cioè a natura, quantità e qualità dell'attività svolta, nonché ai risultati utili. Quando poi in giudizio, nel fallimento su eccezione del curatore, si elevino dei **fatti antagonisti all'interesse sociale** e dunque pregiudizi arrecati alla società, così da elidere il credito insinuato, il giudice d'appello non può limitarsi ad un rinvio *per relationem* alla sentenza di primo grado e per essa alla c.t.u., ove non dettagli la condivisione di quelle risultanze in relazione ai motivi d'impugnazione non accolti.

OPPOSIZIONE ALLO STATO PASSIVO E REVOCATORIA INCIDENTALE DI PROCEDIMENTO NEGOZIALE INDIRETTO

Cassazione Civile, Sez. I, 7 luglio 2017, n. 16851 - Pres. Nappi - Est. Genovese - MPS Gestione crediti banca S.p.a. c. Fallimento Pulimars multiservizi S.r.l.
(Legge fallimentare artt. 67, 98, 99; D.Lgs. 1 settembre 1993, art. 38)

La erogazione di un **mutuo fondiario ipotecario non** destinato, secondo un riscontro sostanziale, a creare effettiva **disponibilità di nuova provvista** nel mutuatario già debitore (per rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale) può integrare un **procedimento negoziale indiretto** (in frode ai creditori) della simulazione e della novazione, divenendo perciò inefficace a valle il pagamento. Così l'**interesse della curatela** a perseguire il risultato utile alla massa dei creditori si risolve nell'affermazione della **nullità dell'operazione economica** a monte nel suo complesso, da cui deriva la inefficacia degli atti posti in essere per il suo perseguimento, caducandosi la stessa iscrizione ipotecaria, trattandosi di **atto solutorio anomalo**. Né può farsi questione di limite all'azione del curatore, ove gli elementi costitutivi della sua eccezione siano già ricompresi nel provvedimento reiettivo dell'ammissione al passivo.

NOTIFICA A MEZZO PEC DELL'ISTANZA DI FALLIMENTO A LIQUIDATORE INCAPACE NATURALE

Cassazione Civile, Sez. I, 9 giugno 2017, n. 14434 - Pres. ed Est. Nappi - Fabiano Industrie Olearie S.r.l. c. Banca Popolare del Mezzogiorno
(Legge fallimentare art. 15; cod. civ. art. 428)

La validità della **notifica a mezzo PEC** dell'istanza di fallimento, per come risultante dal relativo sistema di ricezione, prescinde dallo stato soggettivo del destinatario, nel caso la asserita 'incapacità naturale' del liquidatore, che avrebbe nella specie aperto la posta solo dopo la dichiarazione di fallimento. Per la Corte, va ribadito che più in generale lo **stato di incapacità naturale** del destinatario **non** ha incidenza sulla **validità della notificazione** di un atto, a differenza delle vicende di privazione legale della capacità di agire.

LIMITI AL FALLIMENTO DI SOCIETÀ AGRICOLA

Cassazione Civile, Sez. I, 15 giugno 2017, n. 14885 - Pres. Didone - Est. Ferro - G. c. Azienda agricola Bisceglia S.r.l.
(Legge fallimentare artt. 1, 147; cod. civ. artt. 2082, 2135)

Il fallimento di una società di capitali avente ad oggetto l'**esercizio di attività agricola** non può di per sé essere dichiarato per via della **forma** assunta da tale imprenditore, occorrendo pur sempre la prova dell'esercizio di attività commerciale ovvero del difetto di **collegamento funziona-**

Giurisprudenza

Le dell'attività con la terra, come fattore produttivo o quando le **attività connesse** assumano portata prevalente, cioè **sproporzionata** rispetto a coltivazione, allevamento o silvicoltura. Nella specie, avanti al giudice di merito, la c.t.u. aveva riscontrato che la produzione vitivinicola proveniva da uve della stessa azienda. Né era di ostacolo alla ribadita esenzione l'avere in precedenza la società proposto **domanda di concordato preventivo**, essendo necessario apprezzare la **commercialità al momento** della decisione sulle istanze di fallimento.

CREDITO PROFESSIONALE ED ECCEZIONE DI
INADEMPIMENTO DEL CURATORE NELLA OPPOSIZIONE
ALLO STATO PASSIVO

Cassazione Civile, Sez. I, 28 giugno 2017, n. 16182 - Pres. Ambrosio - Est. Scaldaferrì - L. c. Fall. Akropack S.r.l.
(*Legge fallimentare art. 99*)

La **parte resistente** nel giudizio di opposizione allo stato passivo e che **si costituisca in giudizio oltre il termine di 10 giorni** prima della data fissata per l'udienza, **non** è ammessa a formulare **eccezioni di merito** non rilevabili d'ufficio, precluse dalla decadenza prevista dal comma 7 dell'art. 99 l.fall. Così, se il curatore si costituisce, come nella specie, solo all'udienza, gli è impedita la facoltà di **eccepire l'inesatto adempimento del creditore**, in questo caso il professionista che aveva operato per la fallita.

INSINUAZIONE TARDIVA DI CREDITO E PRESCRIZIONE PER
MANCATA RIASSUNZIONE DEL GIUDIZIO DI LAVORO
INTERROTTO

Cassazione Civile, Sez. I, 9 giugno 2017, n. 14437 - Pres. Didone - Est. Di Virgilio - C. c. Fallimento Sorisi S.r.l.
(*Legge fallimentare artt. 24, 43, 52; cod. civ. artt. 2943, 2945; cod. proc. civ. artt. 38, 305, 310, 409, 423*)

Intervenuto il fallimento, le **domande** proposte **avanti al giudice del lavoro** per il riconoscimento del proprio credito, vanno **insinuate al passivo** della procedura, essendo la relativa decisione l'unico titolo per l'ammissione al concorso, anche con la prelazione vantata. Se pertanto il processo pendente, formalmente interrotto ai sensi dell'art. 305 c.p.c., non sia stato **riassunto nel relativo termine**, non basta invocare la competenza funzionale dell'organo fallimentare ed ivi dedurre il credito con l'insinuazione, ove nel frattempo la **prescrizione del diritto** sia decorsa, per effetto del citato provvedimento reso dal giudice del lavoro, con processo dichiarato "interrotto per fallimento del datore". La **conservazione dell'effetto sospensivo** del giudizio lavoristico, infatti, implicava ex art. 2945, comma 3, c.c. la riassunzione, così da evitarne l'estinzione, conseguendone nel caso solo il permanere dell'effetto interruttivo della iniziale notifica del ricorso ex art. 409 c.p.c. e applicandosi la prescrizione quinquennale ex art. 2948, nn. 4 e 5, c.c., per il caso di credito per retribuzione e T.F.R. Parimenti è corretto, nella causa di opposizione allo stato passivo, l'accertamento incidentale dell'avvenuta estinzione del primo giudizio, integrando essa il titolo per far valere la prescrizione del credito.

ECCEZIONE DEL CURATORE SUL CREDITO TRIBUTARIO
DOPO LA NOTIFICA DELLA CARTELLA DI PAGAMENTO NON
IMPUGNATA

Cassazione Civile, SS.UU., 13 giugno 2017, n. 14648 - Pres. Rordorf - Est. Di Virgilio - Riscossione Sicilia S.p.a. c. Fallimento Giammona Pindemonte s.d.f.
(*Legge fallimentare artt. 51, 52, 96; D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 2*)

In tema di debiti tributari, pur se **insinuati al passivo** sulla base di una **cartella di pagamento** già **notificata** e non constando impugnazione, il curatore non può **eccepire la prescrizione** dei crediti tributari senza determinare su tale difesa la necessità di un accertamento riservato alla **giurisdizione del giudice tributario**, conseguendone l'ammissione con riserva del credito in oggetto. Infatti l'attribuzione alle commissioni tributarie, con l'art. 2 del D.Lgs. n. 546 del 1992, della cognizione di tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie, si estende alle questioni relative all'*an* o al *quantum* del tributo, arrestandosi solo di fronte agli atti della esecuzione tributaria. Anche dunque l'eccezione di prescrizione, quale **fatto estintivo dell'obbligazione tributaria**, rientra nella giurisdizione del giudice che abbia giurisdizione in merito alla obbligazione, altrimenti derivandone, se il giudice delegato abbia ciononostante deciso e senza la necessaria clausola di riserva, una questione di giurisdizione, segnando la pronuncia del debordamento dai limiti della giurisdizione propria. D'altronde, ricordano le Sezioni Unite, rientra nel **potere officioso giudiziale l'ammissione con riserva**, cioè l'opposizione di una condizione all'ammissione del credito, potendo il giudice, accogliendo una domanda di insinuazione, affiancarle una condizione eventualmente prevista dalla legge e risultante dagli atti ovvero rettificare l'indicazione della circostanza condizionante ivi erroneamente prospettata.

CONCORDATO PREVENTIVO

PLURALITÀ PROGRESSIVA DI PARTI RICHIEDENTI IL
FALLIMENTO E RITO DEL RECLAMO

Cassazione Civile, Sez. I, 22 giugno 2017, n. 15466 - Pres. Didone - Est. Ferro - Seredil S.r.l. c. Fall. Seredil S.r.l. e al.
(*Legge fallimentare artt. 7, 18, 161, 162; cod. proc. civ. artt. 190, 352*)

Nella procedura di reclamo avverso la dichiarazione di fallimento, **esaurita la discussione**, il tribunale **non** ha alcun obbligo di fissare ulteriori **adempimenti difensivi**, modellati sul regime dell'appello, applicandosi il rito camerale di cui agli artt. 739 ss. c.p.c. e già prevedendo l'art. 18 l.fall. che il collegio, "sentite le parti", provveda con sentenza. Parimenti, nessun vizio sussiste nel caso di concordato preventivo con riserva rinunciato, cui segua la convocazione camerale del debitore poiché già raggiunto da istanza di fallimento, cui se ne aggiunga un'altra (del P.M.) all'udienza stessa.

ESECUZIONE DEL CONCORDATO E IMPUGNAZIONE DI
PROVVEDIMENTI DEL TRIBUNALE SULLA LIQUIDAZIONE

Cassazione Civile, Sez. I, 20 giugno 2017, n. 15185 - Pres. Nappi - Est. Genovese - Sanità Giulio S.n.c. c. S.G.A. S.p.a. e al.
(Legge fallimentare artt. 136, 137, 186)

Una volta che il concordato sia stato omologato, la pronuncia con cui il tribunale rigetti la relativa istanza di risoluzione non è ricorribile per cassazione, trattandosi di provvedimento che non decide in via definitiva e diretta su un diritto soggettivo del creditore istante e l'indirizzo va ribadito anche con riguardo alle direttive con cui si impartiscano spe-

cifiche modalità di conduzione della procedura. Tali principi trovano applicazione anche quando il **tribunale** adotti **provvedimenti riconformativi** della **liquidazione concordataria**, in particolare dei beni dati in garanzia e benché sia contestato che, con la citata decisione, si sia attuato il passaggio da un concordato remissorio ad uno sostanzialmente imperniato sulla liquidazione. La fonte di quella decretazione è nel sistema di rimandi dall'art. 185 l.fall. all'art. 136 l.fall., che ora prevede al terzo comma l'intervento giudiziale officioso con misure idonee al conseguimento delle finalità del concordato.

LIBRI

Disponibile in E-BOOK

COLLANA: MANUALI PER LA PROFESSIONE

CURATORE FALLIMENTARE

a cura di Michele Monteleone

in collaborazione con Antonio Costa, Luigi Giarratana, Luca Nisco

L'opera fornisce ai professionisti un quadro d'insieme di tutti gli aspetti inerenti alla corretta **gestione delle procedure fallimentari**.

Gli Autori delineano il ruolo del Curatore Fallimentare, divenuto figura centrale, tratteggiando sia i profili giuridici che quelli di gestione economico - aziendale della procedura.

Nella Parte I del volume, attraverso indicazioni concrete e coordinate di orientamento (desunte dalla prassi), si perviene alla **univoca soluzione delle questioni applicative controverse**, anche attraverso l'esame delle disposizioni normative di riferimento, reinterpretate alla luce della recente novella legislativa introdotta con il D.L. 83/2015, conv. in L. 132/2015, nonché con il D.L. n. 59/2016, conv. in L. 119/2016, fino a giungere all'ultimo **D.L. 22/10/2016, n. 193**, conv. in **L. 01/12/2016, n. 225**.

La variegata ed aggiornata illustrazione

di tutte le tematiche afferenti il governo della procedura fallimentare, insieme all'approfondimento anche teorico di ogni istituto esaminato, rende il lavoro, un utile **strumento di consultazione**.

L'opera si avvale, inoltre, della **collaborazione di specialisti** dei settori aziendale, fiscale/tributario e penale. Completano la trattazione le **Formule finali**.

Wolters Kluwer Italia 2017, pagg. 768

Prezzo: € 60,00

Codice: 216486

ISBN: 978-88-217-6146-1

Per informazioni e acquisti

• **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.824761 – fax 02.82476403)

• **Agenzie Ipsoa di zona**
www.shop.wki.it/agenzie

• www.shopwki.it



Esecutività dello stato passivo

Cassazione Civile, Sez. I, 1° giugno 2017, n. 13886 - Pres. A. Nappi - Rel. L. Nazzicone - P.M. L. Salvato (diff.) - Equitalia Centro S.p.a. (avv.ti M. Cimetti, G. Parente e S. Ricci) c. Curatela del fallimento della società La Piramide S.r.l. (avv.ti L. Di Eugenio e M. Battaglia)

Fallimento - Accertamento del passivo - Insinuazioni tardive - Carattere unitario - Decreto di esecutività - Impugnazione

(Legge fallimentare artt. 95, 96, 97, 98, 99, 101)

In materia di fallimento, anche il procedimento di accertamento dello stato passivo riguardante le domande di insinuazione tardiva ai sensi dell'art. 101 l.fall., benché la loro trattazione sia frazionabile in più udienze, si conclude con il decreto di esecutività reso ex art. 96, ultimo comma, l.fall., unico e tipico provvedimento a contenuto precettivo, il cui termine per l'impugnazione decorre solo dalla sua comunicazione, mentre è inammissibile un'impugnazione del provvedimento di ammissione di singoli crediti perché in contrasto con l'esigenza di definizione unitaria di tutte le questioni concernenti lo stato passivo.

La Corte (omissis).

1. - Con l'unico motivo, la ricorrente deduce violazione o falsa applicazione degli artt. 95-97, 99 e 101 l.fall., avendo il tribunale ritenuto che il termine per l'impugnazione decorresse dal 28 giugno 2013, quando, tuttavia, il procedimento non era ancora concluso, mancando l'esame delle ultime domande di insinuazione: invero, gli artt. 95, u.c., e 96, comma 4 (*rectius*, 5), l.fall. dispongono che la dichiarazione di esecutività segua all'esame di "tutte le domande"; né si ammette una esecutività "in via progressiva" dello stato passivo, avendo il procedimento di verifica dei crediti necessariamente natura unitaria.

2. - Il motivo è fondato.

2.1. - Il ricorso pone la questione se il procedimento per la trattazione delle domande di insinuazione tardiva debba essere unitario, escludendosi l'approvazione frazionata dello stato passivo (ad integrazione del decreto di approvazione dello stato passivo delle domande tempestive), oppure se sia possibile procedere a successive approvazioni frazionate, con ogni conseguenza circa i termini per l'impugnazione.

2.2. - Con riguardo al procedimento di verifica delle domande di ammissione tempestive, la legge prevede, all'art. 96 l.fall., che, se le operazioni non possano esaurirsi in una sola udienza, il giudice ne rinvii la prosecuzione "a non più di otto giorni", e che, terminato "l'esame di tutte le domande, il giudice delegato forma lo stato passivo e lo rende esecutivo con decreto depositato in cancelleria"; per l'art. 97 l.fall., poi, il curatore "immediatamente dopo la dichiarazione di esecutività dello stato passivo, ne dà comunicazione trasmettendo una copia a tutti i ricorrenti".

Il procedimento di accertamento dello stato passivo si conclude dunque con il decreto di esecutività, avverso il quale sono previsti rimedi impugnatori tipici. Il modello procedimentale tracciato si articola in varie scansioni, aventi ciascuna una propria identità strutturale, ma non sostanziale, ed inscindibilmente collegate, le quali si fondono nel provvedimento finale, rispetto al

quale assolvono ad una funzione solo preliminare, prodromica ed interlocutoria.

Dunque, questa Corte ha affermato che il giudice delegato, sia se provvede a stilare il progetto dello stato passivo, sia quando procede alla sua verifica nell'adunanza, pronunzia provvedimenti che non contengono statuizioni incidenti sulle posizioni sostanziali portate al suo esame dai creditori, poiché il suo potere cognitivo non si esaurisce con tali determinazioni, singolarmente considerate, ma unicamente con il decreto di esecutività, nel quale confluiscono e che le assorbe (Cass. 17 gennaio 2003, n. 650): il decreto di esecutività dello stato passivo "costituisce l'esclusivo e tipico provvedimento di contenuto precettivo, che attribuisce forza autoritativa alle decisioni assunte nelle fasi che lo hanno preceduto e preparato, fattispecie esclusiva dell'effetto esecutivo dello stato passivo" (così Cass. n. 650 del 2003, cit.).

Nello stesso senso, l'esigenza di definizione unitaria di tutte le questioni concernenti lo stato passivo ha indotto il legislatore a configurare l'opposizione dei creditori esclusi o ammessi con riserva, di cui all'art. 98 l.fall., come rimedio impugnatorio avverso il decreto di esecutività dello stato passivo: il legislatore ha configurato l'azione del creditore come impugnazione del predetto decreto di esecutività e regolato il procedimento in modo rigorosamente unitario, onde si nega una opposizione al passivo "anticipata" rispetto al deposito del decreto di cui all'art. 97 l.fall. (Cass. 15 gennaio 2010, n. 559).

Al riguardo, occorre chiarire (in parziale dissenso da Cass., sez. lav., 11 luglio 2016, n. 14099) che il provvedimento di esecutività dello stato passivo segue all'esame di tutte le domande di ammissione, purché tempestive, essendo il relativo procedimento unitario. È vero senz'altro, cioè, che il decreto di esecutività dello stato passivo, come affermato da tale precedente, presupponga "sia stato completato l'esame di tutte le domande, restando escluso che, in relazione alle domande man mano esaminate nella prima udienza e nelle successive udienze di rinvio, possano essere adottati altrettanti decreti di esecutività, unico essendo il provvedimento

contro il quale sono ammesse le impugnazioni di cui all'art. 98 l.fall." e che "la procedura di accertamento del passivo è destinata a chiudersi e ad acquistare giuridica rilevanza solo con il decreto di esecutività emesso dopo l'esame di tutte le domande e la formazione dello stesso passivo": ma il principio va precisato nel senso che esso si attaglia - come meglio ora si dirà - a ciascun procedimento di esame delle domande, l'uno avente ad oggetto le tempestive e l'altro le tardive.

2.3. - Per quanto attiene le domande di insinuazione tardiva, esse vanno decise secondo le previsioni dell'art. 101 l.fall.

Il procedimento di ammissione tardiva è equiparato dal legislatore, sotto il profilo strutturale e funzionale, a quello ordinario: la presentazione delle domande di ammissione in via tardiva apre, invero, una specifica ed ulteriore verifica, retta dalle medesime regole.

Dispone, infatti, l'art. 101, comma 4, l.fall.: "Il procedimento di accertamento delle domande tardive si svolge nelle stesse forme di cui all'art. 95. Il giudice delegato fissa per l'esame delle domande tardive un'udienza ogni quattro mesi, salvo che sussistano motivi d'urgenza. Il curatore dà avviso [...] a coloro che hanno presentato la domanda, della data dell'udienza. Si applicano le disposizioni di cui agli artt. da 93 a 99".

Dunque, da un lato, la norma configura un autonomo procedimento, che riguarda le insinuazioni tardive e che si modella su quello delle domande tempestive; dall'altro lato, essa indica, nell'ambito del procedimento stesso, la possibilità del mero "frazionamento" dell'udienza di trattazione, le quali dunque, a fini di efficienza della trattazione delle domande di ammissione, ben potranno essere più d'una, ma non prevede invece la parzialità del decreto che decide sulle domande tardive, sebbene trattate in più udienze, il quale sembra allora più adeguato reputare necessariamente unico, come per le domande tempestive; se, poi, per le domande tardive sia stata fissata una stessa udienza di trattazione, la decisione delle medesime dovrà essere necessariamente unitaria.

2.4. - A questo punto, occorre concludere che il termine per l'impugnazione, secondo il combinato disposto degli artt. 97 e 99 l.fall., decorre dalla comunicazione della dichiarazione di esecutività riguardante l'intero stato passivo, e non da comunicazioni che ineriscano a ciascuno o ad alcuni crediti soltanto.

Né l'esistenza, eventuale, di uno o più atipici decreti di esecutività dello stato passivo, pronunciati prima ancora di avere esaurito l'esame di tutte le domande, potrebbe indurre a diversa conclusione, in forza del menzionato principio della necessaria unitarietà di approvazione di esso, che trova fondamento nell'esigenza di potenziale contraddittorio c.d. incrociato di tutti i creditori, legittimati ad interloquire su tutte le domande proposte: onde resterebbe irrilevante una "doppia" o "tripla" approvazione dello stato passivo medesimo.

Il decreto di esecutività dello stato passivo anche per le insinuazioni tardive è, in altri termini, l'esclusivo e tipico provvedimento di contenuto precettivo, che attribuisce forza autoritativa alle decisioni assunte nelle fasi che lo hanno preceduto e preparato; laddove i precedenti provvedimenti sono, invece, elementi interni alla fattispecie progressiva in cui si scandisce la procedura di accertamento del passivo, destinato a chiudersi e ad acquistare giuridica rilevanza solo con il suddetto decreto di esecutività ed insuscettibili, perciò, sia di autonoma efficacia lesiva, sia di anticipata impugnativa.

2.5. - Alla stregua degli esposti principi, la ricorrente non avrebbe potuto impugnare il provvedimento interinale a natura meramente preparatoria ed interno ad una delle fasi in cui si articola il procedimento di accertamento dello stato passivo, che non era di esso conclusivo.

Quali che siano stati i contenuti ultronei, il provvedimento del 25 giugno 2013 - la cui esistenza ha fondato la pronuncia di inammissibilità dell'impugnazione emessa dal tribunale - risulta assunto dal giudice delegato nel corso del procedimento di accertamento dello stato passivo ed era solo indicativo della determinazione che l'organo suddetto intendeva assumere in ordine a taluni crediti, fra cui quello dell'odierna ricorrente, ma non certo definitivo, attesa la ivi disposta "esclusione" della decisione in ordine ad alcune istanze e la successiva dichiarazione di esecutività dello stato passivo in data 16 gennaio 2014. Risultando, dunque, lo stato passivo dichiarato esecutivo e depositato in tale ultima data, con successiva comunicazione da parte del curatore, da questa decorreva il termine per l'impugnazione.

3. - Il ricorso va, pertanto, accolto, con la cassazione del provvedimento impugnato ed il rinvio innanzi all'ufficio di merito, cui si demanda, altresì, la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

(*omissis*).

La non frazionabilità del decreto di esecutività dello stato passivo di Marina Spiotta (*)

La sentenza interviene a fare chiarezza sul *dies a quo* per l'impugnazione dello stato passivo, escludendo che lo stesso possa iniziare a decorrere prima che sia terminato l'esame di tutte le domande tardive contemplate nel progetto depositato prima dell'udienza. Si tratta di un profilo di estrema rilevanza pratica, ma che, a causa della tecnica normativa del rinvio, è rimasto nell'ombra e sul quale si rinvergono pochi precedenti giurisprudenziali.

Breve ricostruzione dei fatti di causa

La vicenda portata all'attenzione della S.C. nasce dalla circostanza che, nella fattispecie, il giudice delegato, all'udienza del 26 giugno 2013, aveva dichiarato esecutivo lo stato passivo, disponendone la comunicazione ai sensi dell'art. 97 l.fall., anche se non aveva ancora esaurito l'esame di tutte le domande tardive pervenute.

Questo "anomalo" (verrebbe da dire "fuorviante" (1)) *modus procedendi* ha ingenerato la rigida presa di posizione del Tribunale di Teramo, a cui avviso la successiva approvazione dello stato passivo "in forma modificata" in data 16 gennaio 2014 (2), della quale era stata data ulteriore comunicazione ai creditori, non era valsa a far decorrere un nuovo termine per impugnarlo ai sensi dell'art. 99 l.fall., "anche considerato che i motivi a giustificazione del ricorso erano da ricondurre alle ragioni di esclusione indicate nel primo provvedimento" (3).

Avverso tale decreto viene proposto ricorso per cassazione sulla base di un unico motivo, con il quale la ricorrente deduce violazione o falsa applicazione degli artt. 95-97, 99 e 101 l.fall., avendo il tribunale ritenuto che il termine per l'impugnazione decorresse in via anticipata dal 28 giugno 2013, quando, invero, il procedimento non era ancora concluso, mancando l'esame delle ultime domande di insinuazione.

Il supremo organo nomofilattico accoglie *in toto* il ricorso, precisando che il termine per l'impugnazione, secondo il combinato disposto degli artt. 97 e 99 l.fall., decorre dalla comunicazione della dichiarazione di esecutività riguardante l'intero stato passivo (depositato prima dell'udienza), e non da comunicazioni che ineriscano a ciascuno o ad alcuni crediti soltanto. Di qui la cassazione del provvedimento impugnato ed il rinvio innanzi all'ufficio di merito anche per la liquidazione delle spese del giudizio di legittimità.

Individuazione del *punctum dolens*

Il problema, di estrema rilevanza pratica, portato all'attenzione della Suprema Corte nasce dal fatto che il procedimento di accertamento delle domande tardive è sbrigativamente disciplinato tramite un integrale rinvio all'*iter* di verifica delle domande tempestivamente proposte. Lo si deduce dall'art. 101, comma 2, l.fall. che, in maniera "ridondante e non ben coordinata" (4), dapprima statuisce che "il procedimento di accertamento delle domande tardive si svolge nelle stesse forme di cui all'art. 95" e poi aggiunge una previsione assorbente rispetto a quella, sopra riportata, che la precede, ossia che "si applicano le disposizioni di cui agli artt. dal 93 al 99" (compreso quindi il 95), senza neppure inserire un'espressa clausola (o riserva) di compatibilità.

Questa tecnica redazionale - che per alcuni commentatori (5) non sarebbe addebitabile ad insi-

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

(1) Come noto, la comunicazione inviata dal curatore ai sensi dell'art. 97 l.fall. deve informare il creditore del diritto di proporre opposizione in caso di mancato accoglimento della domanda. Correttamente la Cassazione considera il decreto di esecutività assunto all'esito dell'udienza del 26 giugno 2013 "ultroneo".

(2) Non sono esplicitate le ragioni di un rinvio così lungo.

(3) Tra le righe della motivazione, riassunta nella parte dedicata alla ricostruzione dei fatti di causa, pare lecito desumere che il Tribunale di Teramo avrebbe optato per un'impostazione

meno rigorosa in ordine al calcolo del termine previsto dall'art. 99 l.fall. qualora i motivi addotti a giustificazione dell'opposizione allo stato passivo fossero stati riconducibili alle ragioni di esclusione indicate nel secondo provvedimento.

(4) Così M. Montanari, *sub art. 101*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Commentario* diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, I, Bologna, 2006, 1551.

(5) M. Montanari, *Le insinuazioni tardive*, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma. Commentario sistematico*, diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, 433.

pienza o trascuratezza del *conditor legis*, ma frutto di una scelta consapevole, volta a consentire lo svolgimento di questa fase con la massima flessibilità - ha sollevato non pochi interrogativi procedurali, troppi anche solo per essere elencati (6), con la conseguenza che il cerino acceso è rimasto nelle mani della dottrina e della giurisprudenza.

La disciplina continua ad essere ermetica e lacunosa nonostante l'intervento del decreto correttivo, che si è limitato a soffermarsi sulla differenza più clamorosa ed a colmare la lacuna più evidente: mancando un'udienza prefissata nella sentenza dichiarativa di fallimento (art. 16, comma 1, n. 4, l.fall.) alla quale siano messi in grado di partecipare tutti i creditori opportunamente notiziati (art. 92 l.fall.), il D.Lgs. n. 169/2007 ha aggiunto all'art. 101, comma, 2, l.fall. l'inciso in base al quale "il giudice delegato fissa per l'esame delle domande tardive un'udienza ogni quattro mesi" (7) (tempistica che, come sottolinea la Relazione di accompagnamento al citato decreto, è coerente con la cadenza temporale impressa dal nuovo art. 110 l.fall. ai riparti parziali (8), ma che ha il difetto dell'eccessiva rigidità (9)), "salvo che sussistano motivi d'urgenza" (10) e che "il curatore dà avviso" (non si precisano le modalità (11)) "a coloro che hanno presentato la domanda" (mancando una "caratterizzazione di tipo temporale" (12), sarebbe preferibile, al fine di attuare un pieno contraddittorio, avvisare anche i

creditori già ammessi al passivo nelle precedenti verifiche (13)) "della data dell'udienza".

Se ne deduce che il frazionamento in tre o (in caso di proroga a diciotto mesi del termine finale per presentare domanda) quattro udienze per l'esame delle domande tardive dovrebbe essere la regola, laddove, per l'accertamento delle domande tempestive, costituisce l'eccezione, applicabile, in teoria, solo qualora le operazioni non possano esaurirsi in una sola udienza, nel qual caso "il giudice ne rinvia la prosecuzione a non più di otto giorni senza altro preavviso per gli intervenuti e per gli assenti" (art. 96, comma 3, l.fall.); nella pratica anche qualora l'autorità giudiziaria, volendo evitare il rischio di decisioni affrettate, ricorra all'*escamotage* di fissare una nuova udienza per l'accertamento di qualche credito non contestato, che gli consenta di pronunciarsi anche su quelli problematici (14).

Il legislatore nulla dice sull'autonoma impugnabilità del provvedimento di ammissione di singoli crediti tardivamente insinuati (15), ossia sull'esecutività "in via progressiva" dello stato passivo.

Questo agnosticismo legislativo ha fomentato diversi dubbi interpretativi ed applicativi.

Ci sono giudici delegati che (come sembrerebbe essere avvenuto nel caso portato all'attenzione della Suprema Corte) dichiarano esecutivo lo stato passivo al termine di ogni udienza "interlocutoria", anche se la stessa viene differita per l'esame di al-

(6) Per un'esauritiva ed efficace sintesi si rinvia a G. Cavalli, *L'accertamento del passivo*, in S. Ambrosini - G. Cavalli - A. Jorio, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. Cottino, XI, 2, Padova, 2009, 599 ss. La prova tangibile dei numerosi dubbi applicativi che quotidianamente devono affrontare gli addetti ai lavori è rappresentata dal numero di quesiti pubblicati sui principali *Forum* di diritto fallimentare: v. www.fallcoweb.it/forum.

(7) La norma non specifica il momento in cui il giudice delegato fissa dette udienze, né il loro numero, né il termine iniziale del decorso del primo quadrimestre: tutti questi silenzi sono posti in risalto da G. Bozza, *Le domande tardive*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da A. Jorio e B. Sassani, II, Milano, 2014, 934, che li risolve in via interpretativa.

(8) Giova in proposito ricordare che ai sensi dell'art. 104 *ter*, ultimo comma, l.fall. costituisce "giusta causa di revoca, in presenza di somme disponibili per la ripartizione, il mancato rispetto dell'obbligo di cui all'art. 110, comma 1, l.fall."

(9) "Costringendo a fare verifiche anche per una o pochissime domande, con spreco di attività - e, come sempre, di comunicazioni - anche quando l'attesa di qualche mese per raccogliere un maggior numero di domande non recherebbe alcun pregiudizio ai creditori": così F. Petrucco Toffolo, *Il procedimento di accertamento del passivo*, in www.ilcaso.it, 4 settembre 2007, 13.

(10) Se ne deduce la possibilità di stabilire scadenze più ravvicinate.

(11) Che probabilmente dovrebbero essere quelle individuate dall'art. 31 *bis* l.fall.

(12) Così AA.VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, a cura di L. Calvosa - G. Giannelli - F. Guerrero - A. Paciello - R. Rosa-pepe, Milano, 2017, 325.

(13) È verosimile che nella formulazione della norma il legislatore abbia dato per scontata la conoscenza del calendario delle udienze delle tardive da parte dei creditori tempestivamente insinuati, ma questo presuppone che il giudice delegato lo fissi all'udienza di verifica delle tempestive. Poiché ciò, nella pratica, accade raramente, la comunicazione soltanto ai creditori tardivi genererebbe un *deficit* di tutela per i creditori tempestivi che, non conoscendo la data dell'udienza, non potrebbero parteciparvi, né fare osservazioni. Ecco perché è consigliabile, ove l'udienza di verifica delle tardive sia stata fissata fuori udienza, darne avviso a tutti i creditori, tanto più che oggi, utilizzando la PEC, tale comunicazione non è più dispendiosa. Sul tema v. *amplius* P. Rampini e T. M. Francioso, *Domande tardive. Insufficienza di attivo. Domande di rivendica e di restituzione*, in A. Jorio (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, II, Torino, 2016, 2107.

(14) Per questo suggerimento v. A. Jorio, *Introduzione*, in A. Jorio (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, I, Torino, 2016, 72, considerazione ripresa da M. Spiotta, *L'accertamento del passivo. Le domande tempestive e i mezzi di impugnazione*, in A. Jorio (a cura di), *Fallimento e concordato fallimentare*, II, Torino, 2016, 2044.

(15) La lacuna è ben sottolineata, tra gli altri, da G. Fauceglia, *L'accertamento del passivo*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali*, diretto da O. Cagnasso e L. Panzani, II, Torino, 2016, 1682.

cune istanze (16). All'estremo opposto, in dottrina, c'è anche chi dubita che sia necessaria una nuova dichiarazione di esecutività dello stato passivo "perché, in realtà, l'accoglimento della domanda tardiva comporta soltanto una modifica dello stato passivo già esecutivo dovuta all'inserimento di un nuovo creditore" (17). In altri termini, non si dovrebbe discorrere di stato passivo "delle domande tempestive" e di stato passivo "tardivo" (18), ma, più propriamente, di aggiornamento dell'unico stato passivo, formato all'esito delle domande tempestive ed integrato dopo le ultime verifiche (19).

Soluzione

La Cassazione, con la sentenza in esame (20), ha affermato l'irrelevanza di uno o più "atipici" (21) decreti di esecutività dello stato passivo, pronunciati prima ancora di avere esaurito l'esame di tutte le domande. Nel passaggio cruciale della motivazione si legge che "il decreto di esecutività dello stato passivo anche per le insinuazioni tardive è (...) l'esclusivo e tipico provvedimento di contenuto precettivo, che attribuisce forza autoritativa alle decisioni assunte nelle fasi che lo hanno preceduto e preparato; laddove i precedenti provvedimenti sono, invece, elementi interni alla fattispecie progressiva in cui si scandisce la procedura di accertamento del passivo, destinato a chiudersi e ad acquistare giuridica rilevanza solo con il suddetto decreto di esecutività ed insuscettibili, perciò, sia di

autonoma efficacia lesiva, sia di anticipata impugnativa".

Il principio va probabilmente interpretato, se si è ben compresa la fattispecie, non nel senso della configurabilità di un'unica "macro-fase" delle domande tardive, che dovrebbe concludersi con un solo decreto di esecutività (come per le domande tempestive), ma come irrilevanza di un mero rinvio della stessa udienza dovuto alle numerose istanze di insinuazione pervenute e all'impossibilità di esaminarle tutte nello stesso giorno. Detto in altri termini, il numero dei decreti di esecutività dovrebbe corrispondere al novero dei progetti di stato passivo depositati ai sensi dell'art. 95 l.fall., mentre sarebbe "depistante" pronunciare, all'esito di ciascuna udienza, un autonomo decreto di esecutività riferito soltanto ad alcune pretese creditorie, anziché a tutte quelle inserite nel relativo progetto.

Rilievi esegetici

La soluzione sintetizzata nella massima, oltre che "tranquillizzante" per i legali (22), pare corretta ed avvalorata dai principali strumenti esegetici.

Dal punto di vista storico, giova ricordare che già l'art. 142 del d.d.l. di riforma delle procedure concorsuali redatto dalla Commissione Trevisanato *bis* (elaborato (23) che ha costituito il modello di riferimento della riforma attuata con il D.Lgs. n. 5/2006) aveva chiaramente optato per un giudizio cumulativo (e non singolare su ciascuna domanda), destinato alla trattazione simultanea, e nel

(16) In realtà, il decreto del giudice delegato di esecutività dello stato passivo riportato nei formulari prevede come *incipit* la precisazione che, "poiché nessun'altra domanda vi è da prendere in esame, il Giudice delegato, visto lo stato passivo come sopra definitivamente formato, visto l'art. 96 l.fall., dichiara esecutivo lo stato passivo come sopra formulato e ne ordina il deposito in cancelleria. Mandi il curatore a darne comunicazione a tutti i creditori che hanno presentato domanda di insinuazione al passivo".

(17) Così G. Bozza, *Le domande tardive*, cit., 936. Anche ad avviso di G. Corno, *sub art. 101*, in P. Pajardi, *Codice del fallimento*, a cura di M. Bocchiola - A. Paluchowski, Milano, 2013, 1229, solo dopo aver terminato l'esame di tutte le domande tardive, il giudice integrerebbe lo stato passivo e lo renderebbe esecutivo con decreto. Come riferisce F. Petrucco Toffolo, *op. cit.*, 13, nei primi mesi di applicazione della riforma "seguendo le indicazioni di qualche commentatore che discorre di stato passivo delle domande tempestive e di stato passivo delle domande tardive, nella maggior parte delle procedure si è scelto di depositare e dichiarare esecutivo, all'esito della verifica delle domande tardive, un nuovo ed autonomo stato passivo. Una lettura più approfondita consente invece di ritenere che lo stato passivo sia l'unico formato all'esito dell'esame delle domande tempestive, che sarà integrato ed aggiornato dopo le ulteriori verifiche".

(18) Aggettivazione riportata tra parentesi (proprio per sottolineare che l'espressione non è tecnica) da S. De Matteis,

sub art. 101, in *Codice commentato alla legge fallimentare* diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2017, 1382 e da G. B. Nardecchia, *sub art. 101*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Padova, 2014, 1316.

(19) Aderendo a tale esegesi, il rinvio all'art. 96 l.fall. andrebbe limitato ai primi due commi (relativi alle modalità della decisione): cfr. F. Petrucco Toffolo, *op. cit.*, 14.

(20) Tempestivamente segnalata da V. Papagni, *La decisione sulle domande tardive deve necessariamente essere unitaria?*, in *www.dirittoegiustizia.it*, 5 giugno 2017.

(21) L'aggettivo "atipici" serve ad enfatizzare la divergenza tra la prassi e le norme scritte nella legge fallimentare.

(22) Quelli più "scrupolosi" avrebbero probabilmente impugnato lo stato passivo fin dalla prima comunicazione ex art. 97 l.fall., tanto più che, secondo un precedente della Cassazione, "i provvedimenti assunti dal giudice in udienza vengono ad esistenza con la loro sola pronuncia, non rilevando a tal fine l'eventuale successivo deposito in cancelleria, sicché è ammissibile l'opposizione avverso il decreto di esecutività dello stato passivo pronunciato in udienza prima che lo stesso sia stato formalmente depositato": così Cass. 27 novembre 2015, n. 24323, in questa *Rivista*, 2016, 1269 (si potrebbe peraltro chiosare che dall'ammissibilità di un'impugnazione in via anticipata sarebbe forzato desumere una decadenza in caso di attesa della comunicazione dell'ultimo provvedimento).

(23) Pubblicato in A. Jorio - S. Fortunato (a cura di), *La riforma delle procedure concorsuali. I progetti*, Milano, 2004.

contraddittorio incrociato dei creditori, di una pluralità di domande. Ed il *simultaneus processus*, sebbene frazionabile in più udienze per ragioni di praticità, dovrebbe esigere l'unitarietà del decreto di esecutività dello stato passivo.

Sul piano *testuale*, come si è anticipato, non si può ignorare la mancanza di un'espressa clausola o riserva di compatibilità correlata al rinvio in blocco, contenuto nel capoverso dell'art. 101, agli artt. dal 93 al 99 l.fall. Di conseguenza, si deve applicare alla lettera l'art. 96, comma 4, l.fall., che, con espressione inequivocabile (tale da legittimare l'applicazione del brocardo *in claris non fit interpretatio*), afferma che il giudice delegato forma lo stato passivo e lo rende esecutivo con decreto depositato in cancelleria solo dopo aver "terminato l'esame di tutte le domande". Per "tutte", se le parole hanno un senso, non possono intendersi solo quelle esaminate all'interno di una singola udienza, ma ci si deve necessariamente riferire all'insieme complessivo delle istanze proposte. Ne consegue che la possibilità di frazionare in più udienze la valutazione delle istanze non implica l'ammissibilità, in via interpretativa, di un "doppio" o "triplo" decreto di esecutività (24).

Sotto il profilo *sistematico*, la presa di posizione della Cassazione si pone nel solco tracciato dalla giurisprudenza di legittimità in tema di domande tempestive (25) ed è coerente con l'orientamento, invero non incontrastato (26), secondo il quale il giudice, su sollecitazione di parte o di propria iniziativa, potrebbe sempre "ritornare sui suoi passi", ossia modificare - senza alcuna formalità ed anche in assenza del creditore istante (27) - i provvedi-

menti (provvisori) assunti in udienza, dopo la chiusura della stessa, in ordine a singole domande (28), in occasione dell'emissione del decreto (ultimo) di esecutività, ragion per cui non avrebbe senso costringere il creditore ad impugnare i decreti (intermedi) non definitivi.

Non solo: pur senza voler sopravvalutare l'*argumentum ab inconvenienti*, non può sottacersi che, andando di diverso avviso, si creerebbe un' "incertezza a catena", mentre la soluzione individuata dalla Suprema Corte favorisce l'esigenza di certezza e stabilità del provvedimento pronunciato dal giudice delegato. Parafrasando l'obiezione mossa ai tentativi dottrinali di computare il termine di trenta giorni (di cui all'art. 16, comma 1, n. 5, l.fall.) con riferimento alle eventuali successive udienze di rinvio (e non solo a quella fissata ai sensi dell'art. 16, comma 1, n. 4, l.fall.), si potrebbe dire che se fosse possibile (adeguare il suddetto termine alle date delle varie udienze o, *mutatis mutandis*) un'opposizione anticipata avverso il provvedimento relativo ai singoli crediti, si lascerebbe al giudice la libertà di determinare (la tardività o meno delle domande o) la tempestività o meno dell'impugnazione, che invece è il legislatore ad individuare ed è una questione rilevabile d'ufficio (29).

Sul piano *pragmatico*, l'affermato carattere unitario del decreto di esecutività dello stato passivo, provvedimento unico che investe la pluralità delle decisioni assunte, e l'individuazione come *dies a quo* del termine per la sua impugnazione della comunicazione ex art. 97 l.fall., pare preferibile per ragioni di economia processuale e di certezza delle scadenze. Anche dal punto di vista dell'equo contemperamento degli opposti interessi (dei creditori ammessi ad

(24) Come sottolinea G. Fichera, *Accertamento del passivo*, in L. Ghia - F. Severini - C. Piccininni (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, 3, Torino, 2010, 563, "solo quando sia stata assunta dal giudice la decisione su tutte le domande portate al suo esame, potrà essere adottato il decreto di esecutività dello stato passivo".

(25) Cass. 15 gennaio 2010, n. 559, in *Pluris*, e, più di recente, Cass. 11 luglio 2016, n. 14099, in *www.dirittoegiustizia.it*, 12 luglio 2016 (ove si esclude che, in relazione alle domande man mano esaminate nella prima udienza e in quelle successive di rinvio, possano essere adottati altrettanti decreti di esecutività). Entrambe le pronunce sono richiamate nella motivazione della sentenza in commento, che, "in parziale dissenso" dal precedente del 2016, puntualizza che il principio di diritto ivi enunciato (circa la possibilità di pronunciare il decreto di esecutività solo *post* esame di tutte le istanze) "si attaglia (...) a ciascun procedimento di esame delle domande, l'uno avente ad oggetto le tempestive e l'altro le tardive".

(26) La disciplina riformata non riconosce più al giudice la facoltà di riservarsi la definitiva formazione dello stato passivo fino a quindici giorni dopo che l'adunanza dei creditori abbia esaurito le sue operazioni (così il vecchio testo dell'art. 96, comma 4, R.D. n. 267/1942), ma prescrive che "terminato l'esame di tutte le domande, il giudice delegato forma lo stato

passivo e lo rende esecutivo con decreto depositato in cancelleria" (che quindi dovrebbe essere emesso contestualmente alla chiusura del verbale). Di qui i dubbi sulla possibilità di modificare le decisioni già prese: v. G. Bozza, *Il contraddittorio incrociato e l'attività del giudice delegato nell'accertamento del passivo*, in questa *Rivista*, 2011, 1080; V. Zanichelli, *La formazione dello stato passivo*, in *I crediti nel fallimento*, a cura di G. Villanacci, Padova, 2015, 76 ss.; M. Spiotta, *op. cit.*, 2023.

(27) Poiché sarebbe onere del creditore presenziare a tutte le udienze, trattandosi di una forma di contraddittorio collettivo.

(28) Cfr. Cass. 17 gennaio 2003, n. 650, in questa *Rivista*, 2003, 1175, con nota di C. Bellomi. Tra le sentenze di merito v. Trib. Milano 21 gennaio 2008, *ivi*, 2008, 696, con nota critica di F. Bruno e in *Giur. it.*, 2008, 1156, con nota di S. Sanzo (anche ad avviso di quest'Autore, pare eccessivo dedurre dall'art. 95, comma 3, l.fall., ossia dalla precisazione che la decisione del giudice delegato in ordine alle domande di ammissione al passivo viene assunta "anche in assenza delle parti", l'onere del creditore di presenziare a tutte le udienze per non essere colto di sorpresa da eventuali ripensamenti).

(29) Sulla rilevabilità d'ufficio v. Cass. 1° dicembre 2016, n. 24551, in *Pluris*.

ottenere subito un decreto di esecutività (30) e di quelli esclusi a non essere costretti ad instaurare opposizioni “affrettate” contro un provvedimento interinale, ancora modificabile) pare preferibile inviare la comunicazione *ex art. 97 l.fall.* solo al termine dell’esame di tutte le domande contemplate nel progetto predisposto ai sensi dell’art. 95 l.fall.

Le altre soluzioni astrattamente ipotizzabili (formare lo stato passivo e renderlo esecutivo al termine di ciascuna udienza, anche qualora la stessa sia rinviata per l’esame di alcune domande o, all’opposto, posticipare la dichiarazione di esecutività dello stato passivo solo al termine della decisione sulle tardive che potrebbero ancora pervenire, e quindi aspettare il decorso dei dodici o diciotto mesi dal deposito del primo decreto *ex art. 96, comma 4, l.fall.*) sarebbero errate: l’una per eccesso (in quanto costringerebbe i creditori esclusi ad instaurare opposizioni “premature”); l’altra per difetto (perché dilazionerebbe i tempi procedurali e comporterebbe una serie di complicazioni (31)).

Rilievi conclusivi sulla centralità del decreto di esecutività dello stato passivo

Il quesito affrontato dalla sentenza potrebbe porsi anche per le domande c.d. super (o ultra) tardive

(art. 101, ultimo comma, l.fall.) e, per le stesse, la soluzione, stante il silenzio della legge, sarebbe ancora più complicata giacché nella maggior parte dei casi il procedimento avrà ad oggetto l’esame individuale della pretesa azionata dal singolo creditore e non un accertamento di tipo collettivo e si discute se si debba aprire un procedimento incidentale nel quale accertare, in via preventiva, l’ammissibilità della domanda oppure se il giudice delegato debba fissare direttamente l’udienza di verifica per esaminarne contestualmente sia l’ammissibilità che il fondamento (32).

Allargando il discorso, non si può fare a meno di ricordare la centralità del momento in cui lo stato passivo viene reso esecutivo *ex art. 96, comma 4, l.fall.* Basti pensare che tale adempimento è richiamato *expressis verbis*, oltre che dal successivo art. 97, dagli artt. 37 *bis* (33), 101, comma 1 (34), 124, comma 1 (35), e 141, comma 1 (36), l.fall.

Non solo: pur in assenza di un espresso riferimento normativo, il decreto di esecutività dello stato passivo rappresenta il *dies a quo* del termine semestrale previsto dall’art. 327 c.p.c. (37) ed il momento oltre il quale l’eventuale ritiro della domanda di ammissione dovrebbe sottostare alla disciplina previ-

(30) Basti ricordare che la dichiarazione di esecutività dello stato passivo è il presupposto affinché i dipendenti (e per essi i sindacati) richiedano al curatore la compilazione del c.d. modello SR52 che consente, unitamente alla presentazione di altra documentazione, di richiedere all’INPS (che poi si surroga ai sensi dell’art. 115 l.fall.) l’erogazione del TFR.

(31) Lo stesso programma *software* per la predisposizione dello stato passivo considera il progetto come unitario e presuppone una dichiarazione di esecutività “in blocco”. Inoltre, se dopo la prima udienza di verifica delle tardive non venissero presentate altre domande, occorrerebbe un’apposita istanza per far dichiarare esecutivo lo stato passivo. Potrebbero apparire rilievi “di bassa cucina”, ma sono importanti in una scienza pratica come il diritto fallimentare.

(32) Nell’ipotesi in cui il giudice delegato decidesse separatamente in ordine all’ammissibilità della domanda si porrebbe l’ulteriore questione, ampiamente dibattuta in giurisprudenza ed in dottrina, se tale decreto sia reclamabile *ex art. 26 l.fall.* ovvero sia impugnabile *ex art. 98 l.fall.*

(33) Ai sensi di tale norma, “conclusa l’adunanza per l’esame dello stato passivo e prima della dichiarazione di esecutività dello stesso, i creditori presenti, personalmente o per delega, che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi, possono effettuare nuove designazioni in ordine ai componenti del comitato dei creditori” e “chiedere la sostituzione del curatore”.

(34) Che indica il deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, ossia del provvedimento che segna la chiusura della verifica delle domande tempestive, come *dies a quo* del termine perentorio finale di decadenza (di dodici o diciotto mesi) per la presentazione delle domande tardive. La Cassazione ha chiarito che ai fini del computo conta il decreto di esecutività pronunciato all’ultima (e non alla prima) udienza di verifica delle domande tempestive (cfr. Cass. 11 luglio 2016, n. 14099,

cit.), mentre per il calcolo del termine perentorio di trenta giorni prima dell’udienza di verifica del passivo si discute se assuma rilievo l’eventuale spostamento dell’adunanza originariamente fissata nella sentenza dichiarativa di fallimento, con conseguente slittamento del termine per la presentazione delle domande tempestive, che verrà a coincidere con il trentesimo giorno antecedente la data della nuova (ma pur sempre prima) udienza di verifica stabilita dal giudice delegato in accoglimento della domanda del curatore (sulle tesi che si contendono il campo si rinvia a F. Miccio, *Le dichiarazioni tardive dei crediti*, in L. Ghia - F. Severini - C. Piccininni (a cura di), *Trattato delle procedure concorsuali*, 3, Torino, 2010, 657 ss.).

(35) La proposta di concordato fallimentare può essere presentata da uno o più creditori o da un terzo “anche prima del decreto che rende esecutivo lo stato passivo” (tempistica che si riflette sui soggetti legittimati al voto: v. l’art. 127), mentre può essere presentata dal fallito, da società cui egli partecipi o da società sottoposte a comune controllo, solo dopo il decorso di un anno dalla dichiarazione di fallimento (termine dilatorio) e purché non ne siano decorsi due dal decreto che rende esecutivo lo stato passivo.

(36) “Reso esecutivo il nuovo stato passivo” (formato a seguito della riapertura del fallimento) “il proponente è ammesso a presentare una nuova proposta di concordato” fallimentare.

(37) La giurisprudenza, dapprima di merito e poi di legittimità, ha chiarito che, pur in mancanza di una previsione analoga a quella dell’art. 26, comma 4, l.fall., “in tema di opposizione allo stato passivo, in difetto di comunicazione *ex art. 97 l.fall.* da parte del curatore, è applicabile la disciplina dell’art. 327 c.p.c., e quindi il creditore che intenda proporre opposizione dovrà farlo nel termine di sei mesi dalla data di deposito dello stato passivo”: così Trib. Roma 26 febbraio 2015, in *www.ifallimentarista.it*, 2 settembre 2015, con nota di F. Commisso; Trib. Pavia 27 novembre 2013, in questa *Rivista*, 2014,

sta per la rinuncia agli atti del giudizio ai sensi dell'art. 306 c.p.c. (38).

Sempre da un esame complessivo della legge fallimentare traspare la possibilità di apportare variazioni allo stato passivo (a questa evenienza fanno esplicito riferimento gli artt. 40, comma 1 (39) e 113 bis (40)), che può anche essere corretto in caso di errori materiali (art. 98, ultimo comma) e subire rettifiche formali nell'ipotesi di cessione dei crediti ammessi (art. 115, comma 2).

Occorre poi ricordare che la Consulta, con sentenza 20 aprile 1989, n. 204 (41), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 59 l.fall., anche in relazione all'art. 429, comma 3, c.p.c., nella parte in cui non prevede la rivalutazione dei crediti da lavoro con riguardo al periodo successivo all'apertura del fallimento fino al momento in cui lo stato passivo diviene definitivo.

Nella cornice sinteticamente tratteggiata è indubbio che le norme della legge fallimentare risulterebbero di più agevole applicazione ritenendo che il giudice debba formare lo stato passivo e renderlo esecutivo con decreto depositato in cancelleria al termine dell'esame di tutte le domande tempestive, salvo poi modificarlo all'esito del vaglio di quelle tardive. Pronunciare al termine di ciascuna udienza "interlocutoria" un apposito decreto di esecutività dello stato passivo pare una prassi *praeter* o *contra legem*, e precisamente in contrasto con l'art. 96, comma 4, l.fall., ricompreso nel generale rimando contenuto nell'art. 101 l.fall.

Alla luce del principio enunciato dalla sentenza annotata andrebbe forse modificata la prassi di pronunciare, all'esito di ciascuna udienza di verifica del passivo, altrettanti decreti di esecutività, la cui comunicazione formale prevista dall'art. 97 l.fall. potrebbe ingenerare nei destinatari (comprensibili) preoccupazioni in ordine ad eventuali decadenze.

Il decreto di esecutività dovrebbe essere emanato solo all'esito dell'esame di tutte le domande tempe-

stive (e quindi dopo l'ultima udienza, che peraltro dovrebbe distanziarsi di pochi giorni dall'adunanza per la verifica del passivo fissata nella sentenza dichiarativa di fallimento), salvo poi integrarlo alla luce della decisione sulle tardive raggruppate per "blocchi quadrimestrali". Ulteriori frazionamenti delle udienze sarebbero irrilevanti.

Un rapido sguardo alla riforma *in itinere*

De jure condendo il quesito risolto dalla Cassazione dovrebbe essere meno frequente giacché l'art. 7, comma 8, lett. a), del disegno di legge delega al Governo per la riforma delle discipline della crisi d'impresa e dell'insolvenza (42) intende "agevolare la presentazione telematica delle domande tempestive di creditori e terzi, anche non residenti nel territorio nazionale, restringendo l'ammissibilità delle domande tardive". In questo modo l'elaborato scaturito dai lavori della c.d. Commissione Rordorf intende, ancor più delle passate riforme, imprimere alla fase in esame un'impronta di maggiore celerità, snellezza e concentrazione e, conseguentemente, acuire il disfavore per le domande tardive.

Il suddetto criterio direttivo si pone perfettamente in linea con quello, sempre dettato per la procedura di liquidazione giudiziale (*alias*, fallimentare), che prevede d'integrare la disciplina della chiusura in pendenza di procedimenti giudiziari (art. 7, comma 10, lett. b, del d.d.l. delega n. 2681) e, a questo proposito - come si è auspicato nelle colonne di questa *Rivista* in sede di commento ad un recente *revirement* giurisprudenziale (43) - sarebbe opportuno chiarire se la pendenza di giudizi sulle domande tardive (o supertardive) precluda o meno la chiusura del fallimento, ossia far luce sulla corretta esegesi dell'art. 118, n. 1, l.fall.

La prospettiva che si schiude all'orizzonte, per quanto rassicurante, non sminuisce l'importanza della decisione annotata volta a configurare il giu-

681, con nota di L. Baccaglioni. Cfr. Cass. 5 aprile 2017, n. 8869, in *Pluris*.

(38) Il condizionale è d'obbligo in quanto la giurisprudenza, muovendo dal presupposto che il ritiro della domanda determina una rinuncia a partecipare al concorso, ma non alla qualità di creditore (v. Trib. Milano 11 febbraio 1986, in questa *Rivista*, 1986, 1013), reputa non necessaria l'accettazione del curatore.

(39) Laddove stabilisce che "salvo quanto previsto dall'art. 37 bis, la composizione del comitato (dei creditori) può essere modificata dal giudice delegato in relazione alle variazioni dello stato passivo".

(40) Ai sensi del quale "quando si verifica l'evento che ha determinato l'accoglimento di una domanda con riserva, su istanza del curatore o della parte interessata, il giudice delega-

to modifica lo stato passivo, con decreto, disponendo che la domanda deve intendersi accolta definitivamente".

(41) Pubblicata in questa *Rivista*, 1989, 590, con nota di G. Lo Cascio; in *Foro it.*, 1989, I, 2091, con nota di M. Fabiani; in *Dir. lav.*, 1989, II, 259 nota di A. Caiafa e in *Dir. fall.*, 1989, II, 789 nota di G. Ragusa Maggiore.

(42) Si tratta del d.d.l. delega n. 2681, scaturito dai lavori della c.d. Commissione Rordorf, approvato dalla Camera dei Deputati il 1° febbraio 2017 ed attualmente all'esame del Senato.

(43) Il riferimento è a F. Commisso, *Preclusione della chiusura del fallimento in pendenza di domande tardive suscettibili di utile collocazione nello stato passivo*, Nota a Cass. 15 febbraio 2017, n. 4021, in questa *Rivista*, 2017, 808.

dizio sulle domande di insinuazione tardive come una *fattispecie a formazione progressiva*, con conseguente irrilevanza di una “doppia” o “tripla” approvazione dello stato passivo. Ciò che conta è solo il decreto finale reso *ex art. 96*, ultimo comma, l.fall. e comunicato ai creditori ai sensi del successivo art. 97.

Uscendo per un attimo dalla legge fallimentare e facendo una rapida incursione nel codice civile, si potrebbe tracciare un parallelismo con l'art. 2540

c.c. e la non impugnabilità autonoma delle delibere delle assemblee separate delle società cooperative. Dal momento che “l’opposizione allo stato passivo, regolata dagli artt. 98 e 99 l.fall., non è equiparabile al giudizio d’appello, ancorché abbia natura impugnatoria” (44) sarebbe invece una forzatura mutuare la soluzione prevista dall’art. 340 c.p.c., che disciplina la riserva facoltativa d’appello contro sentenze non definitive.

(44) Cfr. Cass. 26 gennaio 2016, n. 1342, in questa *Rivista*, 2017, 233.

Concessione abusiva di credito

Cassazione Civile, Sez. III, 2 maggio 2017, n. 11798 - Pres. A. Spirito - Est. E. Scoditti - P.M. A. Pepe - Formenti Seleco S.p.A. in a.s. c. Banca Mediocredito del Friuli Venezia Giulia ed altri

Fallimento - Organi - Curatore - Azione ex artt. 2394 bis e 2476 c.c. per abusiva concessione di credito bancario - Legittimazione attiva - Azione di massa - Esclusione

(Cod. civ. artt. 2043, 2393, 2395; legge fallimentare artt. 43, 218)

Il curatore fallimentare non è legittimato a proporre, nei confronti del finanziatore responsabile (in particolare una banca), l'azione da illecito di natura aquiliana per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita un'impresa decotta, suscitando così nel mercato la falsa impressione che si tratti di un soggetto economicamente valido, perché nel sistema della legge fallimentare la legittimazione di tale organo ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni di massa finalizzate alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica e aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo, al cui novero non appartiene l'azione risarcitoria predetta (*massima non ufficiale*).

Fallimento - Organi - Curatore - Rapporti processuali - Legittimazione attiva - Azione di responsabilità - Ricorso abusivo al credito - Banca concorrente con gli amministratori della società fallita - Mancato accertamento della responsabilità penale di quest'ultimi organi - Infondatezza della domanda

(Cod. civ. artt. 2043, 2393, 2395; legge fallimentare artt. 43, 218)

Deve essere affermato il principio secondo cui va rigettata la domanda giudiziale del curatore del fallimento che abbia per oggetto una pretesa risarcitoria contro una banca in quanto responsabile, unitamente all'amministratore di una società fallita, di ricorso abusivo al credito, in mancanza del positivo accertamento di una responsabilità penale concorrente di quest'ultimo organo e del direttore della banca medesima (*massima non ufficiale*).

La Corte (*omissis*).

1. Con il primo motivo del ricorso principale si denuncia violazione o falsa applicazione dell'art. 2485 c.c., comma 1 e art. 2486 c.c., comma 1, nonché l.fall., art. 217, comma 1, n. 3 e art. 217, comma 1, n. 4, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Osserva la ricorrente in via principale che il pregiudizio derivato dall'illegittima continuazione dell'attività di impresa ormai decotta, resa possibile dall'abusiva concessione del credito, è uguale per tutti i creditori, e dunque la relativa azione ha carattere di massa.

2. Con il secondo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione dell'art. 132 c.p.c., comma 1, n. 4, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4.

Lamenta la ricorrente che il convincimento del giudice di appello secondo cui non trova applicazione il principio della legittimazione degli organi della procedura all'esercizio dell'azione di risarcimento per abusiva concessione del credito, come invece riconosciuto da Cass. n. 13410 del 2010, è privo di motivazione.

3. Con il terzo motivo si denuncia omesso esame di fatto decisivo per il giudizio oggetto di discussione fra le parti, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5. Osserva la ricorrente che la corte territoriale non ha esaminato il fatto che l'attività di concessione del credito da parte delle banche sia avvenuto in concorso con gli amministratori della società insolvente, evidenziato fin

dall'atto introduttivo del giudizio e ribadito nel secondo motivo di appello, e che l'illecito commesso dagli amministratori è rappresentato dall'aver proseguito l'attività di un'impresa nonostante lo stato di decozione.

4. Con il quarto motivo si denuncia violazione o falsa applicazione della l.fall., art. 146, artt. 2393 e 2055 c.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Lamenta la ricorrente che la decisione impugnata non ha fatto applicazione del principio enunciato da Cass. n. 13413 del 2010, in base al quale il curatore fallimentare è legittimato ad agire ai sensi della l.fall., art. 146, in correlazione con l'art. 2393 c.c., nei confronti della banca quale terzo responsabile in solido del danno cagionato alla società per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore, senza che possa avere rilievo il mancato esercizio dell'azione nei confronti dell'amministratore, come nel caso di specie, stante il disposto dell'art. 2055 c.c.

5. Con il quinto motivo si denuncia violazione o falsa applicazione della l.fall., art. 43, art. 1227 c.c., comma 1 e art. 2056 c.c., comma 1, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3.

Osserva la ricorrente che la legittimazione del commissario straordinario si fonda sul subentro dello stesso nell'amministrazione del patrimonio dell'imprenditore, cui consegue la legittimazione a stare in giudizio per le controversie relative al patrimonio dell'imprenditore, come

affermato nell'atto di appello, e che Cass. n. 7029 del 2006 aveva solo affermato che il danno diretto ed immediato al patrimonio della società fallita quale presupposto dell'azione spettante al curatore come successore nei rapporti con il fallito era stato dedotto tardivamente in sede di legittimità. Aggiunge che la circostanza che la concessione del credito sia stata richiesta dallo stesso imprenditore non esclude la legittimità di azioni risarcitorie nei confronti delle banche da parte dell'organo della procedura perché nel caso del comportamento del danneggiato che abbia concorso nella produzione dell'evento si applica l'art. 1227 c.c., comma 1 e le condotte, dell'imprenditore e della banca, restano distinte in quanto l'imprenditore si limita ad effettuare la richiesta, ma si tratta di evento inidoneo sul piano eziologico ad influenzare la produzione del danno.

6. Con il sesto motivo si denuncia violazione o falsa applicazione della l.fall., art. 146, comma 2, lett. a) e lett. b), art. 240, nonché art. 2497 c.c., comma 5, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che sulla base dei mutamenti normativi il curatore (ed il commissario straordinario) sono diventati titolari di un potere indistinto e generalizzato di rappresentanza dei creditori, ed in particolare: la l.fall., art. 146, comma 2, lett. a), che riconosce la legittimazione generale del curatore ad esercitare le azioni di responsabilità contro gli amministratori, omettendo di indicare le singole azioni; la l.fall., art. 146, comma 2, lett. b), che riconosce al curatore la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei soci di s.r.l. che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi; l'art. 2497 c.c., comma 4, che attribuisce al curatore il potere di esercitare l'azione spettante ai creditori nei confronti di chi, abusando dell'attività di direzione e coordinamento, abbia arrecato danno al patrimonio della società debitrice.

Aggiunge la ricorrente che la conclusione in termini negativi circa la legittimazione del curatore è in contraddizione con l'attribuzione agli organi della procedura della possibilità di costituirsi parte civile nei procedimenti penali relativi ai reati fallimentari (l.fall., art. 240).

7. Con il settimo motivo si denuncia violazione o falsa applicazione dell'art. 92 c.p.c., comma 2 e L. n. 69 del 2009, art. 58, comma 1, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osserva la ricorrente che essendo stato l'atto di citazione notificato in epoca antecedente l'entrata in vigore della L. n. 69 del 2009 (e cioè il 10 marzo 2009), trova applicazione la disposizione per la quale il giudice, ricorrendo giusti motivi esplicitamente indicati nella motivazione, può compensare le spese e che fra i giusti motivi può ravvisarsi la complessità della questione (come affermato da Cass. n. 18352 del 2003). Aggiunge che l'errore di diritto concernerebbe anche le spese di secondo grado.

8. I motivi primo, secondo e sesto, da trattare congiuntamente in quanto connessi, sono infondati. La decisione impugnata ha fatto applicazione del principio di diritto enunciato dalle Sezioni Unite di questa Corte, che il Collegio condivide, secondo cui il curatore fallimentare non è legittimato a proporre, nei confronti del fi-

nanziatore responsabile (in particolare la banca), l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita un'impresa decotta, suscitando così nel mercato la falsa impressione che si tratti d'impresa economicamente valida perché nel sistema della legge fallimentare la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni di massa finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica e aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo - al cui novero non appartiene l'azione risarcitoria in questione, la quale, analogamente a quella prevista dall'art. 2395 c.c., costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, giacché, per un verso, il danno derivante dall'attività di sovvenzione abusiva deve essere valutato caso per caso nella sua esistenza ed entità (essendo ipotizzabile che creditori aventi il diritto di partecipare al riparto non abbiano ricevuto pregiudizio dalla continuazione dell'impresa), e, per altro verso, la posizione dei singoli creditori, quanto ai presupposti per la configurabilità del pregiudizio, è diversa a seconda che siano antecedenti o successivi all'attività medesima (Cass. Sez. U. 28 marzo 2006, n. 7029, n. 7030 e n. 7031; conformi Cass. 23 luglio 2010, n. 17284, 1 giugno 2010, n. 13413 e 13 giugno 2008, n. 16031).

8.1. Gli indici normativi richiamati nel sesto motivo non giustificano una presa di distanza dal detto principio di diritto. In primo luogo va richiamato quanto affermato dalle stesse Sezioni Unite nelle citate pronunce: "la interpretazione che si è appena sostenuta è coerente con la linea di tendenza che emerge dalle recenti riforme nella materia fallimentare (D.L. n. 35 del 2005, L. n. 80 del 2005 e D.Lgs. n. 122 del 2005). Mentre infatti le finalità recuperatorie della azione revocatoria risultano ribadite, viene ulteriormente rafforzata la opinione oramai risalente che sostiene lo sganciamento dell'istituto dalle forme di tutela nei confronti dell'illecito, e dunque viene ulteriormente sottolineata la differenza con la azione ordinaria. Cosicché pare di dovere concludere che ogni pretesa che pur riguardando il patrimonio del fallito, allega a fondamento un illecito da questi subito, sfugge alla logica della universalità e della concorsualità, tipiche delle azioni esecutive di massa. Con ciò, va pure rimarcato, confermandosi quella autorevole lettura della l.fall., art. 240, che considera, a fronte di un illecito, eccezionale la doppia legittimazione ad agire del curatore e del creditore".

8.2. In secondo luogo, venendo alle ipotesi normative richiamate dalla ricorrente, l'omessa indicazione all'interno della l.fall., art. 146, comma 2, lett. a), delle specifiche azioni non vale a ritenere che il curatore possa esercitare un'azione dei creditori, sostituendosi a loro, perché la nuova disposizione (introdotta con il D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, art. 130) mira ad integrare la norma con la nuova disposizione di diritto societario, e cioè l'art. 2394 bis c.c., che prevede che le azioni di responsabilità contro gli amministratori nelle procedure concorsuali spettano al curatore del fallimento, al commis-

sario liquidatore e al commissario straordinario. Significativamente, ulteriormente ad escludere la tesi della parte ricorrente, l'art. 2395, riserva al singolo socio o al terzo l'azione per il pregiudizio individuale.

Anche il riferimento alla l.fall., art. 146, comma 2, lett. b), che riconosce al curatore la legittimazione all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti dei soci della società a responsabilità limitata che hanno intenzionalmente deciso o autorizzato il compimento di atti dannosi per la società, i soci o i terzi, secondo quanto previsto dall'art. 2476 c.c., comma 7, non è pertinente, ed anzi il mancato richiamo del comma 6 della disposizione, che fa salva l'azione del singolo socio o terzo per il pregiudizio individuale, smentisce la tesi di parte ricorrente.

La circostanza poi che l'azione spettante ai creditori della società soggetta ad altrui direzione e coordinamento nei confronti della società controllante per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società venga esercitata dal curatore del fallimento, dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario nel caso di procedure concorsuali (art. 2497 c.c., comma 4), per un verso è espressione della specialità della fattispecie di direzione e coordinamento di società, per l'altro è speculare alla disciplina della responsabilità degli amministratori nel caso di procedure concorsuali per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società (artt. 2394 e 2394 bis). La facoltà per il creditore sociale di agire nei confronti della società che eserciti l'attività di direzione e coordinamento, se non soddisfatto dalla società soggetta a controllo (art. 2497, comma 3), per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio sociale, ha natura eccezionale e si spiega sulla base del rapporto di direzione fra società. Una volta venuto meno questo rapporto, per effetto dell'apertura della procedura concorsuale, l'azione a tutela dell'integrità del patrimonio sociale diventa esercitabile dall'organo della procedura. Infine argomenti nel senso della tesi di parte ricorrente non possono ricavarsi dall'attribuzione agli organi della procedura della possibilità di costituirsi parte civile nei procedimenti penali relativi ai reati fallimentari (l.fall., art. 240). È lo stesso dell'art. 240, comma 2, che prevede che i creditori possono costituirsi parte civile nel procedimento penale per bancarotta fraudolenta quando manca la costituzione del curatore "o quando intendono far valere un titolo di azione propria personale". Sul punto va richiamato inoltre quanto affermato dalle Sezioni Unite: "va pure rimarcato, confermandosi quella autorevole lettura della l.fall., art. 240, che considera, a fronte di un illecito, eccezionale la doppia legittimazione ad agire del curatore e del creditore". Per ciò che concerne il pregiudizio personale la legittimazione del curatore non è quindi sostitutiva di quella del singolo creditore.

8.3. Resta quindi fermo che il curatore non è titolare di un potere di rappresentanza dei creditori, ma può al più agire con le azioni c.d. di massa, dirette ad ottenere nell'interesse del ceto creditorio in quanto tale la ricostruzione del patrimonio del debitore. Non esercita perciò un'azione dei creditori, sostituendosi a loro, ma semplicemente, amministrando il patrimonio assoggettato all'esecuzione concorsuale, tende a ricostruirlo nella fun-

zione di garanzia che gli è propria, secondo l'archetipo dell'azione revocatoria.

9. Il terzo e quarto motivo, da trattare congiuntamente, sono inammissibili.

Ha riconosciuto Cass. 1 giugno 2010, n. 13413 che il curatore fallimentare è legittimato ad agire, ai sensi della l.fall., art. 146, in correlazione con l'art. 2393 c.c., nei confronti della banca, quale terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della predetta società, senza che possa assumere rilievo il mancato esercizio dell'azione contro l'amministratore infedele, in quanto, ai sensi dell'art. 2055 c.c., se un unico evento dannoso è imputabile a più persone, sotto il profilo dell'efficienza causale delle singole condotte, sorge a carico delle stesse un'obbligazione solidale, il cui adempimento può essere richiesto, per l'intero, anche ad un solo responsabile. La peculiarità del caso alla base di Cass. n. 13413 del 2010 risiede nella condanna di amministratore e direttore di banca in concorso in bancarotta fraudolenta e ricorso abusivo al credito, da cui viene desunto il concorso della banca convenuta in relazione alla condotta del proprio funzionario nella responsabilità per *mala gestio* dell'amministratore. Benché la responsabilità solidale dei danneggiati ai sensi dell'art. 2055 c.c., comma 1, richiedendo solo che il fatto dannoso sia imputabile a più persone, possa sorgere anche in presenza di titoli di responsabilità diversi per ciascuna di tali persone (Cass. 13 gennaio 2015, n. 286; 16 dicembre 2005, n. 27713), l'insegnamento che si trae dal particolare caso di Cass. n. 13413 del 2010 è che la responsabilità della banca si basa sul medesimo titolo della responsabilità dell'amministratore, sicché la banca, per opera della condotta del suo funzionario, concorre nell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore. Il titolo di responsabilità dedotto deve quindi essere quello della *mala gestio* di quest'ultimo.

9.1. Ha affermato il giudice di merito che l'azione proposta non è quella ai sensi della l.fall., art. 146, in relazione all'art. 2393 c.c., bensì quella di responsabilità (contrattuale e/o extracontrattuale) nei confronti delle banche (senza alcun riferimento a richieste o comportamenti degli amministratori rilevanti sotto il profilo penale e concorrenti con l'azione del direttore di banca). Tale *ratio decidendi*, derivante dall'interpretazione della domanda compiuta dal giudice di merito, non risulta impugnata sicché i motivi di ricorso, basati sulla deduzione dell'illecito dell'amministratore, sono privi di decisività.

9.2. Il giudice di merito, richiamando l'arresto di Cass. 1 giugno 2010, n. 13413, ha inoltre escluso la fondatezza dell'appello principale per la mancanza del positivo accertamento della responsabilità penale degli amministratori, in concorso con i direttori delle banche, precisando che in tal modo si sarebbe potuto far valere nei confronti delle banche la responsabilità solidale per il danno cagionato alla società dall'amministratore mediante l'abusivo ricorso al credito. La mancanza del positivo accertamento della responsabilità penale degli amministratori, in concorso con i direttori delle banche, costituisce un'ulteriore *ratio decidendi* non impugnata.

10. Il quinto motivo è inammissibile. Per ritenere che la legittimazione del commissario straordinario si fondi sul subentro dello stesso nell'amministrazione del patrimonio dell'imprenditore, evidentemente sulla base della l.fall., art. 43, è necessario presupporre la titolarità del diritto all'integrità patrimoniale in capo all'imprenditore e che l'azione risarcitoria sarebbe stata proponibile prima della dichiarazione di fallimento. Tale premessa a sua volta presuppone che un danno diretto ed immediato al patrimonio dell'impresa si sia verificato per effetto dell'abusiva concessione di credito. Tale presupposto di fatto non risulta accertato dal giudice di merito.

Quanto poi al rilievo relativo all'applicabilità dell'art. 1227 c.c., comma 1, trattasi di censura priva di decisività. Essa mira a fronteggiare quanto affermato dal giudice di merito in espressa applicazione di quanto osservato da Cass. Sez. U. n. 7029 del 2006 (l'abusiva concessione del credito è il risultato di un illecito cui lo stesso imprenditore ha consapevolmente dato luogo concludendo il contratto, mentre l'art. 1227, contempla il caso di distinte condotte diversamente efficienti nella produzione del danno), ma resta censura ininfluyente una volta che il giudice di merito abbia riconosciuto il difetto di legittimazione del commissario straordinario ad agire per la responsabilità risarcitoria delle banche per abusiva concessione del credito.

11. Il settimo motivo è parzialmente fondato. Benché la rubrica del motivo rechi l'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, la censura ha chiaramente ad oggetto la violazione di norma processuale. In relazione all'epoca di introduzione del giudizio (10 marzo 2009), trova applicazione la disposizione dell'art. 92 c.p.c., comma 2, prevista dalla L. 28 dicembre 2005, n. 263, art. 2: "se vi è soccombenza reciproca o concorrono altri giusti motivi, esplicitamente indicati nella motivazione, il giudice può compensare, parzialmente o per intero, le spese tra le parti". Il giudice di merito ha invece fatto applicazione della disposizione così come modificata dalla L. 18 giugno 2009, n. 69, art. 45, comma 11, che richiede per il provvedimento di compensazione delle spese l'esistenza di "gravi ed eccezionali ragioni".

12. Passando ai ricorsi incidentali proposti sia da Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza s.p.a., che da Intesa SanPaolo s.p.a., Banco di Napoli s.p.a., Cassa di Risparmio del Friuli Venezia Giulia s.p.a. e Mediocredito Italiano s.p.a., con il primo identico motivo si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 91 e 132 c.p.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3. Osservano entrambe le parti ricorrenti in via incidentale, con riferimento all'unica liquidazione delle spese processuali sia per il primo che per il secondo grado, che per Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza s.p.a. è stata svolta nonostante l'unicità dell'atto e la costituzione con lo stesso difensore una difesa in modo distinto da quella svolta per le banche facenti parte del gruppo Intesa Sanpaolo, basata sul difetto di legittimazione passiva in capo a Cariparma, sicché si dovevano liquidare le spese da una parte a favore di Intesa SanPaolo s.p.a., Banco di Napoli s.p.a., Cassa di Risparmio del Friuli Venezia Giulia s.p.a. e Intesa Mediofactoring s.p.a. (poi Mediocredito Italiano s.p.a.), dall'altra a favore di Cassa di Risparmio di Parma e Piacenza s.p.a..

13. Con il secondo identico motivo, proposto in linea subordinata dalle ricorrenti in via incidentale, si denuncia violazione o falsa applicazione degli artt. 91 e 132 c.p.c., ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4. Lamentano entrambe le parti ricorrenti in via incidentale che è del tutto carente la motivazione circa la liquidazione indistinta e complessiva delle spese processuali per Cariparma e per le banche del gruppo Intesa Sanpaolo e che in mancanza della liquidazione distinta non si comprende quanto sia stato liquidato in favore di Cariparma e delle banche del gruppo Intesa Sanpaolo.

14. L'accoglimento parziale del settimo motivo del ricorso principale determina l'assorbimento dei ricorsi incidentali.

P.Q.M.

accoglie parzialmente il settimo motivo del ricorso principale e rigetta per il resto il ricorso; (*omissis*).

Cassazione Civile, Sez. I, 20 aprile 2017, n. 9983 - Pres. A. Nappi - Est. F. Terrusi - P.M. A.M. Soldi - Fallimento Verbena S.r.l. c. Banca di Credito Cooperativo di Carate Brianza ed altri

Fallimento - Organi - Curatore - Rapporti processuali - Azioni di massa - Amministratori - Responsabilità ex art. 2395 c.c. - Legittimazione - Esclusione - Abusiva concessione di credito - Perdita del capitale sociale - Partecipazione della banca nell'illecito - Configurabilità

(Cod. civ. artt. 2043, 2393, 2395; legge fallimentare art. 43)

La legittimazione del Curatore fallimentare ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni c.d. di massa, fra le quali non rientra quella che, analogamente all'azione di cui all'art. 2395 cod. civ., costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, onde quella legittimazione non sussiste per l'azione risarcitoria motivata da un'abusiva concessione di credito bancario che abbia mantenuto in vita un'impresa decotta. Può invece configurarsi un concorso della banca nel comportamento illecito dell'amministratore della società per un'imprudente concessione del credito richiesta allorché la società abbia perduto il capitale (*massima non ufficiale*).

Fallimento - Soggetti - Amministratori - Responsabilità - Sussistenza di causa di scioglimento della società - Prosecuzione dell'attiva - Determinazione del danno in via equitativa - Criterio dei netti patrimoniali - Configurabilità - Limiti

In ipotesi di azione ex art. 146 l.fall. nei confronti dell'amministratore, ed ai fini della liquidazione del danno cagionato da quest'ultimo per aver proseguito l'attività ricorrendo abusivamente al credito pur in presenza di una causa di scioglimento della società, così violando l'obbligo di cui all'art. 2486 c.c., il giudice può avvalersi in via equitativa, nel caso di impossibilità di una ricostruzione analitica dovuta all'incompletezza dei dati contabili ovvero alla notevole anteriorità della perdita del capitale sociale rispetto alla dichiarazione di fallimento, del criterio presuntivo della differenza dei netti patrimoniali, a condizione che tale utilizzo sia congruente con le circostanze del caso concreto e che, quindi, l'attore abbia allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato ed abbia specificato le ragioni impeditive di un rigoroso distinto accertamento degli effetti dannosi concretamente riconducibili alla sua condotta.

La Corte (*omissis*).

1. Col primo mezzo, la curatela del fallimento (*omissis*) denuncia la violazione e la falsa applicazione di norme di diritto e il vizio di motivazione, per la mancata considerazione, da parte della corte d'appello, degli elementi costitutivi della domanda in effetti proposta dal fallimento. Sostiene che tale domanda era attinente non al danno subito dai singoli creditori, ma al danno cagionato dalle banche alla società dall'abusiva erogazione del credito, essendo stata dedotta la responsabilità solidale degli amministratori, per aver fatto ricorso al credito bancario quando la società aveva perso il capitale, e delle banche, per aver concesso e ingiustificatamente mantenuto le linee di credito in violazione delle regole di sana e prudente gestione.

Col secondo mezzo la curatela denuncia la violazione e falsa applicazione degli artt. 2392, 2393, 2394, 2449 e 2043 c.c. e della l.fall., art. 146, oltre che il vizio di motivazione, in relazione questa volta all'esclusione di responsabilità degli amministratori per l'omessa adozione dei provvedimenti previsti dalla legge in caso di perdita del capitale e per il danno in tal modo cagionato in concorso con le banche eroganti il credito.

2. Il ricorso, i cui motivi possono essere esaminati congiuntamente perché connessi, è fondato nel senso che segue.

3. La corte d'appello di Milano ha reso la decisione affermando che il fallimento, nell'evocare il "credito asseritamente abusivo concesso alla (*omissis*)", aveva "prima di tutto esercitato un'azione volta a favore dei creditori", i quali sarebbero stati "danneggiati dal ritardato accertamento dell'insolvenza e dal conseguente accertamento del passivo fallimentare". A fronte di ciò ha escluso, in base ai principi espressi dalle sezioni unite di questa Corte nella sentenza n. 7029-06, la configurazione dell'abuso di credito come azione di massa verso le banche eroganti. Ne ha tratto la conseguenza che il curatore del fallimento era privo di legittimazione, in quanto la società aveva essa stessa partecipato all'atto che si assumeva illecito, donde non sarebbe stata concepibile una pretesa risarcitoria nei di lei confronti ove anche si fosse predicata una lesione del suo patrimonio o della garanzia patrimoniale, non potendo le banche assumere il duplice ruolo di creditrici e, al tempo stesso, di responsabili del danno prodotto attraverso l'erogazione del credito.

In altre parole, secondo la corte d'appello di Milano non potrebbe parlarsi, in casi simili, di danno collettivo per i creditori concorsuali e, quindi, di azioni di massa, ma solo di azioni esercitabili individualmente. E peraltro, nel merito, l'erogazione del credito non poteva considerarsi come operazione in sé abusiva, ed erano mancati "concreti elementi da cui desumere che la società (fosse) stata danneggiata dal fatto che da parte delle banche le (fossero) state messe a disposizione risorse economiche"; mentre "la concreta successiva utilizzazione del finanziamento" costituiva - sempre a dire della corte d'appello - un "elemento estraneo all'erogazione del credito", come tale non addebitabile per il solo fatto di essere stato concesso.

4. Il complessivo argomentare del giudice a quo, in sé gravemente insufficiente, tradisce un errore di diritto, avendo la sentenza risolto le questioni agitate dalla curatela in modo astratto e apodittico.

Proprio la sopra riportata ultima affermazione, difatti, pone in risalto che era stata avanzata anche la domanda risarcitoria per i danni cagionati alla società dalle concorrenti condotte degli amministratori, richiedenti il credito, e delle banche, concedenti.

5. Costituisce reato (l.fall., art. 218) il fatto degli amministratori, dei direttori generali, dei liquidatori e in genere degli imprenditori esercenti un'attività commerciale che, anche al di fuori dei casi di bancarotta, "ricorrono o continuano a ricorrere al credito (...) dissimulando il dissesto o lo stato d'insolvenza".

Ovviamente la medesima condotta integra, altresì, un illecito civile.

Come l'impugnata sentenza rammenta, le sezioni unite di questa Corte hanno negato al curatore fallimentare la legittimazione a proporre, nei confronti della banca finanziatrice, l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificialmente in vita una impresa decotta (v. Cass. Sez. U. n. 7029-06, n. 7030-06 e n. 7031-06). Infatti, nel sistema della legge fallimentare, una tal legittimazione ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni cd. di massa - finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica e aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo. Al novero di dette azioni non appartiene quella che, analogamente all'azione ex art. 2395 c.c., costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del

singolo creditore, la cui posizione poi è variamente articolata a seconda che si tratti di creditore antecedente o successivo all'attività di sovvenzione abusiva.

Da tale punto di vista l'orientamento indicato in sentenza è certamente da confermare in questa sede (e v. pure, d'altronde, Cass. n. 17284-10).

6. Non è men vero però che, come questa sezione ha avuto modo di precisare, il curatore fallimentare è invece legittimato ad agire ai sensi della l.fall., art. 146, in correlazione con l'art. 2393 c.c., nei confronti della banca, ove la posizione a questa ascritta sia di terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della predetta società (v. Cass. n. 13413-10).

Una simile precisazione è in linea con quanto dalle stesse sezioni unite implicitamente paventato mercè l'affermazione, in quella sede rilevante, di novità di una domanda del genere, a fronte di quella risarcitoria da abusiva concessione di credito con lo scopo di mantenere artificiosamente in vita la società decotta.

Invero diversa è la conclusione ove il fallimento deduca a fondamento della sua pretesa la responsabilità del finanziatore verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto e immediato causato al patrimonio di questo dall'attività di finanziamento, quale presupposto dell'azione che al curatore spetta come successore nei rapporti del fallito.

7. La circostanza che una simile ipotesi di responsabilità fosse stata azionata dalla curatela è qui decisiva.

Attesa la previsione della l.fall., art. 218, è errato sostenere, come la corte distrettuale ha fatto, che l'attività di erogazione del credito non sia mai di per sé abusiva.

Esattamente all'inverso, devesi considerare indubbio che se il ricorso abusivo al credito va oltre i confini dell'accorta gestione imprenditoriale quanto all'amministratore della società finanziata, la stessa erogazione del credito, ove (come dedotto nella specie) sia stata accertata la perdita del capitale di quella società, integra un concorrente illecito della banca; la quale deve seguire i principi di sana e prudente gestione valutando (art. 5 del T.u.b.) il merito di credito in base a informazioni adeguate.

Dinanzi a una avventata richiesta di credito da parte degli amministratori della società che ha perduto interamente il capitale, e dinanzi a una altrettanto avventata o comunque imprudente concessione di credito da parte della banca, il comportamento illecito è concorrente ed è dotato di intrinseca efficacia causale, posto che il fatto dannoso si identifica nel ritardo nell'emersione del dissesto e nel conseguente suo aggravamento prima dell'apertura della procedura concorsuale.

Questo fatto integra un danno per la società in sé, oltre che per i creditori anteriori, e determina - siccome consequenziale al concorso di entrambi i comportamenti - l'insorgere dell'obbligazione risarcitoria in via solidale (art. 2055 c.c.), giacché gli elementi costitutivi della fattispecie di responsabilità sono correlabili alla *mala gestio* degli amministratori di cui le banche si siano rese compartecipi per il tramite dell'erogazione di quei medesimi finanziamenti, nonostante una condizione economica tale da non giustificarli.

La corte d'appello avrebbe dovuto esaminare gli elementi concreti della fattispecie senza cedimenti verso affermazioni apodittiche, oltre tutto neppure in linea astratta minimamente sostenibili. Si trattava di stabilire se la società avesse subito un danno in conseguenza della non corretta gestione degli amministratori che, nonostante la causa di scioglimento, avevano chiesto e ottenuto dalle banche cospicui finanziamenti (artt. 2446 c.c. e segg., art. 2393 c.c., l.fall., art. 218). Ed essendo la società fallita, la legittimazione a una simile azione competeva sicuramente al curatore fallimentare.

8. Non meno carente appare l'impugnata sentenza nella parte in cui ha escluso, per tale attività di *mala gestio*, la responsabilità degli amministratori.

La corte d'appello ha motivato sostenendo che correttamente il primo giudice aveva sottolineato che il finanziamento avrebbe potuto costituire danno solo "per l'illecito aggravamento dei connessi oneri finanziari" e che invece la curatela aveva indicato il danno "nell'intero differenziale tra attivo e passivo". Ha poi aggiunto che, quanto alla responsabilità dell'organo gestorio per il compimento di nuove operazioni dopo la riduzione del capitale al di sotto dei minimi, la curatela aveva omesso di individuare le singole operazioni pregiudizievoli. Entrambe le affermazioni non soddisfano l'onere motivazionale.

L'assunto di avere la curatela indicato il danno nell'intero differenziale tra attivo e passivo è frutto di una carente lettura della citazione, dal momento che la trascrizione fatta in questa sede dal ricorrente (nel rispetto del principio di autosufficienza) rende chiaro che il danno era stato quantificato nella differenza tra l'esposizione debitoria alla data in cui il capitale si affermava perduto e l'esposizione debitoria riscontrata, invece, all'atto della dichiarazione di fallimento.

Ciò avrebbe dovuto indurre la corte territoriale a valutare che era stata postulata la responsabilità solidale per l'aggravamento del dissesto e che tale aggravamento era, secondo quella postolazione, diretta conseguenza dell'attività di abusivo ricorso al credito, caratterizzante essa il presupposto delle nuove operazioni.

Né è dato confondere la possibilità di liquidazione equitativa di un tale danno, nelle dette condizioni, con l'automatismo del distinto criterio della differenza tra attivo e passivo fallimentare (su cui Cass. Sez. U n. 9100-15).

Per liquidare il danno derivante da una gestione della società condotta in spregio dell'obbligo di cui all'art. 2449 c.c. (vecchio testo), ovvero dell'attuale art. 2486 c.c., il giudice può ricorrere in via equitativa, nel caso di impossibilità di una ricostruzione analitica dovuta all'incompletezza dei dati contabili ovvero alla notevole anteriorità della perdita del capitale sociale rispetto alla dichiarazione di fallimento, al criterio presuntivo della differenza dei netti patrimoniali. La condizione è che tale ricorso sia congruente con le circostanze del caso concreto, e che quindi sia stato dall'attore allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato e siano state specificate le ragioni impeditive di un rigo-

roso distinto accertamento degli effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta.

9. Per le ragioni esposte, l'impugnata sentenza va cassata e la causa rinviata alla medesima corte d'appello di

Milano, diversa sezione, la quale provvederà ai pertinenti accertamenti uniformandosi ai principi indicati. (*omissis*).

La Cassazione torna sul tema dell'azione risarcitoria per "concessione abusiva di credito" che abbia ritardato la dichiarazione di fallimento

di Giorgio Tarzia

Il tema di una responsabilità risarcitoria per la concessione o il mantenimento del credito bancario a società in stato di insolvenza, nella duplice prospettazione di un "danno" agli altri creditori ed alla stessa società sovvenuta, torna nelle due coeve sentenze della Cassazione qui commentate, che divergono sulla seconda prospettazione, diversamente interpretando, a tale riguardo, l'antecedente giurisprudenza di legittimità formatasi sulla base delle pronunce delle Sezioni Unite del 2006, poi seguita da altre sentenze di legittimità e di merito negli anni successivi. Nel presente commento, il tema viene riesaminato sotto molteplici e più ampi aspetti, suggerendo, fra l'altro, una sua rimediazione anche in base ai nuovi indirizzi del legislatore della riforma fallimentare sul sostegno, a fini "conservativi", alle imprese in crisi.

Premessa

A distanza di poco più di un decennio, la Cassazione torna ancora sul tema affrontato per la prima volta dalle Sezioni Unite in tre coeve sentenze di fine marzo 2006 (1): le Sezioni Unite erano state allora investite della decisione pur senza che vi fossero precedenti in senso fra loro divergente nella giurisprudenza delle Sezioni semplici, ma in ragione della particolare importanza delle questioni che si ponevano, prima fra tutte quella del riconoscimento o meno di una legittimazione del Curatore fallimentare ad esperire azioni risarcitorie per la concessione di credito bancario ad un imprenditore poi dichiarato fallito che avesse ritardato l'emersione del dissesto e l'avvio della procedura concorsuale.

La risposta a quel primo interrogativo fu in senso *negativo*, sotto l'aspetto del pregiudizio che altri creditori potevano avere subito per il mantenimento in vita dell'impresa che già versava in stato

di insolvenza; e venne altresì esaminata la possibilità o meno di configurare una responsabilità della banca verso la stessa società fallita, sempre in conseguenza del ritardo nella cessazione di un'attività imprenditoriale con aggravamento del dissesto.

Prima di esaminare le motivazioni degli ultimi interventi giurisprudenziali qui riportati, che ovviamente andranno confrontati con i principi di diritto a suo tempo enunciati dalle Sezioni Unite al riguardo, è opportuno iniziare il discorso con qualche riflessione di carattere più generale; cominciando a rammentare che già in epoca risalente la dottrina aveva iniziato ad interrogarsi sulla configurabilità o meno, nel nostro ordinamento, di un "illecito" costituito dalla concessione di credito all'imprenditore in dissesto, nonché, in caso di risposta affermativa, sui presupposti di un'azione risarcitoria basata su quell'"illecito", e sulla legittimazione ad esercitarla (2).

(1) Le sentenze n. 7029, n. 7030, n. 7031, tutte pubblicate il 28 marzo 2006, che furono oggetto di numerosi commenti, fra i quali si citano qui, senza completezza, quelli di C. Esposito in questa *Rivista*, 2006, 1125, di M. Spiotta in *Giur. it.*, 2006, 1191, di G. Fauceglia, in *Corr. giur.*, 2006, 643, oltre alla nota redazionale in *Foro it.*, 2006, I, 3417; su alcune delle controversie che diedero luogo a quelle decisioni di legittimità vi erano state, negli antecedenti giudizi di merito, le sentenze 7 maggio 2002 del Trib. Foggia e 2 luglio 2002 dell'App. Bari, entrambe ampiamente commentate in questa *Rivista*, 2002, 1181 ss. da

G. Lo Cascio, *Iniziativa giudiziarie del Curatore fallimentare nei confronti delle banche*, nonché la sentenza 18 febbraio 2003, sempre della Corte d'Appello di Bari, pubblicata in questa *Rivista*, 2004, 427 con osservazioni di F. Patini.

(2) Le più risalenti trattazioni sul tema furono quelle di R. Clarizia, *La responsabilità du banquier donneur de crédit*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1976, I, 361, e di A. Nigro, *La responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito*, in G. Portale (a cura di), *Le operazioni bancarie*, Milano 1978, vol. I, 301.

La concessione di credito (non solo bancario) all'imprenditore in stato di dissesto

Nella comune accezione, per "abusiva concessione di credito" si intende la concessione di credito ad un imprenditore in stato di dissesto, che gli consenta di continuare ad operare sul mercato, e di ritardare la dichiarazione di fallimento o almeno l'apertura di altra procedura di regolazione del dissesto prevista dalla legge per la migliore tutela della *par condicio creditorum*.

L'argomento è stato, finora, discusso quasi esclusivamente con riferimento alla concessione del credito bancario, sebbene esso sia oggettivamente prospettabile con riferimento a tutti coloro che "concedono credito", nel senso più ampio, all'imprenditore in crisi, così contribuendo alla prosecuzione dell'attività di impresa.

Gli esempi più immediati che si possono fare al riguardo sono quelli dei fornitori "a credito" delle materie prime e dell'energia, allorché le une e l'altra siano essenziali per portare avanti la produzione, quali sono le materie prime nelle imprese produttive, o l'energia per qualsiasi attività imprenditoriale; o, ancora, si può fare l'esempio dei prestatori di servizi necessari per la produzione e per la commercializzazione dei prodotti dell'impresa.

Può accadere (e frequentemente accade) che tutti quei fornitori concedano credito all'imprenditore in stato di crisi; ed in quei casi, è proprio la prosecuzione delle forniture di beni e della prestazione di servizi che *in primis* consente la sopravvivenza dell'impresa sul mercato (3).

Questa constatazione è importante ai fini del tema qui in esame; anche perché, nella prospettazione di una possibile responsabilità delle banche per concessione abusiva di credito, proprio i fornitori, ed in genere gli altri soggetti che intrattenevano rapporti con l'imprenditore poi fallito, vengono indicati, in linea di principio, come "i danneggiati", ancorché essi abbiano magari portato avanti il loro rapporto commerciale con l'imprenditore per i pagamenti che ricevevano attraverso l'utilizzo, da

parte dell'imprenditore, del credito bancario, cioè di quel credito, in tesi, abusivamente chiesto ed accordato a loro danno. E se così è, si dovrebbe allora dire che anche i fornitori di beni e servizi avrebbero concorso nel ritardo alla cessazione dell'attività di impresa; salva restando, ovviamente (ma il discorso vale per tutti), la valutazione dello stato soggettivo di ciascuno dei "concorrenti", ed il contributo di ciascuno di essi nella negativa prosecuzione dell'attività imprenditoriale.

Una seconda riflessione sull'argomento è che, nella realtà economica, la "solvenza" ovvero la "insolvenza" degli imprenditori dipende, almeno nella maggioranza dei casi, proprio dal credito di cui essi possono fruire, con particolare (ma non esclusivo) riferimento al credito bancario, e ciò in ragione della scarsa capitalizzazione, comunque della scarsa capacità di auto-finanziamento, che contraddistingue la struttura della maggior parte delle nostre imprese; al di là delle considerazioni di carattere economico, che qui non rilevano, l'interprete del diritto non può non tenerne conto, allorché viene chiamato ad applicare la nozione di "insolvenza", che il legislatore ha definito come l'incapacità dell'imprenditore di adempiere regolarmente le proprie obbligazioni verso terzi.

Sotto questo aspetto, potrebbe quindi sembrare contraddittorio configurare una concessione di credito "abusiva" perché in favore di un imprenditore in stato di insolvenza, se è proprio quella concessione che mantiene la "solvenza" dell'imprenditore.

Così non è, ovviamente, in una visione prospettica, cioè proiettata verso il futuro: perché è evidente che la concessione di credito non può mantenere la "solvenza" all'infinito, se l'attività imprenditoriale genera perdite e non profitti, e se non vi sia la possibilità di un'inversione di tendenza.

Le considerazioni fin qui espresse non conducono certo a negare in assoluto che vi possa essere una concessione di credito "abusiva" nel senso di cui si è detto; però da esse emerge la necessità di un'attenta riflessione nella valutazione, caso per caso, della ricorrenza dei suoi presupposti, sia oggettivi che soggettivi.

(3) Di un orientamento dottrinario nel senso della "concorrenza dei creditori nella responsabilità del dissesto", essendo "nell'insolvenza dell'impresa coinvolti tutti i creditori, sui quali grava sia l'obbligo di vigilare sulla crisi imprenditoriale, sia quello di evitare che lo strumento del credito si traduca in un aggravamento della stessa", faceva cenno G. Lo Cascio, *op. cit.* alla nt. 1, citando la relazione ad un convegno del 1994 di Scanzano sul tema "La sistemazione della crisi delle imprese e le procedure concorsuali", ma già nella più risalente trattazione di A. Nigro, *cit.* alla nota che precede, 307, si osservava che il

danno creato dall'apparente solvibilità dell'imprenditore in stato di dissesto era stato ravvisato, nella dottrina francese, "a prescindere dalla qualità del creditore che abbia compiuto il fatto lesivo, in particolare dalla qualità di banchiere: così, ad es., è stato ritenuto responsabile nei confronti dei creditori il terzo che, conoscendo o dovendo conoscere la situazione di grave difficoltà economica del debitore, gli abbia permesso di ritardare l'apertura della procedura concorsuale, vendendogli merci a prezzi dilazionati o anche semplicemente ridotti".

Una ulteriore riflessione preliminare sul tema

Una ulteriore riflessione preliminare sul tema in esame è suggerita dall'attuale normativa sulle crisi d'impresa.

Come si sa, la riforma del diritto fallimentare ha voluto una radicale revisione degli indirizzi del prevalente sistema, nel senso di privilegiare la *conservazione dell'impresa* anziché la sua *espulsione dal mercato*, ogni qual volta appaia ancora possibile tentare, se non il risanamento, quanto meno il mantenimento dell'azienda e dei suoi valori (anche immateriali), magari in vista di una cessione, totale o parziale, ad altro imprenditore, restando perciò la disgregazione dei valori imprenditoriali solo come *extrema ratio* (4).

Questa scelta di fondo del legislatore si è tradotta da un lato nel potenziamento di procedure alternative alla liquidazione fallimentare, che prima non esistevano, d'altro lato nel depotenziamento delle revocatorie fallimentari finalizzate alla liquidazione, non soltanto con l'accorciamento del periodo sospetto, ma anche (ed è quel che più ora rileva ai fini del nostro discorso), con la protezione dei *pagamenti di beni e servizi effettuati nell'esercizio dell'attività d'impresa nei termini d'uso*, che vengono esentati dalla revocabilità, ed ancora con la protezione (che prima non esisteva) *dell'ordinario credito bancario* attraverso le limitazioni sia alla revocabilità delle rimesse sui conti correnti bancari, sia all'obbligazione restitutoria derivante dalla revocatoria, allorquando sia ancora consentita.

L'esenzione dalla revocatoria fallimentare dei pagamenti di beni e servizi attinenti all'esercizio dell'attività d'impresa se effettuati "nei termini d'uso" comprende, evidentemente, l'ipotesi che i fornitori dei beni e dei servizi abbiano portato avanti il rapporto commerciale con l'imprenditore pur conoscendo la situazione di dissesto (altrimenti l'esenzione sarebbe stata inutile); del pari, l'esonero dalla revocatoria delle rimesse bancarie, pur con i limiti

posti nel nuovo art. 67, comma 3, lett. b), presuppone anch'essa che il conto corrente sia stato mantenuto operativo, e che la banca abbia seguito a consentire prelievi "a credito", pur nella consapevolezza di un sopraggiunto stato di crisi del correntista.

Tutto ciò mal si concilia con la configurazione di un "illecito" per il danno che *altri creditori* possano avere subito per il mantenimento dell'impresa sul mercato, grazie alla concessione di credito da parte sia dei fornitori che delle banche all'imprenditore che, pur in una situazione di crisi, riesce in tal modo a portare avanti la sua attività.

Quanto meno, da un punto di vista sistematico, quella negativa qualificazione di "illecito" mal si concilia con gli intenti che hanno ispirato la riforma fallimentare: è difficile immaginare che il legislatore della riforma abbia voluto proteggere (fortemente proteggere) comportamenti che, per altro verso, andrebbero invece considerati pregiudizievoli e quindi dannosi.

Nello specifico campo dei rapporti bancari il nuovo indirizzo scelto dal legislatore dovrebbe, semmai, condurre a considerare ai fini risarcitori proprio l'opposto, cioè *l'abusiva interruzione del credito*: tema sul quale, invece, gli interventi di giurisprudenza e dottrina sono stati finora ben più scarsi (5).

Le prime posizioni della dottrina

Come già accennato, la dottrina italiana cominciò ad occuparsi del tema della concessione abusiva di credito, e delle sue possibili conseguenze risarcitorie, ormai alcuni decenni or sono (6), sotto lo stimolo della dottrina e della giurisprudenza francese, che già a quell'epoca ne aveva effettuato un'attenta elaborazione (7).

Poi, negli anni successivi, seguirono altri contributi (8), dei quali occorre pur sinteticamente dare conto.

Nel nostro ordinamento quella responsabilità andrebbe ovviamente ricondotta nell'ambito degli

(4) Su questo indirizzo della riforma v. in particolare G. Lo Cascio, *La nuova legge fallimentare dal progetto di legge delega alla miniriforma per Decreto legge*, in questa *Rivista*, 2005, 361.

(5) Sull'argomento si può citare F. Martorano, *Insolvenza dell'impresa e revoca del fido bancario*, in questa *Rivista*, 1985, 250, nonché R. Sgroi Santagati, *Concessione abusiva di credito e brutale interruzione del credito*, in *Dir. fall.*, 1984, I, 625; entrambi commentavano una sentenza del Tribunale di Roma (sent. 28 dicembre 1983, in *Foro it.*, 1984, I, 1986) relativa al fallimento della società di fatto Caltagirone, che sarebbe stato provocato dall'improvvisa revoca del sostegno bancario da parte dell'ICCRI.

(6) Con gli scritti menzionati alla nt. 2.

(7) Citiamo i due scritti più importanti: J. Veizan, *La responsabilité du banquier en droit privé français*, e M. Vasseur, *La responsabilité du banquier donneur de crédit*.

(8) V. in particolare A. Borgioli, *Responsabilità della banca per concessione "abusiva" di credito?*, in S. Maccarone - A. Nigro (a cura di), *Funzione bancaria, rischio e responsabilità della banca*, Milano, 1981, 197 ss.; G. Lo Cuoco, *Responsabilità della banca per concessione abusiva di credito*, in *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale delle banche*, Milano, 1986, 211 s.; G. Franchina, *La responsabilità della banca per concessione abusiva del credito*, in *Dir. fall.*, 1988, I, 656, R. Sgroi Santagati, *op. cit.*, alla nt. 5.

artt. 2043 e 2395 c.c., visto che non sussiste alcun rapporto contrattuale fra la banca (o altro soggetto) che conceda credito all'imprenditore in stato di dissesto e gli altri creditori del medesimo imprenditore che, in ipotesi, possano avere subito un pregiudizio dalla prosecuzione dell'attività d'impresa; e quanto al rapporto fra la banca e la società sovvenuta, è altrettanto ovvio che l'esecuzione di contratti di credito in corso di svolgimento è proprio l'opposto di una responsabilità contrattuale per inadempimento.

D'altra parte, è ormai acquisito che la responsabilità aquiliana, un tempo circoscritta alla sola lesione di altrui diritti *assoluti*, può sussistere anche per la lesione di altrui diritti *relativi*, in particolare di diritti di credito; (9) e la tendenza evolutiva è stata, nel tempo, sempre nel senso di un ampliamento dell'area di quella responsabilità, giammai nel senso di una sua restrizione.

Per la fattispecie qui in esame, l'attenzione della dottrina si è anzitutto concentrata sul requisito della "ingiustizia" del danno; ciò anche in ragione del fatto che, nell'interrogarsi sulla trasferibilità o meno nel nostro ordinamento delle conclusioni raggiunte dalla dottrina e dalla giurisprudenza francese, si è notato che non vi era quel requisito nella norma dell'art. 1283 del codice civile francese, corrispondente al nostro art. 2043 c.c., il che aveva agevolato gli interpreti d'oltralpe nella configurabilità di un "illecito civile" allorché sia concesso credito all'imprenditore in stato di dissesto.

D'altra parte, apparirebbe arduo ricercare un fondamento normativo di quel possibile "illecito" nella regolamentazione legislativa ed amministrativa sull'esercizio del credito bancario.

È ben vero che la concessione del credito all'imprenditore dissestato può derivare dalla mancanza o dall'insufficienza dell'istruttoria sulle condizioni economico-patrimoniali dell'imprenditore prescritta dalla legge bancaria e dalle istruzioni dell'Autorità di vigilanza; ma si è anche rilevato che quelle disposizioni non hanno un'efficacia "esterna", essendo dettate per la stabilità del sistema bancario (10), e non già per proteggere soggetti terzi che con le banche non abbiano avuto un diretto rap-

porto, come sarebbero gli altri creditori dell'imprenditore finanziato.

I presupposti della responsabilità aquiliana applicati alla concessione del credito

Ad ogni modo, ammessa la configurabilità di una responsabilità risarcitoria nella fattispecie in esame, andrebbero, ovviamente, verificati per essa i presupposti comuni di ogni responsabilità aquiliana, vale a dire il dolo o la colpa dell'agente, il danno da altri subito, il nesso di causalità fra il comportamento doloso o colposo ed il danno.

Quanto al primo presupposto, per il concedente esso deve ravvisarsi nella consapevolezza di concedere credito in una situazione di dissesto che l'imprenditore dissimula di fronte ai terzi proprio grazie a quel credito, con il conseguente pericolo di un futuro inadempimento nei confronti di coloro che con l'imprenditore seguitano ad intrattenere rapporti commerciali.

Il danno può verificarsi sia nel patrimonio dei creditori anteriori sia in quello dei creditori successivi alla concessione "abusiva" del credito: come ebbero ad osservare le Sezioni Unite nella motivazione della sentenza n. 7029/2006, "il creditore antecedente avrà titolo a dolersi per la partecipazione al riparto dei creditori successivi, questi ultimi invece esclusivamente dell'eventuale incapacienza, e per tale parte soltanto".

Come già detto, se poi il credito bancario chiesto ed ottenuto dall'imprenditore in dissesto viene utilizzato per soddisfare i fornitori di beni e di servizi essenziali per la sopravvivenza dell'attività imprenditoriale, con ciò consentendo la prosecuzione delle forniture di quei beni e delle prestazioni di quei servizi, vuol dire che gli stessi soggetti potrebbero avere, almeno per qualche tempo, beneficiato del credito bancario, onde si dovrebbero in tal caso porre a raffronto, in un'azione risarcitoria, il beneficio ed il pregiudizio derivanti dal medesimo fatto. Infine, è stata notata dai commentatori anche la problematicità della dimostrazione, pur imprescindibile per l'affermazione di ogni responsabilità aquiliana, del nesso di causalità fra l'atto dannoso ed il danno che ne sia derivato: e ciò sia perché "il ritar-

(9) La "svolta" in tal senso viene generalmente ravvisata nella sentenza Cass., SS.UU., 26 gennaio 1971, n. 174 sul c.d. "caso Meroni", seguita poi da varie altre pronunce di legittimità.

(10) Che le disposizioni attinenti alla "sana e prudente gestione" dell'attività bancaria abbiano una rilevanza "interna" e non "esterna", lo si rileva, ad esempio, anche dalla risposta giurisprudenziale sul tema, che negli ultimi tempi ha dato luogo

ad un vivace dibattito, del rispetto del c.d. limite di finanziabilità (o scarto di garanzia) nei finanziamenti fondiari: la cui inosservanza potrebbe essere fonte di responsabilità per gli amministratori bancari, per le perdite che la banca ne possa subire, ma non incide "all'esterno" sulla validità dei contratti di finanziamento; la Cassazione lo ha detto con le note sentenze 28 novembre 2013, n. 26672 e 6 dicembre 2013, n. 27380, poi seguite da altre conformi.

do nell'apertura di una procedura concorsuale potrebbe essere il risultato di una pluralità di fattori, fra i quali l'intervento della banca potrebbe anche giocare un ruolo secondario e marginale, diverse essendo invece le cause efficienti di tale ritardo" (11), sia perché anche i creditori "danneggiati" potrebbero avere continuato a concedere credito per il pagamento delle loro forniture e prestazioni di beni e servizi pur nella consapevolezza dello stato di dissesto dell'imprenditore, con ciò contribuendo (come già sopra si è osservato) al ritardo nell'avvio di una procedura concorsuale, sicché il loro comportamento costituirebbe, quanto meno, una concausa del pregiudizio che alla fine essi subiscono.

Le posizioni della giurisprudenza e della dottrina antecedenti all'intervento delle Sezioni Unite

A distanza di molti anni dalle prime trattazioni dottrinarie (12), l'interesse per il tema qui in esame fu ravvivato, soprattutto, da una vicenda giudiziaria che diede luogo a due pronunce di merito, prima del Tribunale e poi della Corte d'Appello di Milano (13), che, anticipando in sostanza l'orientamento che sarebbe stato poi espresso dalle Sezioni Unite, ebbero a dire che una concessione di credito ad imprenditore in stato di insolvenza che abbia indotto in errore i terzi, inducendoli a portare avanti rapporti obbligatori rimasti poi inadempiti, può essere "dannosa" per i crediti sia anteriori che posteriori alla sovvenzione "abusiva", non già alla massa dei creditori concorsuali nel successivo fallimento, onde il Curatore non è legittimato ad esercitare, per quel titolo, un'azione risarcitoria nei confronti della banca che aveva seguito a concedere credito.

Queste pronunce furono oggetto di commenti critici (14) che, riprendendo anche un'antecedente trattazione dottrina (15), contestavano l'assunto che il credito "abusivamente" concesso, nel caso di

successivo fallimento dell'imprenditore sovvenuto, avesse danneggiato solo singoli creditori, come tali legittimati all'azione risarcitoria, ed inoltre ampliarono il discorso sul versante del danno che in tal modo sarebbe stato arrecato anche alla società sovvenuta, onde la legittimazione del Curatore ad un'azione risarcitoria andava riconosciuta, quanto meno, sotto questo secondo aspetto, sulla base del disposto dell'art. 43 l.fall.

Secondo tale opinione, la legittimazione del Curatore all'azione risarcitoria poteva affermarsi *in via concorrente* con quella dei singoli creditori per i danni da costoro subiti, ed *in via esclusiva* per i danni subiti dal patrimonio sociale, ferma restando la possibilità della banca, quanto alla prima azione, di eccepire, nel caso di suo contemporaneo esercizio da parte del Curatore e da parte del creditore sociale, una duplicazione della domanda "con conseguente possibile limitazione quantitativa dell'accogliibilità della domanda proposta dal Curatore o del rigetto della domanda proposta dal creditore, valutazione che in concreto potrà essere compiuta solo sulla base della valutazione di maggiore conclusività delle prove offerte dal Curatore o dal creditore" (16).

Le voci di dissenso rispetto alle due isolate pronunce di merito milanesi si protrassero, poi, ancora fino alla vigilia delle sentenze delle Sezioni Unite (17) e subito dopo di esse, quest'ultime in senso critico sui principi di diritto affermati da quelle sentenze (18).

Verosimilmente, fu proprio il dibattito suscitato dalla (più scarna) giurisprudenza e dalla (più ampia) dottrina di cui si è detto in questo paragrafo a suggerire l'intervento delle Sezioni Unite dell'anno 2006.

L'intervento delle Sezioni Unite, ed i principi di diritto da esse affermati

Nell'ambito di un vasto contenzioso avanti il Tribunale di Foggia (19), la Cassazione era stata in un primo tempo chiamata ad esaminare la natura del-

(11) L'osservazione è di A. Nigro, *op. cit.*, alla nt. 2, 345.

(12) Ci riferiamo ancora agli scritti menzionati alle note 2 e 8.

(13) Trib. Milano 9 maggio 2001, e successivamente App. Milano 11 maggio 2004, pubblicate e commentate come indicato nella nota che segue.

(14) La sentenza del Tribunale di Milano da parte di F. Rolfi, in *Corr. giur.*, 2001, 1643, la sentenza della Corte d'Appello di Milano da parte di A. Viscusi, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, 648 ss.

(15) Di B. Inzitari, *La responsabilità della banca nell'esercizio del credito: abuso nella concessione e rottura del credito*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2001, I, 265 ss.

(16) In questi testuali termini era la conclusione dell'articolo

di B. Inzitari, cit. alla nota che precede.

(17) V. M. Ferrari, *Legittimazione del Curatore per abusiva concessione del credito, plurioffensività dell'illecito al patrimonio ed alla garanzia patrimoniale*, in *Corr. giur.*, 2006, 419 ss.

(18) V. I. Pagni, *La concessione abusiva di credito tra diritti dei creditori e azioni della Curatela*, in *Società*, 2007, 442 ss., B. Inzitari, *L'abusiva concessione di credito: pregiudizio per i creditori e per il patrimonio del destinatario del credito*, *ivi*, 462 ss., G.B. Nardecchia, *L'abusiva concessione del credito all'esame delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 630.

(19) Si trattava di numerose cause intentate dal Curatore dei fallimenti delle società del "gruppo Casillo" contro le banche che avevano finanziato quelle società.

l'azione di risarcimento danni per abusiva erogazione di credito bancario in favore dell'imprenditore poi dichiarato fallito al fine di decidere un regolamento di competenza; ed aveva detto (20) che non era configurabile la competenza funzionale del Tribunale fallimentare a giudicare su quella domanda, "in quanto essa non è inquadrabile in un'azione di massa identificabile con la totalità dei creditori della procedura concorsuale, ma riguarda singoli creditori rispetto ai quali occorre accertare la sussistenza di tutte le componenti dell'illecito", onde non era applicabile la norma dell'art. 24 l.fall., ma si doveva determinare la competenza sulla base delle disposizioni di cui agli artt. 19 e 20 c.p.c.

Questa indicazione fu poi raccolta dalla Corte d'Appello di Bari in varie sentenze (21) che, appoggiandosi a quel precedente, statuirono che il Curatore fallimentare non era legittimato ad esercitare l'azione di risarcimento danni nei confronti degli Istituti di credito che avessero erogato credito ad un imprenditore insolvente, ritardandone il fallimento con pregiudizio di altri creditori, non trattandosi di un'azione di massa, cioè riguardante un danno per l'intero ceto creditorio.

Dopo l'autorevole commento della prima delle decisioni della Corte d'Appello di Bari apparso su questa Rivista (22), le impugnazioni in sede di legittimità proposte dal Curatore fallimentare condussero alle tre sentenze delle Sezioni Unite del marzo 2006, e venne così sancita, nel più alto grado della giurisdizione civile, la risposta *negativa* all'interrogativo sulla legittimazione del Curatore ad esperire quell'azione risarcitoria (23).

Le Sezioni Unite dissero, dunque, che "l'azione risarcitoria di cui si tratta, nella sua ontologia costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, analogamente alle azioni che traggono origine da atti degli amministratori della società fallita che danneggiano il terzo, a sensi dell'art. 2395 c.c."

(20) Con ord. 9 ottobre 2001, n. 12368, in questa *Rivista*, 2002, 1157.

(21) La sent. 2 luglio 2002, cit. alla nt. 1 venne poi seguita, sempre nell'ambito del contenzioso fra il Curatore dei fallimenti delle società del gruppo Casillo e le banche che avevano intrattenuto rapporti creditizi con tali società, da App. Bari 18 febbraio 2003, anch'essa cit. alla nt. 1.

(22) Ci riferiamo ancora a G. Lo Cascio, *op. cit.* alla nt. 1.

(23) Poiché il tema delle azioni risarcitorie per abusiva concessione di credito è stato "importato" dalla Francia, come sopra ricordato, va detto che anche l'orientamento della giurisprudenza francese era stato in un primo tempo nel senso di ritenere irricevibile l'azione di responsabilità contro una banca promossa dal Curatore fallimentare nell'interesse della massa; ma vi fu poi un inatteso *revirement* della Cassazione francese,

Più avanti, una di quelle sentenze si occupò anche della possibilità o meno di configurare una responsabilità della banca *verso la società poi fallita* per avere, in tesi, danneggiato il suo patrimonio portando avanti la concessione del credito.

Su questo punto, la sentenza n. 7029/2006 osservò anzitutto che nel caso di specie vi era bensì stata da parte del Curatore una deduzione anche in tal senso, che tuttavia era tardiva e quindi inammissibile; ma nel seguito della motivazione, volendo esprimersi nel modo più completo in considerazione della particolare importanza dell'argomento (24), la sentenza portò il suo esame anche su tale aspetto, dicendo che, se "l'abuso del credito affermato si è perfezionato mediante un contratto al quale la società partecipò con i suoi organi, a tanto legittimati dal suo statuto, potrebbe, al più, ipotizzarsi una responsabilità di costoro per *mala gestio*, ma questa esclude comunque l'azione risarcitoria di cui si tratta, per la ragione che nessun diritto di credito verso il proprio contraente in capo alla società finanziata abusivamente potette nascere da un fatto illecito prodotto da attività infedele dei suoi rappresentanti".

Dunque, non vi era qui una questione sulla legittimazione del Curatore, visto che l'art. 43 l.fall. lo abilita ad esercitare tutte le azioni volte a rivendicare diritti patrimoniali del fallito verso terzi; ma nel merito veniva esclusa, *in radice*, la configurabilità di una pretesa risarcitoria aquiliana per l'esecuzione da parte della banca dei contratti di credito nei confronti della sua controparte contrattuale (25).

La giurisprudenza di legittimità del 2010

A distanza di alcuni anni, la Cassazione fu chiamata ancora a decidere su azioni risarcitorie proposte in sede fallimentare per una concessione di credito bancario qualificata come "abusiva", e lo fece con due coeve sentenze del giugno/luglio 2010 (26):

con la sent. 7 gennaio 1976, che concluse in senso opposto, peraltro suscitando forti critiche nella dottrina d'oltralpe.

(24) Questa infatti, come già detto, era stata la ragione dell'intervento delle Sezioni Unite.

(25) Anche di questo aspetto aveva fatto cenno G. Lo Cascio, *op. cit.*, alla nota 1, osservando che "l'erogazione del credito, lungi dal determinare una diminuzione del patrimonio del debitore, ne rappresenta un incremento".

(26) Cass. 1° giugno 2010, n. 13413 e Cass. 23 luglio 2010, n. 17284 entrambe pubblicate in questa *Rivista*, 2011, 305 ss. con nota di A. Marcinkiewicz, ed in *Giur. comm.*, 2011, II, 1157 con nota di V. Pinto; la sentenza n. 13413 è pubblicata anche in *Foro it.*, 2011, I, 856, in *Giur. it.* 2011, 109 con nota di M. Spiotta, in *Dir. fall.*, 2011, II, 405, con nota di R. Fava.

una di esse (la sentenza n. 17284) si limitò a riaffermare il difetto di legittimazione del Curatore fallimentare a proporre l'azione risarcitoria per un asserito danno ai creditori dell'impresa poi fallita, l'altra (la sentenza n. 13413) esaminò invece una fattispecie diversa, in quanto "a monte" dell'azione del Curatore vi era stata una condanna in sede penale sia dell'amministratore della società fallita sia del direttore della filiale della banca che aveva concesso il credito, per concorso nei reati di bancarotta e di ricorso abusivo al credito; in tale situazione quella sentenza, dopo avere richiamato l'insegnamento delle pronunce delle Sezioni Unite del 2006 anche con riguardo alla esclusione di un danno alla società sovvenuta ed al suo patrimonio per la prosecuzione dei contratti di credito, osservò che nella fattispecie andava responsabilizzata, per il danno da reato subito dalla società, anche la banca il cui funzionario aveva subito una condanna penale quale "concorrente" dell'amministratore della società fallita (27).

Dunque, in entrambe quelle pronunce non poteva ravvisarsi uno scostamento dai principi fissati dalle sentenze dell'anno 2006 delle Sezioni Unite.

Quelle due pronunce suscitarono un nuovo interesse della dottrina sul tema che la Cassazione era tornata ad esaminare; oltre ai commenti specifici su tali sentenze, già sopra citati (28), vanno menzionate due approfondite trattazioni delle quali è qui possibile dare conto solo sinteticamente.

Uno di quei due scritti (29) si poneva in posizione critica nei confronti delle due pronunce di legittimità del 2010, riprendendo la risalente tesi secondo cui la concessione del credito all'imprenditore in crisi costituirebbe un "illecito plurioffensivo", provocando un "depauperamento del patrimonio" ed un "danno riflesso per i creditori" (30). L'altro scritto (31), invece, seguiva, l'orientamento giuri-

sprudenziale al quale era stata data continuità: ferma restando la possibilità di un'azione risarcitoria esercitabile da singoli creditori o da terzi, e riconducibile al disposto dell'art. 2395 c.c., per il danno provocato dall'ingannevole apparenza causata dal credito concesso (o mantenuto) all'imprenditore in crisi, l'Autore si esprimeva negativamente sulla configurabilità di una responsabilità del sovventore anche nei confronti dell'impresa beneficiaria del credito (32); non senza aggiungere che una responsabilità *diversa* rispetto a quella della responsabilità per concessione di credito potrebbe invece configurarsi nel caso di "complicità della banca nell'illecito degli amministratori, ad esempio, qualora la condotta degli amministratori integri gli estremi del reato di ricorso abusivo al credito, se la banca abbia volontariamente concorso nella dissimulazione dello stato di dissesto o di insolvenza", o, ancora, in una ipotesi-limite in cui "sia stata la stessa banca a forzare gli amministratori a chiedere un sostegno creditizio irragionevole", potendosi in questo caso "parlare di induzione all'inadempimento, che avrebbe per la banca conseguenze identiche alla complicità" (33).

L'articolata opinione dottrina qui da ultimo riferita, che, come si è visto, traeva spunto dalla sentenza n. 13413/2010, appariva condivisibile anche considerando, con specifico riferimento al ricorso abusivo al credito, che l'art. 218 l.fall. sanziona il comportamento degli amministratori o degli imprenditori che ricorrono al credito "dissimulando il dissesto o lo stato di insolvenza", dunque un comportamento che pone, piuttosto, la banca quale vittima del reato, incompatibile con il concorso nel reato: e difatti è stato detto che il reato può ravvisarsi allorché l'amministratore "ottenga il credito dissimulando il dissesto ai danni del credi-

(27) Nel par. 3.2 della motivazione della sentenza n. 13413 veniva infatti riportata, anzitutto, testualmente, la motivazione di Cass., SS.UU., n. 7029/2006 sull'impossibilità di configurare una responsabilità della banca verso la società per avere eseguito i contratti di credito voluti dalla società stessa: dopo di che la sentenza rilevava la "peculiarità della fattispecie concreta", caratterizzata "dalla sentenza penale di condanna, intervenuta nelle more del giudizio civile, dell'amministratore e del direttore della filiale della banca per concorso in bancarotta e ricorso abusivo al credito".

(28) Si tratta dei commenti cit. alla nota 26 che precede.

(29) P. Piscitello, *Concessione abusiva del credito e patrimonio dell'imprenditore*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, 655 ss.

(30) Questa era stata l'impostazione di una parte della dottrina antecedente all'intervento delle Sezioni Unite, v. le citazioni nella nt. 8.

(31) A. Nigro, *La responsabilità delle banche nell'erogazione del credito alle imprese in crisi*, in *Giur. comm.*, 2011, I, 305 ss.

(32) Dicendo, al riguardo, che trattasi di "una prospettazione che non si può accogliere, non solo perché stravolge la figura tipica della responsabilità per concessione abusiva di credito, ma anche e soprattutto perché una responsabilità diretta nei confronti del debitore appare difficilmente ammissibile visto che la concessione di credito viene normalmente richiesta dallo stesso debitore, il quale pertanto, in principio ed in generale, non avrebbe certo titolo per dolersi successivamente del pregiudizio che possa essergliene eventualmente derivato": come si vede, questa opinione ripeteva, con analoghe parole, quel che già aveva detto al riguardo Cass. n. 7029/2006.

(33) Anche la dottrina penalistica ha affermato che "concorrendo nel reato di bancarotta il funzionario di banca che concede finanziamenti all'imprenditore il quale sta aggravando il proprio dissesto, ove risulti che il funzionario era consapevole di cooperare all'aggravamento del dissesto": così U. Giuliani-Balestrino, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, Milano, 2006, 567.

tore ignaro, il quale assumerà pertanto il ruolo della vittima” (34).

Continuità o discontinuità delle coeve sentenze ora in esame rispetto alla giurisprudenza antecedente?

La sentenza n. 9883 oltre ad indicare i criteri per la liquidazione del danno nell'azione risarcitoria contro l'amministratore che abbia proseguito l'attività in presenza di una causa di scioglimento della società, dice, per l'aspetto che maggiormente qui interessa, che è “certamente da confermare” il già citato insegnamento delle Sezioni Unite, nella parte in cui ebbe a negare al Curatore fallimentare la legittimazione a proporre nei confronti della banca finanziatrice l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita un'impresa decotta; e riprende il punto centrale, quello cioè che la legittimazione del Curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni c.d. di massa, ma tale non è quella che, analogamente all'azione *ex art. 2395 c.c.*, costituisce strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore, la cui posizione poi è variamente articolata a seconda che si tratti di creditore antecedente o successivo all'attività di sovvenzione abusiva.

Più avanti, peraltro, la sentenza n. 9883 dice che il Curatore sarebbe invece legittimato ad agire, a sensi dell'art. 146 l.fall. in correlazione con l'art. 2393 c.c., nei confronti della banca, ove questa sia chiamata a rispondere quale “terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte della predetta società”; ed al riguardo esprime due affermazioni sulle quali occorre ora soffermarsi.

La prima consiste nel richiamo (“come questa Sezione ha già avuto modo di precisare”) al precedente della sentenza n. 13413/2010 (35), che, si dice, avrebbe in termini generali dichiarato che “il Curatore fallimentare è legittimato ad agire a sensi dell'art. 146 l.fall. in correlazione con l'art. 2393 cod. civ. nei confronti della banca, ove la posizione a questa ascritta sia di terzo responsabile solida-

le del danno cagionato alla società fallita per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della predetta società”.

La seconda affermazione è che ciò sarebbe anche “in linea con quanto dalle stesse Sezioni Unite implicitamente paventato mercè l'affermazione, in quella sede rilevante, di nullità di una domanda del genere a fronte di quella risarcitoria da abusiva concessione di credito con lo scopo di mantenere artificiosamente in vita la società decotta”.

Sul primo dei due passaggi motivazionali ora citati, la sentenza sembra non avere colto la peculiarità della fattispecie che aveva dato luogo al precedente del 2010, e l'impossibilità di trasferirla, *sic et simpliciter*, in un più generalizzato assunto di responsabilità aquiliana della banca per l'erogazione del credito alla sua controparte contrattuale in stato di insolvenza.

È opportuno sottolineare, ancora una volta, che qui non si tratta di un problema di “legittimazione”: né le Sezioni Unite del 2006, né la successiva conforme giurisprudenza hanno mai posto in dubbio che un'azione risarcitoria per asserito danno alla società poi fallita ed al suo patrimonio vedrebbe il Curatore legittimato dell'art. 43 l.fall., trattandosi di far valere un diritto patrimoniale della società fallita.

Difatti, la sentenza n. 13413/2010 aveva precisato che una responsabilità risarcitoria poteva nel caso di specie essere addebitata anche alla banca per la specifica ragione che un suo funzionario era stato condannato, in concorso con l'amministratore della società fallita, per i reati di bancarotta e ricorso abusivo al credito, dunque si trattava di una responsabilità “vicaria” per danno da reato, e proprio perciò quella sentenza non aveva mancato di rilevare che essa non intendeva affatto porsi in contrasto con il precorso insegnamento delle Sezioni Unite, dunque anche con la parte di esso che, come già ricordato, aveva *negato* che potesse ravvisarsi un danno all'impresa poi fallita ed al suo patrimonio per il mantenimento del credito bancario voluto dall'imprenditore.

Quanto al secondo passaggio motivazionale, secondo il quale la possibile fondatezza di una domanda risarcitoria per un asserito “danno alla società ed al

(34) Così D. Micheletti, *Il ricorso abusivo al credito come reato necessariamente condizionato*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2007, 23 sgg., al par. 8, il quale soggiunge che invece, allorché il soggetto agente dolosamente “architetti il ricorso al credito con un concorso dello stesso creditore ai danni della futura massa fallimentare”, si verterebbe, semmai, nella fattispecie di cui all'art. 223 n. 2 l.fall., che punisce chi abbia ca-

gionato con dolo o per effetto di operazioni dolose il fallimento della società; v. altresì C. Pedrazzi in *Comm. l.fall. Scialoja-Branca sub art. 218*, 193, nt. 2, anch'esso nel senso che “è escluso che il fornitore del credito assuma la veste di concorrente nel reato”.

(35) Cioè la sentenza citata nella nt. 26.

suo patrimonio” derivante dalla erogazione del credito chiesto dall’amministratore di una società in stato di insolvenza sarebbe stato implicitamente “avallato” dalle Sezioni Unite allorquando avevano rilevato la “novità”, in quel giudizio, della domanda in tal senso del Curatore, e quindi la sua inammissibilità, qui la sentenza non ha considerato che, invece, le Sezioni Unite non si erano limitate a rilevare la “novità” della domanda, bensì avevano anche detto che non poteva configurarsi, in capo alla società fallita, “un diritto di credito della società verso il proprio contraente” (la banca) “per un fatto illecito prodotto da attività infedele dei suoi rappresentanti”.

Dunque, un’integrale lettura della precorsa giurisprudenza non poteva condurre all’affermazione secondo cui vi sarebbe già stato un riconoscimento della proponibilità di un’azione risarcitoria per “danno alla società” causato dal mantenimento del credito bancario voluto dalla società stessa, tramite i suoi amministratori, in una situazione di dissesto. Ben diversa è la (di poco) successiva sentenza n. 11798, pure qui riportata.

Essa si è pronunciata in una causa risarcitoria che il Commissario di un’amministrazione straordinaria aveva promosso contro un *pool* di banche per “danni” che il sostegno creditizio alla impresa in crisi avrebbe provocato sia al patrimonio sociale sia ai creditori concorsuali, ma la domanda in tal senso era già stata respinta in entrambi i giudizi di merito, rispettivamente dal Tribunale di Monza (36) e, poi, dalla Corte d’Appello di Milano (37).

La sentenza della Corte d’Appello aveva, anzitutto, rammentato il “consolidato orientamento della Corte di Cassazione, secondo cui la legittimazione del Curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni c.d. di massa”, laddove nel caso di specie “l’azione svolta dall’attrice non appartiene al novero delle azioni di massa ma costituisce uno strumento di reintegrazione del patrimonio del singolo creditore”; dopodiché, passando al tema del possibile “danno al patrimonio sociale”, condividendo anche su questo punto la risposta negativa del primo Giudice, la sentenza si era posta

dichiaratamente nel solco di quanto affermato al riguardo dalle Sezioni Unite nella pronuncia n. 7029/2006, osservando che “è indubitabile che l’imprenditore abbia partecipato, sia pure nel ruolo di richiedente, ai contratti di finanziamento che hanno dato luogo all’asserito abuso di credito, né la sua richiesta di finanziamento può essere ritenuto atto estraneo alla concessione di credito per il fatto che la valutazione sull’opportunità di accoglierla o meno sia stata rimessa alle banche”, sicché, in definitiva, se “l’abuso del credito affermato si è perfezionato mediante la conclusione al quale la società partecipò con i suoi Organi, a tanto legittimati dai suoi statuti, potrebbe al più ipotizzarsi una responsabilità di costoro per *mala gestio*, ma questo esclude comunque l’azione risarcitoria di cui si tratta per la ragione che alcun diritto di credito verso il proprio contraente in capo alla società finanziata abusivamente potè nascere da un fatto illecito prodotto anche da attività infedele dei suoi rappresentanti” (38).

Dopo le due sentenze di merito ora menzionate, su ricorso del Commissario della amministrazione straordinaria la Cassazione si è pronunciata con la sentenza n. 11798 qui pubblicata.

Essa si è anzitutto soffermata sull’assunto del ricorrente secondo cui si sarebbe dovuto rivedere il consolidato orientamento che ha escluso la legittimazione del Curatore fallimentare a rivendicare danni asseritamente subiti dai creditori concorsuali per il mantenimento in vita di un’impresa decotta grazie alla concessione del credito bancario: su questo tema la sentenza n. 11798 ha rilevato che la norma dell’art. 146, comma 2, l.fall., invocata dal ricorrente per sostenere la revisione della precedente giurisprudenza sul punto, nella parte in cui abilita il Curatore ad esercitare, nel fallimento delle società, le azioni di responsabilità contro gli amministratori, i componenti degli Organi di controllo, i direttori generali, i liquidatori, i soci delle società a responsabilità limitata nei casi previsti dall’art. 2476 c.c., non ha nulla a che vedere con l’azione risarcitoria individuale di cui all’art. 2395 c.c.; e che nemmeno potrebbe affermarsi la legitti-

(36) Con sentenza 6 febbraio 2011, pubblicata in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2012, II, 690, con nota di F. Di Marzio, *Ancora sulla fattispecie “concessione abusiva di credito”*; il medesimo Autore aveva già commentato l’antecedente sentenza 31 luglio 2007 del medesimo Tribunale, anch’essa pubblicata in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, II, 375, che dopo avere negato la legittimazione del Curatore fallimentare a proporre un’azione risarcitoria per i danni creati ai creditori dell’impresa fallita che aveva proseguito la sua attività grazie al sostegno bancario, aveva anche soggiunto che “la concessione di credito a condi-

zioni di mercato, ancorché abusiva in quanto attuata in violazione della disciplina pubblicistica sull’erogazione del credito, non può costituire fonte di danno per l’impresa finanziata”.

(37) Con sent. 20 marzo 2015, n. 1229, che si può leggere in www.IIFallimentarista.it.

(38) In questo passo la sentenza della Corte milanese ripeteva testualmente le parole di Cass. n. 7029/2006 sull’impossibilità di configurare una responsabilità risarcitoria del sovvenitore verso la sua controparte contrattuale che aveva chiesto la concessione o il mantenimento del credito.

mazione del Curatore per l'azione risarcitoria individuale in virtù del disposto dell'art. 240 l.fall., che eccezionalmente prevede una doppia legittimazione, sia del Curatore che del creditore, senza che la prima sia sostitutiva della seconda.

Dopo avere così confermato ciò che le Sezioni Unite avevano affermato, e la giurisprudenza successiva non aveva mai disatteso, sulla natura dell'azione per i danni subiti dai singoli creditori per il mantenimento sul mercato dell'impresa insolvente, e quindi sulla legittimazione a proporre tale azione, la sentenza n. 11798 conferma anche il rigetto, da parte della Corte d'Appello, della pretesa di un risarcimento alla stessa impresa finanziata, dal momento che, nella fattispecie, non vi era stato nessun riferimento a richieste o comportamenti degli amministratori rilevanti sotto il profilo penale e concorrenti con l'azione del direttore di banca, dunque che la *ratio decidendi* si era basata sulla "mancanza del positivo accertamento della responsabilità penale degli amministratori in concorso con i direttori delle banche" (39).

Si è già accennato che la prima delle due sentenze di merito che avevano preceduto la sentenza n. 11798 aveva dato luogo ad un approfondito commento dottrinario; il suo Autore, sul discusso tema della configurabilità o meno di un danno alla società sovvenuta, si era lungamente intrattenuto, esprimendo le seguenti due conclusive riflessioni:

- "tra la concessione abusiva del credito propriamente intesa e il danno al patrimonio dell'impresa finanziata corre un rapporto, piuttosto che di estraneità, di vera e propria *incompatibilità*; affermare che la concessione di credito produce un danno ingiusto all'impresa insolvente corrisponde ad affermare che l'esatto adempimento di un contratto determina un danno ingiusto nel patrimonio del contraente che riceve la prestazione"

(39) E questa *ratio decidendi* non era stata nemmeno impugnata perché, come si comprende dalla lettura della sentenza, a differenza di quanto accaduto nella fattispecie decisa dalla sent. n. 13413/2010, non vi era stato nello svolgimento di quella controversia nessun accertamento in sede penale di concorso di dipendenti delle banche convenute in giudizio con gli amministratori della società per i reati di bancarotta o di ricorso abusivo al credito.

(40) A chiusura del discorso sulla prospettazione di un comportamento colposo della banca nella "concessione abusiva di credito", si può aggiungere che in questa nozione possono ricomprendersi sia la fattispecie dell'adesione della banca alla richiesta di nuove linee di credito, sia quella (diversa) del mancato recesso della banca da concessioni creditizie già in precedenza accordate; in questo secondo caso (che sembra essere più frequente nei casi venuti all'esame della giurisprudenza) si dovrebbe affermare in capo alla banca una "colpa

- "la negligenza o il dolo nella istruttoria del merito creditizio non determinano l'invalidità del contratto, non rilevando né quale causa di nullità né quale causa di annullamento e nemmeno quale causa di rescissione, di modo che l'ingiustizia del fatto si troverebbe a coesistere con la validità del contratto che quel fatto determina, ed in tal modo la concessione di credito acquisterebbe una duplice e contrastante rilevanza giuridica: quale prestazione in esecuzione di un valido contratto e, al contempo, fatto ingiusto in danno del destinatario della prestazione medesima".

Queste considerazioni appaiono ineccepibili, e non richiedono un particolare commento in questa nota.

Considerazioni conclusive

Da quanto precede sembra dunque doversi riassuntivamente concludere:

- che la prima delle due sentenze in commento ha erroneamente (per le ragioni che si sono indicate) ritenuto di dare continuità ai precedenti giurisprudenziali sul tema della configurabilità o meno di una responsabilità risarcitoria della banca per un danno alla società sovvenuta ed al suo patrimonio, nell'erogazione del credito allorquando la società si trovava già in dissesto

- che la seconda sentenza si è posta, invece, in una linea di continuità con i precedenti giurisprudenziali, nella parte in cui ha confermato le due sentenze di merito che avevano richiamato quanto già affermato dalle Sezioni Unite nella sentenza n. 7029/2006 sull'esclusione di una responsabilità della banca verso la società sovvenuta per l'esecuzione dei contratti di credito con la medesima (40).

Si è anche visto che la risposta giurisprudenziale seguita dalla seconda delle sentenze qui in commento è stata, e continua ad essere, discussa in

omissiva", che, come si sa, ha suoi peculiari presupposti: secondo la giurisprudenza di legittimità, "poiché l'omissione di un certo comportamento, rileva, quale condizione determinativa del processo causale dell'evento dannoso, soltanto quando si tratti di omissione di un comportamento imposto da una norma giuridica specifica (omissione specifica), ovvero in relazione al configurarsi della posizione del soggetto cui si addebita l'omissione, siccome implicante l'esistenza a suo carico di particolari obblighi di prevenzione dell'evento poi verificatosi e, quindi, di un generico dovere di intervento (omissione generica) in funzione dell'impedimento di quell'evento, il giudizio relativo alla sussistenza del nesso causale non può limitarsi alla mera valutazione della materialità fattuale, bensì postula la preventiva individuazione dell'obbligo specifico o generico di tenere la condotta omessa in capo al soggetto" (così in un passo della motivazione Cass. 5 maggio 2009, n. 10285, in *Fo-ro it.*, 2009, I, 2064).

dottrina, e si sono richiamate le divergenti opinioni al riguardo.

Ai fini di una scelta fra i due orientamenti dottrinari dovrebbe considerarsi, a nostro avviso, che alle ragioni prettamente “civilistiche” espresse dalla giurisprudenza al riguardo oggi se ne può aggiungere un'altra: quella che una responsabilizzazione del sostegno bancario alle imprese in crisi si pone in antitesi con gli indirizzi della riforma del diritto concorsuale, come già detto all'inizio di questa no-

ta, ed anche ciò dovrebbe dunque indurre a mantenere l'orientamento che conduce ad escludere quella responsabilizzazione.

Ovviamente, questa scelta trova un limite nell'ipotesi di commissione di taluno dei reati pre-fallimentari previsti dalle norme degli artt. 216 ss. l.fall.: perché nessuno può essere esonerato dal risarcimento di danni che siano la conseguenza di un reato da lui commesso, o alla cui commissione abbia concorso.

ON-LINE

Il Quotidiano Giuridico

Servizio on line di informazione in materia di diritto civile, penale e amministrativo



Seguici su Twitter @QGiuuridico



Il Quotidiano Giuridico

Cambia pelle
per informarti
sempre meglio
giorno dopo giorno...

Il Quotidiano Giuridico è un quotidiano di informazione giuridica on line – **fruibile da PC, tablet e smartphone (oltre che stampabile in formato PDF)** – pensato per supportare l'attività quotidiana di avvocati, notai, magistrati e legali d'azienda con l'aggiornamento quotidiano e autorevole sulle novità normative e con l'analisi e l'approfondimento di casi giurisprudenziali per orientare nella scelta delle soluzioni.

I CONTENUTI:

I contenuti sono organizzati nelle tre grandi aree tematiche del diritto: **Civile, Penale ed Amministrativo.**

In questi ambiti, il Quotidiano Giuridico **garantisce un'informazione completa, approfondita, autorevole e tempestiva** curata dalla Redazione interna e da un “pool” di oltre 80 Autori scelti tra i migliori del panorama giuridico professionale e accademico. L'informazione del nuovo Quotidiano Giuridico ha un taglio fortemente operativo finalizzato ad offrire soluzioni applicabili nella pratica quotidiana.

I Commenti: analisi ragionate e spunti di riflessione sulle tematiche più rilevanti o di attualità nel panorama giuridico

Il punto su ...: contributi degli esperti sulle questioni più controverse

Gli Osservatori: le decisioni della Corte costituzionale, della Corte di Giustizia UE

e della Corte europea dei diritti umani spiegate dagli esperti.

La Gazzetta Ufficiale

LA NEWSLETTER

La newsletter permette di avere subito il quadro delle novità leggendo la sintesi dell'articolo pubblicato per esteso sul Quotidiano.

IL QUOTIDIANO STAMPABILE

L'edizione quotidiana in formato PDF, così come tutti i numeri arretrati, sono velocemente stampabili per una lettura off-line o per essere archiviati.

L'APP

Scarica l'App de “**Il Quotidiano Giuridico**” per ricevere su tablet e smartphone le news in materia di diritto civile, penale e amministrativo commentate dalle firme più autorevoli e prestigiose del mondo accademico e professionale.

Abbonamento annuale: € 199,00 + IVA

*Puoi provarlo **gratuitamente** (www.quotidianogiuridico.it) per un mese per consultare tutti gli approfondimenti e scaricare le sentenze di tuo interesse!*

Per informazioni e acquisti

<http://shop.wki.it>

LE SOCIETÀ A PARTECIPAZIONE PUBBLICA

RACCOLTA SISTEMATICA DELLA DISCIPLINA, COMMENTATA
E ANNOTATA CON LA GIURISPRUDENZA

di Vincenzo Donativi

€ 100

Cod. 00215206

L'Opera costituisce una **raccolta sistematica** della complessa disciplina delle società a partecipazione pubblica. Le norme sono state **catalogate per materia** e **commentate**, alla luce delle principali questioni sollevate dalla prassi e al fine di fornire un supporto alla **soluzione dei problemi pratici** e alla **elaborazione degli atti amministrativi o delle deliberazioni**.

L'argomento è di grande **attualità**: da ultimo è stato approvato il «Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica» (d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175). Accanto a una serie di innovazioni di grande impatto, tuttavia, sono sopravvissute molte delle soluzioni originarie, travasate nel TUSPP o in molti casi conservate nel contesto delle fonti previgenti.

Il volume, frutto dell'esperienza ventennale dell'autore, esperto e studioso della materia, si rivolge ad amministratori, revisori e agli uffici interni delle p.a., agli amministratori, ai sindaci, ai revisori e agli uffici interni delle società partecipate, oltre che ai professionisti che svolgono attività di consulenza e assistenza in favore di tali soggetti.



Piano concordatario

Cassazione Civile, Sez. I, 7 aprile 2017, n. 9061 - Pres. A. Didone - Est. F. Terrusi - (Omissis) S.p.a. c. Fallimento (Omissis) S.p.a.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda in continuità aziendale - Piano concordatario - Idoneità - Corrispondenza alle finalità pratiche perseguite - Sindacabilità giudiziale - Configurabilità

(Legge fallimentare artt. 160, 161, 162, 163, 179)

In relazione al piano del concordato preventivo, la verifica della fattibilità riservata al giudice, in quanto correlata all'accertamento della causa concreta comprende necessariamente anche un giudizio di idoneità della proposta e del piano medesimo, che va svolto rispetto all'assetto di interessi ipotizzato dal proponente in rapporto ai fini pratici che il concordato persegue (*massima non ufficiale*).

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda in continuità aziendale - Piano concordatario - Verifica di fattibilità e accertamento della causa concreta funzionale - Sindacato di idoneità da parte del giudice - Configurabilità

(Legge fallimentare artt. 160, 161, 162, 163, 173, 179, 182-quinquies, 186 bis)

Il giudice è tenuto ad una verifica diretta del presupposto di fattibilità del piano per poter ammettere il debitore al concordato e mentre il sindacato sulla fattibilità giuridica (intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili) non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica (intesa come realizzabilità nei fatti del piano medesimo) può essere svolto nei limiti della sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in relazione alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi (*massima non ufficiale*).

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda in continuità aziendale - Natura giuridica - Istituto diverso - Esclusione - Particolare modalità del piano concordatario - Configurabilità - Scopo di evitare un aggravamento della crisi - Garanzia del miglior soddisfacimento dei creditori

(Legge fallimentare artt. 160, 161, 162, 163, 173, 179, 182 quinquies, 186 bis)

Il concordato preventivo con continuità aziendale non rappresenta un istituto diverso e "nuovo", ma una semplice modalità dell'istituto predetto, presidiato da una serie di cautele concernenti il piano e l'attestazione, volte ad evitare il rischio di un aggravamento del dissesto in danno dei creditori ai quali va assicurata la prosecuzione dell'attività funzionale al miglior soddisfacimento (*massima non ufficiale*).

La Corte (omissis).

7. Ciò puntualizzato, è da osservare che nella specie la dichiarazione di fallimento, per quel che dalla sentenza risulta, e per quanto riconosciuto dalla stessa debitrice a pag. 25 del suo ricorso, è avvenuta su richiesta del pubblico ministero dopo che il tribunale di Rimini, con decreto del 17 maggio 2013, aveva revocato l'ammissione al concordato preventivo ritenendo la proposta concordataria carente nel requisito di fattibilità (l.fall., art. 173, comma 3).

La corte d'appello, con la sentenza in questa sede impugnata, oltre a insistere sui profili delle carenze informative risolte in atti di frode, ha confermato la valutazione negativa compiuta dal tribunale quanto alla non fattibilità della proposta e del piano, e al capo della decisione afferente sono state dedicate le censure dai ricorrenti svolte nei motivi appena sopra indicati.

Sennonché quelle censure sono nel complesso infondate.

7.1. Le sezioni unite di questa Corte, nella sentenza n. 1521-13 richiamata *hinc et inde*, hanno affermato il principio per cui il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sulla proposta di concordato. Il sindacato di fattibilità non resta difatti escluso dall'attestazione del professionista. Rimane invece riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha a oggetto la probabilità di successo economico del piano e i rischi inerenti.

Quest'ultimo concetto va peraltro razionalmente inteso in rapporto a quanto precisato a proposito della verifica della causa concreta del concordato stesso.

È va poi calibrato sul profilo del concordato in continuità aziendale.

7.2. Dal primo punto di vista deve essere posta in adeguata luce l'implicazione generale del concetto, laddove si è detto che, realizzandosi il controllo di legittimità in "applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo",

Giurisprudenza

Concordato preventivo

esso deve attuarsi mediante la diretta verifica della “effettiva realizzabilità della causa concreta”.

Quest’ultima - la causa concreta - è da intendersi “come obiettivo specifico perseguito dal procedimento”, donde essa non ha un contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita - codesta - nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell’imprenditore e all’assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori.

La nozione non tollera margini di ambiguità.

È abbastanza evidente che l’esplicito riferimento alla causa concreta, evocando il richiamo di una prospettiva funzionale, suppone un controllo sul contenuto della proposta finalizzato a stabilirne l’idoneità ad assicurare la rimozione dello stato di crisi mediante il previsto soddisfacimento dei crediti rappresentati.

Ciò significa che la verifica di fattibilità, proprio in quanto correlata al controllo della causa concreta del concordato, comprende necessariamente anche un giudizio di idoneità, che va svolto rispetto all’assetto di interessi ipotizzato dal proponente in rapporto ai fini pratici che il concordato persegue. Difatti non può esser predicato il primo concetto (il “controllo circa l’effettiva realizzabilità della causa concreta”) se non attraverso l’estensione al di là del mero riscontro di legalità degli atti in cui la procedura si articola, e al di là di quanto attestato da un generico riferimento all’attuabilità del programma.

Da questo punto di vista non è esatto porre a base del giudizio una *summa divisio* tra controllo di fattibilità giuridica astratta (sempre consentito) e un controllo di fattibilità economica (sempre vietato).

Il giudice, in verità, è tenuto a una verifica diretta del presupposto di fattibilità del piano per poter ammettere il debitore al concordato, e la differenza (nozionistica) appena richiamata serve semplicemente a questo: che mentre il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili, non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo, può essere svolto nei limiti nella verifica della sussistenza o meno di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi.

Tanto vuol dire non solo che non è vero che il controllo di fattibilità economica, per usare l’espressione fin qui impiegata, sia in sé vietato (v. Cass. n. 11497-14 e, da ultimo, Cass. n. 26329-16). Vuol dire anche che, nella prospettiva funzionale, è sempre sindacabile la proposta concordataria ove totalmente implausibile.

È difatti riservata ai creditori solo la valutazione di convenienza di una proposta plausibile, rispetto all’alternativa fallimentare, oltre che, ovviamente, la specifica realizzabilità della singola percentuale di soddisfazione per ciascuno di essi.

7.3. I riportati principi tanto più vengono in rilievo quando si discorra di concordato in continuità aziendale

supponente, come nella specie, un piano industriale pluriennale inteso a generare specifici flussi di cassa.

In tal caso la rigorosa verifica della fattibilità “in concreto” presuppone un’analisi inscindibile dei profili giuridici ed economici, volta che il piano con continuità deve essere idoneo a dimostrare la sostenibilità finanziaria della continuità stessa. Tanto che esso deve contenere l’analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell’attività, delle risorse necessarie e delle relative modalità di copertura (l.fall., art. 186-bis). È da puntualizzare che se è vero che il concordato con continuità aziendale non si atteggia, nel sistema, come un istituto diverso e “nuovo”, ma come semplice modalità del concordato stesso, è però anche logico che, per le caratteristiche che lo distinguono e per le particolari norme di favore attraverso le quali è agevolata la continuazione dell’impresa in crisi, esso debba esser circondato da una serie di cautele inerenti il piano e l’attestazione, tese a evitare il rischio di un aggravamento del dissesto a danno dei creditori. Invero la prosecuzione dell’attività deve essere comunque “funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori” (ancora art. 186-bis).

In definitiva, il piano concordatario che, come atto programmatico, il debitore è libero di formulare, condizionando l’esercizio e la realizzazione dei diritti di terzi, paralizzati dal divieto di azioni esecutive per la durata della procedura (l.fall., art. 168) ed esposti a una falcidia in certo qual modo aggravata dal concorso di creditori aventi diritto alla prededuzione o al pagamento anticipato (artt. 161 e 182-*quinquies*), suppone sempre un vaglio rigoroso, da parte del giudice, su tutti i presupposti e gli atti preparatori e strumentali condizionanti.

Esplicitamente, d’altronde, l’art. 186-bis, u.c., attribuisce al giudice il compito di verificare, ai sensi della l.fall., art. 173, che l’esercizio dell’impresa, per come ipotizzato nel piano, non risulti infine manifestamente dannoso per i creditori. Cosicché l’alea che ne circonda l’esecuzione, e che è rimessa all’accettazione dei creditori, non si estende alla valutazione di esistenza effettiva dei presupposti della soluzione concordataria per come indicata nel piano e di inesistenza delle condizioni di manifesta dannosità.

8. L’impugnata sentenza, svolgendo il sindacato che la fattispecie richiedeva, si è posta in linea coi citati principi, nel momento in cui ha motivatamente espresso una valutazione di radicale manifesta inattitudine del piano concordatario in rapporto alla serie di elementi dettagliatamente riportati in motivazione.

Tali elementi sono stati rinvenuti:

- nell’opacità dei bilanci della società;
- nell’andamento (indicato come “disastroso”) della gestione antecedente a fronte di scelte gestorie, ipotizzate nel piano industriale, non caratterizzate da effettiva discontinuità quanto alla fondamentale ricerca dell’equilibrio tra costi e ricavi; e dunque nella conseguenziale illogicità di una ipotesi di realizzazione di obiettivi ambiziosi come quelli indicati nella proposta;
- nella inesistenza di un surplus di risorse per far fronte a eventi suscettibili di incidere negativamente sugli ipotizzati flussi di cassa, essendo stata posta in motivata di-

scussione l'idoneità del fondo rischi ed essendosi palesata l'erroneità di una non secondaria voce del conto economico quanto alle entrate prospettiche derivanti da pagamenti di soggetti esteri;

- nella insufficienza, rispetto a quanto prospettato nel piano industriale, del margine di incidenza di dati variabili normalmente correlati a una valutazione di equilibrio dell'impresa, atteso che finanche il margine prudenziale di riduzione del 10 % rispetto al valore stimato della produzione, indicato dal commissario giudiziale e in sentenza definito (senza specifica censura) come privo di "obiezioni da parte della reclamante", era da considerare generativo di una perdita netta di bilancio chiaramente incidente sul cd. *business plan*. E a tal proposito va qui rammentato che, giustappunto, il *business*

plan è nel linguaggio commerciale il documento che sintetizza i contenuti e le caratteristiche di un progetto imprenditoriale, in vista della concreta pianificazione e gestione aziendale e della comunicazione esterna verso potenziali finanziatori o investitori. Donde una carenza incidente su di esso, unita al riscontro di scelte gestorie in linea con quelle che hanno già portato la società al dissesto, di deficitarie indicazioni di bilancio e di insufficienze dei valori stimati di produzione ben possono giustificare una valutazione di intrinseca inettitudine, quando non di plateale dannosità per i creditori, della prosecuzione dell'esercizio dell'impresa secondo la prospettiva delineata.

(*omissis*).

Cassazione Civile, Sez. I, 27 febbraio 2017, n. 4915 - Pres. A. Nappi - Est. F. Terrusi - Fallimento (*omissis*) S.p.a. c. (*omissis*) S.p.a.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda in continuità aziendale - Piano - Fattibilità - Idoneità - Necessità - Sussistenza - Contenuto

(*Legge fallimentare artt. 160, 161, 162, 163, 179*)

Nel concordato preventivo, la verifica della fattibilità del piano da parte del giudice, correlata all'accertamento della causa concreta dello strumento concordatario, comprende necessariamente anche un sindacato di idoneità della proposta e del piano rispetto all'assetto di interessi configurato dal proponente in relazione alle modalità articolate ed ai fini pratici che si intendono realizzare (*massima non ufficiale*).

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda in continuità aziendale - Piano - Verifica della fattibilità - Fattibilità giuridica ed economica - Contenuto

(*Legge fallimentare artt. 160, 161, 162, 163, 179, 182 quinquies, 186 bis*)

Ai fini dell'ammissibilità del debitore al concordato preventivo, il giudice è tenuto ad una verifica diretta del presupposto di fattibilità del piano e mentre il sindacato sulla fattibilità giuridica (intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili) non incontra particolari limitazioni, il controllo sulla fattibilità economica (intesa come realizzabilità nei fatti del piano medesimo) può essere esercitato nei limiti di un accertamento di una manifesta inettitudine del piano presentato a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in relazione alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi (*massima non ufficiale*).

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda in continuità aziendale - Piano - Sindacabilità del giudice Limiti - Fattibilità giuridica - Insussistenza - Sindacabilità economica Limiti - Manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati nella proposta - Configurabilità

(*Legge fallimentare artt. 160, 161, 162, 163, 179, 182 quinquies, 186 bis*)

Nel caso di concordato in continuità, la verifica avente ad oggetto l'indicazione, da parte del debitore, delle risorse necessarie alla prosecuzione dell'attività rientra nel campo dell'attuabilità del piano, non in quello della sua attuazione pratica, sicché la sua mancanza può essere sindacata dal giudice sotto il profilo della realizzabilità in concreto del piano (*massima non ufficiale*).

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda in continuità aziendale - Piano - Fattibilità giuridica - Sindacato giudiziale - Configurabilità - Fattibilità economica - Sindacato dei creditori - Limiti - Valutazione della convenienza di proposta plausibile

(*Legge fallimentare artt. 160, 161, 162, 163, 179, 182-quinquies, 186-bis*)

Giurisprudenza

Concordato preventivo

Mentre la proposta di ammissione al concordato preventivo è sempre soggetta al sindacato del giudice, ai creditori è viceversa riservata soltanto la valutazione della convenienza rispetto all'alternativa fallimentare di una proposta plausibile" (massima non ufficiale).

La Corte (omissis).

1. - Il ricorso principale consta di otto motivi.

Col primo, denunciando violazione e falsa applicazione della l.fall., artt. 160, 161, 162 e 186 *bis*, con riferimento al contenuto e ai limiti del controllo giudiziale sulla fattibilità del piano concordatario, il fallimento ricorrente addebita alla corte d'appello di aver aderito a un'interpretazione generale ingiustificatamente restrittiva delle norme in materia e non di non avere adeguatamente considerato ostativa al concordato la mancata documentazione degli impegni assunti dai terzi ai fini della realizzabilità delle programmate convenzioni. In tal modo la corte d'appello avrebbe travisato l'orientamento delle sezioni unite, trasponendo i limiti del sindacato sulla fattibilità economica strettamente intesa sul versante del controllo sulla fattibilità giuridica "in concreto".

Col secondo motivo è dedotto l'omesso esame di un fatto decisivo, relativamente alla denunciata totale mancanza di risorse finanziarie per la continuazione dell'attività e per la realizzazione del piano.

Col terzo motivo il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione della l.fall., artt. 161 e 162, con riguardo alla verifica diretta e autonoma della fattibilità della proposta di concordato, e in subordine l'omesso esame di fatto decisivo in ordine alle oggettive carenze della relazione attestativa.

Il quarto mezzo prospetta l'omesso esame di fatto decisivo con riferimento all'assenza, nella proposta e nel piano, delle specifiche indicazioni prescritte dalla l.fall., art. 186 *bis*, comma 2, quanto al conto economico-finanziario analitico e preciso, vale a dire aderente alla riorganizzazione prospettata.

In sintonia con tale censura, il quinto motivo deduce la violazione e falsa applicazione della l.fall., artt. 18, 162 e 186 *bis*, essendo essenziale giuridicamente, quanto al concordato in continuità aziendale, la mancanza di specifiche indicazioni nel senso di cui al motivo precedente.

Il sesto e il settimo mezzo attengono a distinte specifiche affermazioni del giudice d'appello.

Col sesto motivo il ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione della l.fall., artt. 18, 160, 161, 162 e 163, con riferimento al controllo giudiziale sul contenuto della proposta, in fase di ammissione, circa la formazione delle classi, il trattamento dei creditori privilegiati e il rispetto dell'ordine delle prelazioni. Col settimo motivo è invece dedotta un'omessa pronuncia o, in subordine, un omesso esame di fatto decisivo, in ordine al mancato conteggio degli interessi decorrenti sui crediti privilegiati.

Infine con l'ottavo motivo il fallimento lamenta la violazione della l.fall., art. 91, a proposito della sorte delle spese processuali relative al giudizio di reclamo.

2. - Nel ricorso incidentale vengono invece dedotti due motivi.

Col primo si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 111 e 24 Cost., artt. 132 e 135 c.p.c., art. 118 att. c.p.c., in ordine alla valutazione operata dalla corte d'appello sulla denunciata motivazione apparente del decreto di inammissibilità del ricorso per concordato preventivo.

Col secondo si deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 24 e 111 Cost., e l.fall., art. 15, in ordine alla valutazione operata dalla corte d'appello sulla questione della mancata notifica dell'istanza di fallimento della società IIsud.

3. - Per quanto non direttamente indicato come tale dalla società controricorrente, il ricorso incidentale va considerato alla stregua di ricorso implicitamente condizionato.

Si tratta di impugnazione proposta dalla parte risultata in concreto vittoriosa nel giudizio di merito ma rimasta soccombente in ordine alle singole specifiche questioni. Tale ricorso incidentale va esaminato, dunque, all'esito di quello principale, essendo legato all'attualità dell'interesse sussistente unicamente nell'ipotesi della fondatezza di questo (v. Sez. un. n. 5456-09).

4. - I primi cinque motivi del ricorso principale possono essere esaminati congiuntamente, perché avvinti dal comune profilo dei limiti del sindacato giudiziale sulla fattibilità della proposta concordataria e del piano.

I motivi sono fondati.

5. - Giova premettere che nella specie, per quanto la sentenza riferisce, si trattava di un concordato in continuità aziendale articolato su tre punti sostanziali:

(i) la riorganizzazione del sistema produttivo mediante costituzione di un gruppo societario tra la società ricorrente e tre società di nuova costituzione;

(ii) la riduzione del costo del lavoro e delle procedure di mobilità;

(iii) la stipulazione di una joint venture con un gruppo industriale del Qatar previa costituzione di una società di capitali di diritto qatarino colà ubicata.

Il tribunale, sempre in base alla sentenza, aveva censurato la proposta perché la costituzione delle preventive nuove società non era certa, sicché il programma concordatario non era concretamente fattibile. In tal senso finanche la prospettiva emergente dalla relazione dell'attestatore dovevasi considerare astratta e letteralmente "appiattita" sulla proposta, non essendo stato possibile acquisire, anche e appunto per la mancata costituzione delle società, elementi conoscitivi circa la potenzialità produttiva, l'efficiente organizzazione e la disponibilità di mezzi finanziari da parte di soggetti allo stato inesistenti.

Ancora il tribunale aveva ritenuto non sufficientemente indagati i rapporti tra la società madre e le società costituente: invero, di quelle ipotizzate come cooperati-

ve era stata data per scontata l'adesione in termini giuridici ed economici alle stipulande convenzioni contrattuali, mentre per quella ipotizzata come s.r.l., da costituire col personale del settore ingegneristico e di ricerca, non erano state indicate neppure le risorse necessarie a fini dell'acquisto delle partecipazioni.

Infine, in ordine alla società sita in Qatar, il tribunale aveva osservato essere incerti i termini di apporto della fallenda, la quale aveva escluso l'immissione di risorse finanziarie e aveva limitato il conferimento al *know how*. Non era stato chiarito, in questa prospettiva, se la messa a disposizione di tale *know how* dovesse avvenire per conferimento o solo come concessione d'uso, non avendo la ricorrente neppure depositato la bozza costitutiva di tale società, né dimostrato la solidità e l'affidabilità di tale partner.

Poiché tutti i riferiti aspetti problematici non avevano trovato risposta nell'attestazione del professionista, il tribunale aveva espresso il convincimento di inidoneità dell'attestazione e del piano.

6. - La corte d'appello, quanto ai citati elementi di valutazione, ha previamente ritenuto che si fosse pervenuti a un giudizio di mera incertezza sulla realizzabilità delle soluzioni prescelte, mediante segnalazione di "dati problematici esclusivamente di merito", senza censura di fattibilità giuridica.

A dire della corte d'appello, la decisione di primo grado, per quanto apparentemente attestata sulla incompletezza di dati, aveva trovato motivazione dalla mancata costituzione delle società e dal conseguente dubbio sull'attuazione del programma concordatario, "non perché esso si (presentasse) inattuabile, ma perché vi sarebbe (stata) incertezza sull'aderenza tra l'idea e la sua realizzazione".

In sostanza, la decisione negativa del primo giudice era impedita dall'affermazione come necessari di presupposti non (giuridicamente) tali, e dall'esorbitanza dei poteri di sindacato, essendosi investito "in via diretta il rischio sul buon esito dell'operazione" che, invece, era da ritenere "aspetto di esclusiva pertinenza dei creditori".

7. - L'assunto della corte d'appello non può essere condiviso perché basato su una lettura distorta dei principi tratti dalla pur evocata sentenza n. 1521-13 delle sezioni unite di questa Corte, le cui considerazioni e la cui *ratio* si palesano mal colti.

Della consistenza di tale travisamento è prova la seguente testuale affermazione che ha caratterizzato la premessa della decisione impugnata. Invero la corte territoriale, dopo aver sottolineato che "nella fase (...) prodromica all'apertura di cui alla l.fall., art. 163 (...), il piano non può che presentarsi (...) come una proposta ed indicazione di un percorso, rivolte ai creditori", ha messo in evidenza che, per "l'accentuato carattere contrattuale del concordato", sarebbero "l'ammissione da un lato e l'accettazione dall'altro" a rendere di per sé attuabile il programma, "richiedendosi solo che la sua delineazione offra congrui elementi di valutazione ai creditori e/o che non appaia manifestamente inidoneo a perseguire gli obiettivi previsti nello stesso piano".

Ora, anche a voler prescindere dalla operata singolare associazione tra concetti distinti ontologicamente perché tali sono il carattere contrattuale del concordato (che risponde a una costruzione giuridica) e l'attuabilità del programma (che è invece una caratteristica da valutare nelle sue implicazioni di plausibilità) -, è da osservare che la sentenza della sezioni unite non tollera interpretazioni minimalistiche del tipo di quella qui paventata dalla corte calabrese.

Le sezioni unite hanno affermato il principio per cui il giudice, nel concordato preventivo, ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sulla proposta di concordato non restando il sindacato di fattibilità escluso dall'attestazione del professionista. Rimane invece riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha a oggetto la probabilità di successo economico del piano e i rischi inerenti.

Il menzionato controllo di legittimità si realizza "facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo", e si attua verificandosene "l'effettiva realizzabilità della causa concreta".

Secondo la precisazione delle sezioni unite, quest'ultima la causa - concreta - è da intendersi "come obiettivo specifico perseguito dal procedimento", donde essa non ha un contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita - codesta - nel generale quadro di riferimento finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori.

8. - Ebbene l'esplicito riferimento alla causa concreta, evocando il richiamo di una prospettiva funzionale, suppone un controllo sul contenuto della proposta finalizzato a stabilirne l'idoneità ad assicurare la rimozione dello stato di crisi mediante soddisfacimento, in qualche misura, dei crediti rappresentati.

Ciò significa che la verifica di fattibilità, proprio in quanto correlata al controllo della causa concreta del concordato, comprende necessariamente anche un giudizio di idoneità, che va svolto rispetto all'assetto di interessi ipotizzato dal proponente in rapporto ai fini pratici che il concordato persegue.

È di tutta evidenza che non può esser predicato il primo concetto ("controllo circa l'effettiva realizzabilità della causa concreta") se non attraverso l'estensione al di là del mero riscontro di legalità degli atti in cui la procedura si articola (cd. legalità formale). E quindi al di là di quanto attestato da un generico riferimento all'attuabilità del programma.

Da questo punto di vista l'impugnata sentenza non appare sintonica col concetto che le sezioni unite hanno inteso affermare.

9. - Peraltro neppure è esatto porre a base del giudizio una *summa divisio* tra controllo di fattibilità giuridica astratta (sempre consentito) e un controllo di fattibilità economica (sempre vietato).

Ciò è quanto ulteriormente traspare dalla motivazione della sentenza gravata.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

Ma giova dire che il giudice è tenuto a una verifica diretta del presupposto di fattibilità del piano per poter ammettere il debitore al concordato, e la differenza nozionistica dalla corte d'appello richiamata serve semplicemente a questo: che mentre il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica, intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili, non incontra particolari limiti, il controllo sulla fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo, può essere svolto nei limiti nella verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi.

Tanto vuol dire che non è vero affatto che il controllo di fattibilità economica, per usare l'espressione fin qui impiegata, sia in sé vietato (v. Sez. 1 n. 11497-14 e da ultimo Sez. 1 n. 26329-16), e che nella prospettiva funzionale è sempre sindacabile la proposta concordataria ove totalmente implausibile.

In altre parole, riservata ai creditori è solo la valutazione di convenienza di una proposta plausibile, rispetto all'alternativa fallimentare, oltre che, ovviamente, la specifica realizzabilità della singola percentuale di soddisfazione per ciascuno di essi.

10. - L'impugnata sentenza è dunque da cassare nel rilievo afferente il supposto limite del potere di sindacato giudiziale, nella misura in cui essa ha negato che il giudice del fallimento potesse estendere il suo esame alla ritenuta inidoneità del piano e dell'attestazione del professionista in rapporto ai singoli punti sui quali il piano era stato articolato.

11. - Va anche detto che non possiede miglior sorte l'argomentare della corte d'appello a proposito del giudizio in ogni caso espresso (con certo qual grado di contraddizione rispetto alla riferita premessa) sulla idoneità della proposta nonostante i già visti suoi limiti.

La sentenza, ritenendo che la ristrutturazione dell'attività d'impresa fosse stata prospettata "in modo chiaro e completo", e ripetendone le caratteristiche previdenti la creazione di un gruppo societario articolato sulla specificità dei rami, ha osservato che la delineazione societaria era completata dalla previsione di accordi-quadro correnti tra tutte le società del gruppo. Ha quindi negato valore all'argomento del tribunale circa la non documentata adesione ai detti accordi dei soggetti che erano stati sì ipotizzati, ma che ancora non erano stati costituiti, e di cui, soprattutto, non erano state indicate, secondo il tribunale, le risorse necessarie allo svolgimento di una qualche attività.

La considerazione della corte d'appello è inficiata dall'aver superficialmente osservato che un simile riscontro non appartenesse al campo dell'attuabilità del piano ma a quello dell'attuazione, e che esso riflettesse un'incertezza non derivante dai dati di base ma solo dalla previsione del futuro.

La corte di merito ha poi aggiunto che alcuni elementi dovevano far ritenere "ben più probabile che non" l'adesione delle società del gruppo a quegli accordi: perché

si trattava di smembramento di attività prima concentrate in capo a un unico soggetto, connesse e nelle quali dovevano confluire maestranze specializzate e non, e perché lo smembramento doveva avvenire per superare la crisi dell'impresa.

Rispetto a simile affermazione non può il collegio esimersi dal rilevare come la stessa, oltre che incentrata su elementi non si capisce in qual senso rilevanti, si presenti astratta e deficitaria, in sé e in rapporto alla pacifica condizione di carenza documentale sottolineata dal primo giudice, avente a oggetto elementi logicamente indispensabili ai fini di un concreto giudizio di fattibilità del concordato.

In tal guisa appare altresì del tutto irrilevante il testuale rinvio dell'impugnata sentenza alla ipotetica destinazione funzionale del riassetto societario siccome indicata nella proposta; così come giuridicamente irrilevante, in vista delle verifiche che le erano state demandate, si palesa esser il riferimento allo schema di accordo di *joint venture* con la società in Qatar.

12. - I primi cinque motivi del ricorso principale vanno dunque accolti e la cassazione della sentenza nei capi afferenti determina l'assorbimento dei restanti motivi, giacché la decisione esclude la necessità di provvedere sulle questioni ivi prospettate.

Ai sensi dell'art. 336 c.p.c., comma 1, sui capi residui della sentenza d'appello, involgenti la asserita infondatezza degli ulteriori rilievi della curatela a proposito delle modalità di formazione delle classi (con violazione dell'ordine dei privilegi) e della inammissibilità della falcidia (in ragione dell'insufficienza del patrimonio della debitrice), si espande invero l'effetto della cassazione attinente la ineseguita valutazione di infattibilità della proposta e del piano concordatario.

13. - Può essere così esaminato il ricorso incidentale condizionato.

Tale ricorso, articolato in due motivi, è da rigettare.

14. - Il primo motivo censura la statuizione con la quale la sentenza d'appello ha escluso la nullità di quella di primo grado, ai sensi dell'art. 132 c.p.c.

Alla sentenza del tribunale era stato addebitato di aver ricalcato, oltre tutto in modo parziale, il testo di un articolo di dottrina sulla questione sottostante.

Il motivo, ove non inammissibile in prospettiva di autosufficienza, non essendo neppure riportata la motivazione del tribunale il cui errato esame di ascrive alla corte d'appello, è palesemente infondato per la stessa ragione che ha portato questa Corte a escludere la nullità della sentenza per l'ipotesi di riproduzione, in motivazione, del contenuto di atti parti o di altro atto (v. Sez. un. n. 642-15).

È da ribadire che la sentenza non è nulla qualora le ragioni della decisione siano individuabili e in ogni caso attribuibili all'organo giudicante, e risultino in modo chiaro, univoco ed esaustivo.

Né al giudice è imposta l'originalità dei contenuti in diritto o delle modalità espositive.

15. - Egualmente infondato è il secondo motivo, che muove censura alla valutazione operata dalla corte d'ap-

pello sulla questione della mancata notifica dell'istanza di fallimento della società IIsud.

Dalla sentenza risulta che era stato notificato il decreto del giudice delegato che comunicava l'avvenuta presentazione di un'istanza di fallimento improcedibile per la pendenza della proposta di concordato. Risulta inoltre che era stata comunicata (cosa incontrovertibile) la fissazione di udienza ai sensi della l.fall., art. 162, per la declaratoria di inammissibilità del concordato e il conseguente fallimento, e che a quella udienza la debitrice era comparsa e si era difesa nel merito.

Consegue che il contraddittorio tra il creditore istante e il debitore si era comunque validamente instaurato all'esito della fissazione dell'udienza di cui all'art. 162.

Conclusivamente, l'impugnata sentenza va cassata in relazione ai primi cinque motivi del ricorso principale, mentre l'incidentale va rigettato.

Segue il rinvio alla medesima corte d'appello di Catanzaro, diversa sezione, la quale si uniformerà ai principi esposti e provvederà alle pertinenti valutazioni circa la fattibilità in concreto della proposta concordataria e del piano.

(*omissis*).

Verso un superamento della distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica" nel concordato in continuità?

di Marco Terenghi (*)

La pronuncia in rassegna, nel confermare che il giudice è tenuto ad una verifica diretta del presupposto di fattibilità del piano per poter ammettere il debitore al concordato in continuità aziendale, precisa che mentre il sindacato sulla "fattibilità giuridica" non incontra particolari limiti, quello sulla "fattibilità economica" può essere esercitato nei limiti della verifica circa la sussistenza di una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato a raggiungere gli obiettivi prefissati dal proponente. In questo senso, nella prospettiva di analisi della causa in senso funzionale, la proposta concordataria è sempre sindacabile ove completamente implausibile, poiché la valutazione di convenienza riservata ai creditori va esercitata in relazione ad una proposta già delibata come plausibile. Peraltro, la plausibilità non ricorre, per il concordato in continuità, laddove venga accertata da parte del giudice la non-fattibilità in concreto del piano per mancata indicazione delle risorse finanziarie necessarie alla prosecuzione dell'attività".

La vicenda sostanziale

Una società chiede di venire ammessa alla procedura di concordato preventivo in continuità aziendale, presentando un piano che prevede la riorganizzazione del sistema produttivo mediante la creazione di un "gruppo" tra la proponente e tre società di progettata fondazione (due delle quali in forma di cooperativa), la riduzione del costo del lavoro e delle procedure di mobilità, e la stipulazione di una *joint venture* con un gruppo industriale del Qatar, previa costituzione di una società di capitali ivi ubicata e sottoposta alla diritto nazionale locale.

Il Tribunale di Vibo Valentia nega l'ammissione al concordato, evidenziando una serie di criticità all'interno del piano, prime fra tutte l'omessa indicazione delle risorse finanziarie necessarie per la prosecuzione dell'attività e la mancanza di certezza in ordine all'effettiva costituzione delle nuove società

preventivate, tali da rendere il programma non concretamente fattibile, data l'impossibilità di acquisire gli elementi cognitivi minimi in relazione a queste ultime (capacità produttiva, organizzazione aziendale). Ancora, in sede giudiziale viene ritenuto insufficiente il quadro informativo dei rapporti tra la società-madre e quelle costituenti, a cominciare dalla mancata indicazione dei mezzi necessari per l'acquisto delle partecipazioni in queste ultime. Infine, con riferimento alla *newco* qatarina, il tribunale stigmatizza l'incertezza circa i contenuti dell'apporto proveniente dall'impresa proponente, qualificato nel piano come "trasferimento" di *know how* senza tuttavia chiarire con precisione se debba trattarsi di conferimento vero e proprio o semplice concessione in godimento, non essendo tra l'altro stata neppure depositata la bozza dell'atto costitutivo della nuova società, né tantomeno dimostrata la solidità economica del *partner* qatarino. In tale

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

scenario, le perplessità del tribunale non vengono dissipate dalla relazione dell'attestatore, caratterizzata da un tenore lessicale "sovrapponibile" a quello della proposta concordataria, in cui la fattibilità del piano risulta affrontata in modo astratto e senza disporre dei dati e delle indicazioni la cui assenza viene lamentata nel provvedimento di inammissibilità.

La Corte d'Appello di Catanzaro, chiamata a decidere sul reclamo della società debitrice nel frattempo dichiarata fallita, revoca la sentenza di fallimento, affermando che il tribunale avrebbe travalicato i limiti sanciti dalla pronuncia delle Sezioni Unite n. 1521/13 in tema di sindacato della fattibilità del piano concordatario, in quanto sarebbe entrato nel merito dell'aspetto pratico-economico della proposta, giudicando non della manifesta impraticabilità delle soluzioni adottate per il superamento della crisi d'impresa, bensì della "mera incertezza sulla loro realizzabilità", attraverso la segnalazione di criticità esclusivamente di merito senza censure giuridicamente significative. Ciò avrebbe determinato, secondo la corte, un'indebita invasione del perimetro concettuale della "fattibilità economica" del piano, di esclusiva pertinenza dei creditori in quanto legato al rischio del buon esito dell'operazione, e non caratterizzato nel caso di specie dalla presenza di violazioni di legge tali da comportare un giudizio preventivo di "non fattibilità" giuridica.

Investita del ricorso proposto dalla curatela fallimentare contro la sentenza della corte territoriale, la Corte di Cassazione censura le motivazioni adottate da quest'ultima per riformare la pronuncia del tribunale, osservando da un lato che la verifica in ordine alla realizzazione della "causa concreta" del concordato presuppone sempre un controllo della fattibilità del piano, intesa come sua idoneità all'attuazione degli obiettivi di superamento della crisi e di soddisfacimento in qualche misura dei creditori, e dall'altro che il sindacato in ordine alla "fattibilità economica" non risulta sempre e comunque precluso al giudice, potendo quest'ultimo

accertare la "assoluta, manifesta inettitudine del piano" a conseguire gli obiettivi prefissati dal debitore, che determina la "totale implausibilità" della proposta concordataria, soprattutto laddove la programmata continuità aziendale risulti funzionalmente incompatibile con gli elementi cognitivi, giuridici ed economico-finanziari, evincibili dal piano stesso.

La "fattibilità" nel concordato preventivo e l'intervento delle Sezioni Unite

Il termine "fattibilità" (1) viene generalmente associato, nel quotidiano lessico concordatario, sia alla procedura di concordato preventivo in sé e per sé, sia alla proposta strettamente considerata, sia (in modo più rigoroso) al piano su cui quest'ultima si basa (2). Per quanto si tratti di espressioni sostanzialmente equivalenti, almeno nelle intenzioni del normale operatore del diritto, può essere utile ricordare che la proposta concordataria (intesa come l'obbligazione negoziale di soddisfacimento, in varie forme e misure, che il debitore si assume nei confronti dei propri creditori per superare lo stato di crisi in cui versa) trova fondamento nel piano, vale a dire il documento programmatico, illustrativo ed operativo attraverso il quale la proposta deve trovare attuazione (3). Una simile connessione strumentale tra piano e proposta rende preferibile correlare la nozione di "fattibilità" direttamente al piano concordatario, ed a definirla quindi come "prognosi di concreta realizzabilità" di quest'ultimo (4), o meglio ancora come "prognosi circa l'idoneità del piano a consentire l'adempimento della proposta di concordato nei termini prospettati" (5), con l'ovvio corollario (anzi, postulato) per cui le modalità attuative del programma devono comunque risultare compatibili sia con le norme inderogabili generali, sia con le disposizioni di legge applicabili al caso concreto (6).

L'intervento più significativo, in tema di approfondimento giurisprudenziale del concetto di "fattibilità"

(1) Rinvenibile, a livello normativo, nell'art. 161, comma 3, l.fall. ("domanda di concordato"), nell'art. 163, comma 4, ultima parte, l.fall. ("ammissione alla procedura") e nell'art. 179, comma 2, l.fall. ("mancata approvazione del concordato").

(2) In tutti i riferimenti di cui alla nota precedente, la nozione di "fattibilità" è sempre correlata direttamente al piano, e non alla proposta: si veda F. Lamanna, *L'indeterminismo creativo delle Sezioni Unite in tema di fattibilità del concordato preventivo: "così è se vi pare"*, in *Il Fallimentarista*, 26 febbraio 2013, 7.

(3) M. Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, vol. II, *Concordato preventivo*, Bologna, 2014, 165 ss., ove ulteriori riferimenti dottrinali.

(4) Si veda la recente Cass. 28 marzo 2017, n. 7959, in *Il Fallimentarista*, 22 aprile 2017.

(5) F. De Santis, *Causa "in concreto" della proposta concordato preventivo e giudizio "permanente" di fattibilità del piano*, in questa *Rivista*, 2013, 279 e segg.; M. Fabiani, *Fallimento e concordato preventivo*, cit., 566; A. Patti, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in questa *Rivista*, 2012, 46. In termini di "prognosi circa la probabilità di realizzazione del piano nei termini prospettati" ritiene preferibile esprimersi F. Lamanna, *L'indeterminismo creativo*, cit., 9.

(6) Cass., SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, in questa *Rivista*, 2013, 1313.

tà”, è ovviamente rappresentato dall’articolata pronuncia delle Sezioni Unite 23 gennaio 2013, n. 1521 (7), che ha affrontato una serie di temi nodali della materia concordataria (8), a cominciare dalla ribadita finalità pubblicistica cui assolve il concordato ed alla necessità di garantire quest’ultima attraverso la tutela del ceto creditorio, assicurata tramite la figura del giudice; profilo pubblicistico che fa del concordato uno strumento, pur di natura privatistica, di “regolazione della crisi” (cioè di superamento di quest’ultima), oltreché di negoziazione di un “diverso” soddisfacimento per i creditori stessi, ai quali è peraltro rimessa in via esclusiva ogni valutazione circa la convenienza della proposta concordataria. Perché il giudizio di costoro venga espresso in modo consapevole, peraltro, è necessario che venga loro garantita un’informazione completa e corretta, a cominciare dal contenuto del piano stesso, dalla documentazione a questo correlata e, soprattutto, dalla relazione dell’attestatore. Secondo le Sezioni Unite, l’effettiva attuazione del passaggio di garanzia per il ceto creditorio presuppone che il sindacato del tribunale non abbia ad oggetto l’attestazione, ma direttamente la “sostanza” del piano, potendosi quindi discostare dal giudizio dell’esperto (parificato, nella sostanza, ad un ausiliario del tribunale) laddove ritenuto inadeguato, illogico o incongruente. In questo scenario, dove il controllo del giudice non è esclusivamente formale né di mera regolarità, ma investe direttamente il contenuto del piano, la Corte ha introdotto la nozione di “causa concreta”, intesa come l’obiettivo che ogni piano concordatario deve per-

seguire in termini di regolazione dello stato di crisi e di soddisfazione dei creditori (9). Attraverso il richiamo al profilo causale viene demandato al giudice di merito l’accertamento in concreto dell’effettiva attitudine del piano ad assicurare da un lato, ai creditori, una modalità di soddisfacimento entro un termine ragionevole, ancorché non contrattualizzata sottoforma di impegno obbligatorio (10), e dall’altro, in via generale, il superamento della crisi da parte del debitore, anche laddove la forma prescelta sia quella della *cessio bonorum*. Nell’intento di evitare, almeno a livello di principio, un’eccessiva oscillazione del pendolo del controllo giudiziale verso il polo del “merito” inteso in senso sostanziale, la Corte ha peraltro avuto cura di aggiungere (11) che il sindacato del giudice è comunque “di legittimità”, introducendo l’inedita distinzione tra “fattibilità giuridica” e “fattibilità economica”, la prima riservata in via esclusiva al giudice e la seconda di pertinenza, almeno tendenziale, dei creditori.

Fattibilità giuridica e fattibilità economica

Per quanto concerne la “fattibilità giuridica”, le Sezioni Unite hanno indicato tra gli oggetti del sindacato giudiziale la compatibilità delle modalità di strutturazione e di esecuzione del concordato con le norme inderogabili dell’ordinamento, negando così l’ammissione a proposte caratterizzate da elementi organizzativi o negoziali in contrasto con queste ultime (12).

(7) Se ne riporta, per comodità, la relativa massima nella versione più diffusa: “Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall’attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti; il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo; il controllo di legittimità si attua verificando l’effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest’ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto fisso e predeterminabile, essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell’imprenditore, da un lato, e all’assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro”.

(8) D. Galletti, *Il sindacato del giudice nel concordato preventivo un anno dopo: prove tecniche di actio finium regundorum?*, in *IFallimentarista*, 22 gennaio 2014; C. Ravina, voce *Fattibilità*, in *IFallimentarista*, 11 gennaio 2017, 7.

(9) Secondo M. Vitiello, *Il problema dei limiti del controllo*

del tribunale sulla fattibilità del piano come risolto dalle Sezioni Unite, in *IFallimentarista*, 30 gennaio 2013, un esempio di proposta priva di causa concreta potrebbe essere quello di un concordato liquidatorio basato sulla cessione di immobili gravati da ipoteche tali da renderli incipienti rispetto ai creditori chirografari, dove tuttavia il proponente enuncia formalmente di attribuire loro una data percentuale e l’attestazione dell’esperto ne assevera la fattibilità.

(10) Le Sezioni Unite precisano infatti che l’indicazione di una percentuale di pagamento non è necessaria, non essendo prescritta di alcuna disposizione di legge, e che laddove eventualmente inserita essa non sarebbe vincolante. Un’affermazione così *tranchante* dovrebbe peraltro valere, nel pensiero della Corte, per il concordato con cessione dei beni (vale a dire la fattispecie affrontata dalla sent. n. 1521/2013), e non per quello “per garanzia”: F. Lamanna, *L’indeterminismo creativo*, cit., 14; G.B. Nardecchia, *La fattibilità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Il caso.it*, 28 gennaio 2013.

(11) Sul punto F. Lamanna, *L’indeterminismo creativo*, cit., 6; G.B. Nardecchia, *La fattibilità*, cit., 4.

(12) Sarebbe inammissibile per mancanza di fattibilità giuridica, ad esempio, quella proposta il cui piano preveda l’illegittima ritenzione di un bene immobile oggetto di un contratto di *leasing* ormai risolto, ma nel frattempo locato a terzi che versano un canone al proponente, inserito tra le attività concordatarie.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

L'ormai pluriennale produzione giurisprudenziale successiva, in particolare di legittimità, si è sostanzialmente uniformata a questa impostazione contentutistica, ribadendo che la fattibilità giuridica va intesa come congruenza tra i singoli momenti attuativi del piano e le norme imperative vigenti, la cui mancanza va rilevata *ex officio* dal giudice in quanto rende impossibile di dare esecuzione alla proposta (13).

Alcuni contributi dottrinali, peraltro, hanno suggerito un ampliamento dell'orizzonte originariamente disegnato dalla pronuncia 1521/2013 in relazione allo specifico tema della inammissibilità per violazione di legge. Secondo un'impostazione da condividere, infatti, il controllo giudiziale sulla fattibilità giuridica del piano non va limitato all'accertamento della violazione di norme cogenti, bensì esteso alla conformità degli atti procedurali ed esecutivi eseguiti in attuazione della proposta a tutti i principi normativi applicabili in materia di concordato preventivo e, in un'ottica ancora più ampia, a quelli generali dell'ordinamento (14).

L'apprezzamento della "fattibilità economica", declinata dalle Sezioni Unite come "prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati" ed accostata al "merito" della proposta, è stato invece riservato soli creditori, salve le ipotesi-limite in cui il piano concordatario sia manifestamente inidoneo a consentire il superamento della crisi e ad assicurare loro un soddisfacimento anche minimo, venendo così meno alla sua causa concreta.

Il punto merita peraltro una precisazione (15), in quanto i profili di convenienza, opportunità o "merito" in senso stretto attengono alla proposta concordataria in sé, poiché nessuno, all'infuori del debitore, possiede la discrezionalità per decidere, ad esempio, quanti classi istituire, quale percentuale riservare ai creditori, quali tempi programmare per il soddisfacimento di questi ultimi. In questo senso,

il sindacato giudiziale va quindi totalmente escluso, poiché appartiene unicamente al ceto creditore la prerogativa di valutare la convenienza della proposta e l'alea normalmente sottesa a quest'ultima in termini di effettivo raggiungimento, sul "mercato", degli obiettivi che essa concretamente si pone. Diverso è invece il giudizio (squisitamente "di merito" inteso come "sostanziale", appunto) sulla fattibilità del piano, inteso come valutazione delle probabilità che quest'ultimo giunga a dare attuazione alla causa concreta del concordato, vale a dire il pagamento di una percentuale ai creditori entro termini ragionevoli ed il superamento della crisi del debitore: qui la verifica della "causa concreta" compete al tribunale, in funzione di garanzia a favore dei creditori.

Limiti e conseguenze della bipartizione

L'introduzione della distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica" ha suscitato alcune perplessità, legate principalmente alla sua estraneità rispetto al dato normativo, il quale riconosce un'unica "fattibilità", vista in negativo come l'impossibilità di attuare il piano concordatario a causa della non realizzabilità di un suo elemento o di un suo presupposto, senza distinguere tra impossibilità materiale o impossibilità giuridica (16). Per altro verso, anche chi non ha criticato tale ripartizione sotto il profilo concettuale, finisce per non sopravvalutarne l'importanza pratica, osservando che ai fini della valutazione del piano l'aspetto essenziale in termini di non-fattibilità rimane comunque la formulazione di un giudizio negativo di probabilità circa i suoi passaggi attuativi, senza che rilevi più di tanto la natura giuridica o fattuale delle circostanze ostate (17). Ancora, affermare che l'aspetto "economico" della fattibilità risulta sottratto al sindacato del tribunale, può apparire non del tutto in linea con l'assodato principio per cui il controllo

(13) Da ultimo Cass. 29 gennaio 2015, n. 1726; in precedenza Cass. 17 ottobre 2014, n. 22045; Cass. 4 luglio 2014, n. 15345; Cass. 30 aprile 2014, n. 9541. Tra le decisioni di merito più recenti App. Catania 20 aprile 2015, n. 654, in *IFallimentarista*, 8 maggio 2015, secondo cui "il perimetro valutativo riservato al tribunale in punto di ammissibilità al concordato preventivo è circoscritto alla verifica della contrarietà a norme imperative delle modalità di attuazione del piano concordatario"; Trib. Siena 20 febbraio 2015, decr., in *IFallimentarista*, 9 giugno 2015, con nota di C. Trentini, *Concordato preventivo, fattibilità economica e attestazione condizionata*; Trib. Prato 30 aprile 2014, decr., in *IFallimentarista*, 19 maggio 2014.

(14) Si vedano F. Lamanna, *L'indeterminismo creativo*, cit., 10; G.B. Nardecchia, *La fattibilità al vaglio delle Sezioni Unite*, in *ICaso.it*, 4-5; C. Ravina, voce "Fattibilità", in *IFallimentarista*, 11 gennaio 2017; D. Galletti, *I molteplici equivoci di una formu-*

la giuridica ambigua e, forse, inutile: la fattibilità economica giuridica, in *IFallimentarista*, 14 gennaio 2016.

(15) Resa necessaria, secondo F. Lamanna, *L'indeterminismo creativo*, cit., 8, dall'equivoco terminologico creato dalle Sezioni Unite con l'impiego del termine "merito" secondo accezioni di volta in volta tra loro differenti.

(16) In un simile contesto, l'impossibilità giuridica rileva a sua volta come mero "fatto" che rende inattuabile il programma: D. Galletti, *I molteplici equivoci*, cit.; F. Lamanna, *L'indeterminismo creativo*, cit.

(17) M. Fabiani, *Guida rapida alla lettura di Cass. S.U. 1521/2013*, in *ICaso.it*, 30 gennaio 2013; C. Ravina, *Fattibilità*, cit., 9; I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva "funzionale" aperta dal richiamo alla "causa concreta"*, in questa *Rivista*, 2013, 289.

giudiziale sull'effettiva realizzabilità della causa concreta va necessariamente al di là della mera verifica di legalità degli atti in cui la procedura concordataria si articola (c.d. "legalità formale"), e quindi anche oltre quanto eventualmente attestato nella relazione da un generico riferimento all'attuabilità del piano, non trattandosi di un mero sindacato "di secondo grado" che ha per oggetto la relazione dell'attestatore, la sua completezza e la sua coerenza logica (18) (non fosse altro perché il tribunale ha il potere di sollecitare al debitore, per poterlo ammettere al concordato, modifiche del piano e produzione di nuovi documenti (19)).

Vi era quindi il rischio (20) che l'espresso richiamo delle Sezioni Unite alla discrezionalità dei giudici di merito nella definizione dei margini di intervento sulla fattibilità (21) potesse comportare deviazioni dal binomio "fattibilità giuridica" - "fattibilità economica", pur nell'apparente ossequio del principio enucleato. Ciò, a maggior ragione, alla luce del nuovo elemento costituito dalla "causa concreta", dove un concetto di arduo inquadramento civilistico come quello di "causa" è stato trapiantato all'interno di un accordo così peculiare come il concordato, ponendo l'interprete nella condizione di accertare l'effettiva attuabilità della funzione di quest'ultimo senza deragliare per eccesso in un giudizio di merito sulla convenienza della proposta (ovviamente riservato ai soli creditori), ma senza nemmeno scegliere la strada troppo timida del mero controllo di legittimità astratta, approfittando di una lettura assolutista e decontestualizzata della categoria della "fattibilità giuridica".

Da qui, in particolare, il pericolo di derive "minimaliste" che, accontentandosi di rintracciare nella proposta l'inesistenza di eclatanti violazioni di legge e la previsione di una percentuale di soddisfacimento per i creditori, perdessero di vista l'altro polo della causa concreta del concordato, vale a dire il superamento della crisi, che in una prospettiva

di valutazione "funzionale" dell'attuazione della causa concreta dell'istituto rimarrebbe escluso già laddove, con prognosi *ex ante*, potesse ritenersi probabile l'esito negativo dei passaggi attuativi del piano (22).

Fattibilità nel concordato in continuità

Un simile ragionamento deve valere, in particolare, per quella specifica variante definita comunemente "concordato in continuità" (23), dove la verifica della fattibilità in concreto assume connotati di complessità ed inscindibilità giuridico-economica ancora più intensi, in quanto il piano deve rivelarsi idoneo a dimostrare già *ex ante* la sostenibilità finanziaria sottesa alla continuazione dell'attività imprenditoriale. Qui la prospettiva funzionale, nella realizzazione della causa concreta, si arricchisce di un'ulteriore sfaccettatura, rappresentata dal peculiare requisito per cui la prosecuzione dell'attività risulti comunque volta (e quindi strumentale) al miglior soddisfacimento dei creditori, tanto da costituire l'oggetto di una specifica attestazione (si veda l'art. 186 *bis*, comma 2, lett. b), l.fall.), e non si risolva invece in un deterioramento della posizione sostanziale di questi ultimi attraverso la generazione di costi prevedibili tali da ridurre le aspettative di soddisfazione. Proprio al fine di evitare un simile rischio, l'art. 186 *bis*, ultimo comma, demanda al giudice il compito di verificare che l'esercizio dell'impresa, così come configurato nel piano, non risulti manifestamente dannoso per i creditori, e ricollega l'eventuale insussistenza di tale elemento "in negativo" al sub-procedimento di revoca previsto dall'art. 173 l.fall. (24).

Il particolare *favor* normativo verso il concordato in continuità, espresso da una serie di principi finalizzati a valorizzarne il pregio di essere uno strumento per la regolazione della crisi che non conduce necessariamente alla liquidazione del complesso

(18) A. Di Majo, *Il percorso "lungo" della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in questa *Rivista*, 2013, 292; I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva "funzionale" aperta dal richiamo alla "causa concreta"*, in questa *Rivista*, 2013, 289. Difforme Di Marzio, *Il principio di diritto in tema di giudizio di fattibilità della proposta di concordato stabilito dalla Cassazione a Sezioni Unite*, in *Il Fallimentarista.it*, 25 gennaio 2013, secondo cui unico effettivo oggetto del controllo è la relazione attestativa e non il piano che ne costituisce riferimento.

(19) Cosa evidentemente impossibile senza un'analisi del merito del piano stesso.

(20) I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva "funzionale" aperta dal richiamo alla "causa concreta"*, in questa *Rivista*, 2013, 289.

(21) Afferma la Corte che "non è possibile stabilire con una previsione generale ed astratta i margini di intervento del giudice in ordine alla fattibilità del concordato, dovendosi a tal fine tener conto delle concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria".

(22) I. Pagni, *Il controllo di fattibilità*, cit., 288.

(23) Secondo Cass. 7 aprile 2017, n. 9061, in questa *Rivista*, 2017, 650, "il concordato in continuità aziendale non si attegge, nel sistema, come un istituto diverso e "nuovo", ma come semplice modalità del concordato stesso". Sul punto L.A. Bottai, *Concordato con continuità aziendale*, *Il Fallimentarista*, 24 maggio 2016, 2.

(24) Non vi è motivo di dubitare, peraltro, che la manifesta dannosità per i creditori costituisca anche un motivo per la declaratoria di inammissibilità ai sensi dell'art. 162 l.fall.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

aziendale, bensì al suo risanamento attraverso la prosecuzione dell'attività (25), trova dunque quale necessario bilanciamento l'adozione di una serie di cautele già a livello di contenuto del piano e dell'attestazione, finalizzate appunto ad assicurare che la continuità risulti "funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori" (art. 186 *bis* l.fall.) e non si risolva in un aggravamento del dissesto a danno di questi ultimi (26).

In quest'ottica, appare ragionevole concludere che le accortezze richieste dall'esame di un piano in continuità debbano essere maggiori e più intense rispetto a quelle normalmente adottate per un ordinario programma concordatario, poiché la previsione (come usualmente accade in questi casi) di un piano industriale pluriennale destinato a generare specifici flussi di cassa implica necessariamente la verifica della sua sostenibilità in termini strettamente finanziari, dovendo esso contenere l'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, delle risorse necessarie e delle relative modalità di copertura (si veda, ancora una volta, l'art. 186 *bis*, comma 2, lett. a), l.fall.). Ma, se così è, deve inevitabilmente concludersi che la valorizzazione del profilo "funzionale" dell'istituto concordatario, tanto più intensa all'interno di un modello la cui attuazione è contraddistinta dalla continuazione dell'attività e la cui causa concreta si arricchisce necessariamente di una nuova componente rappresentata dal miglior soddisfacimento dei creditori e dal suo *alter ego* negativo (27), vale a dire l'assenza di una manifesta dannosità, conduce in prospettiva ad un'attenuazione della distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica", proprio in quanto l'accertamento della concreta idoneità del piano passa attraverso un'analisi difficilmente scindibile dei suoi aspetti

giuridici ed economici, diretta a porre in rilievo, tra l'altro, lo specifico profilo della sostenibilità finanziaria della continuità. Non a caso, infatti, l'attuazione di quest'ultima implica che il rischio d'impresa continui a ricadere, seppur indirettamente sui creditori concorsuali, influenzando la loro probabilità di soddisfazione in relazione all'andamento della gestione (28): da qui l'ovvia necessità che l'alea riconducibile all'esecuzione del piano in continuità, rimessa all'accettazione dei creditori, non comprenda anche elementi da accertare in via preliminare per garantire loro un voto consapevole, quali l'effettiva sussistenza dei presupposti di attuazione della causa concreta e l'inesistenza delle condizioni di manifesta dannosità normativamente correlate a questa specifica modalità di articolazione del piano e della proposta.

Il recepimento dei principi

La portata applicativa dei principi introdotti dalle Sezioni Unite risulta perlopiù recepita, nel successivo panorama giurisprudenziale, in modo diligente e talvolta quasi scolastico. Ciò vale, in particolare, per numerose decisioni di merito rese in presenza di piani concordatari caratterizzati da situazioni-limite, quali ad esempio l'eccessiva modestia (quasi l'irrilevanza) della percentuale riservata ai creditori (29), oppure la durata abnorme e la conseguente ingiustificata dilatazione dei tempi di soddisfacimento di questi ultimi, tale da inertizzare nella sostanza l'attribuzione patrimoniale ad essi riservata (30).

In sede di legittimità, parallelamente, è stato ribadito che la fattibilità del piano rappresenta un presupposto di ammissibilità della proposta sul quale il giudice deve pronunciarsi (anche in sede di revoca e di omologa), esercitando un sindacato che consi-

(25) Secondo L. Stanghellini, *Il concordato con continuità aziendale*, in questa *Rivista*, 2013, 1222, poiché il patrimonio del debitore, "già dal momento della sua in capienza, è virtualmente destinato ai suoi creditori, è naturale che il diritto della crisi d'impresa consideri prioritario salvaguardarne l'integrità".

(26) G. Terranova, *Le nuove forme di concordato*, Torino, 2013, 7.

(27) Il "miglior soddisfacimento dei creditori", secondo un'opinione (A. Patti, *Il miglior soddisfacimento dei creditori: una clausola generale per il concordato preventivo?* in questa *Rivista*, 2013, 1099; Cass. 19 febbraio 2016, n. 3324), è divenuta una sorta di clausola generale estensibile ad altre fattispecie normative aventi analoga *ratio*, quali il regime di autorizzazione degli atti urgenti di straordinaria amministrazione (art. 161, comma 7, l.fall.), la disciplina dei rapporti pendenti (art. 169 *bis* l.fall.), i pagamenti di crediti anteriori "strategici" (art. 182 *quinquies*, comma 5).

(28) È proprio facendo leva su questo aspetto che la recentissima pronuncia della Corte d'Appello di Firenze (5 aprile

2017) ha escluso la configurabilità di un concordato in continuità nel caso di un affitto d'azienda stipulato prima dell'ammissione al concordato, dove il rischio dell'azienda affittata ricade esclusivamente sull'affittuario, risultando invece indifferente per i creditori concorsuali, destinati ad essere soddisfatti dai canoni d'affitto e, successivamente, dal prezzo di cessione. Sull'argomento, A. Greco, *Concordato in continuità e affitto di ramo d'azienda*, *il Fallimentarista*, 6 giugno 2017; D. Galletti, *La strana vicenda del concordato in continuità e dell'affitto d'azienda*, *il Fallimentarista*, 3 ottobre 2012.

(29) Trib. Padova 6 marzo 2014, *decr.*, in *Il Caso.it*, 2015; Trib. Roma 29 gennaio 2014, in questa *Rivista*, 2015, 91, con nota di L. Abete, *Cessione dei beni e cessione di azienda in esercizio: stato di liquidazione della cedente, compatibilità dell'uno e dell'altro istituto, profili esecutivi*.

(30) Trib. Prato 30 aprile 2014, *decr.*, in questa *Rivista*, 2014, 952; Trib. Siracusa 23 novembre 2013, in questa *Rivista*, 2014, 115 (qui la durata del piano era addirittura decennale).

ste nella verifica diretta del presupposto stesso, e che non viene escluso dalla presenza dell'attestazione del professionista; con la precisazione per cui, mentre il controllo sulla fattibilità giuridica (intesa come verifica della non incompatibilità del piano con norme inderogabili) non incontra limiti particolari, quello sulla fattibilità economica (intesa come realizzabilità nei fatti della proposta concordataria) va svolto esclusivamente nei limiti di una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati (31).

Il costante riferimento al carattere "manifesto", "plateale", "eclatante" delle aporie che il piano deve presentare per venire definito "infattibile" sotto il profilo economico può rispondere all'esigenza di enunciare, almeno in teoria, una sorta di "autolimitazione" del sindacato giudiziale in un ambito non connotato in via esclusiva da elementi giuridici, quale quello dell'analisi economica e finanziaria in senso lato (32).

Peraltro, come già era stato segnalato (33), l'attuabilità del sindacato di merito (inteso quindi come controllo "sostanziale" sulla sostenibilità del piano, e non come intromissione nel "merito della proposta", vale a dire nelle libere scelte di convenienza adottate dalle parti) non può dipendere, almeno in linea di principio, dal grado di approfondimento che il giudice è tenuto a compiere per mettere a nudo le aporie del programma concordatario, laddove queste ultime impediscono la realizzazione della causa concreta della procedura. La miglior riprova di una simile conclusione deriva da una constatazione quasi banale: se il tribunale è pacificamente legittimato a negare l'ammissione quando ritiene che la relazione dell'attestatore non sia idonea a dimostrare in modo compiuto e convincente la fattibilità del piano, ciò significa che il giudice deve comunque addentrarsi nella verifica della congruità logico-eco-

nomica dei vari passaggi attuativi del programma, a maggior ragione, come si è visto, in un contesto di continuità aziendale. Di conseguenza, una volta ripercorso in chiave critica l'iter dell'esperto, il quale a sua volta si modella necessariamente su quello del piano, il giudice potrebbe evitare ogni eventuale censura di invasione del perimetro della "fattibilità economica" elevando a fattore impeditivo della realizzazione dello scopo concordatario non tanto il vizio originario del piano, quanto la sua validazione acritica o la sua insufficiente segnalazione ai creditori in sede di attestazione.

La decisione in commento: valorizzazione della verifica sostanziale nel concordato in continuità

Il rischio, precedentemente evocato, di interpretazioni riduttive o "minimalistiche" dei principi enucleati dalle Sezioni Unite si è nuovamente concretizzato, da ultimo, in alcuni casi recentemente sottoposti al giudizio della S.C., tra i quali quello affrontato dalla pronuncia in commento (34). Dalla descrizione del fatto, così come desumibile dalla narrativa del provvedimento, si evince che il piano messo a punto dal debitore prevedeva un concordato in continuità articolato sulla creazione di nuove società, una delle quali partecipata anche da quella proponente e le altre legate a quest'ultima da vincoli negoziali, senza che ne fossero indicati i termini contrattuali e senza che venisse chiarita la fonte per il reperimento delle risorse finanziarie necessarie sia alla sottoscrizione della partecipazione, sia alla prosecuzione dell'attività *tout court*. L'impresa proponente, inoltre, aveva in programma di stipulare un accordo di *joint venture* con un gruppo avente sede nel Qatar previa costituzione di un'altra società disciplinata dal diritto locale, cui la debitrice avrebbe dovuto trasferire il proprio *know how*, senza che ne

(31) Cass. 22 giugno 2016, n. 12964, in *Il Caso.it*, 2016; Cass. 9 agosto 2016, n. 16830, in *Pluris* - Padova; Cass. 6 novembre 2013, n. 24970, in *Dir. fall.*, 2014, 223.

(32) Non a caso, le Sezioni Unite hanno esemplificato solo situazioni dove, per evidenti insufficienze dell'elemento informativo (documenti ed attestazione) o per grossolane inadeguatezze dell'impianto attuativo (destinazione al concordato di beni appartenenti a terzi non consenzienti; attribuzione ai chirografari del ricavato da immobili gravati da iscrizioni ipotecarie per importi superiori al loro valore), la percezione dell'inidoneità del piano al perseguimento della causa concreta potrebbe davvero avvenire *ictu oculi*.

(33) Secondo F. Lamanna, *L'indeterminismo creativo*, cit., 11, non si comprende per quale motivo il tribunale potrebbe dichiarare inammissibile una proposta di concordato inidonea a soddisfare in misura anche minima i vari creditori nei tempi prospettati solo laddove tale circostanza emerga *ictu oculi*: "O

questo potere (il giudice: n.d.r.) ce l'ha, o non ce l'ha, e non si vede come possa incidere su tale evidenza la rilevanza "prima facie" del difetto di fattibilità economica, quasi che si possa sottrarre ai creditori quello che la Suprema Corte considera un potere di valutazione di loro esclusiva pertinenza solo quando il tribunale non deve ... faticare troppo a leggere le carte per scoprire che il piano è realizzabile".

(34) Gli altri sono rappresentati da Cass. 28 marzo 2017, n. 7959, cit. e, soprattutto, da Cass. 7 aprile 2017, n. 9061, in questa *Rivista*, 2017, 650. Quest'ultima pronuncia, in particolare (opera del medesimo Consigliere Relatore estensore della pronuncia in commento), affronta in modo specifico il tema del concordato in continuità, offrendo una declinazione della "fattibilità" che sembra preludere, in prospettiva, ad una composizione del dualismo tra quella "giuridica" e quella "economica".

Giurisprudenza

Concordato preventivo

fosse stato individuato il titolo (conferimento o concessione in godimento). In questo scenario, la relazione dell'attestatore non forniva alcun elemento chiarificatore in termini argomentativi o documentali rispetto ai temi insufficientemente illustrati nel piano (in particolare quello della provvista finanziaria indispensabile per la sua attuazione e degli accordi da concludere con soggetti giuridici non ancora venuti ad esistenza), ma anzi presentava un contenuto ed una modalità espressiva ricalcati sul tenore letterale della proposta, quasi a significare una sostanziale riproposizione di quest'ultima "con un altro cappello", anziché la sua analisi critica.

All'interno di un quadro così carente, la Corte avrebbe probabilmente potuto motivare l'inammissibilità della proposta con la palese inadeguatezza dell'attestazione del professionista a fornire una corretta informazione ai creditori, tale da impedire loro l'elaborazione di un consenso realmente informato e di esprimere conseguentemente una volontà di voto regolarmente venuta ad esistenza (35). Ciò nonostante, la pronuncia ha preferito concentrarsi direttamente sui singoli elementi del piano, evidenziandone l'inadeguatezza (già rilevata dal tribunale) a perseguire l'attuazione della causa concreta del concordato, e rimproverando alla corte di essersi accontentata nel ravvisare l'inesistenza di violazioni di legge (fattibilità giuridica) per glissare poi sul merito del programma (inteso non come "convenienza", ma come "concreta attitudine a realizzare gli scopi della procedura") attraverso il richiamo nozionistico al concetto di "fattibilità economica" per evitare, acriticamente, di accertare se la proposta da sottoporre ai creditori esprima in ultima analisi un piano idoneo a raggiungere gli obiettivi che esso stesso dichiara.

La censura della Corte risulta tanto più pertinente se correlata in modo specifico al paradigma del concordato in continuità, dove la fattibilità "concreta" del piano, al di là di possibili contrapposizioni nominalistiche, acquista importanza ancora maggiore alla luce degli specifici requisiti presi in considerazione dall'art. 186 bis l.fall. per saggiarne l'ammissibilità. L'indicazione (*rectius*, l'omessa indicazione), ad opera del proponente, delle risorse finanziarie necessarie alla prosecuzione dell'attività non rientra

infatti nell'ambito della mera attuazione del piano (alla stregua di una generica "previsione sul futuro" estranea al contenuto specifico del programma concordatario), ma costituisce ancor prima un requisito dell'attuabilità di quest'ultimo, la cui assenza determina la manifesta sua inidoneità ad integrare il peculiare profilo funzionale rappresentato dalla prosecuzione dell'attività aziendale.

Quindi, se è vero che il giudice è tenuto ad una verifica "diretta" del presupposto di fattibilità del piano per ammettere il debitore al concordato, la distinzione tra fattibilità giuridica e fattibilità economica va declinata nel senso per cui, mentre in relazione alla prima (intesa come verifica della non incompatibilità del programma concordatario con norme inderogabili o, più in generale, con norme giuridiche di riferimento) il sindacato giudiziale non incontra mai particolari limitazioni, con riferimento alla seconda (intesa come l'effettiva realizzabilità del piano medesimo) esso può trovare attuazione entro un limite preciso, vale a dire quello destinato a fare emergere l'irrimediabile ed evidente inidoneità del piano a perseguire gli obiettivi prefissati dal debitore, rintracciabile caso per caso in stretta correlazione alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi e soddisfare i creditori.

Ciò equivale a dire che, in realtà, il controllo di fattibilità economica del concordato non è sempre e comunque inibito al giudice (36), poiché, nella prospettiva "funzionale" della verifica dell'assolvimento della causa concreta, una proposta concordataria completamente "implausibile" può (anzi deve) essere sottoposta a sindacato giudiziale prima ancora che su di essa vada ad esprimersi il giudizio di convenienza da parte dei creditori. L'esigenza di completezza informativa (37) e, in ultima analisi, di tutela di questi ultimi rispetto ai contenuti ed ai meccanismi del piano, infatti, implica che costoro vengano chiamati a pronunciarsi su di una proposta già previamente scrutinata come "plausibile", suscettibile quindi di venire efficacemente posta in competizione con l'alternativa fallimentare e di essere valutata nelle sue percentuali di soddisfacimento. Di conseguenza, laddove la modalità attuativa prescelta dal debitore sia quella della continui-

(35) È il caso della citata Cass. n. 7959/2017, a mente della quale "se pure le valutazioni sull'adesione o meno al merito dell'attestazione restano estranee a tale controllo (quello giudiziale: n.d.r.), quest'ultimo deve consistere in una penetrante verifica della adeguatezza della informazione che viene fornita ai creditori al fine di porli nella condizione di una libera e consapevole espressione del loro voto".

(36) Si vedano Cass. 20 dicembre 2016, n. 26329, in *Pluris* - Padova, e Cass. 23 maggio 2014, n. 11497, in questa *Rivista*, 2015, 497.

(37) Sulla quale si era già soffermata, in particolare, Cass. 23 giugno 2011, n. 13817, evidenziando la necessità di consentire ai creditori l'espressione di un "consenso informato".

tà aziendale, la lettura della causa concordataria in senso strettamente “funzionale” può legittimare il superamento, quantomeno in linea di fatto, della distinzione tra fattibilità giuridica ed economica, proprio in quanto “la rigorosa verifica della fattibilità “in concreto” presuppone un’analisi inscindibile dei profili giuridici ed economici, volta che il piano con continuità deve essere idoneo a dimostrare la sostenibilità finanziaria della continuità stessa” (38).

La fattibilità in relazione all’attuale formulazione dell’art. 160 l.fall.

Nella casistica esemplificativa normalmente utilizzata per individuare fattispecie tipiche di “valutazioni di convenienza” rimesse al giudizio discrezionale del ceto creditorio e sottratte al sindacato del giudice, una delle ipotesi più ricorrenti è quella avente ad oggetto le percentuali di soddisfacimento previste dal piano in favore dei creditori o della varie classi di questi (39). Non vi è infatti nulla di più insindacabile, nell’ambito “negoziale”, del valore delle prestazioni dei contraenti, rispetto alle quali l’ordinamento si pone in una prospettiva generalmente agnostica, eccettuati quegli specifici casi in cui, a causa di alterazioni nel processo cognitivo o volitivo di una delle parti (vizi del consenso, stati soggettivi rilevanti, situazioni di necessità o bisogno di cui la controparte si approfitta) o di particolari circostanze oggettive sopravvenute dopo la conclusione dell’accordo (eccessiva onerosità, impossibilità), viene riconosciuta al giudice la possibilità di entrare nel merito dei meccanismi che hanno condotto ciascun contraente ad elaborare ed accettare una determinata valorizzazione della prestazione propria o altrui. Una simile impostazione, che caratterizza la disciplina generale dei contratti, deve quindi valere anche per quel particolare tipo di accordo negoziale rappresentato dal concordato preventivo, rispetto al quale la valutazione comparativa tra quanto il debitore offre di pagare (la sua “presta-

zione concorsuale”, quindi) e quanto egli era invece tenuto a corrispondere secondo la propria obbligazione originaria, o quanto ci si attenderebbe ragionevolmente di ricavare rifiutando la sua proposta e scegliendo di farlo fallire, spetta unicamente al creditore nel momento in cui, adeguatamente informato attraverso il meccanismo cognitivo apprestato dalla procedura concordataria (proposta, piano, documenti annessi, relazione dell’attestatore, relazione del commissario giudiziale ex art. 172 l.fall.), esprime infine il proprio voto. In questo senso, dunque, la quota di soddisfacimento riservata al singolo creditore non rappresenta un elemento del sindacato di fattibilità del giudice, né tantomeno una condizione di ammissibilità della proposta, in quanto una percentuale anche minima può venire ritenuta dall’interessato comunque preferibile rispetto all’incertezza dell’epilogo fallimentare: le Sezioni Unite, sul punto, hanno precisato che “a ritenere sindacabile dal giudice la percentuale di soddisfacimento del credito indicata si verrebbe a determinare una sottrazione ai creditori della valutazione circa la fattibilità della proposta di concordato, e ciò in contrasto con l’intenzione del legislatore, oltreché con il contenuto delle modifiche dallo stesso apportate” (40).

Il riferimento alle “modifiche del legislatore” non poteva risultare più opportuno e quasi profetico, se si considera che, a distanza di un paio d’anni dalla pronuncia, il D.L. 27 giugno 2015, n. 83 (“contendibilità e soluzioni finanziarie”), convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015, n. 132, ha aggiunto all’art. 160 l.fall. l’attuale quarto comma, secondo cui nei concordati non caratterizzati dalla continuità aziendale, la proposta deve assicurare il pagamento di almeno il 20% dei crediti chirografari. La nuova previsione è stata perlopiù interpretata come introduttiva, a carico del proponente, di un vero e proprio obbligo contrattuale di adempiere ad una percentuale minima di soddisfacimento (41) da includere necessariamente nella propo-

(38) Così Cass. 7 aprile 2017, n. 9061, cit.

(39) I. Pagni, *Il controllo di fattibilità*, cit., 288; F. Lamanna, *L’indeterminismo creativo*, cit., 6.

(40) La Corte, a dire il vero, era chiamata a stabilire se in un concordato con cessione dei beni la proposta debba contenere una precisa percentuale di pagamento per i creditori chirografari, e se tale percentuale sia da considerarsi impegnativa e vincolante per il proponente, con la conseguenza per cui la sua irrealizzabilità, valutata in chiave prognostica, possa rilevare quale profilo di non fattibilità del piano: sul punto F. Lamanna, *L’indeterminismo creativo*, 14 ss.

(41) La novella utilizza espressamente il termine “pagamen-

to”, che come tale evoca il concetto di versamento di una somma di denaro, con esclusione quindi di eventuali *datationes in soluto* sotto qualsiasi forma: in questo senso G.B. Nardecchia, *Le modifiche alla proposta di concordato*, in *Il Fallimentarista*, 16 marzo 2016, 5; G.N. Nardo, *Nuovi presupposti per l’ammissione alla procedura di concordato preventivo con cessione dei beni*, in *La nuova legge fallimentare*, in *Le nuove leggi civili*, a cura di F. Santangeli, Milano, 2016, 99; *contra* Rugolo, *Il “nuovo” concordato in percentuale: tra precedenti storici e prospettive di riforme. Profili applicativi*, in *Il Dir. fall.*, 2016, 1027. L’interpretazione più rigorosa appare preferibile, sia in relazione allo specifico tenore lessicale della norma rapportato al pa-

Giurisprudenza

Concordato preventivo

sta (42), che laddove disatteso può determinare la risoluzione del concordato per inadempimento ai sensi dell'art. 186 l.fall.

Una simile impostazione ha evidenti riflessi sotto il profilo della "fattibilità", poiché considerare il pagamento della percentuale minima come elemento indispensabile per la configurazione della proposta, significa affermare che il piano ad essa sotteso può essere sindacato nell'ottica della sua idoneità a consentire il raggiungimento della soglia del 20%. In altre parole, da un lato l'impegno del debitore alla percentuale minima viene elevato dal nuovo quarto comma a requisito di ammissibilità della proposta concordataria (43), con la conseguenza per cui quest'ultima può essere rigettata *de plano* laddove non contenga la specifica assunzione

dell'obbligazione in questi termini. Dall'altro, proprio in virtù di tale espressa previsione cogente, rientra tra i poteri del giudice, già in fase di ammissione, quello di accertare che il piano non si presenti manifestamente inidoneo a permettere il conseguimento della percentuale legale di soddisfazione (44). Anche in questo caso, non si tratta di un'invasione di campo nel territorio della "fattibilità economica" intesa come "giudizio di convenienza" sulla proposta, ma della riaffermazione del principio di sindacabilità diretta nel merito della fattibilità del piano concordatario, la cui causa concreta si è arricchita di uno specifico elemento normativo, ossia la previsione di una soglia minima di soddisfacimento predeterminata *ex lege*.

norama terminologico del legislatore concordatario (dove viene usualmente utilizzata la nozione di "soddisfacimento", "soddisfazione", "adempimento"), sia alla luce della *ratio* del D.L. n. 83/2015, ispirata questa volta al *favor creditoris* e diretta a scoraggiare l'abuso dello strumento concordatario attraverso la presentazione di proposte inadeguate sotto il profilo del soddisfacimento riconosciuto ai creditori chirografari.

(42) M. Fabiani, *I nuovi vincoli alla proposta di concordato preventivo visti dal prisma di una "lettura difensiva"*, in questa *Rivista*, 2016, 581; M. Giorgetti, *La domanda di concordato*, in AA.VV., *La nuova legge fallimentare*, in F. Santangeli (a cura di), *Le nuove leggi civili*, Milano, 2016, 127; G. Rugolo, *Il "nuovo" concordato in percentuale: tra precedenti storici e prospettive di riforme. Profili applicativi*, in *Dir. fall.*, 2016, 1028, ove ulteriori riferimenti. In giurisprudenza, si vedano le difformi opinio-

ni di Trib. Pistoia, 29 ottobre 2015, decr., in *Il Caso.it*, 2015 e Trib. Firenze 8 gennaio 2016, decr., in questa *Rivista*, 2016, 569 ss., secondo cui il termine "assicurare" andrebbe inteso come "una prospettazione intermedia fra il concetto di garanzia e quello della ragionevole previsione", e quindi non come un obbligo specifico.

(43) Per un'esplicita affermazione di tale principio si veda Trib. Ravenna 27 novembre 2011, decr., in *Dir. fall.*, 2016, 3-4, 1003.

(44) F. Lamanna, *La legge fallimentare dopo la mini-riforma del D.L. n. 83/2015*, in *Il Civilista*, Milano, 2015, 23 e seg.; G.B. Nardecchia, *Le modifiche alla proposta di concordato*, in *Il Fallimentarista*, 16 marzo 2016, 5; S. Ambrosini, *Il nuovo concordato preventivo alla luce della "miniriforma" del 2015*, in *Dir. fall.*, 2015, II, 365.

Domande tardive

Cassazione Civile, Sez. I, 5 aprile 2017, n. 8869 - Pres. A. Didone - Est. F. Terrusi - T.D.P.V. c. C.P.A.

Fallimento - Accertamento del passivo - Impugnazione dei crediti ammessi - Credito ammesso a favore di un terzo - Iniziativa contestuale all'insinuazione tardiva del proprio credito - Situazioni conflittuali - Termine - Decorrenza - Sei mesi ex art. 327 c.p.c. dal decreto di esecutività dello stato passivo - Applicabilità

(Cod. proc. civ. art. 327; legge fallimentare artt. 98, 99, 101, 96 comma 4)

L'impugnazione di un credito tempestivamente ammesso a favore di un terzo può essere proposta dal creditore tardivo - contestualmente alla dichiarazione tardiva del suo credito, ove si sia in presenza di situazioni soggettive tra loro in conflitto - entro sei mesi dalla dichiarazione di esecutività dello stato passivo delle domande tempestive, in applicazione analogica dell'art. 327 c.p.c., salva la mancata conoscenza del processo fallimentare, della cui prova il creditore medesimo è onerato.

La Corte (omissis).

Rilevato che:

l'avv. T.d.P. chiese di essere ammesso al passivo del fallimento di (omissis) s.p.a., per crediti derivanti da prestazioni professionali;

il giudice delegato rigettò la domanda stante il giudicato formatosi sul credito già ammesso al passivo a favore dell'avv. C., non rimosso con azioni di revocazione, né oggetto di cessione;

l'avv. T. propose opposizione ai sensi della l.fall., art. 98, e, contestualmente, impugnazione del credito ammesso a favore dell'avv. C.;

il tribunale di Milano, con decreto in data 5 luglio 2011, dichiarò l'opposizione inammissibile per tardività quanto all'impugnazione del credito vantato dall'avv. C. e la rigettò nella parte direttamente involgente la pretesa azionata, atteso che quello che ne costituiva oggetto era appunto lo stesso credito già ammesso a favore di altro soggetto;

l'avv. T. ha proposto ricorso per cassazione deducendo tre motivi;

nessuno degli intimati ha svolto difese;

il procuratore generale ha depositato conclusioni scritte;

Considerato che:

la memoria depositata dal ricorrente in data 15 marzo 2015 è tardiva in rapporto al termine di dieci giorni prima dell'adunanza previsto dall'art. 380 bis c.p.c., comma 1;

col primo motivo di ricorso è dedotta la violazione e/o falsa applicazione della l.fall., art. 99, nella parte in cui il tribunale ha ritenuto che il termine per l'impugnazione decorresse dalla data di comunicazione dell'ammissione del credito all'avv. C., anziché da quella della comunicazione relativa al diniego di ammissione della tardiva, effettuata nei confronti di esso ricorrente;

col secondo motivo è dedotta la violazione e/o falsa applicazione della l.fall., artt. 98 e 101, per avere il tribunale rigettato la domanda di insinuazione in quanto riferita a un credito già insinuato da terzi, e dunque non nuovo;

col terzo motivo si denuncia infine l'omessa motivazione del provvedimento in ordine al riconoscimento del privilegio di cui all'art. 2751 bis c.c.;

il ricorso, i cui motivi possono essere esaminati congiuntamente perché connessi, è infondato in base alle considerazioni che seguono;

secondo la disciplina oggi unificata all'interno della l.fall., art. 98, contro il decreto che rende esecutivo lo stato passivo può essere proposta sia l'opposizione sia l'impugnazione dei crediti ammessi (o la revocazione);

l'impugnazione in particolare serve a eliminare dallo stato passivo uno o più creditori, esattamente come accadeva prima della riforma in base all'art. 100;

tenendo conto del testo di riforma, è chiarissimo che si tratta di un rimedio impugnatorio nei riguardi del decreto di approvazione dello stato passivo, avente, quanto all'oggetto, carattere di esclusività;

ai sensi della l.fall., art. 97, il curatore, immediatamente dopo la dichiarazione di esecutività dello stato passivo, ne dà comunicazione trasmettendo una copia a tutti i creditori insinuatisi, informandoli del diritto di proporre opposizione in caso di mancato accoglimento della domanda;

il successivo art. 99, stabilisce che tutte le impugnazioni di cui all'art. 98, (e quindi anche l'impugnazione del credito ammesso a favore di altro concorrente) si propongono con ricorso depositato presso la cancelleria del tribunale entro trenta giorni dalla suddetta comunicazione di cui all'art. 97;

l'avv. T. non era annoverabile tra i destinatari di quella comunicazione in quanto, come egli stesso deduce, al momento non aveva presentato domande;

il decreto di esecutività dello stato passivo, essendo stata l'ammissione comunicata all'avv. C. (come dice il tribunale di Milano) in data 30 luglio 2009, era peraltro certamente anteriore a tale data;

l'avv. T. aveva proposto una domanda tardiva in data 29 agosto 2010, come da lui stesso evidenziato in ricorso; addirittura una supertardiva;

a tal riguardo nulla è dedotto circa l'avvenuta proroga del termine di cui all'art. 101, comma 1, ult. alinea; e

nulla ben vero è dedotto finanche in ordine alla condizione di ammissibilità di cui all'art. 101, ultimo comma; può peraltro sorvolarsi su tale ultima notazione, in quanto ciò che in effetti rileva, ai fini della soluzione della questione giuridica posta dal ricorrente, è che l'impugnazione dei crediti ammessi è consentita, tra gli altri, al creditore al fine di contestare che la domanda di un altro creditore sia stata accolta;

la mancanza di precedenti induce a rammentare che, nel vigore del cessato l.fall., art. 100, essendo la legittimazione attiva attribuita anche lì al "creditore", in prevalenza si escludeva che nel novero dei legittimati all'impugnazione dei crediti ammessi potessero essere anoverati i creditori insinuati tardivamente;

tale orientamento era sorretto dall'osservazione di matrice dottrinale per cui i detti creditori non potevano mai essere ammessi al passivo prima del decorso del termine di quindici giorni di cui alla l.fall., citato art. 100; è rilievo generalmente condiviso che l'attuale art. 98, sul piano della legittimazione, facendo riferimento al "creditore", non abbia innovato rispetto al vecchio art. 100, sicché gli orientamenti maturati sotto la vigenza di tale norma andrebbero mantenuti fermi;

essi però vanno adeguati al mutato regime delle insinuazioni tardive, perché, ai sensi dell'art. 101, comma 1, tutte le domande depositate oltre il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per la verifica dello stato passivo sono da considerare tardive e il procedimento di accertamento delle domande tardive si svolge - oggi - nelle stesse forme di cui all'art. 95; consegue che niente osta a che anche il creditore tardivo possa impugnare il credito altrui;

laddove vengano in discussione pretese creditorie tra loro in conflitto, ciò deve avvenire contestualmente alla dichiarazione tardiva; ed emblematica del conflitto è la situazione di specie, in cui il credito insinuato tardivamente era lo stesso già ammesso a favore di un terzo in base alla sua insinuazione tempestiva;

difatti il creditore tardivo deve, per poter essere ammesso, altresì ottenere l'esclusione dell'altrui ammissione per lo stesso credito;

in base alla disciplina normativa, l'impugnazione del credito deve essere effettuata nel termine indicato dall'art. 99;

essendo l'iniziativa intrapresa dal creditore tardivo nella condizione di conflittualità sopra evidenziata, codesta sua posizione va coordinata con la disciplina del termine per l'impugnazione del credito ammesso a favore del terzo, e non giova insistere su una distinta decorrenza del termine per l'impugnazione del credito, dal momento che tutte le previsioni dettate dalla l.fall., art. 97 e seg., convergono verso l'obiettivo di assicurare celerità e speditezza al processo fallimentare;

simile obiettivo si rinviene anche e proprio nel regime delle domande tardive, caratterizzato da un termine per la presentazione e dall'effetto altrimenti preclusivo della declaratoria di esecutività dello stato passivo; il che incide anche sull'oggetto del processo instaurato con la domanda tardiva, la quale implica, nei limiti indicati dalla legge, l'instaurazione di una mera ulteriore fase dello stesso (unico) accertamento giurisdizionale rilevante ai fini del concorso;

in sostanza, il creditore tardivo accetta l'unitario processo di verifica nello stato in cui si trova al momento;

il punto è che la disciplina della l.fall., art. 97, conseguente alla sentenza della Corte costituzionale n. 102 del 1986, in ordine al decorso del termine di trenta giorni di cui all'art. 99, non può materialmente applicarsi al creditore tardivo, perché questi, giustappunto in quanto tardivo, non è destinatario dell'avviso previsto da tale norma;

poiché in relazione alla sopra riferita ratio delle previsioni richiamate è inconcepibile concludere nel senso del non assoggettamento a termine di sorta dell'impugnazione del creditore tardivo, vi è che il sistema patisce, in questa specifica prospettiva, una lacuna suscettibile di esser colmata solo mediante ricorso all'analogia; la norma analogicamente applicabile, a chiusura del sistema delineato, è l'art. 327 c.p.c., che in materia processuale identifica il generale principio secondo cui, decorsi sei mesi dalla pubblicazione del provvedimento assunto in funzione decisionale (archetipo del quale è la sentenza), non possono più essere proposte le impugnazioni ordinarie;

in questo senso va affermato il seguente principio: l'impugnazione del credito ammesso a favore di un terzo può essere proposta dal creditore tardivo - contestualmente alla dichiarazione tardiva del suo credito ove sia in presenza di situazioni soggettive tra loro in conflitto - entro sei mesi dalla chiusura dello stato passivo, unica eccezione essendo rappresentata dalla non conoscenza del processo fallimentare, della cui prova è onerato il creditore;

nel caso specifico si trattava di crediti tra loro in conflitto, e la domanda tardiva del ricorrente non era stata proposta contestualmente all'impugnazione del credito ammesso in favore del terzo (l'avv. C.);

l'impugnazione del credito ammesso era stata proposta ampiamente dopo il decorso del termine semestrale detto;

consegue che correttamente il tribunale di Milano ha deciso nel senso dell'inammissibilità dell'impugnazione e del rigetto della domanda tardiva, perché attinente - codesta - al medesimo credito già ammesso a favore del terzo;

a questo punto va aggiunta una considerazione; **(omissis)**.

Qualcosa di nuovo sul fronte delle domande tardive di Vittorio Zanichelli (*)

Il commento ripercorre l'iter argomentativo del provvedimento illustrando le posizioni dottrinali ante e post riforma della legge fallimentare in ordine alla legittimazione dei creditori tardivi alla impugnazione dei crediti ammessi; sono quindi evidenziate le possibili criticità della soluzione accolta dalla Corte e viene formulata un'ipotesi alternativa.

Il caso

Un avvocato chiede mediante domanda tardiva di essere ammesso al passivo di un fallimento per un credito professionale ma si vede respingere la richiesta ostandovi il giudicato derivante dalla circostanza che lo stesso credito era già stato ammesso a favore di altro professionista, senza che ci fosse stata rimozione dell'ammissione con azione di revocazione o che risultasse che il credito ammesso fosse stato poi ceduto al ricorrente creditore tardivo.

Il creditore tardivo non ammesso propone due distinte impugnazioni ai sensi dell'art. 98: una contro il rigetto della sua domanda (opposizione allo stato passivo) e nello stesso tempo una seconda contro l'avvenuta ammissione del credito in favore di altro legale (impugnazione di credito ammesso).

Il Tribunale dichiara l'inammissibilità per tardività dell'impugnazione del credito ammesso e rigetta l'opposizione allo stato passivo per l'esistenza di un giudicato ostativo (appunto l'ammissione dello stesso credito ma in favore di altro professionista).

Viene proposto ricorso per cassazione.

La decisione della Corte

Ricorda preliminarmente la Corte che l'art. 97 prevede che dopo la dichiarazione di esecutività dello stato passivo il curatore dia comunicazione dell'avvenuta emissione del decreto del giudice delegato a tutti i creditori che hanno proposto domanda di ammissione informandoli del diritto di proporre opposizione in caso di mancato accoglimento della domanda; prevede poi l'art. 99 che tutte le impugnazioni, e quindi anche quella del credito altrui che è rimedio impugnatorio nel riguardi del decreto di esecutività dello stato passivo, debbono essere proposte con ricorso depositato presso la cancelleria del giudice delegato entro trenta giorni dalla comunicazione di cui sopra.

Il problema posto dalla controversia oggetto della pronuncia della Cassazione è dato dalla circostanza che il creditore che aveva proposto la domanda in relazione ad un credito già insinuato da altri e ammesso era un creditore tardivo (nella fattispecie super-tardivo) che, non avendo in precedenza proposto alcuna domanda, non era stato quindi inserito tra i destinatari della comunicazione del curatore.

La ordinanza in commento osserva che sulla base della comune interpretazione la disciplina delle impugnazioni è fondata sul presupposto che legittimato alle stesse sia un soggetto che ha proposto domanda di ammissione e che quindi sia interessato o in quanto la sua domanda è stata rigettata o in quanto, essendo stata la sua domanda ammessa, ha interesse a contestare l'altrui ammissione per essere la stessa potenzialmente idonea a diminuire il soddisfacimento della sua pretesa nella misura in cui concorre, come credito poziore o come credito di pari grado, sulla medesima, insufficiente, massa attiva.

Tale impostazione, restrittiva nei confronti dei creditori tardivi, è ritenuta non più condivisibile alla luce della considerazione che l'attuale disciplina porta a ritenere tardive tutte le domande presentate oltre il trentesimo giorno anteriore all'udienza di verifica ed ha unificato, quanto al rito, tutte le domande per cui nulla osta a mettere sullo stesso piano, quanto alla legittimazione all'impugnazione di un credito ammesso in favore di altri, qualunque creditore sia esso tempestivo che tardivo e, quanto a quest'ultimo, sia esso tale per aver presentato la domanda dopo il trentesimo giorno ma prima dell'udienza di verifica sia esso tale in quanto manifestatosi successivamente a detta udienza.

L'ostacolo processuale da superarsi, tuttavia, è quello formato dal disposto dell'art. 99 a mente del quale, come già ricordato, il termine per proporre tutte le impugnazioni decorre dalla comunicazione dell'avvenuta esecutività dello stato passivo.

(*) Il contributo è stato sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Tale *dies a quo*, peraltro, non si rinviene nella storia processuale del creditore tardivo poiché lo stesso non è destinatario, appunto perché non tempestivo e quindi noto, della comunicazione da parte del curatore fallimentare.

La lacuna deve tuttavia essere colmata in quanto, diversamente, il creditore tardivo non potrebbe mai impugnare tempestivamente l'altrui ammissione per la stessa ragione di credito e la possibilità di superare tale lacuna viene individuata dalla Corte nel ricorso per analogia alla norma di chiusura del sistema dei termini di impugnazione costituita dall'art. 327 c.p.c. che, come è noto, afferma il generale principio secondo cui, decorsi sei mesi dalla pubblicazione del provvedimento assunto in funzione decisionale, nessuna impugnazione ordinaria può essere più proposta.

Da ciò l'affermazione del principio secondo cui l'impugnazione del credito ammesso a favore del terzo può essere proposta dal creditore tardivo, contestualmente alla dichiarazione tardiva del suo credito, entro sei mesi dalla chiusura dello stato passivo, salva la mancata conoscenza del processo fallimentare.

La legittimazione del creditore tardivo all'impugnazione nella previgente disciplina

Nella disciplina anteriore alla riforma del 2006 erano considerate effettivamente tardive e quindi non verificabili nell'apposita udienza non già tutte le domande depositate oltre il breve termine (da stabilirsi entro i trenta giorni dalla pubblicità della sentenza) fissato nella sentenza di fallimento ma solo le domande pervenute dopo la chiusura dell'udienza di verifica dello stato passivo (1) e quindi anche quelle depositate durante il termine di quindici giorni che il giudice si fosse eventualmente riservato per depositare il decreto di esecutività (2). Non erano invece considerate tali quelle pur depositate dopo detto termine ma prima della conclusione della verifica del passivo in quanto l'onere di rispettarlo di fatto veniva vanificato dalla previsione, contenuta nell'art. 96, che imponeva al giudice di esaminare nel corso dell'adunanza fissata per la

verifica, oltre alle domande inserite nello stato passivo provvisorio in quanto presentate nel termine, anche quelle pervenute successivamente o presentate nell'adunanza stessa, disposizione che aveva, in concreto comportato, sia detto per inciso, in quasi tutti i tribunali la rinuncia alla predisposizione dello stato passivo provvisorio.

Del tutto diverso da quello previsto per le domande sostanzialmente tempestive era poi il procedimento per la verifica delle domande effettivamente tardive in quanto innanzitutto le stesse dovevano essere proposte con ricorso sottoscritto da un legale e non anche presentate personalmente (3), dando potenzialmente ingresso ad un giudizio contenzioso. Chiaro sintomo della diversità era infatti anche la differente disciplina dell'accertamento, non disegnato sulla falsariga dell'adunanza ma riservato ad un'udienza avanti al giudice delegato con la partecipazione del solo ricorrente e del curatore, destinata all'accertamento dell'eventuale convergenza sulla fondatezza della pretesa della valutazione del curatore e del giudice delegato e quindi eventualmente alla pronuncia del decreto di ammissione; in difetto di concorde valutazione il giudice delegato non poteva far prevalere il suo giudizio, come in sede di accertamento delle domande tempestive, ma doveva istruire la causa e rimettere all'esito la decisione al tribunale in composizione collegiale. L'esposta netta differenziazione della disciplina dei crediti insinuati tempestivamente, sia pure nella lata accezione esposta, rispetto a quelle dei crediti non (ancora) concorrenti aveva portato ad una lettura rigorosa del disposto dell'art. 100 l.fall., che riservava la legittimazione ad opporsi all'ammissione di crediti altrui tramite lo specifico mezzo denominato "impugnazione dei crediti ammessi" a "ciascun creditore", la quale comportava quindi l'esclusione della legittimazione a chi ancora non fosse qualificabile come tale. La norma sulla legittimazione, apparentemente chiara, aveva trovato gli interpreti concordi, però, solo in relazione a due sole categorie: non si dubitava infatti della legittimazione dei creditori definitivamente ammessi, così come non si dubitava del difetto di legittimazione di coloro che non avessero mai chiesto l'ammissione al passivo (4).

(1) F. Ferrara - A. Borgioli, *Il fallimento*, Milano, 1995, 568; M. Montanari, *Dell'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari di terzi*, in G.U. Tedeschi (a cura di), *Le procedure concorsuali*, Torino 1996, I, 2, 889 ss.

(2) V.L. Cuneo, *Le procedure concorsuali*, Milano 1988, II, 956 ss.; A. Didone, *La dichiarazione tardiva di credito nel fallimento*, Milano 1998, 56; S. Bonfatti, *L'accertamento del passivo*

e dei diritti mobiliari, in *Le procedure concorsuali, il Fallimento*, ***, Trattato diretto da G. Ragusa Maggiore e C. Costa, Torino, 1997, 355 ss.

(3) M. Montanari, *Dell'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari di terzi*, cit., 900.

(4) In questi termini S. Bonfatti, *L'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari*, cit., 332 ss.

Dubbi interpretativi invece esistevano quanto ai creditori ammessi ma che avevano proposto opposizione (5) e quanto ai creditori ammessi al passivo con riserva (6).

Relativamente ai creditori tardivi l'orientamento contrario era decisamente prevalente anche in considerazione della sostanziale impossibilità per gli stessi di rispettare il breve termine di quindici giorni fissato dall'art. 100 per impugnare l'altrui ammissione, sia quando detto termine decorreva dalla data di deposito dello stato passivo in cancelleria, come nell'originaria formulazione della citata disposizione, sia quando la decorrenza è stata fatta coincidere con la comunicazione del deposito dello stato passivo effettuata dal curatore fallimentare ex art. 97 in seguito all'intervento delle Corti Costituzionali (7), posto che tale comunicazione, essendo fatta ai creditori che avevano depositato domanda di ammissione in termine utile per la verifica, non vedeva ovviamente tra i destinatari quelli insinuati dopo tale adempimento procedurale (8). Contro l'opinione prevalente si era però levata qualche voce dissonante che ammetteva comunque la legittimazione dei creditori tardivi i quali, non potendo beneficiare del termine decorrente dalla comunicazione del curatore, avrebbero avuto tuttavia l'onere di attivarsi entro l'originario termine di quindici giorni dal deposito dello stato passivo (9).

La questione della legittimazione secondo la Corte

Come è stato anticipato, la Cassazione ha dovuto prendere posizione sulla questione relativa alla legittimazione del creditore tardivo ad impugnare l'ammissione di un credito già insinuato da altri in quanto, nella fattispecie, solo la rimozione dell'ammissione già intervenuta avrebbe consentito all'ulteriore pretendente all'ammissione dello stesso credito professionale di cui vantava la titolarità di ottenere che la sua domanda venisse ritenuta ammissibile, ostandovi diversamente il giudicato endo-processuale formatosi sul punto.

Secondo l'ordinanza in commento l'opinione prevalsa nel vigore della legislazione del 1942 favorevole alla tesi del difetto di legittimazione del creditore tardivo non può essere confermata in quanto vi è una profonda diversità tra l'originaria disciplina processuale e sostanziale relativa ai crediti tempestivi e quelli tardivi come individuati in tale legislazione e quella relativa alle due categorie come rimodellate con la riforma del 2006.

Dal complesso della nuova disciplina, come sopra delineata, dunque, non solo non emerge più una categoria di creditori formalmente tardivi ma sostanzialmente tempestivi in quanto la loro domanda viene esaminata nello stesso contesto procedurale (udienza di verifica del passivo) e un'altra categoria di creditori non solo formalmente ma anche sostanzialmente tardivi in quanto proposti solo dopo la chiusura dell'udienza ma neppure una netta distinzione, quanto alla gestione delle rispettive domande, tra creditori tempestivi e creditori tardivi.

Secondo la disciplina attuale il mancato rispetto del termine di trenta giorni prima della data fissata per l'adunanza dei creditori da un lato qualifica inesorabilmente il creditore come non tempestivo precludendogli l'accesso alla verifica ordinaria quale fissata dal tribunale ma dall'altro non comporta alcuna sostanziale differenziazione del rito per i tardivi con deposito post udienza e quelli con deposito tra la scadenza del termine e la chiusura dell'udienza in quanto non solo continua a non essere prevista l'obbligatorietà della difesa tecnica ma per tutti l'esame delle domande si svolge con le stesse modalità di quelle tempestive in udienze ad hoc fissate periodicamente nelle quali curatore e giudice delegato hanno le stesse funzioni e gli stessi poteri che loro competono nell'adunanza dei creditori. Per la verità, può osservarsi, si perpetua la discutibile situazione già presente nel vecchio rito per cui i creditori, ai quali il curatore non deve necessariamente comunicare le date delle udienze eventuali di verifica dei crediti tardivamente insinuati, difficilmente potranno comparire per esercitare in udienza quel potere di controllo che loro è assicurato nell'adunanza (10), ma tale incongruenza non viene valorizzata

(5) Favorevoli, tra gli altri, S. Bonfatti, *La formazione dello stato passivo nel fallimento*, Milano, 1981, 256; G. Tarzia, *L'impugnazione dei crediti ammessi*, in questa *Rivista*, 1990, 935.

(6) Favorevoli S. Bonfatti, *La formazione dello stato passivo nel fallimento*, cit., 258; Ferrara, *Il Fallimento*, Milano, 1989, 536; G. Ragusa Maggiore, voce *Passivo*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, 220. Contrario Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano, 1974, III, 1492.

(7) Corte cost. 25 luglio 1984, n. 222, in *Giur. cost.*, 1984, II, 485, con nota di Lanfranchi, *La costituzionalità dell'art. 100*

l.fall.

(8) Sull'argomento S. Bonfatti, *La formazione dello stato passivo nel fallimento*, cit., 333 in nota.

(9) M. Montanari, *Dell'accertamento del passivo e dei diritti mobiliari di terzi*, cit., 869; favorevole alla legittimazione del creditore tardivo anche Colombini - Panzani, *Il fallimento. Profili applicativi*, Torino, 1999, 356.

(10) V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 273.

nella ordinanza in commento presumibilmente perché non è decisiva per distinguere in misura apprezzabile il rito di ammissione dei tardivi da quello dei tempestivi, visto che i creditori ben potrebbero partecipare, benché non avvisati, sol che abbiano l'accortezza di controllare periodicamente eventuali decreti del giudice delegato di fissazione delle udienze supplementari, che dovrebbero intervenire con cadenza almeno quadrimestrale, oppure se il tribunale si adeguasse alla prassi che vede il collegio che dichiara il fallimento fissare non solo l'adunanza per la verifica dei crediti tempestivamente richiesti ma anche le eventuali adunanze successive per la verifica dei crediti tardivi.

Dalle esposte considerazioni deriva, secondo la condivisibile lettura della Cassazione, una sostanziale identità di posizione dei creditori tempestivi e tardivi quanto alla disciplina processuale delle loro domande che comporta anche un'identità di disciplina in ordine alla loro legittimazione ad impugnare il credito ammesso in favore di altri quando l'esclusione di tale credito sia la condizione per l'ammissione della nuova pretesa e sempre che, contestualmente alla impugnazione, sia presentata la domanda tardiva quale condizione legittimante l'impugnazione stessa.

Il termine per presentare l'impugnazione tardiva

Premesso che come rileva la Corte le due domande debbono necessariamente essere presentate contestualmente, come meglio si dirà, una volta accertata la legittimazione del creditore tardivo alla presentazione unitamente alla domanda di ammissione al passivo dell'impugnazione dell'altrui credito ammesso e dando per scontato che la prima domanda possa essere presentata, normalmente, nei termini di cui all'art. 101 e quindi dodici mesi (o diciotto mesi se così stabilito dal tribunale) dalla data di deposito del decreto di esecutività dello stato passivo resta da stabilire quale sia il termine entro il quale depositare il ricorso per impugnazione. Essendo inevitabile l'esclusione del ricorso al termine di cui all'art. 97 quale consegue, quanto alla decorrenza, alla già citata sentenza della Corte Costitu-

zionale per essere lo stesso materialmente non applicabile al creditore tardivo che non è destinatario della comunicazione effettuata dal curatore in quanto limitata ai creditori tempestivi e non essendo accettabile che nessun termine sia previsto per tale impugnazione, la pronuncia in commento, preso atto della lacuna del sistema, conclude per il necessario ricorso, in virtù dell'analogia, all'art. 327 c.p.c. "che in materia processuale identifica il generale principio secondo cui, decorsi sei mesi dalla pubblicazione del provvedimento assunto in funzione decisionale (archetipo del quale è la sentenza) non possono più essere proposte le impugnazioni ordinarie".

Considerazioni

La soluzione adottata dalla Cassazione, se costituisce una novità per la giurisprudenza di legittimità, trova invece, la strada già tracciata dalla dottrina che sulla ammissibilità dell'impugnazione da parte del creditore tardivo si è pronunciata favorevolmente sia anteriormente alla riforma (11) (sia pure, come già osservato, con posizione contestata dalla maggioranza e ovviamente con le richiamate diverse motivazioni), che con maggior forza posteriormente (12) appunto valorizzando la sostanziale unitarietà della figura del creditore tempestivo e tardivo rendendo insostenibile la configurabilità di ogni limitazione processuale che derivi da una delle due qualifiche e, a maggior ragione, dalla circostanza che al momento della presentazione del ricorso, sia stato o no emesso il decreto di esecutività dello stato passivo.

Appurata dunque la sussistenza della piena legittimazione anche dei creditori tardivi che si palesano successivamente a tale evento procedurale il problema resta limitato alle modalità temporali dell'impugnazione e deriva dall'inapplicabilità del termine costituito dalla data di ricezione della comunicazione effettuata ex art. 97 dal curatore in ordine all'avvenuto deposito in cancelleria dello stato passivo in quanto tale comunicazione non può ovviamente essere indirizzata a chi ancora creditore non si è neppure proclamato.

Come si è visto la Corte ha optato per soluzione (anche questa anticipata da attenta dottrina) (13)

(11) Vedi nt. 9.

(12) M. Zoppellari, *La legge fallimentare, commentario teorico pratico*, a cura di M. Ferro, Padova, 2011, 1083. M. Montanari, *Le impugnazioni dello stato passivo*, in V. Bonocore - A. Bassi (a cura di), *Trattato di diritto fallimentare*, vol. III, Padova, 2011, 124; G.U. Tedeschi, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2006, 399; A. Nigro - D. Vattermolli, *Diritto della crisi delle*

imprese, Bologna, 2009, 216. Propendono invece per la possibilità della rimessione in termini M. Fabiani - G.B. Nardecchia, *Formulario commentato della legge fallimentare*, Milano, 220, 826, ma la tesi desta qualche perplessità in quanto limita l'accesso all'impugnazione ai soli creditori tardivi incolpevoli.

(13) M. Montanari, *Le impugnazioni dello stato passivo*, cit., 125.

certamente maggiormente rassicurante in quanto, sia pure attraverso il ricorso all'analogia, sussiste il forte aggancio ad una norma di chiusura del sistema delle impugnazioni, applicabile appunto laddove per le stesse non sia previsto uno specifico termine. E certamente ha influito sul giudizio della Corte la tendenza a ricondurre a sistema anche la soluzione della fattispecie in esame, tenendo conto che per i creditori tempestivi il termine per impugnare l'altrui ammissione in caso di omessa ricezione dell'avviso di deposito dello stato passivo è stato condivisibilmente individuato in quello semestrale di cui al citato art. 327 c.p.c. (14).

Non può tuttavia sottacersi la forte limitazione che tale soluzione inevitabilmente apporta all'attuazione del diritto sostanziale del creditore tardivo. Se questi infatti ha tempo fino a dodici mesi dopo il deposito del decreto di esecutività dello stato passivo (o addirittura diciotto mesi in caso di termine prorogato dal tribunale) per presentare la sua domanda è evidente che, essendo, in casi quale quello in esame, l'ammissibilità della domanda di ammissione del credito condizionata dalla contestuale presentazione della domanda di esclusione del credito la cui avvenuta ammissione preclude quella della contrastante pretesa, il termine per far valere il diritto sostanziale viene di fatto abbreviato in modo molto significativo e cioè da un minimo di sei mesi ad un massimo di un anno. Tale inconveniente viene giustificato in dottrina quale inevitabile conseguenza del ritardo nell'esercizio del diritto stesso (15), ma può obbiectarsi che la legge già pone una sanzione di fatto a carico del tardivo consistente nella perdita del diritto di partecipare ai riparti precedenti all'ammissione (16) e non si vede la ragione di aggiungere anche un'ulteriore non inevitabile sanzione processuale. Per ovviare a tale compressione del diritto potrebbe essere apprezzata una soluzione alternativa consistente nel far coincidere il termine per l'impugnazione del credito ammesso con quello per la presentazione della domanda tardiva almeno allorché le due domande debbano essere proposte contemporaneamente in quanto reciprocamente condizionanti quanto all'ammissibilità.

Non si vede, peraltro, come tale soluzione possa contrastare con l'esigenza di speditezza della procedura fallimentare, posto che il termine comunque coinciderebbe con quello ritenuto accettabile dalla stesso legislatore di presentazione della domanda tardiva e posto altresì che la stessa pare necessariamente essere l'unica praticabile nel caso dei creditori tardivi incolpevoli (cc.dd. supertardivi) che la stessa ordinanza prevede non vincolati al rispetto del termine di cui all'art. 327 c.p.c. se in grado di provare la mancata conoscenza del processo fallimentare.

Resta, certo, l'esigenza di dare stabilità alla pronuncia sul credito precedentemente ammesso che la fissazione del termine ex art. 327 c.p.c. assicura e che la dilazione alla scadenza del termine per la domanda tardiva metterebbe invece in discussione ma si può obbiectare che tale stabilità, intesa come consolidarsi del giudicato endoprocessuale, in ogni caso è assicurata in quanto il termine semestrale segna comunque la data di definitività della pronuncia di ammissione, configurandosi l'impugnazione da parte del creditore tardivo quale mezzo straordinario assimilabile all'opposizione di terzo di cui all'art. 404, comma 1, c.p.c., in considerazione dell'identità del presupposto costituito dall'aver il soggetto subito un pregiudizio quale titolare di una situazione incompatibile con quella accertata o eventualmente costituita dalla sentenza impugnata (17) resa in un procedimento in cui detto titolare non sia stato parte (18).

La proposta soluzione alternativa, oltre che essere maggiormente rispettosa dei diritti comunque riconosciuti ai creditori tardivi appare tanto meno potenzialmente foriera di allungamenti della procedura se si volesse dare per acquisito quanto affermato (per vero in un *obiter dictum*) dalla Cassazione sempre in tema di impugnazione dello stato passivo. Con una recente decisione, infatti, la Corte dopo aver affermato in modo pienamente condivisibile che lo stato passivo si chiude solo con il decreto di esecutività emesso quando sono state esaminate tutte le domande tempestive e che quindi non sono idonei a far decorrere il termine di impugnazio-

(14) *Inter alios* M. Montanari, *Le impugnazioni dello stato passivo*, cit., 182.

(15) M. Montanari, *Le impugnazioni dello stato passivo*, cit., 125.

(16) V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, cit., 275.

(17) Cass. 10 aprile 2015, n. 7306, in *Guida dir.*, 2015, 39, 83 (s.m.).

(18) Per il parallelo tra impugnazione e opposizione di terzo si veda G.C. Del Pinto, *Ancora sul diritto di difesa nei giudizi di*

verificazione ordinaria del passivo nel fallimento, in *Giur. comm.*, 1991, II, 554. Contrasta tale inquadramento M. Montanari in *Le impugnazioni dello stato passivo*, cit. 115 ss., i cui rilievi, peraltro, paiono focalizzati sull'impugnazione proposta dal creditore tempestivo, mentre pare peculiare quella proposta dal creditore tardivo per cui non solo, se si segue la tesi qui esposta, non vi è un *dies a quo* fisso e predeterminato ma è anche assente nel creditore la qualità di legittimato alla partecipazione al procedimento di verifica con conseguente facoltà di interloquire ed assumere la posizione di parte processuale.

ne eventuali decreti intermedi (19), ha osservato che ciò vale non solo per le domande tempestive ma anche per quelle tardive, per le quali dunque il termine per le impugnazioni decorrerebbe dall'unico decreto di esecutività da emettersi al termine dell'esame delle stesse, così delineando due autonomi procedimenti di accertamento del passivo, entrambi destinati a concludersi con un decreto di esecutività. Non è questa la sede per commentare tale decisione anche se non ci si può esimere dal notare alcune criticità quantomeno sotto il profilo operativo poiché non solo il giudice delegato non è in grado di stabilire quando emettere il decreto di esecutività per le tardive, in quanto ignora, al termine di ognuna delle udienze periodicamente fissate, se perverranno altre istanze ed essendo quindi costretto ad attendere la scadenza dell'anno o del termine prorogato (ma le supertardive?), ma anche che così opinando si viene ad infliggere ai creditori tardivi una sanzione particolarmente grave in concreto in quanto non potranno partecipare ai riparti fino al momento in cui diviene definitivo il loro decreto di esecutività dello stato passivo col rischio più che reale di non ottener alcunché non essendo previsti accantonamenti.

Ciò che comunque si vuole evidenziare è che alla luce di tale orientamento i tempi entro i quali sono destinati ad esaurirsi le impugnazioni degli stati passivi si allungano comunque e non sarà certo qualche impugnazione di credito altrui da parte di creditori tardivi ad influire sul bilancio complessi-

vo della durata della fase di accertamento dei crediti.

Una volta presentati contestualmente i due ricorsi (opposizione e impugnazione) si presentano evidentemente collegati da un rapporto di interdipendenza che è arduo ravvisare in un rapporto di pregiudizialità per la difficoltà di individuare quale è la causa pregiudicante e quale la pregiudicata: l'ammissibilità dell'impugnazione dell'altrui credito ammesso è infatti condizionata dall'assunzione della qualifica di creditore che si acquisisce solo in esito all'ammissione, non avendo diversamente l'impugnante interesse al mezzo di gravame; d'altra parte l'ammissibilità della domanda di ammissione del credito tardivo presuppone che sia accertata, in esito all'impugnazione, l'insussistenza in capo al creditore ammesso del credito vantato dal creditore tardivo, ostandosi diversamente il giudicato.

In realtà, trattandosi di cause di competenza dello stesso giudice e sussistendo anche una parziale identità di parti (il ricorrente e il curatore fallimentare) la soluzione maggiormente funzionale se non l'unica percorribile è quella della riunione delle stesse con la conseguenza che la pregiudizialità non comporta la sospensione di uno dei giudizi (situazione processuale che il legislatore in generale tende a rendere di sporadica evenienza) ma diviene unicamente il criterio dell'ordine in cui il giudice deve affrontare le varie questioni pervenendo a soluzioni intermedie, processuali o di merito, la cui stabilità dipende dalla soluzione delle questioni ulteriori che si presentano come condizionanti.

(19) Cass. n. 13886/2017 depositata in data 1° giugno 2017, in *Pluris*, secondo la quale "Il decreto di esecutività dello stato passivo anche per le insinuazioni tardive è, in altri termini, l'esclusivo e tipico provvedimento di contenuto precettivo, che attribuisce forza autoritativa alle decisioni assunte nelle fasi che lo hanno preceduto e preparato; laddove i precedenti

provvedimenti sono, invece, elementi interni alla fattispecie progressiva in cui si scandisce la procedura di accertamento del passivo, destinato a chiudersi e ad acquistare giuridica rilevanza solo con il suddetto decreto di esecutività ed insuscettibili, perciò, sia di autonoma efficacia lesiva, sia di anticipata impugnativa".

Cessione d'azienda

Cassazione Civile, SS.UU., 28 febbraio 2017, n. 5054 - Pres. R. Rordorf - Est. R. Bernabai - T.S.M. Trattamenti Superficiali Metalli S.r.l. c. Leucci Industriale S.p.A. in amministrazione straordinaria

Fallimento - Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori - Azione revocatoria fallimentare - Atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie - Cessione di azienda

(Cod. civ. art. 2560; legge fallimentare art. 67)

Il cessionario dell'azienda è obbligato, ai sensi dell'art. 2560, comma 2, c.c., alla restituzione conseguente alla revoca fallimentare di un pagamento ricevuto dal cedente anteriormente alla cessione solo se tale debito risulti dai libri contabili obbligatori, sempre che sussista un'effettiva alterità soggettiva delle parti titolari dell'azienda (non ravvisabile, ad esempio, nelle ipotesi di trasformazione, anche eterogenea, della forma giuridica di un soggetto ed in quella di conferimento dell'azienda di un'impresa individuale in una società unipersonale) e salvo che il cessionario stesso abbia inteso assumere anche il futuro debito derivante dall'esercizio dell'azione revocatoria dei pagamenti risultanti dalla contabilità aziendale.

La Corte (omissis).

Il *thema decidendum* consta di una questione di massima di particolare importanza, concernente l'interpretazione dell'art. 2560 cod. civ. (art. 374 c.p.c., comma 2); cui fa seguito, nella motivazione della sentenza impugnata, un accertamento di fatto, in ordine all'oggetto del conferimento, sindacabile in questa sede entro i ristretti limiti di cui all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5.

Sotto il primo profilo, la premessa maggiore del ragionamento sillogistico seguito dalla corte territoriale è che la legittimazione passiva in tema di azione revocatoria fallimentare avente ad oggetto pagamenti eseguiti in favore di un imprenditore che abbia poi conferito la propria azienda in una società - ma il problema si porrebbe negli stessi termini in caso di cessione - vada riconosciuta alla stessa società conferitaria (o cessionaria) dell'azienda: essendo sufficiente, ai fini dell'insorgere della responsabilità solidale prevista dalla norma, la conoscibilità, tramite i libri contabili obbligatori, del precedente rapporto contrattuale intrattenuto dal dante causa con un imprenditore, divenuto poi insolvente alla data del pagamento: pur se il concreto debito restitutorio maturi solo all'esito dell'accoglimento della domanda di revoca, in epoca successiva al trasferimento aziendale (Cass., sez. 1, 28 luglio 2010, n. 17668).

Tale tesi interpretativa non può essere seguita.

Essa, infatti, dilata a dismisura l'ambito di applicazione dell'art. 2560 c.c., comma 2, includendo nella previsione di solidarietà obbligazioni non ancora venute alla luce, sulla sola base di un documentato fatto genetico mediato: e dunque, un mero rischio di sopravvenienza passiva, anziché un debito già maturato ed annotato nei libri contabili, come testualmente previsto dalla norma.

In contrario, si deve ricondurre la responsabilità dell'avente causa nell'alveo dell'evidenza diretta, risultante dai libri contabili obbligatori dell'impresa, a tutela del suo legittimo affidamento, essenziale per il corretto svolgimento della circolazione di beni di particolare rilievo commerciale.

La chiara dizione della rubrica (Debiti relativi all'azienda ceduta) e del testo dell'art. 2560 c.c., non consente, infatti, di ritenere estensivamente inclusa nel trasferimento dell'azienda commerciale anche una situazione non già di debito, bensì di soggezione ad una successiva azione revocatoria promossa dal curatore del fallimento del *solvens*.

A questi rilievi - che valorizzano non solo il dato letterale della norma (parametro ermeneutico prioritario e poziore: art. 12 disp. gen.), ma pure la ratio protettiva summenzionata - piuttosto che ad implicazioni legate alla natura costitutiva dell'azione, va ricondotto il principio di diritto testé enunciato. La natura costitutiva (e non dichiarativa) dell'azione revocatoria - lungamente dibattuta in giurisprudenza e dottrina ed affermatasi infine nella giurisprudenza di legittimità (Cass. sez. 1, 21 marzo 2013 n. 7182; Cass., sez. 1 30 luglio 2012 n. 13560, sulla scia di Cass. sez. unite, 15 giugno 2000, n. 437), soprattutto in considerazione della sua irriducibilità all'illecito aquiliano (il che non eccettua, peraltro, il carattere antidoveroso del comportamento dell'*accipiens*: rivelato, già *prima facie*, dal requisito psicologico del *consilium fraudis*, o *scientia fraudis*) - non escluderebbe, infatti, di per sé sola, la possibile retroattività *ex tunc* degli effetti: normale, anzi, in talune azioni costitutive tipiche, quali quelle di risoluzione (art. 1458 c.c.) o di annullamento di un contratto (Cass., sez. 2, 11 febbraio 1998, n. 1395).

La ricostruzione ermeneutica così delineata dell'ambito applicativo dell'art. 2560 cpv. c.c., incontra un limite - del resto, evidente - solo nella carenza di un'effettiva alterità soggettiva delle parti titolari dell'azienda: come nell'ipotesi di trasformazione, anche eterogenea, della forma giuridica del soggetto (art. 2498 c.c. e segg.) - stante la continuità dei rapporti giuridici pendenti - ed in quella di conferimento dell'azienda di un'impresa individuale in una società unipersonale (che non costituisce una trasformazione in senso tecnico): in cui, pure, è ravvisabile una perdurante identità soggettiva - sostanziale, se non formale - significativa di una conoscenza

diretta dei rapporti giuridici in fieri, estranea alla ratio protettiva del successore a titolo particolare nell'azienda, sottesa all'art. 2560 c.c.

Così corretto il principio di diritto enunciato dalla Corte d'appello di Bologna, si osserva però che ad esso ha fatto seguito, nella sentenza impugnata, l'accertamento di fatto, congruamente motivato, e come tale sottratto a riesame nel merito, che con la dichiarazione resa nel corso dell'assemblea straordinaria della S. s.r.l. e raccolta nel verbale steso a ministero del notaio I.V., in data 31 dicembre 1996, l'imprenditore S.T. (che aveva ricevuto i pagamenti, in parte con mezzi anomali, oggetto dell'azione revocatoria svolta in seguito dalla Leucci Industriale s.p.a. in amministrazione straordinaria) aveva inteso conferire nel capitale della predetta società la totalità dei rapporti attivi e passivi rientranti nell'*universitas juris* aziendale ("considerata nella complessità dei beni che della stessa fanno parte, materiali ed immateriali, nessuno escluso o eccettuato"): e cioè, anche i debiti futuri, derivanti dall'esercizio dell'azione revocatoria di pagamenti risultanti dalla contabilità aziendale.

A tal fine, la corte territoriale ha valorizzato espressioni testuali dell'atto pubblico, senza incorrere in violazioni di norme sull'interpretazione dei contratti (art. 1362 c.c. e segg.).

La diversa ricostruzione ermeneutica operata dalla ricorrente si risolve, dunque, in un sindacato di merito, che non può trovare ingresso in questa sede.

Egual, ed ancor più evidente, ragione di inammissibilità si ravvisa nel secondo motivo; nel quale, richiamando perfino deposizioni testimoniali sottoposte ad una lettura diretta di questa Corte, si riafferma la tesi della *inscientia decoctionis* del S. alla data dei pagamenti ricevuti dalla Leucci Industriale s.p.a., facente parte del gruppo insolvente F.

Il terzo motivo ripropone, con argomentazioni promiscue, la questione dell'antiorità dell'atto solutorio, oggetto di revoca, al periodo sospetto: sotto il duplice profilo che la sua data andrebbe identificata con quella di scadenza del debito (31 agosto 1994), piuttosto che con quella dell'operazione bancaria di pagamento (5 settembre 1994), e che il *dies a quo* del computo a ritroso decorrerebbe dal decreto di ammissione alla procedura concorsuale, e non dalla precedente sentenza dichiarativa dell'insolvenza.

La duplice censura è inammissibile.

La prima, per irrilevanza: dal momento che la corte felsinea ha statuito che, anche a voler considerare corretta la data del 31 Agosto 1994, prospettata dalla T.M.S. s.r.l., egualmente l'operazione sarebbe rientrata nel periodo sospetto annuale decorrente dalla sentenza 27 luglio 1995 del Tribunale di Brindisi, dichiarativa dello

stato di insolvenza della Leucci Industriale s.p.a.: identificata dal Tribunale di Bologna come termine iniziale del relativo decorso retrospettivo, con statuizione non impugnata in parte qua (cfr. sent. Corte d'appello di Bologna, pag. 9).

È pertanto preclusa, *ob rem judicatam*, la seconda doglianza con cui si contesta tale ultima statuizione in punto di diritto, assumendo che il *dies a quo* andrebbe ricondotto, piuttosto, alla data di apertura della procedura concorsuale (D.M. 5 settembre 1995).

È appena il caso di aggiungere, peraltro, che la tesi difensiva appare anche infondata, alla luce della giurisprudenza consolidata di questa Corte, che nelle procedure concorsuali di liquidazione coatta amministrativa ed amministrazione straordinaria ancora il decorso del periodo sospetto alla dichiarazione di insolvenza della società: giacché, diversamente opinando, l'esito delle azioni revocatorie riuscirebbe compromesso dal ritardo nell'emanazione di un provvedimento amministrativo, in una situazione non più di sospetta, ma di già accertata insolvenza (Cass., sez. 1, 19 gennaio 2016 n. 803; Cass., sez. 1, 9 aprile 2008 n. 9177).

Tale principio di diritto, appare in linea, del resto, con il requisito psicologico della *scientia decoctionis* del creditore, che non può non correlarsi, temporalmente, alla data in cui l'insolvenza è giudizialmente accertata; e trova ulteriore conferma sistematica nel tenore del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, art. 49 (Azioni revocatorie), (Nuova disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, a norma della L. 30 luglio 1998, n. 274, art. 1, - PRODI BIS), che, al comma 2, recita: "I termini stabiliti dalle disposizioni indicate nel comma 1 (e cioè, per l'esercizio delle azioni per la dichiarazione di inefficacia e la revoca degli atti pregiudizievoli ai creditori previste dalle disposizioni della sezione III del capo III del titolo II della legge fallimentare) si computano a decorrere dalla dichiarazione dello stato di insolvenza. Tale disposizione si applica anche in tutti i casi in cui alla dichiarazione dello stato di insolvenza segua la dichiarazione di fallimento".

Cosa diversa, poi, è che le azioni revocatorie degli atti compiuti in frode dei creditori divengano esperibili, in concreto, solo con la nomina del commissario liquidatore, cui compete il loro esercizio (l.fall., art. 203, comma 2).

Il ricorso è dunque infondato e va respinto; con la conseguente condanna alla rifusione delle spese di giudizio, liquidate come in dispositivo, sulla base del valore della causa e del numero e complessità delle questioni svolte. (*omissis*).

Cessione di azienda e revocatoria fallimentare

1. I termini della questione e la ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite

La I Sez. civ. della S.C. con ord. 21 aprile 2016, n. 8090 ha rimesso la soluzione della controversia tra la "T.S.M. Trattamenti Superficiali Metalli s.r.l." e la "Leucci Industriale S.p.A. in amministrazione straordinaria", alle Sezioni Unite della medesima Corte sottoponendo la seguente questione "se, ed eventualmente, a quali condizioni, il cessionario di una azienda commerciale risponde a norma dell'art. 2560 comma 2 c.c., ovvero ad altro titolo, del debito restitutorio che consegue alla revoca fallimentare di un pagamento ricevuto dal cedente".

Nell'ordinanza la sezione remittente ha segnalato trattarsi di questione di particolare rilevanza e che le ragioni della remissione sono finalizzate a prevenire un possibile contrasto giurisprudenziale in ordine all'applicazione della disciplina dell'art. 2560 c.c. relativamente al debito restitutorio susseguente all'accoglimento di azione revocatoria fallimentare. Invero, come si avrà modo di constatare dalla consultazione dei precedenti giurisprudenziali riportati nella presente nota, nel caso in esame non si ravvisano contrasti di giurisprudenza in atto, ma tendenze interpretative che necessitavano di un tempestivo chiarimento.

2. Gli argomenti proposti dalle parti nel corso del giudizio di merito

Ritenuti pacifici i presupposti atti solutori delle obbligazioni contratte dalla Leucci Industriale S.p.a. con l'impresa individuale T. S., la difesa della convenuta S. S.r.l. eccepisce il difetto di legittimazione passiva, affermando: 1) di essere mera conferitaria dell'azienda dell'imprenditore individuale T. S. - percettore dei pagamenti fatti dall'attrice *in bonis*; 2) di non avere responsabilità alcuna per il debito susseguente all'azione revocatoria fallimentare.

Sul punto la S.r.l. convenuta in revocatoria sosteneva trattarsi di obbligazione sorta successivamente alla data del trasferimento dell'azienda ed ancora, che la suddetta obbligazione, sebbene connessa a rapporti giuridici antecedenti al trasferimento dell'azienda, riguardava un debito non annotato nelle scritture contabili obbligatorie, secondo quanto disposto dall'art. 2560, comma 2, c.c.

A fronte delle deduzioni di parte convenuta, la Corte d'Appello ha confermato la condanna di quest'ultima al pagamento del debito revocatorio

sulla base di due distinti argomenti: 1) *ex art.* 2560 c.c. con l'atto di conferimento dell'azienda Tommaso Sardelli nella Sardelli S.r.l. sono stati trasferiti tutti i rapporti giuridici attivi e passivi, con la conseguenza che quest'ultima era succeduta anche nel debito restitutorio derivante dall'azione revocatoria, sussistendo la prova presuntiva che gli atti solutori fossero stati annotati nelle scritture contabili obbligatorie a fronte di fatture regolarmente emesse; 2) interpretando il contenuto del negozio di conferimento dell'azienda nella società a responsabilità limitata, fra le parti è stato pattuito il trasferimento di tutti i rapporti giuridici relativi all'azienda, fra i quali dovevano essere compresi anche quelli derivanti da obbligazioni future quale quella derivante da azione revocatoria.

3. La soluzione seguita dalle Sezioni Unite

Le Sezioni Unite della Corte di cassazione, pur confermando la decisione della Corte d'Appello Bolognese, seguono un percorso parzialmente diverso da quello segnato dai giudici di merito, così provvedendo a correggerne la motivazione in modo pienamente condivisibile.

La questione che viene esaminata non riguarda se sia possibile o meno sottoporre ad azione revocatoria un rapporto giuridico definito, pertinente ad un patrimonio aziendale conferito in un soggetto diverso da quello che ha ricevuto il pagamento, quanto la soluzione giuridica praticabile per ammettere od escludere la responsabilità solidale del cessionario dell'azienda per un debito non previsto nelle scritture contabili.

3.1. L'esclusione dell'applicazione dell'art. 2560 c.c.

La strada seguita dai giudici di merito (Tribunale e Corte d'Appello) per affermare la responsabilità del cessionario dell'azienda per debito susseguente alla revoca *ex art.* 67 l.fall. dell'atto solutorio compiuto a favore di un'azienda ceduta, si fonda sull'applicazione del comma 2 dell'art. 2560 c.c.

La suddetta norma regola la sorte dei debiti relativi alla azienda ceduta dettando la seguente disciplina generale.

Con il comma 1, il legislatore stabilisce il principio della persistenza dell'obbligazione dell'alienante per i debiti sorti prima della cessione della azienda, fatta salva una diversa volontà dei creditori; con il comma 2 si afferma la regola della responsabilità

solidale del cessionario per i debiti sorti antecedentemente alla cessione in quanto essi risultino dai libri contabili obbligatori.

Dalla sentenza in commento si ha modo di notare che la Corte d'Appello di Bologna, ha affermato la legittimazione passiva della società convenuta (la cessionaria dell'impresa) essendo sufficiente, ai fini dell'insorgere della responsabilità solidale prevista dal comma 2 dell'art. 2560 c.c., non solo la conoscenza diretta (rilevabile con la semplice consultazione dei libri previsti dall'art. 2214, comma 1, c.c.) dei debiti pendenti, ma anche la semplice conoscibilità del debito (non pendente, ma potenziale e futuro), in quanto nei libri contabili sia riportato il rapporto originale già definito e che costituisce la causa del debito sovveniente.

Per i giudici di merito, la solidarietà di cui al comma 2 dell'art. 2560 c.c. va estesa anche ad un debito potenziale connesso ad un rapporto giuridico definito, ritenendosi presumibile la regolare annotazione i quest'ultimo.

La strada seguita dai giudici di merito non è condivisa dalle Sezioni Unite sul piano dell'applicazione letterale dell'art. 2560 c.c. essendo violate sia lo spirito che la lettera della disposizione.

Il tenore letterale della norma consente di ritenere l'esistenza della solidarietà per i debiti dell'azienda ceduta in capo al cessionario, quando: 1) il debito sia inerente all'esercizio dell'azienda ceduta (Il principio è affermato da Cass. 30 giugno 2015, n. 13319, in *Giur. it.*, 2015, 10, 2125 con nota di G. Cottino, *Divagazioni su cessione di ramo di azienda e "eternità" del processo* e in *Giur. comm.*, 2016, 5 parte 2, 1012 con nota di R. Caspani, *Responsabilità del cessionario per i debiti inerenti al ramo di azienda trasferito*; 2) il debito sia regolarmente annotato nelle scritture contabili obbligatorie; 3) il debito sia antecedente all'atto di cessione della azienda.

Sono pertanto trasferiti al cessionario dell'azienda ex art. 2560, comma 2, c.c. (purché sorti in epoca antecedente al trasferimento dell'azienda: a) i debiti esigibili ancorché contestati; b) i debiti scaduti e non contestati.

Fra i debiti pendenti vanno quindi ricompresi: 1) i debiti sottoposti a condizione; 2) i debiti sottoposti a termine; in entrambi i casi il debito deve trovare la sua causa in un fatto giuridico che sia comunque antecedente al trasferimento della azienda e sia inerente alla sua gestione.

Sulla base della casistica riportata sorge spontanea la considerazione che la responsabilità del cessionario per il debito scaturente da azione revocatoria promossa dopo il trasferimento della azienda, non

può essere affermata *ratione temporis* relativa all'epoca della sua insorgenza.

Completa il quadro normativo della trasferibilità dei debiti dell'azienda ceduta, la previsione della loro imprescindibile annotazione nelle scritture contabili obbligatorie dell'azienda; trattasi di un indefettibile fatto costitutivo della responsabilità solidale dell'acquirente della azienda (V. In tal senso Cass. 10 novembre 2010, n. 22831, conforme a Cass. 14 settembre 1967, n. 2158). La regola dell'iscrizione del debito nei libri contabili dell'azienda ceduta ha valore generale per tutti i debiti, con la conseguenza che anche un debito pendente o scaduto, inerente all'esercizio dell'azienda, ancorché sorto in epoca antecedente al trasferimento dell'azienda non sarebbe comunque opponibile al cessionario in quanto non iscritto nella contabilità dell'azienda.

3.2. La natura eccezionale dell'art. 2560 c.c. - conseguenze

In giurisprudenza si è ripetutamente affermato (Cass. 17 maggio 1971, n. 1454, in *Giur. it.*, 1972, 1, 1, 1971; Cass., Sez. lav., 3 aprile 2002, n. 4726; Cass. 12 marzo 2003, n. 13442; Cass., Sez. lav., 14 agosto 2004, n. 15911; Cass. 27 aprile 2005, n. 8721) che la disposizione dell'art. 2560 c.c. ha natura "eccezionale", sicché la conoscenza dei debiti che devono essere iscritti nelle scritture contabili non può essere surrogata dalla prova che l'esistenza del debito stesso possa essere comunque conosciuta *aliunde* da parte dell'acquirente medesimo.

Sulla base di questo principio si è quindi affermato che le scritture contabili obbligatorie devono consentire al cessionario di acquisire adeguata e specifica cognizione dei debiti assunti con la conseguenza che la specificità va esclusa nell'ipotesi in cui i dati riportati nelle scritture contabili siano parziali o carenti, non potendosi integrare un'annotazione generica delle operazioni mediante ricorso ad elementi esterni di riscontro (Cass. 30 giugno 2015, n. 13319), quali ad esempio le scritture contabili facoltative o diverse da quelle obbligatoriamente previste dall'art. 2214 c.c. essendo comunque onere di chi intenda far valere il credito, la prova della detta iscrizione Cass., Sez. lav., 20 giugno 1998, n. 6173).

Il principio giurisprudenziale giunge alle sue più estreme conseguenze quando l'impresa trasferita, per qualsiasi ragione, non disponga di libri contabili in cui siano annotati i debiti: in tal caso è impossibile il verificarsi dell'elemento costitutivo della responsabilità a carico del cessionario (Cass. 29

maggio 1972, n. 1726, in *Dir. fall.*, 1973, parte 2, 80; Cass. 20 febbraio 1999, n. 1429).

Sulla base di quanto sin qui detto si possono trarre le seguenti conclusioni.

Secondo il dettato dell'art. 2560 c.c. (e secondo la giurisprudenza di legittimità maggioritaria) gli unici debiti opponibili al cessionario devono rispettare i canoni della inerenza, dell'antioriorità e della iscrizione. Di qui deriva che non possono essere oggetto di trasferimento i cc.dd. debiti potenziali, presuntivamente desumibili dalle scritture contabili (come affermato dalla Corte d'Appello nella presente vicenda) come quelli derivanti da azione revocatoria esperita nei confronti del cedente dell'azienda in epoca successiva alla cessione.

La ragione della condivisibile opzione interpretativa seguita dalle sezioni Unite si fonda su due convergenti evenienze: a) il debito da azione revocatoria esperita successivamente al trasferimento dell'azienda non è annotato nelle scritture contabili; b) il debito, quand'anche fosse "presuntivamente" evincibile dalle scritture contabili, è comunque posteriore al trasferimento dell'azienda, perché derivante da una sentenza costitutiva che lega l'insorgenza del debito alla sentenza stessa.

Pertanto, tenuto conto proprio della natura costitutiva della sentenza con la quale viene accolta la domanda revocatoria (Cass. 29 maggio 1972, n. 1726, in *Dir. fall.*, 1973, parte 2, 80; Cass. 20 febbraio 1999, n. 1429; Cass. 21 gennaio 1999, n. 532, in questa *Rivista*, 1999, fasc. 11, 1228; Cass., SS.UU., 15 giugno 2000, n. 437, in *Foro it.*, 2000, 1, 2724 con nota di M. Fabiani; Cass. 27 ottobre 2006, n. 23269; Cass. 14 gennaio 2016, n. 509, in questa *Rivista*, 2016, fasc. 3, 286 con nota di P. Genoviva, *I limiti al principio di stabilità dei riparti concordatari tra novità e conferme*), non può sussistere responsabilità del cessionario dell'azienda per il debito da revocatoria, perché non è annotato nelle scritture contabili della impresa al momento del suo trasferimento.

Si tratta di approdo che le stesse Sezioni Unite con la decisione in commento hanno conclusivamente raggiunto affermando che una diversa interpretazione dilaterrebbe l'ambito di applicazione dell'art. 2560, comma 2, c.c. includendo nella previsione di solidarietà obbligazioni non ancora venute alla luce sulla base di un documentato fatto genetico mediato, cioè un mero rischio di sopravvenienza passiva, mentre la disposizione fa riferimento ad un debito già maturato e annotato nei libri obbligatori.

4. L'opponibilità del debito futuro al cessionario dell'azienda a seguito di accordo pattizio

Le Sezioni Unite della Corte di legittimità non escludono a priori che possano essere opponibili al cessionario dell'azienda i debiti che per il loro carattere non ricadono nella disciplina di cui al comma 2 dell'art. 2560 c.c.

Infatti, i giudici di legittimità affermano che nella vicenda sottoposta al loro esame, pur non potendo trovare applicazione l'art. 2560 c.c. per le ragioni illustrate, è pur sempre possibile il trasferimento di un'obbligazione futura (o che comunque non risponda ai requisiti previsti dalla norma civilistica), quando ciò sia stato oggetto di specifica pattuizione tra le parti (cedente/cessionario) al momento del trasferimento della azienda (in dottrina nel passato si è anche sostenuta la tesi del trasferimento automatico al cessionario dell'azienda dei debiti derivanti da azione revocatoria: v. G. Schiavon, *Fusione per incorporazione, cessione di azienda bancaria e azione revocatoria fallimentare*, in *Società*, 2001, 1252; M.R. Schiera, *Cessione di azienda bancaria e posizioni giuridiche connesse: l'azione revocatoria fallimentare*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2004, II, 45 ss.). Le sezioni Unite nel caso in esame, hanno ritenuto che il T. S., nel conferire l'azienda nella S. S.r.l., ha inteso trasferire nel capitale della società la totalità dei rapporti attivi e passivi rientranti nell'*universitas juris* aziendale ("considerata nella complessità dei beni che della stessa fanno parte, materiali ed immateriali, nessuno escluso o eccettuato") compresi quindi anche i debiti futuri quali quelli derivanti dall'esercizio dell'azione revocatoria di pagamenti risultanti dalla contabilità aziendale.

Si può quindi affermare che, quand'anche escluso il trasferimento del debito ex art. 2560 c.c., il cessionario può essere responsabile dei debiti non iscritti in quanto li abbia comunque convenzionalmente espressamente assunti.

Pertanto, a seguito di pattuizione fra le parti possono essere ritenuti assunti dal cessionario dell'azienda, mediante accollo: a) i debiti antecedenti alla cessione della azienda che non risultino dalle scritture contabili obbligatorie; b) i debiti sorti successivamente al trasferimento dell'azienda; c) i debiti contratti dal cedente anche se non inerenti alla gestione dell'impresa.

In tutti i casi va infatti osservato che l'accollo di un debito futuro non si pone in contrasto con il sistema, data l'assenza, al riguardo di un divieto in tal senso, perché è sufficiente, l'esistenza del rap-

porto sottostante al momento della scadenza del debito e non già al momento della sua stipulazione (Cass. 10 luglio 1974, n. 2042).

La soluzione seguita dalle Sezioni Unite non costituisce un *novum* in giurisprudenza (si riscontra in termini conformi a quanto segnato dalle Sezioni Unite, la decisione risalente Cass. 28 gennaio 1964, n. 211, in *Foro it.*, 1964, 1, 1298) e si colloca nell'alveo del rispetto della libertà negoziale fra le parti.

La decisione inoltre si muove in consonanza con la soluzione prospettata nella parallela questione relativa alla derogabilità della regola stabilita dall'art. 90 del D.Lgs. 1° settembre 1983, n. 385 (Testo Unico della legge bancaria) che, nel comma 2, stabilisce: "I commissari, con il parere favorevole del comitato di sorveglianza e previa autorizzazione della Banca d'Italia, possono cedere le attività e le passività, l'azienda, rami d'azienda nonché beni e rapporti giuridici individuabili in blocco. La cessione può avvenire in qualsiasi stadio della procedura, anche prima del deposito dello stato passivo; il cessionario risponde comunque delle sole passività risultanti dallo stato passivo."

Decidendo sulla sfera di applicazione della norma testé riportata, la Corte di Cassazione ha affermato che il limite della responsabilità del cessionario di un'azienda di credito, alle sole passività risultanti dallo stato passivo è derogabile, con la conseguenza che, in questo caso, possono essere oggetto di trasferimento anche i debiti futuri derivanti dall'esercizio di azione revocatoria, trattandosi di obbligazioni ad oggetto determinabile, in quanto all'atto della stipula della convenzione gli eventuali debiti sono identificabili sulla base dei pagamenti eseguiti dai debitori poi falliti, risultanti dalla contabilità dell'azienda ceduta e considerato, altresì, che il limite alla responsabilità posto dal citato art. 90, risponde non solo all'interesse del cessionario, ma anche a quello pubblico volto a circoscriverne la responsabilità, per rendere più agevole la collocazione dell'azienda dell'impresa bancaria in liquidazione coatta amministrativa, o di sue porzioni o dei beni o rapporti che ad essa fanno capo, interesse che è tuttavia soddisfatto da una disciplina legale derogabile (Cass., Sez. lav., 2 marzo 2005, n. 4372, in *Giust. civ.*, 2006, 3, parte 1, 649; Cass. 7 dicembre 2012, n. 22253; Cass. 10 febbraio 2004, n. 2464, in *Giur. it.*, 2004, fasc. 9, 1669 con nota di M. Cavanna *Osservazioni in tema di cessione di azienda bancaria e responsabilità del cessionario*).

Nella giurisprudenza di merito si è inoltre affermato che la cessione ad altro istituto di credito delle attività e passività di una banca posta in liquidazio-

ne coatta amministrativa non può essere assimilata ad un trasferimento d'azienda cui vada applicata la norma dell'art. 2560 c.c. con la conseguenza che, eccetto un'espressa esclusione, l'istituto cessionario risponde comunque di tutti i debiti derivanti dai rapporti in corso al momento della cessione fra i quali vanno ricompresi anche quelli dipendenti dall'esercizio di una revocatoria fallimentare introdotta contro l'istituto cedente, ancorché il debito scaturente dall'esercizio della revocatoria non sia stato considerato nei libri contabili obbligatori della cedente (App. Catania 20 ottobre 2000 in *Dir. fall.* 2001, II, 1259. In dottrina: C. Costa, *Le essenziali dalla revocatoria fallimentare e le operazioni bancarie*, in A. Caiafa (a cura di), *Le procedure concorsuali*, I, Torino, 2011, 455 e ss.; L. Guglielmucci *Revocatoria delle rimesse e tipologie degli addebiti in conto corrente*, in questa *Rivista*, 2011, 509).

5. Questioni a margine

A completamento della presente nota vanno fatte ancora due precisazioni. La disciplina dell'art. 2560 c.c. vale nel solo caso di trasferimento di azienda, quindi in ipotesi di piena alterità tra cedente e cessionario, con la conseguenza che la suddetta norma non può trovare applicazione nell'ipotesi di trasformazione di un ente collettivo.

Nel caso in esame il T. S. in quanto imprenditore individuale ha conferito (*stricto iure*) la propria azienda nella S.r.l. con la conseguente applicazione di tutte le regole relative alla deambulazione dell'impresa. (Cass. 2 luglio 2013, n. 16556) Diversamente sarebbe stato se si fosse trattato di una "trasformazione" fra enti societari, perché in tal caso varrebbe il principio della continuità dei rapporti giuridici, con la conseguenza che non troverebbe applicazione l'art. 2560 c.c.

La regola di cui all'art. 2560 c.c. non è applicabile neppure nella fattispecie della fusione tra società. Infatti in tale ipotesi vale un diverso principio per il quale si genera l'effetto traslativo anche del c.d. debito futuro in quanto il fenomeno della fusione o incorporazione di società (secondo la giurisprudenza antecedente alla riforma del diritto societario) realizza una successione universale (corrispondente alla successione universale "*mortis causa*"), e postula la sussistenza di un soggetto risultante o incorporante, che rappresenta il nuovo centro d'imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti fusi o incorporati, con la conseguente confusione dei rispettivi patrimoni delle società preesistenti, e con l'ulteriore conse-

guenza che ogni atto di natura sostanziale o processuale deve essere indirizzato al nuovo ente, che è l'unico e diretto obbligato per i debiti dei soggetti definitivamente estinti per effetto della fusione o incorporazione (Cass. 6 maggio 2005, n. 9432). La regola è da ritenersi ancor più valida a seguito della nuova formulazione dell'art. 2504 *bis* c.c. introdotta per effetto del D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (in vigore a decorrere dal 1° gennaio 2004), in base al cui comma 1 la società che risulta dalla fusione o quella incorporante assumono i diritti e gli obblighi delle società partecipanti alla fusione, proseguendo in tutti i loro rapporti, anche processuali anteriori alla fusione posto che questa configura una vicenda meramente evolutivo-modificativa del medesimo soggetto giuridico (allo stesso modo di quanto avviene con la trasformazione), senza la produzione di alcun effetto successorio ed estintivo (Cass. 23 giugno 2006, n. 14526, in *Giust. civ.*, 2007, fasc. 11, parte 1, 2499 con nota di F. D'Alessandro, *Fusioni di società, giudici e dottori*; Cass., SS.UU., 28 dicembre 2007, n. 27183, in *Corr. giur.*, 2008, 10, 1415).

La seconda questione degna di nota a completamento di questo breve scritto riguarda il regime del trasferimento dei debiti derivanti da rapporto di lavoro.

Vale in tal caso, per i rapporti giuridici pendenti, l'applicazione dell'art. 2112 c.c. che prevede la solidarietà tra cedente e cessionario per i crediti vantati dal lavoratore al momento del trasferimento d'azienda a prescindere dalla conoscenza o conoscibilità degli stessi da parte del cessionario (con conseguente deroga al comma 2 dell'art. 2560 c.c.).

Tale regola, presuppone peraltro la vigenza del rapporto di lavoro al momento del trasferimento d'azienda, sicché l'art. 2112 c.c. non è applicabile ai crediti relativi ai rapporti di lavoro esauriti o non ancora costituiti a tale momento; in tal caso opera nuovamente l'art. 2560 c.c. che contempla, in via generale la responsabilità dell'acquirente per i debiti dell'azienda ceduta, solo ove risultino dai libri contabili obbligatori. Va infine detto che i debiti contratti dall'alienante nei confronti degli istituti previdenziali per l'omesso versamento dei contributi obbligatori, esistenti al momento del trasferimento, costituiscono debiti inerenti all'esercizio dell'azienda e restano soggetti alla disciplina dettata dall'art. 2560 c.c., senza che possa operare l'automatistica estensione di responsabilità all'acquirente ex art. 2112, comma 2, c.c., sia perché la solidarietà è limitata ai soli crediti di lavoro del dipendente e non è estesa ai crediti di terzi, quali devono ritenersi gli enti previdenziali, sia perché il lavoratore non ha diritti di credito verso il datore di lavoro per l'omesso versamento dei contributi obbligatori (oltre al diritto al risarcimento dei danni nell'ipotesi prevista dall'art. 2116, comma 2, c.c.), restando estraneo al cosiddetto rapporto contributivo, che intercorre fra l'ente previdenziale e il datore di lavoro (Cass., Sez. lav., 16 giugno 2001, n. 8179, in *Riv. dir. lav.*, 2002, 1, parte 2, 119 con nota di P. Albi, *I debiti contributivi nel trasferimento di azienda*) con la conseguenza che in tal caso neppure può operare un'interpretazione a contrario della previsione di cui all'art. 3, par. 4, lett. a), Dir. 2001/23/CE.

Ugo De Crescenzo

CURATORE FALLIMENTARE

a cura di Michele Monteleone

in collaborazione

con A. Costa, L. Giarratana, L. Nisco

€ 60

Cod. 00216486

L'opera fornisce ai professionisti un quadro d'insieme di tutti gli aspetti inerenti alla **corretta gestione delle procedure fallimentari**.

Gli Autori delineano il ruolo del Curatore Fallimentare, tratteggiando sia i **profili giuridici** che quelli di **gestione economico – aziendalistica** della procedura.

Nella Parte I del volume, attraverso indicazioni concrete e coordinate di orientamento (desunte dalla prassi), si perviene alla univoca **soluzione delle questioni applicative controverse**, anche attraverso l'esame delle disposizioni normative di riferimento, reinterpretrate alla luce della recente novella legislativa introdotta con il D.L. 83/2015, conv. in L. 132/2015, nonché con il D.L. n. 59/2016, conv. in L. 119/2016, e infine il **D.L. del 22/10/2016, n. 193, conv. in L. 01/12/2016, n. 225**.

La variegata ed aggiornata illustrazione delle tematiche afferenti il governo della procedura fallimentare, insieme all'approfondimento anche teorico di ogni istituto, rende il lavoro un **funzionale strumento di consultazione**.

L'opera si avvale, inoltre, della **collaborazione di specialisti** dei settori aziendalistico, fiscale/tributario e penale.

Completano la trattazione le **formule finali**.



Registro delle imprese

Tribunale di Grosseto 14 marzo 2017, n. 16964, decr. - G.U. C. Frosini

Concordato preventivo - Ammissione - Domanda - Pubblicazione nel registro delle imprese - Richiesta di iscrizione da parte del cancelliere - Sufficienza - Effetti - Inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti nei confronti dei creditori anteriori

(Cod. civ. art. 2193; legge fallimentare artt. 161, 168, 184; D.Lgs. 25 novembre 2016, n. 219, art. 1; legge 29 dicembre 1993, n. 580, art. 8; d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581 artt. 5, 11)

La pubblicazione della domanda di concordato preventivo nel registro delle imprese si intende compiuta nel giorno stesso in cui il cancelliere ne chiede l'iscrizione all'ufficio del registro delle imprese; ne consegue che le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti a tale data sono inefficaci nei confronti dei creditori anteriori.

Il Tribunale (*omissis*).

rilevato preliminarmente che i profili attinenti all'esistenza e alla collocazione del credito vantato da (...) devono essere in questa sede considerati unicamente ai fini del voto, essendo demandato ogni diverso profilo alle opportune sedi di merito;

considerato, a tal proposito, l'esito delle votazioni favorevoli sino ad oggi espresse dai creditori;

ritenuto comunque nel merito, ad una deliberazione sommaria propria di questa fase, che il ricorso ex articolo 161 l.fall. è stato tempestivamente pubblicato a cura della cancelleria nel registro delle imprese in data 20 novembre 2014 (giorno stesso della presentazione del ricorso), come si evince dalla certificazione camerale in atti;

ritenuto infatti che il suddetto obbligo possa ragionevolmente ritenersi adempiuto nel momento in cui il cancelliere ha richiesto l'iscrizione del ricorso al registro delle imprese, in ciò concretizzandosi ed esaurendosi la condotta dal medesimo esigibile e deponendo in tal senso, oltre al chiaro tenore letterale dall'articolo 161 l.fall., anche i principi generali di legittimo affidamento

e di certezza del diritto che sovrintendono l'ordinamento;

considerato dunque che, in applicazione dei suindicati principi, l'ipoteca iscritta da (...) è da ritenersi inefficace ai sensi dell'articolo 168 comma 3 l.fall. in quanto iscritta in data 22 agosto 2014 e, dunque, nei novanta giorni anteriori alla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, da intendersi avvenuta il 20 novembre 2014, data in cui ne è stata richiesta la pubblicazione a cura del cancelliere e non invece il 24 novembre 2014, data di iscrizione nel registro delle imprese;

P.Q.M.

Visto l'articolo 176 l.fall.;

Ammette in via provvisoria (...) al voto con collocazione dell'intero credito al chirografo.

Concede alla stessa venti giorni dalla comunicazione del presente provvedimento per esprimere il voto.

(*omissis*).

La pubblicazione della domanda di concordato preventivo nel registro delle imprese

di Raffaella Brogi

Il Tribunale di Grosseto, con il provvedimento del 14 marzo 2017, afferma che per verificare l'eventuale inefficacia dell'ipoteca giudiziale iscritta nei novanta giorni che precedono la pubblicazione della domanda di concordato preventivo nel registro delle imprese (art. 168, ultimo comma l.fall.) occorre tenere conto non del momento di effettiva iscrizione del ricorso ex art. 161 l.fall. ad opera del conservatore del registro delle imprese, ma di quello (anteriore) in cui il cancelliere chiede l'iscrizione nel registro delle imprese. Il provvedimento costituisce l'occasione per una panoramica sui riferimenti alla pubblicazione degli atti nel registro delle imprese contenuti nella legge fallimentare, dalla quale emerge la centralità della c.d. pubblicità dichiarativa ai fini dell'opponibilità ai terzi dell'ingresso del debitore nella fase concorsuale.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

La fattispecie

Nel provvedimento emesso dal Tribunale di Grosseto, in data 14 marzo 2017, è stata decisa l'ammissione al voto di un creditore ipotecario, ritenendo che l'iscrizione della garanzia reale fosse avvenuta entro novanta giorni dalla pubblicazione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* nel registro delle imprese e fosse, pertanto, inopponibile ai creditori anteriori, ai sensi dell'art. 168, ultimo comma, l.fall. (“*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.*”). Il problema, in particolare, era se il termine di novanta giorni dovesse essere calcolato dall'effettiva iscrizione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* nel registro delle imprese o dalla data di trasmissione del ricorso ad opera della cancelleria all'ufficio del registro delle imprese.

Nel caso in esame l'ipoteca era stata iscritta il 22 agosto 2014, mentre il ricorso *ex art. 161 l.fall.* era stato depositato in cancelleria in data 20 novembre 2014 e trasmesso, ad opera di quest'ultima, all'ufficio del registro delle imprese lo stesso giorno. Il conservatore del registro delle imprese aveva, tuttavia, dato corso all'iscrizione effettiva solo quattro giorni dopo, in data 24 novembre 2014. Il Tribunale di Grosseto, ritenendo sufficiente, ai fini del perfezionamento della formalità pubblicitaria prevista nell'art. 168, ultimo comma, l.fall., la mera trasmissione del ricorso da parte della cancelleria all'ufficio del registro delle imprese, ha ritenuto l'iscrizione ipotecaria inopponibile ai creditori anteriori. A tal fine è stato richiamato il tenore letterale dell'art. 161, comma 5, l.fall., per il quale la domanda di concordato è pubblicata dal cancelliere nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria.

Da un punto di vista normativo è dubbia, tuttavia, la configurabilità di un ritardo imputabile al conservatore del registro delle imprese, dal momento che l'art. 5, d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581 prevede l'immediata protocollazione solo della richiesta di iscrizione di un atto nel registro delle imprese, che deve avvenire nello stesso giorno.

L'art. 11, comma 8, d.P.R. n. 581/1995 stabilisce, poi, che: “*L'iscrizione è eseguita senza indugio e co-*

munque entro il termine di 10 giorni dalla data di protocollazione della domanda. Il termine è ridotto alla metà se la domanda è presentata su supporti informatici.”. Nonostante l'incipit della norma prescriva al conservatore del registro delle imprese di procedere “*senza indugio*”, il riferimento ad un termine massimo di dieci o cinque giorni e la mancanza di una priorità normativamente fissata per determinate categorie di atti fanno sì che le iscrizioni debbano, auspicabilmente, procedere secondo il numero d'ordine del protocollo (1).

Nel caso esaminato dal Tribunale di Grosseto il conservatore del registro delle imprese aveva provveduto ad evadere la richiesta dopo quattro giorni, rispettando, pertanto, il termine prescritto dall'art. 11, comma 8, d.P.R. n. 581/1995. Il ritardo può essere considerato, pertanto, imputabile al conservatore del registro delle imprese, solo ove si ritenga riferibile a quest'ultimo l'obbligo di iscrizione della domanda di concordato preventivo entro il giorno successivo al suo deposito in cancelleria fissato nell'art. 161, comma 5, l.fall. (fermo restando l'obbligo di immediata trasmissione della domanda di concordato da parte del cancelliere). Un dato resta, tuttavia, inconfutabile: alla luce delle disposizioni di legge e regolamentari è il conservatore del registro delle imprese e non il cancelliere a procedere alla pubblicazione degli atti nel registro delle imprese e, in tal senso, la (non corretta) formulazione dell'art. 161, comma 5, l.fall. non apporta alcuna modifica alle disposizioni contenute nel regolamento di cui al d.P.R. n. 581/1995. Si pone, tuttavia, il problema se, in base ai principi che disciplinano gli effetti della pubblicazione degli atti nel registro delle imprese possa essere o meno posto a carico dei terzi l'eventuale ritardo nell'iscrizione di un atto ad opera del conservatore del registro delle imprese.

Le opzioni ermeneutiche dell'art. 168 l.fall., sotto tale profilo, sono, peraltro, di particolare rilievo se si considerano le possibili implicazioni del riconoscimento di un credito come ipotecario o meno non solo ai fini delle operazioni di voto sulla proposta concordataria (aspetto di cui si occupa il provvedimento del Tribunale di Grosseto in esame), ma anche in relazione alle possibili conse-

(1) C. Ibbà (*Gli effetti dell'iscrizione*, in G. Marasà - C. Ibbà, // *registro delle imprese*, Torino, 1997, 254-255) rileva come il d.P.R. n. 581/1995 non abbia esplicitato la regola dell'ordine di protocollo e di come si siano affermate nell'ambito dei vari uffici del registro delle imprese varie prassi o sulla base di protocolli con i consigli notarili locali o di trattamenti particolari ottenuti dalle associazioni industriali del luogo in favore dei propri

iscritti. Alla luce di quanto osservato dall'Autore emerge, quindi, che fermi restando i termini previsti nell'art. 11, comma 8, d.P.R. n. 581/1995, non esiste alcuna ulteriore regola di carattere generale che imponga al conservatore del registro delle imprese criteri di precedenza nell'iscrizione di determinate categorie di atti.

guenze sul piano concordatario, sia ai fini della sua fattibilità (anche alla luce di quanto previsto dall'art. 160, ultimo comma, l.fall.) che in relazione alla corretta informazione dei creditori, nell'ipotesi in cui l'opponibilità dell'ipoteca ai creditori anteriori determini una minor realizzazione del loro diritto di credito.

Gli effetti dell'iscrizione nel registro delle imprese

L'esame della questione affrontata dal Tribunale di Grosseto richiede un preventivo, ancorché succinto, richiamo alle norme che disciplinano l'istituzione e il funzionamento del registro delle imprese, nonché alla tipologia degli effetti dell'iscrizione in tale registro (secondo la distinzione tra pubblicità dichiarativa, costitutiva e notiziale (2), al fine di inquadrare, a livello sistematico, i riferimenti alla pubblicazione di atti o provvedimenti nel registro delle imprese contenuti nella legge fallimentare.

L'istituzione del registro delle imprese, nonostante le disposizioni ad esso dedicate nel codice civile con gli artt. 2188 s.s. c.c. (3), è relativamente recente, risalendo alla L. 29 dicembre 1993, n. 580 e al regolamento di attuazione adottato con il d.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581 (4).

La L. n. 580/1993 è stata recentemente modificata attraverso l'emanazione del D.Lgs. 25 novembre 2016, n. 219, il quale prevede un unico conservatore del registro delle imprese nominato dal Ministero dello Sviluppo Economico per tutti gli uffici compresi nella circoscrizione territoriale del tribunale delle imprese, dove verranno concentrate le funzioni di giudice del registro (art. 8, comma 3-4, L. n. 580/1993, così come modificato dall'art. 1, comma 1, lett. h, D.Lgs. n. 219/2016). In mancanza del nuovo regolamento attuativo (non ancora emanato) previsto nell'art. 8, comma 6 bis, L. n. 580/1993 (inserito dall'art. 1, comma 1, lett. h) d.lgs. n. 219/2016), trovano, tuttora, attuazione le disposizioni del regolamento contenuto nel d.P.R. n. 581/1995, secondo quanto previsto dalla norma

transitoria di cui all'art. 8, comma 6 ter, L. n. 580/1993 (introdotto dall'art. 1, lett. h), D.Lgs. n. 219/2016).

La pubblicità attuata mediante l'iscrizione nel registro delle imprese è dichiarativa e i relativi effetti sono scolpiti nell'art. 2193 c.c., il quale prevede che: "I fatti dei quali la legge prescrive l'iscrizione se non sono stati iscritti, non possono essere opposti ai terzi da chi è obbligato a richiederne l'iscrizione, a meno che questi provi che i terzi ne abbiano avuto conoscenza." (5). Dalla norma si ricava la distinzione tra c.d. efficacia negativa della pubblicità (un fatto non iscritto non è opponibile a terzi, a meno che non si provi che ne fossero a conoscenza) e c.d. efficacia positiva (il fatto iscritto è, comunque, opponibile a terzi, anche qualora non ne fossero a conoscenza) (6).

Vi sono, tuttavia, ipotesi nelle quali la pubblicità può essere anche costitutiva, condizionando il perfezionamento di una determinata fattispecie (come nel caso della costituzione delle società di capitali, art. 2331 c.c. (7) o nell'ipotesi di cancellazione delle società sia di capitali, ex art. 2495, comma 2, c.c. che di persone (8) o avere, invece, effetto di sola pubblicità notizia.

Infine, occorre un breve richiamo alle ipotesi nelle quali l'iscrizione nel registro delle imprese ha efficacia sanante (9), come nel caso delle società di capitali, per le quali l'art. 2332 c.c. (richiamato dall'art. 2463, comma 3, c.c. per le S.r.l.) prevede che eventuali invalidità dell'atto costitutivo, una volta eseguita l'iscrizione, possano essere fatte valere solo nelle ipotesi tassativamente previste dalla legge. Ancora più radicale è l'efficacia sanante connessa all'iscrizione dell'atto di fusione e di scissione nel registro delle imprese (art. 2504 quater e 2506 ter, comma 5, c.c.).

Il sistema di pubblicità attuato con l'iscrizione nel registro delle imprese e le procedure concorsuali

La tardiva istituzione del registro delle imprese spiega come i riferimenti alla pubblicazione degli

(2) A. Pavone La Rosa, *Il registro delle imprese*, Torino, 2001, 110 ss.; Ibbas, cit., 209-210.

(3) G. Ragusa Maggiore, *Il registro delle imprese*, in *Il codice civile commentato* (diretto da P. Schlesinger), Milano, 2002, 4 ss.

(4) Pavone La Rosa, cit., 2.

(5) Ragusa Maggiore, cit., 131 ss.; A. Pavone La Rosa, *Il registro delle imprese*, Milano, 1954, 126 ss.

(6) Ragusa Maggiore, cit., 132.

(7) Pavone La Rosa, *Il registro delle imprese*, Torino, 2001, 147.

(8) Cass., SS.UU., n. 6070/2013, in *Società*, 2013, 5, 536,

con nota di F. Fimmanò, *Le sezioni Unite pongono la "pietra tombale" sugli effetti tombali della cancellazione delle società di capitali* e di G. Guizzi, *Le Sezioni Unite, la cancellazione delle società e il "problema" del soggetto: qualche considerazione critica*; in *Foro it.*, 2014, I, 228, con nota di A. Proto Pisani, *Note sulla estinzione delle società per azioni, processi pendenti (e impugnazione della sentenza nei confronti della società estinta)*, in *Foro it.*, 2013, I, 2189, con nota di A. Nigro, *Cancellazione ed estinzione delle società: una parola definitiva dalle sezioni unite*; Cass., SS.UU., 12/01/2010, n. 4060, in *Giur. it.*, 2010, 7, 1611, con nota di R. Weigmann, *La difficile estinzione delle società*.

(9) Pavone La Rosa, cit., 151.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

atti relativi alle procedure concorsuali in tale registro abbiano conosciuto un significativo incremento solo nell'ambito delle riforme della legge fallimentare attuate dal 2005 in poi.

L'art. 17, comma 2, l.fall. già nella formulazione originaria del 1942 prevedeva la trasmissione della sentenza dichiarativa di fallimento all'ufficio del registro delle imprese, per l'iscrizione da farsi non oltre il giorno successivo al ricevimento. Tale prescrizione non solo non ha trovato concreta attuazione per circa cinquanta anni, ma non è stata neppure accompagnata da alcuna previsione in merito agli effetti della sentenza di fallimento nei confronti dei terzi.

Solo con la riforma del 2005 (art. 14, D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) è stato modificato l'art. 16, comma 3, l.fall. (divenuto, a seguito dell'art. 2, D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 il comma 2 della norma (10)) prevedendo che: *“La sentenza produce i suoi effetti dalla data della pubblicazione ai sensi dell'articolo 133, primo comma, del codice di procedura civile. Gli effetti nei riguardi dei terzi si producono dalla data di iscrizione della sentenza nel registro delle imprese ai sensi dell'articolo 17 secondo comma.”*

La pubblicazione nel registro delle imprese non condiziona, quindi, l'immediata efficacia esecutiva della sentenza di fallimento (conseguente al solo fatto della sua pubblicazione), ma regola la soluzione di eventuali conflitti nei confronti dei terzi.

In corrispondenza di tale previsione l'art. 17, commi 2 e 3, l.fall. (nella versione modificata ad opera dell'art. 15, D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) prevede che: *“La sentenza è altresì annotata presso l'ufficio del registro delle imprese ove l'imprenditore ha la sede legale e, se questa differisce dalla sede effettiva, anche presso quello corrispondente al luogo ove la procedura è*

stata aperta. A tale fine, il cancelliere, entro il termine di cui al primo comma, trasmette, anche per via telematica, l'estratto della sentenza all'ufficio del registro delle imprese indicato nel comma precedente.”

Dalla lettura delle norme appena richiamate emerge come la pubblicazione nel registro delle imprese della sentenza di fallimento integri un'ipotesi di pubblicità dichiarativa, fissandone l'opponibilità nei confronti dei terzi, come evidenziato da un recente intervento del massimo consesso di legittimità (Cass., SS.UU., 18 settembre 2015, n. 18131 (11)), in relazione all'ermeneusi dell'art. 45 l.fall. (*“Le formalità necessarie per rendere opponibili gli atti ai terzi, se compiute dopo la data della dichiarazione di fallimento, sono senza effetto rispetto ai creditori.”*). Le Sezioni Unite (12), stabilendo che la domanda ex art. 2932 c.c., trascritta anteriormente alla dichiarazione di fallimento e accolta con sentenza trascritta ai sensi dell'art. 2652, n. 2, c.c. prevale sull'iscrizione della sentenza di fallimento nel registro delle imprese, hanno evidenziato che *“la soluzione di alcuni conflitti è legata alla priorità temporale di adempimenti pubblicitari tra loro differenti (v. ad es. in tema di convenzioni matrimoniali Cass. 12.12.2013 n. 27854).”* La regola applicabile alle ipotesi di concorso tra una pluralità di formalità pubblicitarie articolate su diversi registri pubblici (come quello delle imprese e quello relativo ai beni immobili o mobili registrati) è costituita, pertanto, dalla prevalenza dell'adempimento pubblicitario eseguito per primo.

L'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche (13) costituisce la *ratio legis* della previsione che fa decorrere dall'iscrizione della cancellazione dell'impresa (in forma individuale o collettiva) dal registro delle imprese il termine annuale per la dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 10

(10) F. Canazza, *Sub art. 16 l.f.*, in *Codice commentato del Fallimento* (diretto da G. Lo Cascio), Milano, 2017, 228-229; G. Minutoli, *Sub art. 16 l.f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* (diretto da M. Ferro), Padova, 2014, 298.

(11) Nella pronuncia resa da Cass., SS.UU., 18 settembre 2015, n. 18131 (in questa *Rivista*, 2015, 12, 1284, con note di L. Balestra, *Trascrizione della domanda e potere del curatore fallimentare: luci (e qualche ombra) nella decisione delle Sezioni Unite*, e I. Pagni, *Lo scioglimento del contratto preliminare ad opera del curatore dopo le Sezioni Unite*; in *Giur. it.*, 2015, 12, 2576, con nota di A. Di Maio, *La tutela del promissario acquirente da soggetto fallito e la pubblicità immobiliare*; in *Foro it.*, 2015, 11, I, 3488, con nota di M. Fabiani; in *Giur. comm.*, 2016, 4, 2, 743, con nota di L. Cattani, *Trascrizione della domanda ex art. 2932 c.c. e successivo fallimento del promittente venditore: le Sezioni unite “aggiustano il tiro”* e di L. Russo, *Gli effetti della trascrizione della domanda di esecuzione in forma specifica del contratto preliminare in relazione all'art. 72 l.fall.*) il massimo consesso di legittimità ha stabilito che: *“Il curatore fallimentare*

del promittente venditore di un immobile non può sciogliersi dal contratto preliminare ai sensi dell'art. 72 l.fall. con effetto verso il promissario acquirente ove questi abbia trascritto prima del fallimento la domanda ex art. 2932 c.c. e la domanda stessa sia stata accolta con sentenza trascritta, in quanto, a norma dell'art. 2652, n. 2, c.c., la trascrizione della sentenza di accoglimento prevale sull'iscrizione della sentenza di fallimento nel registro delle imprese”.

(12) V. nota precedente.

(13) Nella pronuncia resa da Cass. n. 12338/2014, in questa *Rivista*, 2015, 611, è stato precisato che: *“Il termine di un anno dalla cessazione dell'attività, prescritto dall'art. 10 l.fall. ai fini della dichiarazione di fallimento, decorre, tanto per gli imprenditori individuali quanto per quelli collettivi, dalla cancellazione dal registro delle imprese, perché solo da tale momento la cessazione dell'attività viene formalmente portata a conoscenza dei terzi, salva la dimostrazione di una continuazione di fatto dell'impresa anche successivamente”*.

l.fall. (14), così come riformulato ad opera dell'art. 9, D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5. Quest'ultimo testo normativo (art. 108) ha poi previsto la cancellazione dal registro delle imprese delle società a seguito della chiusura del fallimento, mediante la modifica dell'art. 118 l.fall. Successivamente, la norma è stata interessata da ulteriori modifiche che hanno ristretto la cancellazione dal registro delle imprese alle ipotesi di chiusura del fallimento per ripartizione dell'attivo e per insufficienza di attivo di cui all'art. 118, comma 1, n. 3) e 4) l.fall. (art. 9 d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (15)).

Sempre alla riforma della legge fallimentare del 2005 (D.L. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modif. L. 14 maggio 2005, n. 80) si deve l'introduzione della disciplina dell'accordo di ristrutturazione, con l'art. 182 bis l.fall., dove sono presenti numerosi richiami al registro delle imprese. In particolare, la pubblicazione dell'a.d.r. nel registro delle imprese segna il momento di acquisto della sua efficacia (secondo quanto previsto nell'art. 182 bis, comma 2, l.fall., il quale a seguito della riformulazione ad opera dell'art. 16, D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 prevede che: "L'accordo è pubblicato nel registro delle imprese e acquista efficacia dal giorno della sua pubblicazione."), il termine entro il quale i creditori possono fare opposizione all'omologazione ai sensi dell'art. 182 bis, comma 3, l.fall., e il momento in cui si producono i c.d. effetti protettivi, introdotti ad opera della riforma del 2007 e attualmente disciplinati dall'art. 182 bis, comma 3, l.fall., così come modificato ad opera dell'art. 33, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modif. L. 7 agosto 2012, n. 134 ("Dalla data della pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo e causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, né acquisire titoli di prelazione se non concordati. Si applica l'articolo 168, secondo comma.").

Anche la disciplina relativa alla c.d. protezione patrimoniale cautelare dell'accordo non omologato (16) prevede la presentazione da parte del debitore di un'istanza di sospensione dotata di efficacia inibitoria in ordine ad azioni esecutive o cautelari, nonché all'acquisto di diritti di prelazione non

concordati, a decorrere dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese (art. 182 bis, comma 6, l.fall., introdotto dal D.L. 31 maggio 2010, n. 78, conv. con mod. L. 30 maggio 2010, n. 122). Su tale istanza si pronuncia il tribunale ai sensi dell'art. 182 bis, comma 7, l.fall.

La pubblicazione nel registro delle imprese del decreto di omologazione dell'accordo di ristrutturazione determina, infine, la decorrenza del termine per il reclamo (art. 182 bis, comma 5, l.fall.).

Tutti gli adempimenti pubblicitari richiamati con riferimento agli a.d.r. integrano delle ipotesi di pubblicità c.d. dichiarativa, con qualche dubbio, tuttavia, in relazione alla decorrenza del termine per il reclamo del decreto di omologazione dell'a.d.r., dove la sanatoria di eventuali invalidità del provvedimento di omologazione consegue al decorso del termine di quindici giorni dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese.

Prima di passare ai richiami alla pubblicità nel registro delle imprese contenuti nella disciplina del concordato preventivo, occorre rilevare come anche in relazione ad uno strumento negoziale di soluzione della crisi come il piano attestato di cui all'art. 67, comma 3, lett. d), l.fall., a seguito delle modifiche introdotte ad opera dell'art. 33, D.L. 22 giugno 2012, n. 82, conv. con modif. L. 7 agosto 2012, n. 134, sia previsto che: "il piano può essere pubblicato nel registro delle imprese su richiesta del debitore". La non obbligatorietà di tale pubblicazione, unita al confronto letterale con l'art. 182 bis, comma 2, l.fall. (che fa decorrere l'efficacia dell'accordo dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese) evidenzia come nell'ipotesi del piano attestato non si abbia tanto un'ipotesi di pubblicità dichiarativa, ma bensì di c.d. pubblicità notizia.

L'art. 168 l.fall. e la sua evoluzione normativa

Le profonde modifiche che hanno interessato la disciplina del concordato preventivo, a partire dal 2005, hanno riguardato anche la pubblicità nel registro delle imprese. Nonostante l'eliminazione dell'iscrizione biennale nel registro delle imprese

(14) V. C. Canazza, *Sub art. 10 l.f.*, in *Codice commentato del Fallimento* (diretto da G. Lo Cascio), 2017, 144 e F. Aprile, *Sub art. 10 l.f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* (diretto da M. Ferro), Padova, 2014, 186, ai quali si rimanda per l'evoluzione normativa e interpretativa dell'art. 10 l.fall., anche alla luce di Corte cost. n. 319/2000. Si rinvia anche a M. Fabiani, *Diritto Fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 151-152.

(15) Per la controversa questione relativa alla cancellazione

della società dal registro delle imprese nelle ipotesi di chiusura anticipata della procedura nei casi previsti dall'art. 118, comma 2, l.fall., così come modificato ad opera del D.L. 27 giugno 2015, n. 83, conv. con modif. L. 6 agosto 2015, n. 132 si rinvia a M. Monteleone (a cura di), *Curatore Fallimentare*, Milano, 2017, 390-393.

(16) M. Ferro, *Sub art. 182-bis l.f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* (diretto da M. Ferro), Padova, 2014, 2533.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

quale requisito necessario di ammissione alla procedura di concordato preventivo, operata attraverso la riformulazione dell'art. 160 l.fall. ad opera del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, conv. con modif. L. 14 marzo 2005, n. 80, la successiva evoluzione normativa ha dato ampio risalto al sistema pubblicitario attuato con la pubblicazione degli atti nel registro delle imprese, in piena coerenza sistematica con quanto previsto anche in relazione alle altre procedure e strumenti negoziali di superamento della crisi esaminati nel paragrafo precedente.

In particolare, per effetto dell'art. 33, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modif. dalla L. 7 agosto 2012, n. 134 è stato modificato l'art. 161, comma 5, l.fall., prevedendo che la domanda di concordato "è pubblicata dal cancelliere nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria." (17).

L'art. 168 l.fall., già presente nel suo nucleo essenziale sin dall'approvazione della legge fallimentare nel 1942, prevedeva (18) che: "Dalla data di presentazione del ricorso e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore al decreto non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore."

La versione originaria della norma ancorava gli effetti protettivi al momento della presentazione del ricorso. Il legislatore ha modificato tale aspetto con la riformulazione dell'art. 168, comma 1, l.fall., il quale prevede adesso che: "Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore." (19).

La produzione degli effetti protettivi (c.d. *automatic stay* (20)) sul patrimonio del debitore è, pertanto, conseguente non già al compimento di un (solo) atto di natura processuale rientrante nell'esclusiva sfera di dominio del debitore, ma all'espletamento di una formalità pubblicitaria. La sanzione della nullità o dell'inefficacia di atti compiuti dai creditori sul patrimonio dell'impresa in crisi richiede,

pertanto, non l'effettiva conoscenza, ma la conoscibilità legale del deposito del ricorso ex art. 161 l.fall. mediante la pubblicazione nel registro delle imprese, secondo il meccanismo tipico della c.d. pubblicità dichiarativa. Solo dal momento dell'effettivo compimento di tale formalità i creditori possono, infatti, venire a conoscenza dell'ingresso del debitore nella fase della concorsualità, restando, pertanto, a loro carico anche eventuali spese per gli atti esecutivi.

La norma contenuta nel secondo periodo dell'ultimo comma dell'art. 168 l.fall. prevede, inoltre, l'inefficacia nei confronti dei creditori anteriori al concordato delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori alla pubblicazione del ricorso ex art. 161 l.fall. nel registro delle imprese ed è stata introdotta dall'art. 33, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modif. nella L. 7 agosto 2012, n. 134.

Una prima lettura della norma evidenzia, da un punto di vista oggettivo, come l'inefficacia sia stata sancita per le sole ipoteche giudiziali e non per quelle volontarie o legali. Da qui la condivisibile conclusione che la finalità perseguita dal legislatore sia stata quella di evitare comportamenti opportunistici da parte dei creditori, finalizzati a conseguire vantaggi preferenziali nella soddisfazione del loro diritto rispetto agli altri creditori nell'imminenza dell'ingresso del debitore all'interno della regolazione concorsuale del proprio stato di crisi (21).

L'art. 168, ultimo comma, l.fall., dal punto di vista degli effetti, prevede l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori e non la nullità (a differenza di quanto stabilito nell'art. 168, comma 1, l.fall. sul quale, v. *infra*). L'inefficacia è da intendersi non già come effetto di una sanzione di tipo invalidante, ma bensì come inopponibilità dell'ipoteca giudiziale iscritta nei confronti dei creditori anteriori, con la conseguenza che il creditore ipotecario è trattato come se fosse un creditore chirografario, sia in caso di esito positivo della procedura concordataria, che nell'ipotesi di successiva dichiarazione di fallimento e in

(17) Sulle criticità inerenti alla formulazione della norma si rimanda a quanto rilevato nel par. 1.

(18) Si tratta della versione uscita dalla modifica operata dall'art. 12, D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, che ha sostituito il riferimento alla sentenza di omologazione con quello al decreto di omologazione, quale provvedimento conclusivo della procedura concordataria.

(19) Si tratta della versione della norma scaturita per effetto

delle modifiche apportate dall'art. 33, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, conv. con modif. L. 7 agosto 2012, n. 134.

(20) M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, Bologna, 2014, 426.

(21) F.S. Filocamo, *Sub art. 168 l.f.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico* (diretto da M. Ferro), Padova, 2014, 2268; M. Fabiani, *Nuovi incentivi per la regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *Corr. giur.*, 2012, 11, 1272.

presenza dei requisiti per configurare la c.d. consecuzione tra le due procedure.

In caso contrario, non essendo intaccata la validità dell'ipoteca iscritta, il creditore potrà far valere, anche nell'ambito di un'eventuale successiva procedura concorsuale (priva di rapporti con la precedente procedura regolabili secondo il principio della *consecutio*), la propria causa di prelazione. La relativizzazione dell'effetto di inopponibilità si ricollega, quindi, ad una categoria precisa di soggetti, costituita dai creditori anteriori. L'individuazione temporale di tale categoria non si ricava, tuttavia, dall'art. 168, ultimo comma, l.fall. (neppure mediante il riferimento al primo comma della stessa norma che menziona i creditori per titolo o causa anteriore), ma da un'altra norma, cioè dall'art. 184 l.fall., il quale prevede che: "*Il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso di cui all'art. 161.*". I limiti soggettivi di efficacia dell'art. 168, ultimo comma secondo periodo, l.fall. sono, pertanto, riconducibili ad un concetto relazionale di anteriorità del credito, ricollegato ad un adempimento pubblicitario, costituito dalla pubblicazione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* nel registro delle imprese. Tale adempimento e il momento della sua esecuzione segnano, pertanto, sia la decorrenza del termine a ritroso per verificare se un'ipoteca sia stata iscritta nei novanta giorni precedenti, sia la categoria dei soggetti nei confronti dei quali il creditore ipotecario non potrà far valere la sua prelazione.

La pubblicazione della domanda di concordato con riferimento all'ipotesi prevista nell'art. 168, ultimo comma, l.fall. non segna il momento che determina l'opponibilità rispetto ad atti o formalità compiute successivamente, ma bensì il momento in cui si determina l'inefficacia di un atto (iscrizione dell'ipoteca giudiziale) le cui modalità di pubblicità, anche costitutiva (iscrizione dell'ipoteca) si sono perfezionate nel periodo di novanta giorni anteriore alla pubblicazione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* L'opponibilità della pubblicazione del ricorso non guarda, pertanto, verso il futuro, ma bensì verso il passato. Un atto compiuto nei novanta giorni anteriori non viene caducato *ex tunc*, ma viene considerato inefficace nei confronti dei creditori anteriori alla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.

La scelta del legislatore di far dipendere la produzione degli effetti protettivi e l'inefficacia di eventuali diritti di prelazione dall'adempimento di una formalità pubblicitaria e non da un atto individuale del debitore implica una complicazione a livello procedurale, determinata dall'introduzione di un procedimento amministrativo, che richiede tre ulteriori passaggi (trasmissione del ricorso al registro delle imprese ad opera del cancelliere *ex art. 161, comma 5, l.fall.*, protocollazione della ricezione da parte del conservatore del registro delle imprese ai sensi dell'art. 5, d.P.R. n. 581/1995 e iscrizione da parte del conservatore ai sensi dell'art. 11, d.P.R. n. 581/1995, con successiva archiviazione dell'atto).

Nell'ambito della sequenza appena descritta si pone il problema se, gli effetti previsti tanto nell'art. 168, comma 1, l.fall. che nell'art. 168, comma 3, l.fall. siano da ricondurre, sul piano temporale, all'effettiva pubblicazione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* nel registro delle imprese o se sia sufficiente, invece, la comunicazione da parte del cancelliere al conservatore del registro delle imprese.

La prospettiva pubblicitaria in cui si pone l'inversione di rotta data dal legislatore nel 2012 con la riformulazione dell'art. 168 l.fall. (dove peraltro è stato esteso l'ambito applicativo dell'*automatic stay* anche ai procedimenti cautelari ed è stata, prevista per la prima volta l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori) sembrerebbe essere radicale. Il richiamo alla pubblicazione del ricorso *ex art. 161 l.fall.* nel registro delle imprese costituisce non già una mera alternativa di significato neutrale rispetto al deposito del ricorso in cancelleria, ma implica un'opzione che contestualizza gli effetti protettivi sul patrimonio dell'imprenditore in crisi con esigenze di tutela dell'affidamento e di certezza giuridica anche nei confronti dei terzi (22). In tale prospettiva non solo il significato letterale degli artt. 168, comma 1 e comma 3 l.fall. (dove si menziona espressamente la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e non la comunicazione del ricorso da parte della cancelleria fallimentare), ma anche la *ratio* stessa della norma va nel senso di riconnettere gli effetti previsti ad un momento che sia conoscibile anche da parte dei terzi. Tale momento non può essere un atto di mera trasmissione tra due uffici (cancelleria fallimentare e ufficio del registro delle imprese), né

(22) Sul punto si può richiamare quanto osservato da Ragusa Maggiore, cit., 132, con riferimento alla c.d. efficacia negativa dell'iscrizione: l'Autore rileva come la legge anteponga la

tutela dei terzi rispetto a quella dell'interessato e come tale tutela sia collegata all'ignoranza del fatto e non alla sua esistenza o inesistenza.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

può essere ricondotto alla mera protocollazione dell'atto ad opera del conservatore del registro delle imprese, ma deve essere costituito dalla materiale esternazione dell'avvenuta pubblicazione del ricorso, mediante la sua effettiva iscrizione nel registro delle imprese.

In sostanza, il legislatore ha tenuto ben distinti i due momenti costituiti dal deposito del ricorso in cancelleria e dalla sua pubblicazione nel registro delle imprese e ha scelto di far dipendere la produzione degli effetti stabiliti dall'art. 168 l.fall. dal secondo momento e non dal primo, privilegiando così un'opzione in cui è stato considerato non solo l'interesse del debitore ma anche quello dei creditori che avessero compiuto degli atti sul suo patrimonio in assenza - o entro un certo termine - dell'iscrizione della domanda di concordato nel registro delle imprese. Il bilanciamento di interessi tra imprenditore in crisi e creditori si attua, pertanto, secondo il meccanismo previsto dall'art. 2193 c.c.: prima dell'iscrizione il deposito della domanda di concordato nel registro delle imprese non può essere opposto a terzi, mentre dopo l'iscrizione è opponibile ai terzi indipendentemente dalla conoscenza che ne abbiano avuto (c.d. efficacia positiva dell'iscrizione).

L'art. 168, ultimo comma, l.fall. nel prevedere l'inefficacia delle ipoteche iscritte nei novanta giorni anteriori alla pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese fa, addirittura, un passaggio ulteriore rispetto alla previsione contenuta nell'art. 168, comma 1, l.fall. Difatti, nella prospettiva di un correttivo al formalismo della regola scolpita nell'art. 2193 c.c., stabilisce una vistosa deroga al sistema della pubblicità dichiarativa codificato all'interno di tale norma, rendendo inopponibile ai creditori anteriori un diritto di prelazione, nonostante il perfezionamento della sua costituzione risalga ad un momento precedente rispetto alla pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.

Il legislatore contempera, quindi, le esigenze di certezza dei traffici giuridici con la tutela della *par condicio* individuando il punto di bilanciamento nella fissazione di un termine di novanta giorni entro il quale diventano inopponibili ai creditori anteriori le ipoteche giudiziali, sebbene perfezionate e iscritte anteriormente alla pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese, in un momento in cui quest'ultima non era, pertanto, conoscibile ai terzi.

Nonostante, si possano verificare delle situazioni al limite, in cui la minima sfasatura temporale tra il deposito del ricorso e la sua pubblicazione nel registro delle imprese determini il consolidamento di un'ipoteca, non è possibile andare oltre rispetto ad una previsione di per sé derogatoria rispetto alla regola generale della pubblicità dichiarativa ex art. 2193 c.c. In tale prospettiva è evidente la *ratio decidendi* sottesa al provvedimento del Tribunale di Grosseto, fondata sul dato normativo che segna un'evidente carenza tecnica del legislatore, laddove prevede che sia il cancelliere a pubblicare gli atti nel registro delle imprese, mentre tale funzione viene, invece, svolta dal conservatore del registro delle imprese sulla base di una normativa regolamentare (d.P.R. n. 581/1995) e il cancelliere si limita a trasmettere il ricorso ex art. 161 l.fall. all'ufficio del registro delle imprese.

Anche a voler ritenere che l'art. 161, comma 5, l.fall. imponga l'adempimento di pubblicazione prioritaria della domanda di concordato pure al conservatore del registro delle imprese, rimane tuttavia che il campo di validità semantica del sintagma "*data di pubblicazione nel registro delle imprese*" indicato nell'art. 168 l.fall. (oltre a segnare, a differenza dell'art. 161, comma 5, l.fall. non già un obbligo di pubblicazione di un atto entro un dato termine, ma la data in cui si produce un determinato effetto) sia evocativo dell'esternazione in un pubblico registro di un atto e non della sua mera trasmissione al conservatore del registro delle imprese. Inoltre, occorre considerare anche il carattere derogatorio rispetto alla regola della pubblicità dichiarativa codificata nell'art. 2193 c.c. di una norma che non stabilisce il criterio di priorità dell'adempimento pubblicitario eseguito per primo (criterio, peraltro, richiamato da Cass., S.U. 18131/2015 con riferimento al regime di opponibilità della sentenza di fallimento) (23), ma rende inopponibile ai creditori anteriori una causa legittima di prelazione il cui acquisto si è perfezionato nei novanta giorni anteriori alla pubblicazione del ricorso ex art. 161 l.fall. nel registro delle imprese.

Il completamento del sistema pubblicitario attuato con il registro delle imprese mediante la sua estensione alla crisi d'impresa

Anche considerazioni di carattere sistematico portano a ritenere corretta la soluzione ermeneutica

(23) V. supra par. 3 e nt. n. 11.

che individua la data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese in quella dell'inserimento di quest'ultima "nella memoria dell'elaboratore elettronico e nella messa a disposizione del pubblico sui terminali", ai sensi dell'art. 11, comma 8, d.P.R. n. 581/1995, con la contestuale accessibilità del pubblico ai dati iscritti (24), senza che, diversamente, possa assumere rilievo la mera trasmissione degli atti da un ufficio ad un altro (come nell'ipotesi di trasmissione dell'atto da pubblicare da parte del cancelliere al conservatore del registro delle imprese). Solo l'effettiva conoscibilità dell'atto da parte dei terzi può, infatti, consentire di invocare i principi di affidamento e di certezza giuridica richiamati nel provvedimento in esame. L'evoluzione normativa descritta nei paragrafi precedenti evidenzia, quindi, come il legislatore concorsuale dell'ultimo decennio abbia costituito un regime pubblicitario tendenzialmente organico e completo anche in ambito concorsuale, estendendo anche alla fase di crisi dell'impresa il disegno di sistematicità che aveva ispirato l'istituzione del registro delle imprese, ponendo fine ad un regime di pubblicità frammentario (25). Si è così delineato un sistema, in cui entrano in gioco tutte le tipologie di effetti della pubblicità nel registro delle imprese: dichiarativa, costitutiva e notiziale. Il meccanismo centrale, destinato a definire l'opponibilità dell'ingresso del debitore nella concorsualità (sia attraverso la domanda di concordato preventivo, eventualmente anche ai sensi dell'art. 161, comma 6, l.fall. che mediante la sentenza di fallimento, che l'a.d.r., ove si opti per la sua natura concorsuale) ruota, tuttavia, attorno all'effetto della pubblicità dichiarativa conseguente alla pubblicazione dell'atto di parte o del provvedimento giurisdizionale nel registro delle imprese. Solo tale formalità pubblicitaria costituisce il riferimento per la produzione degli effetti protettivi di cui all'art. 168 l.fall., per l'obbligatorietà del concordato omologato nei confronti dei creditori anteriori, per il calcolo dei termini per l'esercizio dell'azione revocatoria, per la definizione dell'opponibilità della sentenza di fallimento nei confronti dei terzi, nonché il momento iniziale ai fini dell'applicazione del principio di consecuzione tra le procedure concorsuali (26).

In ogni ipotesi in cui viene menzionato l'adempimento pubblicitario il legislatore indica espressamente la data di pubblicazione dell'atto nel registro delle imprese, dovendosi intendere come quella in cui il conservatore del registro esegue formalmente l'iscrizione, rendendola così conoscibile ai terzi.

Il necessario coordinamento della disciplina del registro delle imprese con il diritto concorsuale

Il possibile scollamento temporale tra il momento della trasmissione del ricorso ex art. 161 l.fall. da parte della cancelleria e il momento di effettiva iscrizione nel registro delle imprese è riconducibile al coordinamento problematico tra una norma carente da un punto di vista tecnico, come l'art. 161, comma 5, l.fall. (che riferisce al cancellerie il compito di pubblicazione della domanda di concordato preventivo nel registro delle imprese) con la previsione contenuta nel regolamento che attualmente disciplina il funzionamento del registro delle imprese, cioè l'art. 11, d.P.R. n. 581/1995, che impone l'immediatezza della protocollazione della richiesta (che deve avvenire nello stesso giorno della ricezione, ex art. 3), ma non dell'iscrizione (per la quale il conservatore del registro delle imprese ha un termine di dieci giorni o cinque, se l'istanza è stata trasmessa su supporto informatico). Come già rilevato, solo un'interpretazione correttiva dell'art. 161, comma 5, l.fall. consente, infatti, di riferire al conservatore del registro delle imprese l'obbligo di pubblicazione prioritaria della domanda di concordato nel registro delle imprese entro il giorno successivo al suo deposito in cancelleria.

È pertanto auspicabile, in primo luogo, una formulazione tecnicamente corretta delle norme - che tenga conto della diversità delle funzioni svolte dal cancelliere e dal conservatore del registro delle imprese - tale da evitare di ripetere gli attecnicismi del legislatore del 2012 contenuti negli artt. 161, comma 5, l.fall. e nell'art. 161, comma 8, l.fall., dove è previsto: "Il debitore, con periodicità mensile, deposita una situazione finanziaria dell'impresa che, entro il giorno successivo, è pubblicata nel registro delle imprese a cura del cancelliere.". Non a caso l'art. 17, comma 3, l.fall. prevede, in modo più corretto che

(24) Ibba, cit., 253.

(25) Pavone La Rosa, *Il registro delle imprese*, Torino, 2001, 1 e 7.

(26) Assume invece una funzione informativa e non di opponibilità nei confronti dei terzi il registro elettronico delle procedure di espropriazione forzata immobiliari, delle procedure

d'insolvenza e degli strumenti di gestione della crisi, istituito dall'art. 3, D.L. 3 maggio 2016, n. 59, conv. con modif. L. 30 giugno 2016, n. 119. In questo senso v. P.P. Ferraro, *Il registro delle espropriazioni immobiliari, delle procedure d'insolvenza e degli strumenti di gestione della crisi*, in *Dir. fall.*, 2017, 2, 359.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

il cancelliere trasmetta, anche in via telematica, la sentenza di fallimento al registro delle imprese, entro il giorno successivo al deposito in cancelleria (senza prevedere, a differenza della versione originaria dell'art. 17 l.fall., che l'iscrizione della sentenza di fallimento sia fatta entro il giorno successivo al ricevimento) (27).

Considerato che i termini entro i quali il conservatore deve procedere all'iscrizione degli atti nel registro delle imprese sono stabiliti da una normativa secondaria (art. 11, d.P.R. n. 581/1995), destinata ad essere sostituita dal regolamento previsto nell'art. 8, comma 6 *bis* L. n. 580/1993 (da emanare su proposta del Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro della giustizia e con il Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione) è evidente, in secondo luogo, come il nuovo regolamento possa essere un'occasione per fissare al conservatore del registro delle imprese termini più brevi di quelli ordinari, se non addirittura l'iscrizione immediata, per gli atti relativi alle procedure concorsuali, ponendo fine alle aporie tecniche contenute nella legge fallimentare con riferimento alla pubblicazione degli atti delle procedure concorsuali o apportando, comunque, un'auspicata chiarezza interpretativa e applicativa.

Gli effetti del regime pubblicitario sui requisiti di ammissione alla procedura di concordato preventivo

Occorre, infine, rilevare come l'evoluzione normativa che caratterizza il regime pubblicitario attuato con il registro delle imprese non implichi solo la considerazione di aspetti formali relativi all'esternazione e alla conoscibilità di un determinato atto

nei confronti dei terzi, ma possa essere foriera di effetti anche in ordine ai presupposti di ammissione alle procedure concorsuali.

Con specifico riferimento alla procedura di concordato preventivo l'eliminazione del requisito della necessaria iscrizione biennale nel registro delle imprese ad opera della riformulazione dell'art. 160 l.fall. da parte del D.L. n. 35/2005, conv. con modif. L. n. 80/2005, ha portato a ritenere come non necessaria l'iscrizione dell'imprenditore nel registro delle imprese ai fini dell'accesso alla procedura di concordato preventivo.

La successiva evoluzione normativa, con il riferimento alla necessaria pubblicazione del ricorso ex art. 161 l.fall. nel registro delle imprese, la riformulazione dell'art. 168 l.fall. e l'introduzione del secondo comma nell'art. 69 *bis* l.fall. (ad opera della L. 7 agosto 2012, n. 134, con la quale è stato convertito il D.L. 22 giugno 2012, n. 83), facendo dipendere dalla pubblicazione della domanda di concordato preventivo tanto la produzione degli effetti protettivi che la decorrenza del *dies a quo* per il calcolo del termine a ritroso per le azioni revocatorie (art. 69 *bis* comma 2, l.fall.) (28), così come per l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni anteriori, oltre che per l'individuazione dei creditori anteriori nei confronti dei quali è obbligatorio il concordato omologato, porta, tuttavia, a ritenere come necessaria l'iscrizione dell'imprenditore nel registro delle imprese ai fini dell'ammissione alla procedura concordataria.

Sul versante opposto occorre richiamare una recente pronuncia del giudice di legittimità (Cass. n. 21286/2015 (29)) che preclude l'accesso alla procedura concordataria per l'impresa cancellata dal registro delle imprese, anche entro il termine annua-

(27) Per Ibba, cit., 256 si trattava di una deroga al termine previsto dall'art. 11, comma 8, d.P.R. n. 581/1995, prevedendo una sorta di diritto di precedenza.

(28) C. Canazza (in *Conseguenze di procedimenti, revocatoria fallimentare e fallimento dei soci illimitatamente responsabili*, nota a Cass. 13 aprile 2016, n. 7324, in questa *Rivista*, 2016, 11, 1213), rileva come la scelta del legislatore con l'inserimento del secondo comma nell'art. 69 *bis* l.fall. sia stata quella di far decorrere il *dies a quo* del periodo sospetto da un momento conoscibile da tutti i creditori, come la data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese, anziché un momento "interno" alla procedura come era la data di ammissione alla procedura concordataria richiamata dalla giurisprudenza precedente. Su tale questione M. Fabiani (*Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *www.ilcaso.it*, II, 303/2012, 3) rileva come il fatto di ancorare il periodo sospetto non ad un accertamento giudiziale dello stato d'insolvenza (sentenza di fallimento o decreto di ammissione al concordato preventivo), ma alla data di pubblicazione del ricorso presso il registro delle imprese riproponga il tema di una efficacia pubblicitaria

rispetto ad imprese non iscritte e tuttavia legittime aspiranti al concordato perché l'irregolarità non è più requisito ostativo.

(29) La sentenza è pubblicata in questa *Rivista*, 2016, 4, 427, con nota di G. Bettazzi, *Società cancellata, concordato preventivo e computo del dies ad quem di cui all'art. 10 l.fall.: due decisioni completamente difforni*. Il giudice di legittimità, in particolare, ha precisato che: "È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale, per contrarietà agli artt. 3 e 24 Cost., del combinato disposto degli artt. 2495 c.c. e 10 l.fall., che impediscono al liquidatore della società cancellata dal registro delle imprese, di cui, entro l'anno dalla cancellazione, sia domandato il fallimento, di richiedere il concordato preventivo. Quest'ultima procedura, infatti, diversamente dalla prima, che ha finalità solo liquidatorie, tende alla risoluzione della crisi di impresa, sicché l'intervenuta e consapevole scelta di cessare l'attività imprenditoriale, necessario presupposto della cancellazione, ne preclude "ipso facto" l'utilizzo, per insussistenza del bene al cui risanamento essa dovrebbe mirare; né l'istanza concordataria può essere intesa come uno dei mezzi attraverso i quali si esplica il diritto di difesa del fallendo in sede di istruttoria prefallimentare."

le ex art. 10 l.fall. quando può essere dichiarato il fallimento.

L'iscrizione nel registro delle imprese diventa, quindi, elemento condizionante per l'accesso alla procedura di concordato preventivo, evidenziando

come il regime pubblicitario finisca per delimitare non solo l'opponibilità ai terzi dell'ingresso dell'imprenditore nelle procedure concorsuali, ma anche le possibili scelte di soluzione della crisi da parte di quest'ultimo.

LIBRI

Disponibile in E-BOOK

PIANO ATTESTATO DI RISANAMENTO E ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI

Le soluzioni della crisi alternative al concordato preventivo

A cura di Carlo Trentini



Il volume esamina gli istituti del **piano attestato di risanamento**, degli accordi di ristrutturazione dei debiti e della **convenzione di moratoria**, mirando a trattare tutte le questioni affiorate tanto in giurisprudenza quanto in dottrina.

Particolare attenzione è stata posta nella disamina della **struttura del piano** e del **contenuto dell'attestazione**; nello specifico in relazione agli accordi, si segnalano le pagine sulla natura procedurale dell'istituto, sull'indisponibilità relativa del patrimonio del debitore e, in generale, sugli aspetti negoziali.

Le modifiche introdotte nel 2015 occupano un posto di rilievo; va segnalato

il capitolo dedicato alla **forma speciale di accordi con banche e intermediari finanziari**.

Wolters Kluwer Italia 2016, pagg. 610

Prezzo: € 56,00

Codice: 201548

ISBN: 978-88-217-5665-8

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsa di zona**
(www.shop.wki.it/agenzie)
- **www.shopwki.it**

Giurisprudenza

Composizione della crisi

Sovraindebitamento

Tribunale di Ravenna, Sez. fall., 10 marzo 2017 - G.D. Dott. A. Farolfi

Composizione della crisi - Sovraindebitamento - Sindacato giudiziale - Verifica dei presupposti di ammissibilità ex art. 7 della L. 3/2012 - Sussistenza - Fattibilità giuridica - Configurabilità - Finalità - Inammissibilità al voto

(Legge 27 gennaio 2012, n. 3, artt. 7, 8, 9 e 10)

Il Tribunale, oltre alla verifica delle condizioni d'ammissibilità di cui all'art. 7 della L. 27 gennaio 2012, n. 3, è tenuto alla verifica della fattibilità giuridica della proposta in termini non dissimili da quanto da tempo previsto per il concordato preventivo. E ciò al fine di non ammettere al voto proposte che appaiano prive delle condizioni minime per la successiva omologazione.

Il Tribunale (*omissis*).

letta la proposta di accordo di composizione della crisi da sovraindebitamento presentata dalla sig.ra T. *, domiciliata presso il Gestore della crisi nominato dall'OCC Romagna, nella persona del dott. *;

vista la documentazione allegata;

ricordato, in sintesi, che oltre alle condizioni di ammissibilità di cui all'art. 7 L. 3/2012 il tribunale è chiamato ad una verifica della fattibilità giuridica della stessa proposta di piano del consumatore, in termini non dissimili da quanto da tempo affermato in sede concordataria, risultando del tutto superfluo disporre oneri di pubblicità, costi prededuttivi e l'ammissione al voto di una proposta che risulti radicalmente priva delle sue condizioni di ammissibilità e quindi, comunque non omologabile; ragioni di economicità, speditezza ed efficienza processuale impongono, infatti, in tali condizioni una valutazione prognostica negativa anticipata alla fase di ammissione, non potendo ammettersi al voto una proposta che appaia priva di quelle condizioni minime che risultano indispensabili, in caso di gradimento dei creditori, ai fini di una possibile successiva omologabilità del piano comunque prospettato;

ciò posto, così come per il parallelo ricorso proposto dal coniuge della istante odierna, il ricorso in esame appare gravemente carente per i seguenti motivi:

1. l'istanza non rappresenta adeguatamente (se non in un allegato) l'indebitamento della sig.ra T., che appare sproporzionato alle condizioni economico/reddituali di consumatore come dichiarate, ai sensi dell'art. 9 co. 3 *bis* lett. a) e b) e 12 *bis* co 3 L. 3/2012, emergendo debiti di firma plurimi e cospicui nell'interesse del marito, nonché la cointestazione di due mutui ipotecari con un residuo di ben 220.000 Euro che appare sicuramente eccessivo non solo in ordine alla figura di pensionata attualmente rivestita, ma anche rispetto al modesto reddito lavorativo in precedenza percepito, risultando perciò carente il requisito della prevedibile prospettiva dell'adempimento nel momento in cui tali debiti sono stati assunti o garantiti;

2. il ricorso, nonostante proponga una falcidia dei creditori ipotecari e di un credito fiscale, è privo di qualsiasi attestazione (che possa ritenersi tale) in ordine al trattamento non deteriore dei creditori privilegiati rispetto

all'alternativa liquidatoria; si deve infatti ricordare che l'art. 7 co. 1 l.fall. prevede, in termini analoghi all'art. 160 co. 2 l.fall., che "è possibile prevedere che i crediti muniti di privilegio, pegno, ipoteca possono non essere soddisfatti integralmente, allorché ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione, come attestato dagli organismi di composizione della crisi"; nel caso di specie, poiché il piano non prevede alcuna liquidazione degli immobili colpiti da ipoteca è evidente che l'attestazione dovrà essere ancora più approfondita e simulare, sulla scorta di una perizia immobiliare attendibile, i possibili riparti alternativi nelle due situazioni, al fine di verificare se la percentuale proposta sia o meno deteriore rispetto alla liquidazione. In mancanza (o il che è lo stesso in caso di attestazione carente) appare condivisibile quanto affermato, fra gli altri, da Tribunale di Asti, 18 novembre 2014, secondo cui "poiché il pagamento dilazionato del credito ipotecario proposto in assenza di un accordo concluso con il singolo creditore equivale a soddisfacimento non integrale del credito privilegiato, deve ritenersi inammissibile la proposta di composizione della crisi da sovraindebitamento tutte le volte in cui non preveda il pagamento integrale (salva l'ipotesi di cui al comma 1, secondo periodo, dell'articolo 7, della legge n. 3 del 2012) e immediato (salva la moratoria di cui al comma 4 dell'articolo 8 della legge citata) dei creditori privilegiati"; tale principio appare in particolare applicabile anche al piano del consumatore, rispetto al quale si pone in termini analoghi l'ovvio rispetto della graduazione e delle cause legittime di prelazione dei crediti, oltre che l'esplicito rinvio che l'art. 12 *bis* compie, fra gli altri, all'art. 7 cit.;

3. inoltre, è la stessa attestazione di fattibilità del piano proposto a risultare del tutto carente.

Il punto deve essere approfondito.

Infatti il principio 6.5.2. stabilisce che "la verifica della ragionevolezza dei dati prospettici è supportata dal principio ISAE 3400 'The Examination of Prospective Financial Information' emesso dall'IFAC10, che suddivide i dati previsionali in base al grado di oggettività e di incertezza degli elementi prospettici, distinguendoli tra

'forecasts' e 'projections'. Nel significato loro attribuito dal principio ISAE 3400, il termine 'forecast' può essere tradotto con 'previsione' mentre il termine 'projection' può essere tradotto con "proiezione" o 'previsione ipotetica'. In particolare, per 'previsione' si intende un dato relativo a eventi futuri che il management si aspetta si verificheranno o ad azioni che il management medesimo intende intraprendere nel momento in cui i dati previsionali vengono elaborati. Più in generale, il principio ISAE 3400 individua la 'previsione' come un dato prospettico condizionato da elementi ragionevolmente oggettivi o fondato sugli eventi futuri più probabili. Le 'proiezioni' sono, invece, dati previsionali elaborati sulla base di assunzioni ipotetiche, relativi ad eventi futuri e ad azioni del management che non necessariamente si verificheranno". Con conseguenza che nel caso di specie è addirittura aggravata dall'architettura conferita alla proposta di piano, fondata su di una arbitraria falcidia del ceto privilegiato ipotecario, senza la quale in radice nessun soddisfacimento potrebbe neppure ipotizzarsi a favore dei privilegiati generali e dei chirografari. Peraltro alla stessa relazione di attestazione possono applicarsi analogicamente i precedenti in tema di relazione ex art. 161 co. 3 l.fall., laddove si è infatti giustamente osservato che: "nel concordato preventivo, con specifico riguardo all'attestazione di veridicità dei dati aziendali, il giudizio dell'attestatore non può limitarsi a una mera dichiarazione di conformità, ovvero di corrispondenza formale dei dati utilizzati per la predisposizione del piano a quelli risultanti dalla contabilità, ma, al contrario, tale giudizio comporta che il professionista accerti e attesti che i dati in questione siano "effettivamente reali" (Trib. Benevento, 23 aprile 2013; cfr. altresì in tal senso Tribunale Firenze, 9 febbraio 2012, in Redazione Giuffrè, 2012; nonché Tribunale Mantova, 28 maggio 2012, in www.ilcaso.it, secondo cui "il giudizio dell'attestatore di cui all'articolo 161, legge fallimentare non può limitarsi alla dichiarazione di conformità della proposta ai dati contabili, dovendo, invece, desumere i dati in questione dalla realtà dell'azienda, che egli deve indagare verificando la reale consistenza del patrimonio, esaminando e vagliando i dati che lo compongono..."). Alla luce di quanto precede, l'assenza di una ragionevole ed attendibile attestazione di cui all'art. 7 co. 1 L.

3/2012 in ordine alla falcidia cui sono sottoposti i debiti privilegiati del ricorrente, nonché più in generale l'attestazione di fattibilità di un piano che si estende per ben 12 anni, appare priva dei presupposti minimali per poter addirittura disporre l'apertura della presente procedura. Condivisibile appare sul punto quanto affermato da Trib. Rovigo, 13 dicembre 2016, che ravvisa come sia ipotizzabile una durata massima di 5 anni nell'ipotesi del piano del consumatore. Oltre a tale limite temporale, infatti, le assunzioni che il professionista deve porre a base della propria attestazione si rivelano del tutto incerte, inattendibili e non ragionevolmente prevedibili; Il piano, in definitiva, non appare altro che un non consentito strumento per realizzare d'imperio la modifica delle condizioni negoziali che disciplinano l'erogazione dei mutui cui ha fatto accesso (o che ha garantito) la ricorrente, senza che i creditori ricevano alcun apprezzabile beneficio, essendo del tutto indimostrato che quanto la sig.ra T. propone di pagare ratealmente in 12 anni (senza garanzia specifica ed anche ove volesse prescindere dai vizi delle attestazioni testé rilevati) sia migliorativo dell'alternativa liquidatoria; Deve infatti ritenersi che, come pure risulta indirettamente dall'art. 14 *quater* L. 3/2012 (disciplina della conversione dell'accordo o piano del consumatore in liquidazione del patrimonio), esista una sorta di graduazione fra i diversi strumenti alternativi di soluzione della crisi da sovraindebitamento che assegna alla liquidazione un ruolo sussidiario e tale per cui il piano deve presentare necessariamente (come si desume anche dalla disciplina della possibile opposizione alla omologazione di cui all'art. 12 *bis* co. 3) una causa "concreta" ulteriore e più favorevole rispetto alla mera liquidazione dei beni costituenti il patrimonio del debitore.

P.Q.M.

Visto l'art. 10 L. 3/2012 e ss. modd., dichiara l'inammissibilità della proposta di piano del consumatore contenuta nel ricorso pervenuto il 3 marzo 2017 da parte della sig.ra T. T.

Si comunichi al professionista nominato e, tramite questi, al ricorrente.

(*omissis*).

La verifica della fattibilità giuridica nel piano del consumatore di Alessandro Torcini

Il Tribunale di Ravenna, con il provvedimento del 10 marzo 2017 in rassegna, enuncia alcuni requisiti fondamentali che deve presentare una proposta di piano del consumatore affinché sia dichiarata ammissibile ex art. 12 *bis*, comma 1, L. n. 3/2012. L'articolo analizza le similitudini e le differenze con la normativa sul concordato preventivo, i requisiti essenziali dell'attestazione dell'O.C.C. ed i limiti ed i tempi per la valutazione da parte del giudice della meritevolezza e della convenienza economica rispetto alla liquidazione.

Il caso

Depositata presso il Tribunale di Ravenna un proposta di piano del consumatore, il Giudice, prima di fissare l'udienza, è stato chiamato, *ex art. 12 bis*, comma 1, L. n. 3/2012, a verificare i requisiti di ammissibilità previsti dagli artt. 7, 8 e 9.

Tale verifica, argomenta il Tribunale, non deve limitarsi agli aspetti formali ma deve necessariamente investire la cosiddetta "fattibilità giuridica" della stessa proposta di piano con modalità affatto simili a come da tempo affermato in sede concordataria.

Il Tribunale ha così argomentato che, di fronte ad una valutazione prognostica negativa anticipata alla fase di ammissione, non può ammettersi una proposta che appare priva di quelle condizioni minime che risultano indispensabili ai fini di una possibile successiva omologabilità del piano comunque prospettato.

Nell'articolo si analizzerà la decisione approfondendo aspetti fondamentali quali la carenza della documentazione che non consente ricostruire la situazione economica e patrimoniale del sovraindebitato, le modalità dell'attestazione dell'O.C.C., la durata massima del piano, la valutazione della meritevolezza e della convenienza rispetto alla liquidazione condividendo, ma non integralmente, le conclusioni del Tribunale in rassegna.

Sulla valutazione della "fattibilità giuridica" della proposta di piano del consumatore

L'istituto della proposta di piano del consumatore (e dell'accordo del debitore) appare assai simile al concordato preventivo. Entrambe sono procedure concorsuali che presentano gli stessi elementi e le stesse fasi, individuabili nella domanda di accesso alla procedura, nella proposta rivolta ai creditori contenuta nella domanda stessa; nell'indicazione di un piano prospettato come lo strumento idoneo a perseguire gli obiettivi delineati.

(1) Da segnalare, per la disciplina del sovraindebitamento, il conforme Trib. Bergamo 31 marzo 2015, in *www.il caso.it*: "il giudice delegato è chiamato a valutare la legittimità del procedimento con specifico riferimento alla sussistenza delle condizioni di ammissibilità sostanziali e formali della procedura, la carenza di ragioni ostative all'omologazione, la mancanza, nei contenuti della proposta, di violazioni a norme imperative".

(2) Conforme anche Trib. Rovigo 13 dicembre 2016 che ritiene inammissibile un piano del consumatore per infattibilità giuridica derivante dall'eccessiva durata (12 anni) e della mancata previsione del pagamento integrale del creditore ipotecario nel termine di un anno e Trib. Udine 4 gennaio 2017 che, stante la mancanza di un presupposto necessario, dichiara l'i-

Nell'accordo del debitore vi è anche il quarto elemento ovvero l'espressione della volontà dei creditori di aderire o meno alla proposta.

Nel piano del consumatore non è direttamente prevista una votazione ma i creditori possono manifestare la loro volontà "contestando" la convenienza del piano. In tale evenienza sarà impedita l'omologa se il giudice rileverà una minore convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria.

Alla luce di queste similitudini, appaiono di certo utilizzo anche nel sovraindebitamento le elaborazioni giurisprudenziali che hanno definito la portata del sindacato del Tribunale limitandola alla cosiddetta "fattibilità giuridica", concetto enunciato dalla fondamentale Cass., SS.UU., 23 gennaio 2013, n. 1521 (1) (2).

Il giudice, nell'esercizio del controllo di legittimità, ha il potere-dovere di esaminare la proposta sotto il profilo della compatibilità con le norme inderogabili e di verificare l'effettiva realizzabilità della causa concreta. Appare quindi condivisibile l'operato del giudice che, inizialmente rilevata la mancanza degli elementi per la successiva omologabilità, proceda a dichiararne l'inammissibilità.

Sulla carenza della documentazione e sulla valutazione prospettica della meritevolezza

Sul primo punto, il Tribunale rileva due profili d'inammissibilità. Il primo riguarda la completezza della documentazione presentata che deve consentire di ricostruire compiutamente la situazione economica e patrimoniale del debitore. Tale profilo, *ex art. 7*, comma 2, lett. d), L. n. 3/2012, è tra quelli che il Giudice deve necessariamente valutare ai fini dell'ammissibilità della proposta (3).

È da rilevare che, *ex art. 9*, comma 3 *ter*, L. n. 3/2012, il giudice potrebbe concedere un termine perentorio non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni alla proposta e produrre nuovi documenti. In presenza di questa possibilità, una radicale dichiarazione di inammissibilità senza aver

nammissibilità del ricorso, senza che sia necessario avviare la procedura di omologazione fissando l'udienza ai sensi dell'art. 12 *bis*, comma 1, L. n. 3 del 2012.

(3) Il primo precedente è Trib. Firenze 27 agosto 2012, in *www.il caso.it*, riguardante una domanda carente, tra l'altro, della documentazione prevista dall'art. 9, comma 2, L. n. 3/2012.

Si veda anche Trib. Asti 18 novembre 2014, in *www.il caso.it* per mancata produzione della dichiarazione dei redditi nei termini prescritti nonché Trib. Alessandria 21 ottobre 2016 sempre sulla circostanza che la documentazione prodotta non consentiva di ricostruire compiutamente la situazione economica e patrimoniale del debitore.

dato la possibilità di un'integrazione sembra eccessivamente severa (4).

Il secondo profilo d'inammissibilità riguarda la valutazione della meritevolezza che però, di norma, è condotta post ammissione e più propriamente in sede di giudizio di omologa. Difatti, *ex art. 12 bis*, comma 3, L. n. 3/2012, il giudice omologa quando esclude che il consumatore abbia assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che abbia colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali.

La valutazione del giudice si basa essenzialmente sul contenuto della relazione particolareggiata dell'O.C.C. redatta ai sensi dell'art. 9, comma 3 *bis*, L. n. 3/2012 essendo implicitamente esclusa un'attività istruttoria rivolta ad acquisire informazioni in tale senso.

Nel caso di specie l'O.C.C., alle lettere a) e b) della propria relazione, aveva evidenziato debiti di firma plurimi e rilevanti nonché la cointestazione di due mutui ipotecari di importi tali da apparire eccessivi non solo in ordine alla figura di pensionata rivestita dalla sovraindebitata, ma anche rispetto al modesto reddito lavorativo percepito al momento dell'assunzione dei debiti.

Da ciò il Giudice ne traeva il convincimento che era da escludere la meritevolezza richiesta dall'art. 12 *bis*, comma 3, L. n. 3/2012 risultando carente il requisito della prevedibile prospettiva dell'adempimento nel momento in cui tali debiti erano stati assunti o garantiti.

Il giudice, prognosticamente rilevato già in fase di ammissione di non poter escludere che il consumatore avesse assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere, ha, quindi, ritenuto di non ammettere una procedura che poi non avrebbe superato il successivo vaglio dei requisiti per l'omologa.

In effetti, se il giudice ha a disposizione queste informazioni già nella domanda, sembra ben difficile che non ne possa trarre subito le conclusioni. È quindi condivisibile il "modus operandi" del Tribunale in esame.

Il giudizio prognostico è una diretta conseguenza della siffatta struttura della norma, che dovrebbe invero essere riformata nel senso di prevedere

esplicitamente la valutazione iniziale del giudice anche su quest'elemento, già ben conosciuto al momento della presentazione della domanda.

Sulla falcidia dei creditori ipotecari e sulla necessità dell'attestazione da parte dell'OCC

L'art. 7, comma 1, L. n. 3/2012, prevede la possibilità che i crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca possano non essere soddisfatti integralmente, allorché ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione, come attestato dagli Organismi di Composizione della Crisi.

È la stessa possibilità prevista, con parole simili, dall'art. 160, comma 2, l.fall. per il concordato preventivo.

L'attestazione che nel concordato preventivo è a cura del professionista, nelle procedure di sovraindebitamento (sia piano sia accordo) è invece a cura dell'O.C.C.

La domanda presentata al Tribunale di Ravenna, pur prevedendo una falcidia dei creditori ipotecari e di un credito fiscale, risultava sprovvista di una valida attestazione in ordine al trattamento non deteriore dei creditori privilegiati rispetto all'alternativa liquidatoria.

In particolare, il piano non prevedeva alcuna liquidazione degli immobili colpiti da ipoteca proponendo, da quel che è possibile capire, solo una dilazione del pagamento.

La dilazione superiore al termine dell'anno come previsto dall'art. 8, comma 4, L. n. 3/2012 (che peraltro sembrerebbe applicabile solo all'ipotesi di accordo) ed in mancanza di un esplicito consenso del creditore interessato, equivale ad una soddisfazione in misura non integrale e come tale possibile solo in presenza dell'attestazione dell'O.C.C. che dimostri come il trattamento sia non deteriore rispetto alla liquidazione.

Il principio è condivisibile e la mancanza dell'attestazione è una radicale carenza tale far ritenere la domanda inammissibile (5).

(4) Sulla questione dell'integrabilità e della perentorietà dei termini si veda Trib. Asti 18 novembre 2014, in *www.ilcaso.it* ove si rileva la perentorietà del termine dei quindici giorni e si indica la necessità di una successiva integrazione all'attestazione dell'O.C.C. a seguito del deposito di nuovi documenti

nei termini.

(5) Sull'argomento si è pronunciato il Trib. Asti 18 novembre 2014, in *www.ilcaso.it*, secondo cui "poiché il pagamento dilazionato del credito ipotecario proposto in assenza di un accordo concluso con il singolo creditore equivale a soddisfaci-

Sull'attestazione da parte dell'O.C.C.

Nelle proposte di piano del consumatore (e di accordo del debitore), l'Organismo di Composizione della Crisi è chiamato dall'art. 15, comma 6, L. n. 3/2012, a verificare la veridicità dei dati contenuti nella proposta e nei documenti allegati e ad attestare la fattibilità del piano.

L'attestazione dell'Organismo, che costituisce uno degli allegati alla proposta ai sensi dell'articolo 9, comma 2, L. n. 3/2012, è un documento essenziale su cui non vi sono state molte pronunzie specifiche prima di quella in esame (6).

Soccorre quindi, anche in questo caso, l'applicazione per analogia dei principi ritraibili dalle molteplici pronunzie relative alla relazione prevista nel concordato preventivo ex art. 161, comma 3, l.fall. ove similmente l'attestatore è tenuto alla verifica della veridicità dei dati ed alla fattibilità del piano. Le molte pronunzie hanno fatto emergere alcuni principi che ormai possono dirsi consolidati (7).

Si consideri inoltre che, rispetto all'attestatore concordatario, l'O.C.C. ha in più il potente strumento di controllo che gli deriva dalla possibilità di accedere a tutte le banche dati così come previsto dall'art. 15, comma 10, L. n. 3/2012.

Inoltre, nel caso di specie, è risultata carente anche la verifica dei dati prospettici, verifica tanto più importante poiché il piano in esame era proiettato su un arco temporale di 12 anni.

Si ravvede nell'attestazione una carente applicazione del principio ISAE 3400 dell'IFAC "The examination of prospective financial information" che stabilisce gli standard di riferimento per il processo di verifica delle informazioni prospettiche finanziarie.

In particolare il principio distingue tra: a) informazioni prospettiche basate su "best estimate assump-

tion" ossia assunzioni normali relative a eventi futuri ragionevoli e desunti dall'analisi di elementi oggettivi giudicati attendibili; b) informazioni basate su "hypotetical assumption", ossia assunzioni ipotetiche in genere connesse con l'avvio di nuove attività e non supportate da dati storici.

Nell'ipotesi b), tenuto conto della durata del piano e dell'assunzione di dati teorici non del tutto riscontrabili, l'attestazione può assumere un carattere arbitrario tale da pregiudicare la fondatezza dell'attestazione stessa ovvero la capacità di attestare la fattibilità del piano.

Sulla durata del piano

Interessante e meritevole di approfondimento la questione della durata del piano.

Com'è noto, la L. n. 3/2012 - come pure la legge fallimentare per il concordato preventivo - non pone alcun limite temporale al piano.

Durate molto lunghe hanno però suscitato molte perplessità sia in ordine all'eccessiva incidenza sui diritti dei creditori, sia in ordine alla fattibilità stessa che inevitabilmente risente dell'incertezza legata al verificarsi di ipotesi proiettate su tempi lontani.

Di conseguenza siffatti piani appaiono spesso incompatibili tanto con il principio della ragionevole durata del processo quanto con la realistica possibilità di attuazione del piano stesso, tenuto conto dei rischi di eventi sfavorevoli che in un lungo arco di tempo possono verificarsi.

Sulla base dei principi generali (8), molteplici interventi della giurisprudenza hanno individuato come sia implicito un ragionevole limite temporale alla durata del piano che è stato generalmente individuato in cinque-sei anni e ciò anche in confor-

mento non integrale del credito privilegiato, deve ritenersi inammissibile la proposta di composizione della crisi da sovraindebitamento tutte le volte in cui non preveda il pagamento integrale (salva l'ipotesi di cui al comma 1, secondo periodo, dell'articolo 7, della legge n. 3 del 2012) e immediato (salva la moratoria di cui al comma 4 dell'articolo 8 della legge citata) dei creditori privilegiati".

Dello stesso tenore la Cass. 20 dicembre 2016, n. 26328, in www.ilcaso.it secondo cui "è possibile prevedere che i crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca possono non essere soddisfatti integralmente, allorché ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione, come attestato dagli organismi di composizione della crisi".

(6) Risulta ancora un Trib. Ravenna 1° dicembre 2016, in www.ilcaso.it che ribadisce l'applicabilità delle regole della revisione contabile riprodotte nei principi elaborati dal CNDCEC

con riferimento alla più generale attestazione dei piani di risanamento e revisione di dati contabili prospettici. In tale pronunzia si rileva tra l'altro che, attraverso un rinvio ai principi ISAE 3400 si stabilisce espressamente che esula da un procedimento tecnicamente corretto ed attendibile la previsione ed attestazione di dati che si evolvano per una durata futura superiore a 3/5 anni complessivi.

(7) "Nel concordato preventivo, con specifico riguardo all'attestazione di veridicità dei dati aziendali, il giudizio dell'attestatore non può limitarsi a una mera dichiarazione di conformità, ovvero di corrispondenza formale dei dati utilizzati per la predisposizione del piano a quelli risultanti dalla contabilità" (Trib. Benevento 23 aprile 2013).

"L'attestatore deve verificare che i dati esposti dal debitore siano reali e che il piano sia attuabile": (Trib. Firenze 9 febbraio 2012, in www.ilcaso.it).

(8) Art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, firmata nel 1950 a Roma, art. 111 Cost. sul giusto processo e L. n. 89/2011.

mità a quanto previsto dalla cosiddetta “legge Pinto”.

La problematica dell’incidenza su diritti dei creditori peraltro risulta particolarmente presente per il piano del consumatore ove non è prevista la votazione dei creditori che possono solo opporsi nei casi di non convenienza nei confronti della liquidazione (9).

Da un punto di vista strettamente dottrinale, fermo restando il rispetto della ragionevole durata del procedimento, sembra comunque ben difficile stabilire un rigido limite all’orizzonte temporale in quanto dipendente dalle circostanze del caso.

Nel concreto risulterebbe astrattamente realizzabile anche in tempi lunghi un piano basato, ad esempio, su un provento certo come un reddito da pensione. Situazione ben differente invece per un piano basato su un provento derivante, ad esempio, da un’attività imprenditoriale (o di partecipazione) che per sua natura è incerta e difficilmente prevedibile nel lungo periodo.

Sarà quindi fondamentale compito dell’O.C.C., caso per caso, stabilire quando, e per quanto tempo, le assunzioni possano essere ritenute attendibili per attestare la fattibilità del piano (e quindi la sua realizzabilità effettiva e completa fino al termine).

Sulla “convenienza del piano” rispetto all’alternativa liquidatoria

La relazione particolareggiata dell’Organismo di Composizione della Crisi, ex art. 9, comma 3 bis, L. 3/2012, da allegare alla proposta deve contenere, tra l’altro, il giudizio sulla probabile convenienza del piano rispetto all’alternativa liquidatoria.

La “probabile convenienza” non appare come un requisito per l’ammissibilità né per la successiva omologa in quanto è un’informazione offerta ai

creditori ed al Giudice che però la utilizzerà solo in presenza di contestazioni all’omologa ex art. 12 bis, comma 4, L. n. 3/2012: “Quando uno dei creditori o qualunque altro interessato contesta la convenienza del piano, il giudice lo omologa se ritiene che il credito possa essere soddisfatto dall’esecuzione del piano in misura non inferiore all’alternativa liquidatoria disciplinata dalla sezione seconda del presente capo.”.

Di fronte ad un così chiaro tenore della norma, valutare quest’elemento come un requisito per l’ammissibilità, come nel provvedimento in rassegna, non pare condivisibile.

È vero che esiste una sorta di graduazione fra i diversi strumenti alternativi di soluzione della crisi da sovraindebitamento che assegna alla liquidazione un ruolo sussidiario per cui il piano deve presentare necessariamente una causa “concreta” ulteriore e più favorevole rispetto alla mera liquidazione dei beni costituenti il patrimonio del debitore.

Ma è anche vero che la “non convenienza” non appare come un automatico motivo ostativo all’omologa (e ancor più all’ammissione).

Stante il tenore della norma, si deve ritenere che tale eccezione non possa essere sollevata, “d’ufficio”, in sede di omologa né, tanto meno, in via preventiva, in sede di ammissione.

Come per la verifica della “fattibilità economica” nel concordato preventivo, anche in questo caso la valutazione è rimessa ai creditori che, se ne avranno interesse, potranno contestare la proposta.

In questo caso, e solo in questo caso, il giudice procederà alla verifica della convenienza economica rispetto all’alternativa liquidatoria. La verifica inoltre non sarà generale ma solo in riferimento al singolo creditore che ha sollevato la contestazione.

(9) Sul tema Trib. Firenze 25 maggio 2016 sull’inammissibilità di un piano con durata di 15 anni e Trib. Rovigo 13 dicem-

bre 2016 in www.ilcaso.it, che ravvisa come sia ipotizzabile una durata massima di 5 anni.

STRUMENTI E PROCEDURE PER IL RECUPERO CREDITI

a cura di Antonio Ivan Natali

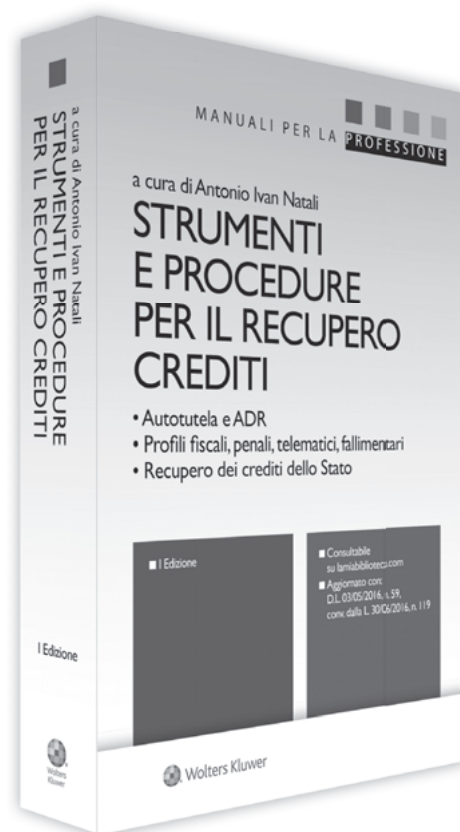
€ 72

Cod. 00216490

L'opera affronta il tema del recupero crediti così come disciplinato nei codici e nelle leggi speciali.

Il volume è suddiviso in due parti:

- la prima ha carattere generale, i temi trattati sono: gli strumenti di **autotutela del credito**, delle **adr**, dell'**opposizione al decreto ingiuntivo**, dell'**espropriazione forzata in generale** (presso il debitore, presso terzi, immobiliare, dei beni indivisi, contro il terzo proprietario), dell'**esecuzione per consegna o rilascio** e dell'**esecuzione forzata degli obblighi di fare e non fare**, delle **opposizioni, del debitore e del terzo nel processo esecutivo**, della **sospensione ed estinzione** del processo esecutivo e dell'**esecuzione forzata nei confronti della P.A.**
- la seconda monotematico: il recupero dei **crediti dello Stato**; gli **aspetti fiscali, telematici** (decreto ingiuntivo on line) e **penali** del recupero del credito; il recupero dei **crediti nelle procedure concorsuali**; la **crisi da sovraindebitamento**. Si dà conto dei più recenti interventi del legislatore (D.L. n. 59/2016 conv. in L. n. 119/2016) e della **giurisprudenza sia di merito che di legittimità**.



Risoluzione

Tribunale di Nola 17 marzo 2016 - Pres. ed Est. Savarese - Ferpan S.r.l.

Concordato preventivo - Omologazione - Inadempimento - Risoluzione - Dichiarazione di fallimento - Iniziativa alternativa dei creditori - Azione giudiziale cognitoria ed esecutiva - Recupero della pretesa obbligatoria extra concordataria - Legittimità

(Legge fallimentare, artt. 15, 168, 180, 184, 186)

Non vi è alcuna preclusione alla dichiarazione di fallimento di una società, allorché il debitore, dopo l'omologazione del concordato preventivo al quale era stato ammesso non provveda al suo adempimento; tuttavia, una volta chiusa la procedura di concordato preventivo e manifestatasi un'insolvenza del debitore rispetto alla posizione debitoria concordataria, è ammissibile che ciascun creditore assuma, al di là della domanda di risoluzione, qualsiasi altra iniziativa cognitoria ed esecutiva per ottenere l'ammontare della pretesa obbligatoria quantificata nel corso della procedura minore.

Il Tribunale (*omissis*).

Con ricorso di fallimento depositato ai sensi dell'art. 7 l.fall., la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Nola chiedeva dichiararsi il fallimento della società -Ferpan s.r.l.

Omissis.

La società si è ritualmente costituita, eccependo, in via preliminare, l'inammissibilità del ricorso, in quanto pendente la procedura di concordato preventivo, e nel merito chiedendo il rigetto di esso, per insussistenza dello stato di insolvenza.

1. L'eccezione preliminare.

Omissis.

Il piano prevedeva il soddisfacimento integrale delle spese di giustizia, dei creditori in prededuzione e dei creditori privilegiati e il soddisfacimento dei creditori chirografari nelle seguenti misure: a) 20,02% a favore dei creditori ricompresi nella II classe "chirografari"; b) 5% a favore del creditore compreso nella III classe "chirografari".

Omissis.

È opportuno richiamare, sia pur brevemente, i principali passaggi liquidatori previsti dal concordato omologato, che prevede, nell'arco di un quinquennio, il pagamento integrale di spese in prededuzione, e dei privilegiati, il pagamento nella misura del 20% della seconda classe dei chirografari, ed il pagamento nella misura del 5% della terza classe dei chirografari. In sostanza, il concordato si fonda su: 1) l'acquisto di due rami d'azienda, rispettivamente, da parte della Sorap Italia s.r.l. già affittuaria del ramo d'azienda, in virtù di affitto di ramo d'azienda stipulato prima della proposizione del concordato e condizionato sospensivamente all'omologazione del concordato, e da parte della Clap s.r.l. in virtù di contratto di opzione di acquisto di ramo d'azienda; riguardo alla Sorap il piano prevede che, perfezionata la vendita, i canoni di fitto già versati sono da considerarsi versamenti a parziale copertura del prezzo (mentre la restante parte del prezzo viene comunemente versata mensilmente, a mezzo pagamenti rateati, sino alla naturale conclusione del piano di concordato nei

tempi previsti); 2) subentro dell'Ima Real Estate nel contratto di leasing immobiliare stipulato dalla Ferpan, a mezzo cessione del contratto, con pagamento, mediante rate semestrali, di Euro 210.000,00; 3) vendita di un cespite immobiliare in Ottaviano; 4) subentro della Sorap Italia nel contratto di leasing mobiliare in corso, con accollo dei canoni scaduti al momento della domanda di concordato, e dei canoni in prededuzione maturati nel corso della procedura concordataria. Orbene, con relazioni del dicembre 2014, il commissario liquidatore, per un verso, dava atto del regolare versamento del canone di fitto di ramo d'azienda da parte della Sorap Italia, per altro verso, rilevava che non vi era stato alcun subentro nei due contratti di leasing, mobiliare ed immobiliare, con accrescimento del passivo concordatario e del passivo prededucibile maturato in corso di procedura, e mancato introito delle rate relative al subentro nel contratto di leasing immobiliare. Il giudice delegato invitava i commissari a rendere parere e all'esito dava disposizione di inoltrare la relazione del commissario liquidatore, con il parere dei commissari giudiziali, a tutti i creditori a che valutassero lo stato di adempimento del concordato omologato e l'eventuale proposizione di un ricorso di risoluzione ex art. 186 l.fall.

Omissis.

Tanto premesso: questo collegio ritiene che non vi sia alcuna preclusione alla dichiarazione di fallimento di una società in concordato preventivo, una volta che questo sia stato definitivamente omologato, non venga eseguito ed emerga una situazione di insolvenza della società. La procedura di concordato non pendente, allo stato, essendosi essa chiusa con l'omologazione, come testualmente stabilito dall'art. 184 l.fall., l'effetto dell'omologazione, vincolante per tutti i creditori, riguarda la modificazione dell'obbligazione a carico della società secondo le percentuali concordatarie: in queste percentuali la società debitrice è obbligata e, una volta che non vi sia adempimento delle obbligazioni concordatarie, si riassume il diritto di ciascun creditore di agire, giudizialmente ed anche esecutivamente, nei confronti della so-

Giurisprudenza

Concordato preventivo

cietà, non trovando più applicazione il divieto di azioni esecutive e cautelari di cui all'art. 168 l.fall. E tuttavia, il singolo creditore potrà agire "in executivis" soltanto per vedere soddisfatto il credito come riconfigurato in sede di concordato omologato, e ciò a meno che gli effetti del concordato non vengano rimossi dalla risoluzione o dall'annullamento del concordato ex art. 186 l.fall. [...]. Il collegio, pertanto, non ritiene che l'unico modo per soddisfare i crediti vantati nei confronti della società in concordato sia la risoluzione previa del concordato, quasi fosse questo un passaggio pregiudiziale onde poi addivenire all'ammissibilità di eventuali richieste giudiziali, anche esecutive e, anche, in sede di fallimentare ex art. 67 l.fall. Al contrario, la società in concordato (alla quale è stata data la possibilità di accedere a tale procedura con preferenza rispetto al fallimento, come statuito dalle note SS. UU. del maggio 2015), una volta chiusa la procedura di concordato, potrà manifestare una insolvenza rispetto alla debitoria concordataria e ciò legittima, secondo i generali principi, ciascun creditore ad agire al di là della previa risoluzione del concordato, ma all'interno dell'obbligazione come riconfigurata in sede concordataria. In altri termini, va distinto il profilo della rimozione degli effetti del concordato, la quale è possibile soltanto previa risoluzione o annullamento dello stesso, da quello della soddisfazione dei creditori o dell'emergere dello stato di insolvenza rispetto alla debitoria concordataria, quindi falcidiata, riconosciuta nella proposta di concordato poi omologata. Ragionare diversamente significherebbe espropriare i creditori del credito concordatario riconosciuto, perché la soddisfazione, pur nei limiti della percentuale concordataria, rimarrebbe frustrata in caso di inadempimento del piano concordatario e di mancata risoluzione del concordato, la quale esige il grave inadempimento del debitore in concordato da valutare complessivamente rispetto all'intera proposta ed all'intero piano. Analogamente, ove emerga una notizia di insolvenza della società che non riesce a far fronte (non alle originarie obbligazioni, ma) agli obblighi rideterminati in sede concordataria, sarebbe una interpretazione ultronea negare la legittimazione del PM ex art. 7 l.fall. a richiedere il fallimento della società, compromettendosi definitivamente ed irrimediabilmente la funzione istituzionale di tutela pubblicistica rivestita dalla Procura rispetto all'emergere di situazioni di insolvenza (a fronte del disinteresse, come nella specie accaduto, del ceto creditorio a richiedere la risoluzione del concordato).

Il ricorso, pertanto è ammissibile.

2. Sullo stato di insolvenza. Il collegio ritiene evidente lo stato di insolvenza della società Ferpan. È vero che il commissario liquidatore ha riscosso canoni di fitto di ramo d'azienda dalla Sorap con regolarità. Non ha però proceduto né a vendere l'altro ramo d'azienda alla Clap, giusta contratto d'opzione, né a vendere l'immobile della Ferpan in Ottaviano. L'assenza di atti liquidatori è stata disposta dal giudice delegato, e pertanto non è questa inattività autorizzata del commissario liquidatore a costituire l'incapacità della Ferpan di far fronte rego-

larmente alle proprie obbligazioni: trattasi di concordato liquidatorio per il quale occorre stabilire se la società in concordato possa con i propri asset far fronte agli obblighi concordatari ed alla prededuzione maturata e maturanda. L'insolvenza della Ferpan, piuttosto, consiste nel fatto che, decorsi più di diciotto mesi dall'omologa del concordato, essa non è riuscita a realizzare una delle fondamentali assunzioni del piano, e cioè il subentro nel leasing. O meglio, soltanto all'udienza del 3 dicembre 2015, ha prodotto gli atti di subentro nel contratto di leasing mobiliare, mentre alcuna notizia veniva fornita al collegio circa il subentro nel leasing immobiliare, in disparte un generico riferimento alla possibilità di una transazione con la società di leasing comportante l'acquisto dell'immobile, senza che si siano fatti comprendere ed apprezzare i termini della transazione, i tempi necessari alla stessa e, soprattutto perché per più di diciotto mesi su questa questione, pure più volte segnalata dal commissario liquidatore, alcun elemento ulteriore di valutazione fosse stato offerto agli organi della procedura ed al ceto creditorio. Il mancato subentro nel contratto di leasing immobiliare non solo ha fatto venire meno euro 210,000.00 all'attivo concordatario, con ciò solo già stravolgendo le previsioni di soddisfazione della classe dei chirografari da soddisfare al 20%, ma soprattutto producendo a carico della società un ingente, ed allo stato non determinabile, debito in prededuzione per tutti i canoni di leasing immobiliari maturati dalla pendenza della procedura concordataria ad oggi, con la conseguenza che le risorse rinvenibili dalla vendita del ramo d'azienda (la quale comunque si perfezionerà all'esito dei cinque anni del concordato, sarebbero già integralmente assorbite dal pagamento della prededuzione e dei privilegiati, ma presumibilmente soltanto in parte). Né la procedura avrebbe potuto serenamente procedere, vendendo il ramo d'azienda oggi, come richiede la Ferpan, ma con pagamento del prezzo residuo dilazionato come da piano, ovvero vendendo l'altro ramo d'azienda alla Clap e l'immobile in Ottaviano, mentre nulla si conosce della sorte del leasing immobiliare, con il rischio di liquidare gli asset aziendali per far fronte al crescente debito in prededuzione di una società di leasing: in altri termini, la situazione della Ferpan a diciotto mesi di distanza dall'omologa del concordato costituisce evidenza della incerta destinazione del ricavato degli atti liquidatori, ad oggi orientata alla soddisfazione dei canoni di un leasing immobiliare nel quale non si è subentrati, come previsto nel piano, e nel quale la società non sa oggi ancora dire se e in che termini il subentro avverrà. Con ciò stesso manifestando la strutturale ed irreversibile incapacità di far fronte con i propri asset sociali e con i contratti previsti nel piano stesso ai debiti sociali come riconfigurati dal concordato. Superfluo rilevare il superamento della soglia di cui all'art. 15 ultimo comma l.fall.

P.Q.M.

dichiara il fallimento della Ferpan s.r.l., *omissis*. (*omissis*).

“Per la contraddizione che nol consente” : una critica ad una lettura anti-sistemica degli artt. 168 e 186 l.fall. *di Federico Casa (*)*

L'Autore si sofferma su una pronuncia del Tribunale di Nola, secondo la quale, una volta omologato il concordato preventivo, sarebbe possibile dichiarare il fallimento del debitore concordatario, anche su istanza del P.M., prima che siano decorsi i termini fissati nel ricorso per l'adempimento della proposta medesima e soprattutto senza un preventivo provvedimento di risoluzione del concordato preventivo stesso. Pur comprendendo le ragioni poste a fondamento di una siffatta lettura della legge fallimentare, che consentirebbe, con l'intervento della Procura della Repubblica, di superare lo "stallo" e gli inconvenienti in cui versano numerosissimi concordati, sostanzialmente inadempiti ma non ancora risolti a causa dell'inerzia dei creditori concorsuali, egli ritiene che tale operazione ermeneutica contrasti con una interpretazione sistematica degli artt. 168, 184 e 186 l.fall.

1. La decisione del Tribunale di Nola e alcuni recenti orientamenti giurisprudenziali

La sentenza oggetto del presente contributo s'inserisce nell'alveo di un orientamento giurisprudenziale ormai maggioritario, che pare vada sempre più consolidandosi, nel senso di distinguere il profilo della rimozione degli effetti del concordato, la quale potrebbe essere ottenuta solo a seguito del positivo esperimento di un'azione di risoluzione ex art. 186 l.fall., dal (ri)emergere dello stato d'insolvenza, nonostante la falcidia operata dall'omologazione del concordato preventivo, oppure sopravvenuto nel corso dell'esecuzione stessa del concordato preventivo. In altri termini, il ragionamento che intendono suggerire tali corti di merito ci pare possa essere così riassunto: un determinato significato hanno le discussioni sui presupposti stessi della risoluzione del concordato preventivo, i quali presuppongono una valutazione articolata dell'inadempimento del debitore concordatario rispetto al contenuto complessivo del piano concordatario, un'altra ha la disamina sullo stato d'insolvenza dell'impresa in concordato rispetto agli obblighi indicati nella proposta, e globalmente rideterminati, quanto al loro contenuto e alle loro modalità di adempimento ed estinzione, nel decreto di omologazione del concordato preventivo. Ciò appare tanto più vero, se solo si pensi che il Tribunale di Nola, nel marzo del 2016, su istanza della Procura della Repubblica, "verificato" lo stato d'insolvenza dell'impresa, avrebbe dichiarato il fallimento del debi-

tore concordatario, successivamente all'omologa della proposta concordataria, ancora prima che fossero decorsi i termini fissati nel ricorso per l'adempimento della proposta medesima e l'esecuzione del piano, ma soprattutto senza avvertire la necessità della preventiva declaratoria di risoluzione del concordato preventivo. Infatti, avrebbe osservato il Tribunale, nei diciotto mesi successivi all'omologa, il concordato avrebbe generato una tale quantità di debiti in prededuzione, maturati dalla pendenza della procedura concordataria ad oggi, del tutto inattesi, il cui ammontare avrebbe finito per assorbire l'intero attivo concordatario, al punto tale che, seppure in via del tutto previsionale, nemmeno i creditori privilegiati avrebbero potuto conseguire la soddisfazione indicata nella proposta di concordato. Il riferimento ai debiti in prededuzione sorti nel corso del concordato, cui si sarebbe riferito il Tribunale campano, non deve però trarci in inganno, non solo perché ciò non avrebbe significato alcuna presa di posizione da parte del Tribunale di Nola sulla qualificazione dei debiti sorti durante la fase esecutiva del concordato, ma anche poiché il collegio non avrebbe inteso in alcun modo introdurre una qualche distinzione sulla genesi e sulla natura di tali debiti, limitandosi ad elencare la violazione degli obblighi concordatari e le conseguenze che ne sarebbero derivate sul passivo concordatario, in termini di minori utilità per i creditori concorsuali, tra le quali anche l'aumento dei debiti da pagarsi in prededuzione nell'ambito del concordato medesimo (la cosiddetta "prededuzione concordataria"). Infatti, il Giudice di Nola sarebbe stato particolar-

(*) Il contributo è stato, sottoposto, in forma anonima, alla valutazione di un *referee*.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

mente puntuale nell'individuare gli inadempimenti del debitore, senza peraltro distinguere, anche perché ciò non sarebbe stato in alcun modo possibile, quelli che avrebbero comportato e riproposto in tutta la loro gravità *la strutturale ed irreversibile incapacità di fare fronte con i propri asset ai debiti sociali come riconfigurati nel concordato*, l'inidoneità, in altri termini, del patrimonio segregato ad estinguere in modo soddisfacente le obbligazioni assunte nei confronti dei creditori, come riformulate nel decreto di omologa. Pertanto il sopravvenire di imprevisti debiti non concorsuali, sempre seguendo le indicazioni del Tribunale, avrebbe finito per costituire, indifferentemente, sia la conferma dello stato d'insolvenza dell'impresa, sia il criterio di determinazione della gravità degli inadempimenti del debitore concordatario. Ci sia consentito rilevare, ancora prima di analizzare gli argomenti giuridici posti a fondamento della distinzione tra l'insolvenza del debitore e la risoluzione dell'accordo concordatario, che il venir meno del vincolo pattizio per violazione da parte del debitore degli obblighi, come rideterminati nel decreto di omologa, era previsione legislativa già contenuta nel testo della legge fallimentare del 1942, nel medesimo art. 186 l.fall., oggi del tutto riscritto alla luce della natura assunta dal concordato preventivo dopo le Novelle 2005-

2015 (1). Anche l'idea stessa della possibile lettura della realtà economica dell'impresa in termini di insolvenza, persino durante la fase esecutiva del concordato, non costituisce certo una recente suggestione di creazione giurisprudenziale, poiché ancor prima delle riforme fallimentari era già accaduto che l'autorità giudiziaria fosse proceduta alla dichiarazione di fallimento dell'impresa senza una preventiva declaratoria di risoluzione del concordato preventivo (2). Eppure ciò lo si sarebbe addebitato, quantomeno fino al 2005, alla valenza maggiormente pubblicistica delle procedure concorsuali, anche di quelle minori, declinata nella forma dell'istituto del "fallimento d'ufficio", che sarebbe parso il presupposto stesso dell'analisi dell'emersione dello stato d'insolvenza anche durante la fase esecutiva del concordato preventivo. Oggi, nonostante la tacita abrogazione di tale normativa, la giurisprudenza di legittimità e la dottrina maggioritaria avrebbero continuato, pur a determinati effetti, ad affermare il principio della consecuzione delle procedure concorsuali (3); in ogni caso il punto che oggi interessa non è questo. In altri termini, una volta omologato il concordato preventivo, il creditore insoddisfatto, anche solo in termini previsionali (4), rispetto all'esecuzione del programma negoziale concordato dal debitore con i creditori e

(1) Per la consueta puntualità, si veda S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, in F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli (diretto da), *Le altre procedure concorsuali, Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, IV, Torino 2014, 422, il quale esamina le rilevanti modifiche apportate all'art. 186 l.fall.

(2) Cfr. la giurisprudenza di merito ante 2005, cui fa riferimento F.S. Filocamo, *Sub art. 184 l.fall.*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, Milano 2014⁴, 2659.

(3) In senso negativo rispetto all'operare del principio della consecuzione delle procedure dopo la riforma del diritto fallimentare avviata nel 2005, senza dubbio, seppure in posizione minoritaria, U. Apice, *L'abolizione del fallimento d'ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, in questa *Rivista*, 2008, 129 ss.; di diverso avviso e in linea con la dottrina e la giurisprudenza prevalenti, che ne avrebbero affermato la vigenza, si veda L. Guglielmucci, *Le azioni di ricostruzione del patrimonio*, in questa *Rivista*, 2007, 1045 ss., secondo il quale rispetto ai crediti sorti in occasione o in funzione di procedure concorsuali di cui all'art. 111, comma 2, l.fall., il legislatore avrebbe continuato a dare rilevanza al fenomeno della continuità delle procedure che si sarebbero susseguite nel tempo, con la conseguenza che al principio della "consecuzione delle procedure" si sarebbe sostituito il "principio di continuità", il quale avrebbe consentito di giustificare la retrodatazione degli effetti all'apertura della prima procedura, e ciò sulla base del ragionamento che, venuta meno la prima procedura, a posteriori si sarebbe potuto affermare lo stato d'insolvenza. Si veda inoltre I. Pagni, *Commento agli artt. 179-180-181 l.fall.*, in *Commentario Jorio-Fabiani*, II, Bologna 2007, 1507 ss.; P. Catalozzi, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e la loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*, in questa *Rivista*, 2008, 436-444; P. Genoviva,

Rigetto della proposta di concordato preventivo e dichiarazione di fallimento: questioni di diritto processuale transitorio, *ivi*, 2009, 55-64; P. Bosticco, *La Cassazione conferma il principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento*, *ivi*, 2011, 33-40; G.B. Nardecchia, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, *ivi*, 2011, 1451-1460. Nella giurisprudenza di legittimità, occorre vedere Cass. 12 agosto 2009, n. 18236, con nota adesiva di M. Spiottadi M. Spiotta, *Fallimento d'ufficio nel regime intermedio*, *ivi*, 2010, 157-165; in quella di merito, Trib. Forlì 3 novembre 2015, *ivi*, 2016, 774-776, con nota di P. Pototsching, *Consecuzione tra procedure concorsuali e nuovi scenari applicativi nella stagione riformatrice*, 776-788; Trib. Rovigo 4 maggio 2016, *ivi*, 2016, con nota molto critica di E. Staunovo Polacco, *Sulla insostenibilità della consecutio tra il concordato preventivo non ammesso ed il fallimento dichiarato senza soluzione di continuità*, 1347-1354. Ancora di recente in autorevoli opere monografiche dedicate all'istituto del concordato preventivo, sicuramente per la permanenza di tale principio nell'ordinamento fallimentare, S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, cit., 420-421; con maggiori distinguo, M. Fabiani, *Concordato preventivo*, in *Commentario Scialoja-Branca-Galgano*, a cura di G. De Nova, Bologna 2014, 157-161.

(4) In questo senso sono la giurisprudenza di merito nettamente prevalente e la dottrina; cfr. Trib. Milano 21 gennaio 2010, in *www.ilcaso.it*; App. L'Aquila 31 maggio 2012, in questa *Rivista*, 2013, 59; Trib. Modena 11 giugno 2014, *ivi*, 2014, 1237; Trib. Monza 13 febbraio 2015, in *www.ilcaso.it*; Trib. Rovigo 30 novembre 2016, in questa *Rivista*, 2017, 235; si veda E. Macri, *Esecuzione, risoluzione ed annullamento del concordato fallimentare e preventivo*, in *Dir. fall.*, 2012, I, 512 ss.; M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 760-764.

fissato nel provvedimento di omologa, oggi potrebbe scegliere tra due itinerari giuridici: o agire per la risoluzione del concordato preventivo nei limiti e secondo i termini di cui all'art. 186 l.fall. e solo eventualmente insistere, pur contestualmente, per la declaratoria di fallimento oppure chiedere all'autorità giudiziaria di accertare lo stato d'insolvenza dell'impresa, con particolare riferimento al patrimonio definitivamente segregato della medesima, in relazione alla capacità di fare fronte alle obbligazioni cristallizzate nel decreto di omologa ed ai debiti sorti nel corso della procedura concordataria (5). L'argomento cardine sul quale si fonda il ragionamento del tribunale campano trova un appiglio, anche se forse non così solido, nella lettera del primo comma dell'art. 168 l.fall., a mente del quale, divenuto definitivo il decreto di omologa, secondo la diffusa interpretazione (letterale) *a contrario*, i creditori concorsuali potrebbero iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio segregato del debitore concordatario. La tesi, come vedremo, è forse più fragile di quanto appaia ad una lettura *prima facie*, ma di questo discuteremo in seguito; per ora ci basti rilevare che altre corti di merito non si sarebbero troppo discostate da una esegesi quasi del tutto assimilabile a quella del collegio

campano. Di lì a qualche mese, infatti, nello stesso senso si sarebbe pronunciata un'altra corte di merito, la quale, sempre a seguito di una istanza di fallimento della Procura della Repubblica, avrebbe dichiarato il fallimento di una impresa, il cui concordato era stato omologato e non era ancora decorso il termine fissato dalla proposta per l'adempimento, cosicché la gravità dell'inadempimento avrebbe potuto avere natura solo prospettica, sebbene declinata nella forma della probabilità piuttosto che della possibilità (6). La discussione proposta dal Tribunale sabauda, evidentemente, non avrebbe tanto riguardato la responsabilità soggettiva, intesa quale imputabilità al debitore della causazione del fatto dell'inadempimento, poiché da tempo la questione risultava superata sia nella giurisprudenza di legittimità sia nella dottrina maggioritaria (7), così come il dibattito sul mancato conseguimento delle percentuali di soddisfacimento dei creditori indicate dal debitore nella proposta (8), quanto, ancora una volta, l'ammissibilità della declaratoria del fallimento dell'impresa, in assenza di una preventiva dichiarazione di risoluzione del concordato preventivo per inadempimento. Il Tribunale sarebbe stato senza dubbio molto attento nel distinguere l'accertamento dello stato d'insolvenza dell'impresa ri-

(5) Per la discussione sulla natura prededucibile o meno (nell'eventuale successivo fallimento) dei debiti sorti durante la fase esecutiva del concordato preventivo, tenuto soprattutto conto che *ex art.* 111 l.fall. non possono essere considerati crediti sorti "in occasione", per una soluzione particolarmente prudente, considerato che la procedura di concordato si sarebbe estinta per effetto dell'omologa, si veda F.S. Filocamo, *Sub art. 184 l.fall.*, cit., 2661; per una lettura invece che propende per la soluzione affermativa, qualora tali crediti possano definirsi legittimamente sorti in esecuzione del piano, si veda A. Audino, *Sub art. 186 l.fall.*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2013, 1323; A. Silvestrini, *La risoluzione del concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2016, 517-518.

(6) Trib. Torino 26 luglio 2016, in *www.ilcaso.it*.

(7) Nel senso dell'irrelevanza della colpa del debitore nell'inadempimento alle obbligazioni contratte con i creditori, nella giurisprudenza di merito, si veda Trib. Ravenna 7 giugno 2012, in *Juris Data*; Trib. Modena 11 giugno 2014, *ivi*; in quella di legittimità, Cass. 4 marzo 2015, n. 4398, *ivi*. Nello stesso senso dottrina autorevole: cfr. G. Bozza, *La fase esecutiva del concordato preventivo con cessione dei beni*, in questa *Rivista*, 2012, 767 ss.; pur con qualche maggiore perplessità, attesa l'accentuazione del carattere negoziale del concordato preventivo dopo le Novelle 2005-2015, S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, cit., 424-426; M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 761; M. Vitiello, *Sub art. 186 l.fall.*, in G. Lo Cascio (diretto da), *Codice commentato del fallimento*, Padova, 2015³, 2312.

(8) Cfr. M. Ferro, *Il concordato preventivo: l'omologazione e le fasi successive*, in *Commentario Jorio-Fabiani*, II, cit., 1029-1135, secondo il quale non può essere risolto il concordato preventivo, nel caso in cui il debitore abbia messo a disposizione dei creditori l'intero suo patrimonio, nonostante la percentuale indicata non corrisponda a quella ottenuta dai creditori in sede di liquidazione; diverso il caso, naturalmente, in cui il de-

bitore concordatario avrebbe assicurato ai creditori una percentuale fissa; di recente, nella giurisprudenza di merito, Trib. Bari 13 dicembre 2016, in questa *Rivista*, 2017, 602, secondo il quale non sarebbe risolubile il concordato nell'ipotesi in cui il debitore non avesse garantito una percentuale predefinita; nel caso in cui invece lo scostamento fosse rilevante, sarebbe possibile ricorrere alla risoluzione per mancanza delle qualità promesse *ex art.* 1497 c.c. Che è tematica del tutto diversa rispetto a quella dell'offerta "irrisoria", sulla quale si veda, con la consueta puntualità, A. Penta, *La revoca dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo e la risoluzione del concordato preventivo*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghiai - C. Piccinini - F. Severini, IV, Torino, 2011, 603; G. Vettori, *Fattibilità giuridica e causa concreta nel concordato preventivo*, in *Contr. e impr.*, 2013, 1203-1214, il quale avrebbe ricondotto al tema della "fattibilità giuridica" la questione della proposta di una percentuale "irrisoria"; G. Milano, *La proposta di concordato preventivo con percentuale irrisoria*, in *Giur. comm.*, 2015, II, 839-850; A. Rossi, *Le proposte "indecenti" nel concordato preventivo*, *ivi*, I, 2015, in particolare 331-338; R. Valente, *Il carattere non vincolante della percentuale di soddisfacimento dei crediti nel concordato preventivo con cessione dei beni. L'obbligazione tipica dell'imprenditore e la necessaria distribuzione dell'intero ricavato della liquidazione*, in *Dir. fall.*, 2015, 190-202. Ancora diverso è il caso in cui i creditori, a causa di una diversa valutazione dei beni concordatari, abbiano ricevuto all'esito della liquidazione una percentuale molto inferiore rispetto a quella indicata dal debitore nella proposta; sul tema si veda Trib. Vicenza 7 maggio 2012, in *www.ilcaso.it*, secondo il quale il concordato non potrebbe essere risolto, se di tali possibili diverse valutazioni i creditori al momento del voto fossero stati informati; nello stesso senso Trib. Rovigo 3 febbraio 2016, in *Juris Data* a condizione però che, seppure in misura minima, i creditori chirografari possano trovare comunque soddisfazione.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

spetto agli inadempimenti posti in essere dal debitore concordatario, anche se temiamo che, concretamente, tale distinzione non sarebbe stata così facile da delineare: *tale sopravvenuta e definitiva impossibilità di adempiere, di là dall'integrare alternativa ed autonoma causa di risoluzione del concordato rispetto all'inadempimento imputabile del debitore, integra l'incapacità definitiva e non reversibile del medesimo di adempiere le obbligazioni che egli ha assunto* (9). Soprattutto dopo che la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie avrebbero da tempo precisato che l'inadempimento del debitore concordatario, rilevante ai fini della risoluzione del concordato ex art. 186 l.fall., si sarebbe dovuto valutare in relazione alla globalità della proposta concordataria e non con riferimento al diritto di credito del singolo creditore o di una determinata classe di creditori concorsuali (10), considerazione questa che dovrebbe rendere ancora più complicata, anche solo dal punto di vista teorico, la distinzione tra insolvenza e inadempimento successivi all'omologa. Per rendersi invece conto delle difficoltà di ordine pratico, basterà leggere le richiamate sentenza di merito, nella parte in cui, con grande fatica, i Giudicanti avrebbero cercato di inferire l'insolvenza a partire da alcuni gravi inadempimenti del debitore concordatario. Decisiva, secondo il medesimo Tribunale, *sarebbe stata una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 186 l.fall.*, suggerita da una nota

sentenza della Corte Costituzionale del 2004, secondo la quale, proprio perché il criterio teleologico doveva prevalere su quello sistematico, un creditore concorsuale, ignaro del concordato del proprio debitore, e non più in grado di rispettare i tempi dettati dall'art. 186 l.fall., *avrebbe potuto insistere sin da subito per il fallimento, così imponendo al Tribunale fallimentare di verificare in concreto se l'inadempimento dei crediti anteriori alla proposta concordataria era tale da potersi definire come insolvenza ai sensi dell'art. 5 l.fall.* La Corte Costituzionale avrebbe esteso l'applicazione di tale principio a qualunque creditore, anche concorsuale, sia per il caso in cui il concordato preventivo non avesse posto fine allo stato d'insolvenza, sia qualora l'incapacità di fare fronte alle obbligazioni assunte fosse sopraggiunta nella fase di esecuzione del concordato (11). D'altro canto, dello stesso avviso era già stato anche il Tribunale di Venezia, il quale aveva anch'esso fatto riferimento sia alla sentenza della Corte Costituzionale del 2004, sia a quelle sentenze della Corte di Cassazione (12), le quali, pur sancendo la priorità logica del concordato preventivo sul fallimento (13), avrebbero stabilito la necessaria riunione dei procedimenti ex art. 273 c.p.c., ciosiché, utilizzando tali arresti della giurisprudenza di legittimità e trattandosi di soluzioni della crisi d'impresa alternative l'una all'altra, sarebbe risultato naturale che, divenuta non praticabile la via ne-

(9) Trib. Torino 26 luglio 2016, cit.

(10) Sul tema la letteratura è vasta; la tesi prevalente è nel senso che l'inadempimento, in quanto "non di scarsa importanza", deve avere ad oggetto l'intera proposta concordataria e non l'inadempimento nei confronti di un determinato creditore; sia consentito, a tal proposito, riferirci a S. Ambrosini - P.G. De Marchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano 2005; G.U. Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova 2006; M. Fabiani, *Commento sub art. 6-7 l.fall.*, in *Comm. Jorio - Fabiani*, I, cit., 104-168; P. Marano, *Commento sub art. 182, 186 l.fall.*, ivi, II, 2524-2532 e 2609-2614; G. Fauceglia, *Esecuzione, risoluzione ed annullamento*, in G. Fauceglia - L. Panzani (diretto da), *Trattato del Fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 1769; P. Sisinni, *Commento sub art. 186 l.fall.*, in A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, Torino, 2010, 2363-2371; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 332; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2015; M. Vitiello, *Commento sub art. 186 l.fall.*, cit., 1663-1672; M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 759-762. Per la teoria (oggi minoritaria) che l'inadempimento avrebbe potuto riguardare anche l'obbligazione assunta nei confronti di un singolo creditore, cfr. G. Rago, *La risoluzione del concordato preventivo fra passato, presente e...futuro*, in questa *Rivista*, 2007, 1214.

(11) Cfr. Corte Cost. 2 aprile 2004 n. 106, in *De Jure*, in cui si legge che "il concordato omologato è obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato" (art. 184 del R.D. n. 267 del 1942) e, dall'altro lato, che tale obbligarietà può venire meno solo a seguito della risoluzione o dell'annullamento, in quanto "con la sentenza che ri-

solve o annulla il concordato il Tribunale dichiara il fallimento" (art. 186 del R.D. n. 267 del 1942); *dichiarazione che retroagisce al momento del decreto di apertura della procedura di concordato, e che determina, ovviamente, l'ammissione al passivo dei crediti anteriori per l'intero loro ammontare e non già nella misura "falcidiata" dal concordato. La tesi, pertanto, secondo la quale l'assenza della risoluzione del concordato impedirebbe non soltanto tale dichiarazione di fallimento "in consecuzione", ma anche una autonoma dichiarazione di fallimento - la quale, ferma l'obbligatorietà del concordato per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura, prende data ad ogni effetto dalla dichiarazione stessa - non è affatto imposta dalla legge (e, tanto meno, dal "diritto vivente"), bensì è frutto di una interpretazione che privilegia un - rispettabile ma opinabile - profilo sistematico, secondo il quale il concordato (se non risolto o annullato) cancellerebbe definitivamente "quella" insolvenza in ragione della quale fu ammesso e omologato e, pertanto, impedirebbe di attribuire successivamente rilevanza, ai fini di cui all'art. 5 del R.D. n. 267 del 1942, ai debiti esistenti al momento dell'apertura della procedura.*

(12) Cfr. Trib. Venezia 29 ottobre - 6 novembre 2015, in *www.ilcaso.it*.

(13) Vedi Cass., SS.UU., 15 maggio 2015, nn. 9934-9935-9936, in questa *Rivista*, 2015, 898-908, con note adesive di F. De Santis, *Principio di prevenzione e abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle Sezioni Unite della Cassazione*, ivi, 909-922; I. Pagni, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare dopo le Sezioni Unite del maggio 2015*, ivi, 923-933; D. Turrioni, *Sui rapporti tra concordato preventivo e procedura per dichiarazione di fallimento*, in *Dir. fall.*, II, 2016, 199-228.

goziata, e inammissibile un provvedimento di risoluzione del concordato, non avendo il debitore la legittimazione a richiederlo, a quest'ultimo non sarebbe rimasto che optare per l'istanza di auto-fallimento. In effetti, la previsione di un giudizio simultaneo, quello relativo al concordato e al fallimento, avrebbe avuto un ruolo decisivo nell'affermarsi di quella giurisprudenza di merito, che avrebbe autorizzato la dichiarazione di fallimento anche in assenza di una declaratoria di risoluzione del concordato preventivo. Peraltro, gli argomenti posti a sostegno delle indicazioni della Corte di Cassazione, in tema di simultaneità dei procedimenti, sembrano oggi non così facilmente confutabili; certamente non quello analogico, secondo il quale l'art. 274 c.p.c. (14) notoriamente mira a garantire nel contempo un coordinamento logico tra le decisioni, evitando contrasti logici e pratici di giudicati (15) e il rispetto di esigenze di economia processuale (16). Esso avrebbe consentito di superare anche il problema della necessità che la connessione delle cause riguardasse o il titolo o l'oggetto delle stesse, poiché i diversi presupposti della procedura concordataria rispetto a quella pre-fallimentare avrebbero effettivamente potuto revocare in dubbio l'esistenza del coordinamento logico tra le controversie (17). Né quello sistematico, in forza del quale, siccome gli artt. 162, 173, 180 l.fall. prevedono che il tribunale con un unico provvedimento possa ratificare l'insuccesso della proposta concordataria e accertare i presupposti di fallibilità del debitore, risulta testualmente affermata la tesi del simultaneo processo. In altri termini, sarebbe possibile dedurre la tesi della simultaneità del processo

a partire dall'unicità del provvedimento che avrebbe definito la procedura concordataria e quella pre-fallimentare, come oramai avrebbe ammesso priva di tentennamenti la giurisprudenza di legittimità (18). Essa infatti pare ormai accogliere senza condizioni quell'orientamento, secondo il quale il legislatore, nell'unificare il procedimento che regola il concordato preventivo e quello pre-fallimentare, avrebbe costruito una fattispecie necessariamente complessa ma dipendente da due decisioni assunte nello stesso contesto (19). Orientamento non dissimile rispetto a quello prospettato ancora più recentemente da altro Tribunale campano, il quale riteneva ammissibile la discussione dell'istanza di auto-fallimento del debitore concordatario, anche se non fosse stata ancora dichiarata la risoluzione del vincolo concordatario, dal momento che, venuto meno il concordato preventivo per effetto del provvedimento di omologa, nulla avrebbe vietato all'autorità giudiziaria di verificare *ex post* non solo la fattibilità economica del piano e la sua incidenza sulla situazione di crisi dell'impresa, ma anche se l'insolvenza non fosse sopraggiunta nella fase di esecuzione del concordato (20). Il ragionamento posto a fondamento degli indicati arresti giurisprudenziali sembrerebbe muovere da una interpretazione letterale dell'art. 184 l.fall., secondo il quale, se è pur vero che i creditori interessati dal concordato subiscono un effetto modificativo del rapporto giuridico e non liberatorio, la cui definitività è sottoposta alla condizione dell'adempimento delle obbligazioni concordatarie, è altrettanto vero che le disposizioni di cui agli artt. 184 e 186 l.fall. sembrano vietare ai creditori concorsuali di iniziare

(14) Cfr. L. Pica, *Il concordato preventivo*, in P. Celentano - E. Forgillo (a cura di), *Fallimenti e concordati*, Torino 2008, 1065-1194.

(15) Si veda G. Franchi, *Riunione di procedimenti*, in *Digesto App. VI, Dir. proc. civ.*, Torino 1980, I, 901 ss.

(16) La giurisprudenza di legittimità assolutamente prevalente ricorre a questo istituto anche in ipotesi di connessione cosiddetta "impropria", e cioè per mera comunanza di questioni, qualora per motivi di economia processuale sussista anche una semplice opportunità di trattare e decidere contemporaneamente più controversie; cfr. Cass. 12 gennaio 1999, n. 249, in *Juris Data*.

(17) Cfr. A. Lorenzetto Peserico, *La continenza di cause*, Padova, 1992, 103 ss., secondo la quale il coordinamento logico tra le controversie può anche imporre il cumulo oggettivo delle domande.

(18) Cfr. Cass. 2 aprile 2010, n. 8186, in questa *Rivista*, 2011, 321-322, con commento favorevole di F. Marelli, *L'impugnazione del decreto di inammissibilità e la reiterazione della proposta di concordato preventivo*, *ivi*, 322-326; Cass. 24 maggio 2012, n. 8227, *ivi*, 2012, 1185-1186, con nota adesiva di F. De Santis, *Per un tentativo di chiarezza di idee intorno al preteso effetto devolutivo "pieno" del reclamo contro la sentenza*

za dichiarativa di fallimento, *ivi*, 1186-1198.

(19) La tesi veniva proposta con particolare efficacia da G.B. Nardecchia, *Nuova proposta di concordato, istanza di fallimento e poteri del tribunale in sede di ammissione*, cit., 1451-1460; sul tema occorre vedere Cass. 6 agosto 2010, n. 18437, *ivi*, 2011, 30-32, con nota senz'altro adesiva di P. Bosticco, *La Cassazione conferma il principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento*, cit., 33-40, in cui il ragionamento della Suprema Corte sarebbe stato approvato a partire dall'idea che il fallimento, che conseguiva al concordato preventivo, sarebbe una evoluzione della medesima situazione d'insolvenza; il tema veniva anche affrontato da G.P. Ciervo, *Quale destino per il principio di consecuzione di procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, IV, 2011, 879-887, ancora quale commento a Cass. 6 agosto 2010, n. 18437, *ivi*, 873-876. Infine, ci pare di un certo rilievo anche l'argomento, in virtù del quale la concezione del simultaneo processo sarebbe indirettamente dimostrata dalla reviviscenza nel nostro ordinamento del principio della consecuzione delle procedure, il quale avrebbe trovato una puntuale conferma nel secondo comma dell'art. 69-bis l.fall. introdotto dalla L. n. 134 del 7 agosto 2012.

(20) Trib. Napoli Nord 29 aprile 2016, in questa *Rivista*, 2016, 878.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

e proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore solo dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo sia divenuto definitivo (21). Sul tema si sarebbe formata anche una giurisprudenza minoritaria; essa avrebbe fatto leva non solo sul carattere negoziale del concordato preventivo a seguito della disciplina novellata, ma anche a partire da un arresto della giurisprudenza di legittimità (Cass. 28 aprile 2015, n. 4875), in forza del quale il debitore non potrebbe porre nel nulla *gli effetti vincolanti del concordato, poiché tale rinuncia finirebbe per tradursi sostanzialmente nell'abbandono della relativa proposta, atteggiandosi quindi come revoca della stessa, non più ammissibile una volta che i predetti avessero trovato formale consacrazione nel provvedimento di omologazione* (22). Nell'ambito del medesimo filone giurisprudenziale si sarebbe evidenziato, con particolare puntualità, come la sentenza della Corte Costituzionale del 2004, cui la giurisprudenza di merito di segno opposto avrebbe fatto grande affidamento, a ben vedere, riguardava un creditore del concorso non convocato che, proprio per questo, non era stato più in grado di rispettare i limiti temporali di cui all'art. 186 l.fall. fissati per la risoluzione del concordato, cosicché, secondo il Tribunale veneto, la lettura costituzionalmente orientata della Corte Costituzionale, per una sorta di eterogeneità dei fini, e per converso, non potrebbe in alcun modo consentire al debitore di "liberarsi" di un concordato omologato, pur anche rimasto inadempito. Infatti, secondo il principio del bilanciamento degli interessi, e ritenuto sicuramente prevalente il diritto di difesa del creditore non convocato rispetto alla cogenza del vincolo concordatario, il quale non potrebbe certo avere rilevanza costituzionale, sarebbe risultato del tutto naturale che quest'ultimo avesse potuto chiedere il fallimento del debitore concordatario, ma non ci sarebbero ragioni per riconoscere tale facoltà agli altri creditori concorsuali oppure al debitore medesi-

mo, vincolati dalla proposta, stabilizzata nel provvedimento di omologazione (23).

2. La liberazione del debitore e i creditori concorsuali; i non convocati e quelli il cui credito si genera durante la fase esecutiva del concordato

Nell'intento di assumere una posizione con riferimento ai due filoni giurisprudenziali sopra delineati, sia consentito indicare alcuni "punti fermi", rispetto ai quali possa affermarsi che nella giurisprudenza di legittimità, di merito e nella dottrina maggioritaria vi sia una qualche consonanza di vedute. In primo luogo, pare potersi affermare che all'avvenuta omologa del concordato preventivo non possa affermarsi che consegua la liberazione del debitore, la quale costituirà inevitabilmente effetto dell'esecuzione del concordato preventivo; in secondo luogo, gli effetti del concordato si producono per tutti i creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso contenente la domanda di concordato preventivo, tralasciando in questa sede tutte le discussioni che possono derivare con riferimento al momento della venuta ad esistenza del credito. Messa tra parentesi, perché pacifica, anche ogni altra discussione inerente all'ammissibilità delle azioni di accertamento del proprio credito da parte dei creditori concorsuali, spesso rese necessarie dall'assenza nel procedimento di concordato preventivo della formazione di uno stato passivo anche solo avente valenza endo-processuale, ci sia consentito affermare, in terzo luogo e con una certa approssimazione, poiché occorrerebbe proporre alcune distinzioni in relazione ai concordati per garanzia e a quelli con cessione dei beni, che risulta ormai consolidato quel formante giurisprudenziale, in virtù del quale sono senza dubbio proponibili dai creditori concorsuali, anche durante la fase esecutiva del concordato, azioni di condanna, i cui effetti però non potranno essere né quelli di alterare la *par condicio creditorum*, né di neutralizzare la falcidia concordataria, anche in as-

(21) F.S. Filocamo, *Sub art. 184 l.fall.*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, cit., 2654-2661; A. Audino, *Sub art. 184 l.fall.*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., 1301-1304; M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 697-710.

(22) Cfr. Trib. Pordenone 26 aprile 2016, in *www.FallimentieSocietà.it*; nello stesso senso cfr. Trib. Reggio Emilia 24 giugno 2015, in questa *Rivista*, 2015, 1329, con nota sostanzialmente adesiva di A. Penta, *Il creditore "contestato": una deroga al divieto di azioni esecutive*, ivi, 1336 ss.; secondo tale giurisprudenza di merito non potrebbe essere dichiarato il fallimento del debitore, il cui concordato fosse stato omologato, anche

se fossero decorsi i termini per la proposizione dell'azione di risoluzione; nello stesso senso cfr. Trib. di Pordenone 13 ottobre 2015, *www.FallimentieSocietà.it*; in dottrina, parrebbe propendere per questa interpretazione F.S. Filocamo, *Sub art. 184 l.fall.*, cit., 2656.

(23) Cfr. Trib. Padova 30 marzo 2017, in *Juris Data*; è particolarmente elegante il passaggio del collegio padovano, nel quale esso avrebbe affermato che la sentenza della Corte Costituzionale del 2004, in quanto interpretativa di rigetto, non potrebbe in alcun modo vincolare un Giudice diverso da quello *a quo*.

senza dell'eccezione di concordato da parte del debitore convenuto in giudizio (24). Il divieto di azioni esecutive, visto il tenore letterale dell'art. 168 l.fall., dovrebbe venire meno con l'omologazione del concordato ma, essendo quest'ultimo obbligatorio per tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura concorsuale, i creditori per titolo anteriore dovrebbero poter procedere esecutivamente contro il debitore solo sul patrimonio segregato a seguito del decreto di omologa e nei limiti di quanto promesso con il concordato stesso (25). Eppure la giurisprudenza di merito, anche quella precedente alle Novelle del 2005-2015, allorché ancora non si ponevano tutte le problematiche relative alla natura potenzialmente atipica della proposta concordataria, pareva già propensa a ritenere che il divieto di azioni esecutive individuali si dovesse protrarre fino all'esito della liquidazione concordataria, eventualmente saldandosi poi l'art. 168 l.fall. con l'omologo art. 51 l.fall. (26). A tal proposito, recentemente sarebbe stato autorevolmente sostenuto che, siccome con il decreto di omologazione viene impresso un vincolo di destinazione al patrimonio del debitore destinato ai creditori concorsuali, che non potrebbe essere in alcun modo violato da iniziative dei singoli, e in considerazione del fatto che le obbligazioni del debitore concordatario, se non si possa affermare che vengano tecnicamente novate, comunque si modificano, e ciò risulta tanto più evidente ogniqualvolta l'obbligazione subisce delle modifiche qualitativamente rilevanti (si pensi anche solo ad una dazione in pagamento), i creditori concorsuali, muniti di un titolo formatosi in epoca antecedente all'inadempimento delle obbligazioni concordatarie, per agire in esecuzione successivamente al provvedimento di omologa, dovrebbero munirsi di un ul-

teriore titolo, dimostrativo dell'inadempimento all'obbligo concordatario da parte del debitore (27). Lo stesso trattamento giuridico dovrebbe essere attribuito a quei creditori, il cui credito fosse legittimamente sorto nel corso del concordato e opponibile ai creditori concorsuali, ma prima del provvedimento di omologa; peraltro, essi dovrebbero essere soddisfatti in prededuzione, anche nel successivo fallimento (28).

In quarto luogo, non vi è dubbio alcuno che invece il concordato sia obbligatorio per tutti i creditori, il cui titolo del loro credito fosse anteriore, anche se essi non avessero partecipato al voto oppure non avessero avuto conoscenza del procedimento. Essi potranno, in ogni momento, fare accertare il proprio credito, il quale subirà gli effetti della falcidia concordataria nei limiti in cui la proposta avesse trattato crediti assimilabili; e ciò considerato che il provvedimento di omologa non potrebbe mai acquisire efficacia di giudicato in ordine all'esistenza stessa del credito, ferma naturalmente ogni azione risarcitoria del creditore non convocato nei confronti del debitore, il quale lo avesse pretermesso volontariamente, potendo egli fare valere in tale giudizio la differenza tra quanto avrebbe potuto ricevere in caso di coinvolgimento nel concordato e quanto concretamente ricevuto (29). Si tenga, infine, altrettanto presente che al creditore non convocato, allorché la proposta ai creditori a lui assimilabili dovesse prevedere l'adempimento di obbligazioni qualitativamente dissimili rispetto a quelle originarie, va riconosciuta la facoltà non solo di richiedere i provvedimenti coattivi atti ad assicurare il rispetto di tali obblighi, ma anche, in caso di falcidia solo quantitativa, di agire nei confronti degli altri creditori concorsuali, per ottenere quanto egli avrebbe ottenuto, se fosse stato convocato tempe-

(24) Per l'indicazione delle questioni in cui, in tema di risoluzione del concordato preventivo, si possa affermare che vi sia sufficiente consenso in giurisprudenza e in dottrina, nonché per l'elenco delle problematiche giuridiche non ancora del tutto risolte, si veda, con la consueta puntualità, P. Genoviva, *Note minime in tema di risoluzione del concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2014, 812-814. Si veda poi Trib. Reggio Emilia 6 febbraio 2013, in *www.ilcaso.it*, secondo il quale il divieto di cui all'art. 168 l.fall. continuerebbe a produrre effetti giuridici sino al termine della liquidazione; nello stesso senso in dottrina G. Rago, *Il concordato preventivo dalla domanda all'omologazione*, Padova 1998, 233; da ultimo cfr. Trib. Modena 21 marzo 2016, in questa *Rivista*, 2016, 746, secondo il quale, nell'ipotesi in cui il debitore concordatario fosse convenuto in un giudizio di cognizione da un creditore concorsuale che chiedesse all'autorità giudiziaria una pronuncia di condanna, il debitore in tale giudizio non sarebbe obbligato a proporre l'eccezione di concordato, conseguente alla falcidia concordataria, potendo farla valere anche nel corso del successivo giudizio di esecuzione.

(25) Cfr. S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, cit., 307.

(26) Cfr. Trib. Crema 18 marzo 1989, in questa *Rivista*, 1989, 1149.

(27) Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 438; *contra* G. Lo Cascio, *Procedure esecutive e concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2015, 1218-1221; per una posizione intermedia, si veda, puntuale, M. Montanari, *Recenti sviluppi del dibattito in tema di effetti protettivi del patrimonio nel concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, II, 2017, 457, secondo il quale costituisce però dato sostanzialmente acquisito la persistenza dei vincoli dell'art. 168 l.fall. anche oltre il limite formalmente tracciato dalla legge.

(28) Cfr. S. Ambrosini, *Il concordato preventivo*, cit., 415-421, secondo il quale, in presenza della medesima situazione di crisi, occorre riconoscere la prededuzione sia nel successivo concordato sia nel consecutivo fallimento ai crediti sorti nel corso di un precedente concordato non omologato, cui sarebbe seguito un ulteriore concordato, il quale, dopo il decreto di ammissione, sarebbe sfociato in un fallimento.

(29) Cfr. M. Fabiani, *Concordato preventivo*, cit., 705.

Giurisprudenza

Concordato preventivo

stivamente, fino a poter proporre, se del caso, l'azione revocatoria ex art. 2901 c.c. dei pagamenti nel frattempo eseguiti.

In quinto luogo, e da ultimo, i creditori divenuti tali successivamente all'omologazione del concordato (durante la fase esecutiva), non essendo in alcun modo vincolati al decreto di omologazione, dovrebbero potersi soddisfare unicamente sul patrimonio sopravvenuto del debitore, se sussistente (si pensi ad un concordato in continuità diretta). Essi dovrebbero pertanto poter intraprendere ogni azione sul patrimonio non segregato del debitore concordatario, cosicché, se il patrimonio sopravvenuto non fosse sufficiente a soddisfare il loro credito, e ciò fosse comprovato da una esecuzione infruttuosa (30), non resterebbe loro che insistere per il fallimento del debitore, nonostante il concordato fosse stato omologato e non fosse stata giudizialmente dichiarata la risoluzione del medesimo (31).

3. Appunti per un possibile chiarimento del problema

Se condividiamo le premesse giuridiche di cui al paragrafo precedente, e pur prendendo atto che il sistema del diritto fallimentare, come è venuto evolvendosi a seguito della stagione delle riforme, soprattutto con riferimento al tema dell'esecuzione del concordato preventivo, possa generare alcune durature situazioni "di stallo", in grado di comportare significativi costi per la collettività, soprattutto preso atto degli impressionanti dati che emergono dalle statistiche, con riferimento soprattutto al rapporto aritmetico tra i concordati omologati e quelli non eseguiti, bene comprendiamo le ragioni della giurisprudenza maggioritaria, la quale propende per la declaratoria di fallimento dell'impresa senza la preventiva dichiarazione di risoluzione del concordato, perlopiù a seguito di istanze di debitori concordatari, i quali temono che la prosecuzione del concordato possa solo aggravare il passivo oppure da Procure della Repubblica a loro volta sollecitate da C.G. insoddisfatti dell'inerzia dei creditori.

Ciò nonostante, ci sia consentito rilevare che la soluzione offerta dalla giurisprudenza di merito

maggioritaria non ci pare condivisibile, poiché ognuno degli argomenti portati a sostegno di tali impostazioni non risulta in alcun modo decisivo, forse anche ambiguo, nel senso che esso potrebbe consentire di sostenere anche la tesi contraria. A tal fine, occorre trascurare non solo ogni riferimento al pur troppo ormai generico principio della natura essenzialmente contrattuale del concordato preventivo, quale è venuto formandosi a seguito delle riforme dell'ultimo decennio, ma anche l'argomento fondato sulla stabilizzazione degli effetti giuridici del decreto di omologa. Infatti, l'irretroattività degli effetti della risoluzione sugli atti legalmente compiuti durante la procedura di concordato, anche successivamente all'omologa, e la pacifica applicazione analogica del terzo comma dell'art. 140 l.fall. al concordato preventivo, consentono di affermare, quanto agli effetti giuridici che ne possono derivare, che non sussistano differenze sostanziali tra un fallimento dichiarato immediatamente oppure accertato a seguito della preventiva risoluzione del concordato preventivo (32). D'altro canto, anche il tema della prededucibilità dei crediti sorti durante il concordato nella successiva fase fallimentare non ci pare decisivo. Infatti, se è pur vero che, quanto ai crediti sorti nella fase esecutiva del concordato, l'orientamento nettamente prevalente esclude che si tratti di crediti sorti "in occasione" del concordato preventivo, è altrettanto vero che, se tali crediti possano, pur anche *a posteriori*, essere considerati strumentali all'attuazione del piano concordatario, positivamente valutato nel decreto di omologa, sarà difficile loro negare la natura prededucibile nel successivo fallimento (33). Occorre pertanto prendere le mosse del ragionamento a partire dall'interpretazione dell'art. 168 l.fall. attraverso i successivi artt. 184 e 186 l.fall. Infatti, è pur vero che la lettera del primo comma sembrerebbe autorizzare una lettura che propende per la prosecuzione delle azioni esecutive individuali, la cui ammissibilità sarebbe senz'altro prodromica e strumentale alla declaratoria di fallimento, anche senza una preventiva risoluzione del concordato preventivo, ma è altrettanto vero che, per effetto del provvedimento di omologa, viene a stabilizzarsi un patrimonio separato destinato ai diritti

(30) Naturalmente se tale esecuzione avesse ad oggetto beni appartenenti al patrimonio definitivamente segregato a seguito del provvedimento di omologa, il debitore potrebbe sempre proporre l'eccezione di concordato.

(31) *Op. ult. cit.*, 706.

(32) Cass. 23 luglio 2014, n. 16738, in questa *Rivista*, 2015, 856, la quale, qualificando inefficaci gli atti posti in essere e i

crediti sorti in violazione del piano, anche durante la fase esecutiva del concordato, non consente di delineare alcuna differenza tra un concordato sfociato in un fallimento a seguito della risoluzione del medesimo, oppure per effetto della immediata declaratoria dello stato d'insolvenza.

(33) Cfr. la dottrina indicata nella n. (5).

di credito dei creditori concorsuali, come ridefiniti nel medesimo decreto di omologa. Autorizzare l'aggressione di tale patrimonio segregato significherebbe consentire l'alterazione della *par condicio creditorum* e svuotare di significato la funzione degli organi fallimentari; senza considerare che comunque i creditori concorsuali, il cui diritto di credito sarebbe stato eventualmente qualitativamente modificato nel decreto di omologa, dovrebbero munirsi di un ulteriore titolo esecutivo, al fine di comprovare l'incapacità del patrimonio separato di fare fronte alle obbligazioni assunte nella proposta concordataria. In altri termini, la lettura dell'art. 168 l.fall., attraverso gli artt. 184 e 186 l.fall., non autorizza interpretazioni diverse da questa: i creditori concorsuali anche non convocati e i creditori, il cui credito (perlopiù in prededuzione) sia sorto legittimamente e in modo opponibile al patrimonio separato del debitore, prima della definitività del provvedimento di omologa (argomento tratto dal primo comma dell'art. 168 l.fall.), sono legati al vincolo imposto dall'art. 184 l.fall., dal quale potranno sciogliersi solo utilizzando il procedimento previsto dall'art. 186 l.fall. e non potranno in alcun modo aggredire il patrimonio separato del debitore concordatario. Tale divieto riguarda anche i creditori che sono divenuti tali nell'arco temporale fissato dal comma 1 dell'art. 168 l.fall., ma non tanto perché il loro credito sia prededucibile (che è solo un effetto), quanto perché la genesi di tali crediti dovrebbe essere prevista nel piano e funzionale al migliore soddisfacimento dei creditori con-

corsuali (34). Tale argomento è comprovato dalla circostanza che basterà esaminare le analisi svolte dalle corti di merito sullo stato d'insolvenza del debitore concordatario, per rendersi conto come, messe da parentesi le formule di stile, esse avrebbero accertato e verificato l'inadempimento alle obbligazioni concordatarie piuttosto che lo stato d'insolvenza dell'impresa, per poi inferire l'uno dall'altro.

Sulla fragilità e ambivalenza dell'argomento fondato sulla sentenza della Corte Costituzionale del 2004, già ci pare abbia detto a sufficienza un tribunale veneto (35), cosicché anche il creditore rimasto estraneo, a meno che non siano già decorsi i termini di cui al terzo comma dell'art. 186 l.fall., non potrà in alcun modo insistere per il fallimento, soprattutto considerato che il suo credito è assimilato ex art. 184 l.fall. a quello dei creditori concorsuali.

Inoltre, occorre osservare che la proposta di dichiarare il fallimento del debitore concordatario senza una preventiva risoluzione del concordato, sulla base dell'idea che il tribunale potrebbe sempre valutare *ex post* l'insolvenza, nonostante *ex ante* sarebbe parsa superabile, contrasta con le indicazioni delle Sezioni Unite del 2013 (36), perché, così facendo, non si farebbe altro che riproporre quel controllo di fattibilità economica che la giurisprudenza di legittimità, nonostante i recenti e sempre più rilevanti erosioni alla distinzione della fattibilità giuridica rispetto a quella economica (37), aveva

(34) Di diverso avviso, ci pare, dottrina del tutto autorevole, secondo la quale i creditori legittimamente divenuti tali nel corso del concordato non solo hanno diritto all'integrale soddisfazione delle loro ragioni creditorie, ma potrebbero agire anche esecutivamente sul patrimonio segregato del debitore, una volta divenuto definitivo il provvedimento di omologa; cfr. G.B. Nardecchia, *Gli effetti del concordato preventivo sui creditori*, Milano 2011, 167, 245.

(35) Cfr. Trib. Padova 30 marzo 2017, cit.

(36) Si tratta della notissima sentenza delle Sezioni Unite della Cass. 23 gennaio 2013, n. 1521, in questa *Rivista*, 2013, 149-155, con nota di F. De Santis, *Causa "in concreto" della proposta di concordato preventivo e giudizio "permanente di fattibilità"*, *ivi*, 2013, 279-286; con maggiore entusiasmo I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva "funzionale" aperta dal richiamo alla "causa concreta"*, *ivi*, 286-290; e L. Panzani, *I nuovi poteri autorizzativi del tribunale e il sindacato di fattibilità del concordato*, in *Società*, 2013, 574 ss.; molto critico invece A. Di Majo, *Il percorso "lungo" della fattibilità del piano proposto nel concordato*, in questa *Rivista*, 291-293, il quale avrebbe identificato la "fattibilità giuridica" con la "causa concreta del negozio"; di diverso avviso L. Abete, *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n. 1521/2013 delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, I, 2013, 1871 ss.; G. Lo Cascio, *Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne*, in questa *Rivista*, 2013, 530-534, il quale

evidenziava come "l'assenza della causa è cosa ben diversa dalla fattibilità del piano, perché l'assenza della prima riguarda un difetto genetico della proposta del debitore mentre il piano costituisce l'insieme delle attività che devono essere assunte durante la realizzazione del programma concordatario"; come sempre di particolare interesse P. Vella, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le Sezioni Unite sulla "causa concreta" del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica*, *ivi*, 2015, 438-447, la quale analizzava il rapporto tra l'orientamento delle Sezioni Unite e le sentenze della Corte di cassazione che erano successivamente intervenute; del tutto in linea con l'orientamento espresso dalla Corte, V. Zanichelli, *Il sindacato del tribunale sui tempi di esecuzione del concordato preventivo*, *ivi*, 2015, 825-834.

(37) Anche la giurisprudenza di merito e di legittimità, seppure per vie diverse, avrebbero un po' alla volta eroso i principi fissati dalla nota sentenza a Sezioni Unite del gennaio del 2013. Quanto alla prima, pare nettamente prevalente la tesi, secondo la quale il tribunale potrebbe vagliare la "fattibilità economica", nel caso in cui si potesse escludere o si dubitasse della realizzazione fattuale della "causa concreta" del concordato, e cioè nel caso in cui, valutata la relazione dell'attestatore, il tribunale si dovesse convincere che i creditori non potranno conseguire quanto è stato loro promesso. A tal proposito, si veda Trib. Bergamo 4 dicembre 2014, in *www.ilfallimentarista.it*; Trib. Prato 30 aprile 2014, in *www.ilcaso.it*; Trib. Arezzo 12 novembre 2013, in *Dir. fall.*, 2015, II, 159-172, con nota di

Giurisprudenza

Concordato preventivo

però rimesso definitivamente ai creditori concorsuali.

Da ultimo, occorre tenere presente che il tema in questione è, almeno in qualche misura, collegato a quello del rapporto tra il principio di responsabilità patrimoniale di cui all'art. 2740 c.c. e la natura giuridica del patrimonio dell'impresa destinato al pagamento dei creditori concorsuali. Ci pare pertanto di poter affermare che l'omologazione del concordato preventivo dovrebbe dare luogo, almeno idealmente, alla formazione di due patrimoni separati: uno vincolato esclusivamente al soddisfacimento dei creditori anteriori alla pubblicazione nel registro delle imprese del ricorso, e un secondo patrimonio destinato ai creditori successivi ed ai creditori aventi una pretesa non opponibile al concordato. Risulta probabilmente corretto affermare che in ogni concordato possa attuarsi una deroga dell'art. 2740 c.c., poiché non tutto il patrimonio dell'imprenditore potrebbe essere destinato al soddisfacimento dei creditori anteriori ma solo una parte, potendo una residua parte essere destinata ai creditori successivi (38). Da tale punto di vista, in questa sede non interessa tanto sostenere l'ammissibilità di un concordato in cui il debitore metta disposizione dei propri creditori solo una parte del proprio patrimonio (39), quanto evidenziare come ci possano essere alcuni creditori non obbligati dall'art. 184 l.fall., i quali potrebbero allora fare valere le loro pretese su quella parte del patrimonio del debitore concordatario non destinato ai creditori concorsuali oppure sui beni che all'impresa in concordato fossero sopravvenuti, cosicché, solo una volta comprovata l'incapienza oppure l'inesistenza di tale patrimonio, essi potrebbero instare per la dichiarazione di fallimento.

Ne deriva che dopo l'omologazione della proposta, e provata l'incapienza del patrimonio del debitore non destinato ai creditori concorsuali, potrebbero chiedere il fallimento del debitore concordatario,

senza la preventiva risoluzione del concordato non essendone vincolati, sia i titolari di un credito illegittimamente sorto nel corso della procedura di concordato preventivo (si pensi ad un credito sorto in violazione dell'art. 167 l.fall.; categoria sub a), sia i creditori la cui pretesa sia sorta "in occasione" della procedura concordataria ma senza alcuna utilità per la medesima (si pensi all'occupazione da parte del debitore concordatario di un immobile senza che ciò possa comportare alcun vantaggio per la procedura oppure ancora alla mancata restituzione di un bene in leasing senza alcun utilizzo del medesimo; categoria sub b). Qualche ulteriore discussione potrebbe sorgere con riferimento ai creditori che sarebbero divenuti tali nel corso dell'esecuzione del concordato preventivo; all'argomento in forza del quale, se tali crediti fossero sorti a seguito di una legittima esecuzione del piano, essi non solo sarebbero prededucibili nel successivo fallimento, ma sarebbe loro estensivamente applicabile l'art. 184 l.fall., perché comunque i loro sarebbero crediti funzionali all'esecuzione di un concordato e utili per i creditori concorsuali (come peraltro i crediti legittimamente prededucibili sorti prima dell'omologa del concordato), pare prevalere la tesi, secondo la quale, siccome il concordato si sarebbe estinto con la definitività del provvedimento di omologa, i crediti sorti durante la fase esecutiva del concordato non possono incorrere in alcuna limitazione, in quanto in alcun modo vincolati dall'art. 184 l.fall. (categoria sub c). Inutile dire che il debitore concordatario e la Procura della Repubblica potranno chiedere il fallimento dell'impresa il cui concordato risulti omologato, solo per l'incapienza e/o insolvenza del patrimonio non destinato ai creditori concorsuali (costituito eventualmente anche dai beni successivamente pervenuti) rispetto alle pretese delle tre categorie di creditori (sub a), b) e c) sopra indicati.

L. Vecchione, *La causa concreta nel concordato preventivo*; con riferimento alla durata della procedura, si veda Trib. Palermo 31 ottobre 2014, in questa *Rivista*, 2015, 823-825. La medesima discussione avrebbe connotato la giurisprudenza di legittimità, dal momento che sempre più spesso la Corte di Cassazione, perlopiù utilizzando la distinzione tra "causa in astratto" e "causa in concreto", avrebbe finito per farsi promotrice della necessità di una valutazione diretta del piano da parte del tribunale stesso; si veda Cass. 22 maggio 2014, n. 11423, in *www.cassazione.it*; Cass. 27 maggio 2013, n. 13083, in *www.ilcaso.it*; Cass. 9 maggio 2013, n. 11014, in *Mass. Gius. civ.*, 2013; Cass. 27 febbraio 2017, n. 4915, in questa *Rivista*, 2017, 525. Inoltre, sempre nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, si starebbe affermando, come prevalente, l'idea che la disamina della sussistenza della causa (concreta) auto-

rizzi il tribunale a verificare le probabilità che il piano venga realizzato, quando invece le Sezioni Unite avevano prescritto un semplice controllo "prima facie", uno "scrutinio", che non abbisognasse di alcuna valutazione di merito.

(38) Cfr. G. D'Attorre, *Le utilità conseguite con l'esecuzione del concordato in continuità spettano solo ai creditori o anche al debitore?*, in questa *Rivista*, 2017, 326, quale commento adesivo a Trib. Firenze 2 novembre 2016, *ivi*, 313-316, secondo il quale è legittimo che in un concordato in continuità diretta solo una parte degli utili dell'attività d'impresa vengano destinati ai creditori concorsuali.

(39) Di segno opposto è tutta la giurisprudenza di merito; tra le tante, per la linearità del ragionamento, si veda Trib. Roma 29 luglio 2010, in questa *Rivista*, 2011, 225.

Osservatorio internazionale sull'insolvenza

a cura di Patrizia De Cesari e Galeazzo Montella

LEGISLAZIONE

IL REG. N. 2015/848 È ENTRATO IN PIENA APPLICAZIONE, ACCOMPAGNATO ANCHE DA UN REGOLAMENTO DI ESECUZIONE

È entrato in piena applicazione il nuovo Reg. UE n. 2015/848 relativo alle procedure di insolvenza, che infatti, a norma del suo art. 84, ha cominciato ad applicarsi alle procedure "aperte successivamente al 26 giugno 2017". Lo stesso articolo, al suo secondo comma stabilisce d'altra parte che le procedure aperte anteriormente a tale data continuano ad essere rette dal regolamento (CE) n. 1346/2000. I due regolamenti quindi continueranno a convivere ancora molto a lungo.

A rigore ci si potrebbe chiedere quale sia il regime applicabile alle procedure aperte proprio il 26 giugno: ma tant'è. Del resto non si tratta di una delle tante sviste del traduttore italiano, visto che l'incongruenza si ritrova anche nelle versioni nelle altre lingue.

In vista di tale piena applicazione, la Commissione ha altresì adottato, il 12 giugno 2017, un regolamento (2017/1105) di esecuzione del regolamento n. 848. Tale regolamento è entrato anch'esso in vigore il 26 giugno scorso, ed è costituito essenzialmente da quattro allegati, che a loro volta riproducono quattro moduli uniformi, il primo da utilizzare per informare i creditori stranieri conosciuti dell'apertura della procedura di insolvenza, il secondo e il terzo che possono essere utilizzati rispettivamente dai creditori stranieri per l'insinuazione dei propri crediti, e dagli amministratori delle procedure di insolvenza per presentare contestazioni nelle procedure di coordinamento di gruppo, il quarto invece necessario per la presentazione per via elettronica di richieste individuali di informazioni attraverso il portale europeo della giustizia elettronica. Particolare rilievo riveste il primo di detti moduli, visto che il suo utilizzo da parte dei curatori per gli avvisi ai creditori stranieri è obbligatorio (art. 54, par. 3 del Reg. n. 848). In definitiva, per quanto attiene all'Italia, i curatori italiani dovranno, a quanto pare, inviare ai creditori stranieri un avviso che sommi in sé i dati imposti dal modulo uniforme con quelli dell'art. 92 l.fall.

REPUBBLICA CECA: UN EMENDAMENTO DELLA LEGGE SULLA INSOLVENZA

Il 1° luglio 2017 è entrata in vigore nella Repubblica Ceca la L. n. 64/2017, che porta vari emendamenti alla Legge sulla Insolvenza del 2006. Gli interventi vertono sulla competenza internazionale e interna territoriale dei tribunali locali, sulla definizione di insolvenza, sul contrasto al fenomeno delle domande di fallimento infondate e pretestuose, e sul sovraindebitamento delle persone fisiche e la loro esdebitazione.

Circa la competenza internazionale, le nuove norme estendono verso l'esterno dell'Unione europea la disciplina dettata dal Reg. UE n. 2015/848 per i casi intra Unione stessa; quanto invece alla competenza interna, questa si determina in base alla sede legale del debitore, essendo però irrilevanti i trasferimenti occorsi nei sei mesi precedenti la richiesta di apertura della procedura. Si è altresì data una nuova definizione di insolvenza: nel caso di imprese che hanno tenuto una contabilità regolare, il debitore non è considerato insolvente qualora i debiti superino le disponibilità liquide per meno del 10% di queste ultime.

Nelle situazioni normali, una richiesta di fallimento viene pubblicata su un registro delle insolvenze di pubblico accesso, indipendentemente dal successivo accertamento della sua fondatezza. Evidentemente (e comprensibilmente) questa prassi generava grossi problemi in caso di successivo rigetto della richiesta, e infatti ora è previsto che la pubblicità dell'istanza di fallimento, ove sussistano buone ragioni di dubitare della sua fondatezza, venga sospesa per due giorni, in attesa di una valutazione preliminare di ammissibilità.

Come si è detto, sono altresì introdotte nuove norme sull'insolvenza dei privati e sulla esdebitazione. Qui tra le novità figura anche la determinazione di un tetto per i compensi degli avvocati che assistono il debitore: 4000 corone nel caso di istanza proposta da un singolo debitore, e 6.000 corone nel caso di istanza congiunta di debitori tra loro coniugi. Al cambio, rispettivamente 150 e 275 euro circa: non c'è da stupirsi che su questa disposizione si stia creando una forte opposizione da parte degli avvocati locali, che infatti parlano di un rigurgito di quella economia pianificata della quale in quel Paese non si ha certo un buon ricordo.

BULGARIA: EMENDAMENTI ALLA LEGGE DEL COMMERCIO

Il 1° luglio 2017 sono entrate in vigore in Bulgaria alcune modifiche alla locale Legge del Commercio.

La nuova normativa riguarda soprattutto il diritto delle società: non mancano però alcune novità anche in tema di insolvenza. Anzitutto, infatti, si introducono due nuovi casi in presenza dei quali una società si presume insolvente: il primo opera ove la società non abbia tenuto una contabilità regolare nei tre anni precedenti la richiesta di apertura della procedura; a questa ipotesi si aggiunge, nell'ipotesi di richiesta avanzata da un creditore, quello in cui la società debitrice non abbia pagato un debito liquido ed esigibile entro sei mesi da un invito in tal senso.

Si introducono poi misure, peraltro, a quanto pare, molto blande, intese a stimolare accordi tra il debitore a rischio di insolvenza e i suoi debitori, tali da consentire la continuazione dell'attività di impresa: evidentemente tale nuova disciplina è in adesione alla Raccomandazione della Commissione del 12 marzo 2014 per "un nuovo approccio al fallimento delle imprese e all'insolvenza".

ALBANIA: UNA NUOVA LEGGE ORGANICA "SUL FALLIMENTO"

Mentre la Repubblica ceca e la Bulgaria hanno semplicemente modificato la preesistente legislazione, l'Albania, con la legge n. 110/2016 "Sul Fallimento" ha invece introdotto una nuova disciplina dell'insolvenza, complessiva ed organica, che a sua volta è entrata in applicazione sei mesi dopo, ossia il 22 maggio scorso.

Il sistema prevede, in sostanza, un'unica procedura di insolvenza, la quale a sua volta si può concludere con la ristrutturazione dell'impresa, o con la sua liquidazione.

La procedura, cui non sono soggetti gli enti diritto pubblico, mentre lo sono le società di diritto privato ma possedute dallo Stato, è gestita da un amministratore, sotto il controllo del tribunale fallimentare, che a sua volta è costituito da un giudice monocratico operante presso la sezione commerciale di ogni corte distrettuale.

La novità più importante, a quanto pare, è l'introduzione di un sistema di privilegi del tutto ristrutturato secondo questo ordine: creditori assistiti da garanzie reali, lavoratori dipendenti, previdenza, fisco, creditori ordinari, creditori cc.dd. "finali" (sanzioni previste dal codice penale, creditori postergati a seguito di accordi con il debitore, soci nella società debitrice).

Grande attenzione viene data alla professionalità degli amministratori: è infatti prevista la creazione di una Agenzia Nazionale del Fallimento, competente per la supervisione, la preparazione, e la stessa abilitazione.

Attualmente l'Albania riveste, nei rapporti con l'Europa, lo status di candidato all'ammissione nell'Unione, e questa nuova legge rientra nel quadro dell'azione attuata dallo Stato schipetaro per raggiungere gli standard minimi richiesti a tal fine. Va però detto che la Commissione europea proprio negli stessi giorni in cui veniva approvata la nuova legge (novembre 2016), pubblicava la propria relazione annuale sui rapporti con l'Albania: da essa si apprende che, se qualche progresso si è fatto, il cammino è ancora lunghissimo, anche nel settore dell'efficienza e credibilità del sistema giudiziario.

GIURISPRUDENZA

STATI UNITI: UN CURIOSO CASO IN TEMA DI CHAPTER 11: AFFARI DI SOLDI E AFFARI DI CUORE

La S.C. degli Stati Uniti il 27 marzo scorso ha dichiarato l'ammissibilità di un ricorso in tema di *Chapter 11: US Bank N.A. v. Village at Lakeridge, Case n. 15.1509*.

La fattispecie: una certa società Village at Lakeridge, insolvente, aveva proposto un piano di ristrutturazione, nel quale era evidenziato che l'intero ceto creditorio era costituito da due soli creditori; uno (U.S. Bank, per 10 milioni) fornito di garanzie, mentre l'altro (per 2,7 milioni) non lo era. Il piano avrebbe dovuto, secondo il *Chapter 11*, essere approvato da almeno un creditore non garantito. Però, nella specie, tale creditore era una signora, a sua volta socia nella società debitrice: essa cioè era legalmente una *statutory insider*, categoria nella quale rientrano gli amministratori, i dirigenti e i titolari di partecipazioni nell'impresa debitrice, e il *Chapter 11* esclude gli *statutory insider* dal voto sul piano di ri-

strutturazione. La signora socia/creditrice cedeva allora (al prezzo di 5.000 dollari) il proprio credito ad un terzo, pure lui persona fisica, il quale pretendeva, quindi, di essere ammesso al voto sul piano di ristrutturazione, scontrandosi tuttavia con l'opposizione di U.S. Bank, la quale qualificava tutta l'operazione come un *escamotage* per aggirare il divieto di voto dell'*insider*. Ciò a tanto maggior ragione in quanto, riferiva la Banca, il neocessionario del credito era legato sentimentalmente alla cedente.

Il giudice incaricato della questione, ossia il *Ninth Circuit Court of Appeals*, e in particolare il suo *Bankruptcy Appellate Panel*, diedero però torto alla Banca: il cessionario non rientrava, infatti, si disse, nella definizione legale di *statutory insider* e comunque operava in buona fede; l'acquisto del credito era del resto una normale transazione di affari, a nulla rilevando i rapporti personali tra la cedente e il cessionario.

La Banca reagiva a sua volta ricorrendo alla S.C. Come si sa, tale Corte sottopone i ricorsi che le pervengono ad un primo scrutinio di ammissibilità, al quale sopravvivono solo i casi che vengono ritenuti di preminente interesse per l'intero ordinamento. Nel corso di tale esame, la Corte chiedeva il parere del Procuratore Generale, il quale si pronunciava per l'inammissibilità facendo propri gli argomenti del *Ninth Circuit*, in particolare quello basato sulla lettera della norma sugli *statutory insider*, norma che infatti non estende esplicitamente ai terzi cessionari del credito il divieto di voto stabilito per il creditore *insider*. Ciononostante, come detto sopra, la Corte si è invece pronunciata per l'ammissibilità, ritenendo la questione di preminente interesse pubblico.

Ora attendiamo la decisione della Suprema Corte. Quale che ne sarà l'esito (che i commentatori locali per lo più prevedono favorevole alla Banca ricorrente, ritenendo incredibile che una norma rigorosa quale quella sul non voto dell'*insider* possa essere aggirata semplicemente cedendo al fidanzato della creditrice un credito di 2,7 milioni (oltretutto, al prezzo di 5.000 dollari), questa vicenda getta, ci sembra, una luce assai viva sui pregi, ma anche sui difetti, di un sistema, quello statunitense che, da un lato vuol porsi con il *Chapter 11* come un modello per tutto il mondo, dall'altro però, presenta, evidentemente, falle di una ingenuità sconcertante.

UNA NUOVA PRONUNCIA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA UE SULL'ART. 13 DEL REG. N. 1346/2000...

Assestata ormai, dopo *Interedil*, la questione del COMI, a quanto pare i due temi caldi del diritto europeo dell'insolvenza si incentrano ora, anche statisticamente, sul rapporto tra i Reg. n. 1346/2000 e n. 2015/848 e quello n. 1215/2012 riguardo alla competenza internazionale sulle azioni correlate alla procedura di insolvenza, e sull'art. 13 (ora art. 16 del Reg. n. 848).

Ricordiamo che quest'ultima norma in sostanza esenta dalla revocatoria colui che ha beneficiato di un atto pregiudizievole per la massa dei creditori, qualora questi provi che l'atto è soggetto alla legge di uno Stato contraente diverso dallo Stato di apertura, e che la legge di detto Stato membro non consente, nella fattispecie, di impugnare tale atto con alcun mezzo.

L'art. 13 ha costituito l'oggetto di due importanti sentenze della Corte di giustizia, rispettivamente quelle *Lutz* e *Nike* (1), le quali hanno chiarito una serie di importanti dubbi interpretativi, lasciando però impregiudicato un punto es-

(1) V. in questa Rivista, 2016, 273.

senziale, ossia *quid juris* qualora la legge estera cui è soggetto l'atto revocando sia, non quella che regola *naturaliter* l'atto stesso, bensì un'altra, individuata dalle parti di comune accordo, ma consentendo così il dubbio che tale individuazione sia stata fatta proprio nella previsione di un imminente assoggettamento del *solvens* a procedura, e quindi per sottrarre l'atto ad una futura, facilmente prevedibile, azione revocatoria?

La Corte ha ora affrontato il problema con la sentenza *Vinyls*, originata da una fattispecie nella quale sia il *solvens* che l'*accipiens* erano soggetti italiani, e il loro rapporto si svolgeva interamente in Italia, ma nonostante ciò le parti avevano designato come legge applicabile quella inglese. Successivamente, fallita la *solvens* Vinyls, il curatore impugnava un pagamento, ma si sentiva opporre che, appunto, l'atto era convenzionalmente regolato dalla legge inglese, la quale a sua volta non consentiva nella specie revocazioni di sorta.

La Corte ha deciso osservando che nel Reg. n. 1346 nulla vieta, in linea di principio, che le parti, pur entrambe di una stessa nazionalità, assoggettino il loro rapporto alla legge di un altro Stato, tuttavia è escluso che i soggetti dell'ordinamento possano avvalersi fraudolentemente o abusivamente delle norme dell'Unione. Occorre, quindi, esaminare se ci si trovi, nel concreto, di fronte ad una pratica abusiva, e a tal fine si "richiede che ricorrano un elemento oggettivo e un elemento soggettivo: da un lato, per quanto riguarda l'elemento oggettivo, tale accertamento richiede un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa dell'Unione, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto. Dall'altro lato, un siffatto accertamento richiede un elemento soggettivo, vale a dire che da un insieme di elementi oggettivi deve risultare che lo scopo essenziale delle operazioni in questione è il conseguimento di un vantaggio indebito. Il divieto di comportamenti abusivi, infatti, non è pertinente ove le operazioni di cui trattasi possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di un vantaggio... In tal senso per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 13 del regolamento n. 1346/2000... tale applicazione può essere esclusa solo nel caso in cui appaia in maniera oggettiva che lo scopo perseguito dalla medesima, consistente nel tutelare il legittimo affidamento delle parti nell'applicabilità di una determinata normativa, non è stato raggiunto, e che il contratto è stato assoggettato alla legge di un determinato Stato membro in maniera artificiosa, vale a dire al fine essenziale non di assoggettare effettivamente tale contratto alla normativa dello Stato membro scelto, bensì di avvalersi della legge di tale Stato membro al fine di sottrarre il contratto, o gli atti intervenuti in esecuzione del medesimo, all'applicazione della *lex fori concursus*. Per contro, e in ogni caso, occorre ricordare che... il semplice fatto che le parti si siano avvalse della possibilità di scegliere... la legge di uno Stato membro

diverso da quello in cui hanno sede non fa sorgere alcuna presunzione quanto alla volontà di eludere fraudolentemente o abusivamente le norme previste in materia di insolvenza".

La Corte poi conclude affermando che la relativa concreta verifica spetta al giudice nazionale.

Questa decisione a noi sembra perfettamente corretta. Va però rilevato che essa non si fonda su una norma esplicita positiva. La Corte quindi ancora una volta, almeno a nostro parere, è intervenuta per colmare una lacuna del testo normativo, e per fare ciò è stato per essa inevitabile rifarsi a principi generalissimi del diritto dell'Unione.

... E UNA SULLA ESDEBITAZIONE DALL'IVA

La Corte di giustizia con sent. 16 marzo 2017, C-493/15, *Agenzia delle Entrate c. Identi*, ha stabilito che "il diritto dell'Unione, in particolare l'articolo 4, par. 3, T.U.E. e gli artt. 2 e 22 della sesta Dir. 77/388/CEE del Consiglio, del 17 maggio 1977, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari - Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme, nonché le norme sugli aiuti di Stato, deve essere interpretato nel senso che non osta a che i debiti da imposta sul valore aggiunto siano dichiarati inesigibili in applicazione di una normativa nazionale... che prevede una procedura di esdebitazione con cui un giudice può, a certe condizioni, dichiarare inesigibili i debiti di una persona fisica non liquidati in esito alla procedura fallimentare cui tale persona è stata sottoposta".

L'interesse di questa pronuncia pare estendersi assai al di là del problema specifico della esdebitazione: essa infatti dà, a quanto pare un ulteriore colpo di piccone, si spera definitivo, a quel mito dell'IVA come "risorsa comunitaria" che, nonostante ripetuti avvertimenti ad opera della stessa Corte di Giustizia (sentenze 17 luglio 2008, C-132/06; 12 luglio 2008, C-174/07; 29 marzo 2012, C-500/10), per anni aveva costituito, anche e soprattutto nella giurisprudenza della nostra Cassazione (sentenze "gemelle" 22931 e 22932/2011, e Cass. trib. n. 7667/2012) la motivazione per il diniego della falcidiabilità dell'IVA nel concordato preventivo. Tale giurisprudenza, come si sa, è stata poi, ma solo dopo la sentenza della Corte di giustizia 7 aprile 2016, C-546/14, superata, quanto al concordato preventivo, dalla stessa Cassazione italiana a Sezioni Unite con le sentenze 26988/16 e 760/17, e infine, anche normativamente, con il *restyling* apportato dalla legge di bilancio 2017 all'art. 182 *ter* l.fall. Però rimanevano ancora sacche di resistenza, una delle quali proprio in materia di esdebitazione della persona fisica. Sopravvive invece, a quanto pare, il divieto di falcidia dell'IVA stabilito dall'art. 7, L. n. 3/2012, in tema di composizione della crisi da sovraindebitamento.

Massimario di legittimità

LEGGE FALLIMENTARE

Art. 1

Cass. Civ., sez. VI - 1, 12 luglio 2016, n. 14250, ord. - Pres. V. Ragonesi - Est. F.A. Genovese - Errebi per Creare Lo Spazio Società Cooperativa in Liquidazione c. Amministrazione del Fallimento "Errebi per creare Lo Spazio Società cooperativa in liquidazione s.r.l."

Vedi Cass. 24 marzo 2014, n. 6835

1. Lo scopo di lucro (cd. lucro soggettivo) non è elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, poiché è configurabile attività di impresa tutte le volte in cui sussista una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi (cd. lucro oggettivo), requisito quest'ultimo che, non essendo inconciliabile con il fine mutualistico, può essere presente anche in una società cooperativa, pur quando essa operi solo nei confronti dei propri soci, sicché anche tale società, ove svolga attività commerciale, può, in caso di insolvenza, essere assoggettata a fallimento in applicazione dell'art. 2545 terdecies c.c.

Cass. Civ., sez. I, 25 luglio 2016, n. 15346 - Pres. A. Nappi - Est. F. Terrusi - B.L. c. Fallimento della Società di fatto composta da I.M.

Vedi Cass. 13 dicembre 1999, n. 13954; Cass. 9 agosto 2002, n. 12113; Cass. 13 marzo 2003, n. 3724

2. La società di fatto "holding" esiste come impresa commerciale per il solo fatto di essere stata costituita tra i soci per l'effettivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di altre società ed è, pertanto, autonomamente fallibile, a prescindere dalla sua esteriorizzazione mediante la spendita del nome, ove sia insolvente per i debiti assunti, ivi comprese le obbligazioni risarcitorie derivanti dall'abuso sanzionato dall'art. 2497 c.c., nonché al danno così arrecato all'integrità patrimoniale delle società eterodirette e, di riflesso, ai loro creditori.

Art. 10

Cass. Civ., sez. I, 25 luglio 2016, n. 15346 - Pres. A. Nappi - Est. F. Terrusi - B.L. c. Fallimento della Società di fatto composta da I.M.

Vedi Cass. 13 marzo 2009, n. 6199

1. Il termine di un anno dalla cessazione dell'attività, prescritto dall'art. 10 l.fall. ai fini della dichiarazione di fallimento, decorre, tanto per gli imprenditori individuali quanto per quelli collettivi, dalla cancellazione dal registro delle imprese e si applica anche alle società non iscritte nel registro, nei confronti delle quali, tuttavia, il bilanciamento tra le opposte esigenze di tutela dei creditori e di certezza delle situazioni giuridiche, impone d'individuare il "dies a quo" nel momento in cui la cessazione dell'attività sia stata portata a conoscenza dei terzi con mezzi idonei o, comunque, sia stata dagli stes-

si conosciuta, anche in relazione ai segni esteriori attraverso i quali si è manifestata. L'onere di fornire la prova di tali circostanze spetta al resistente.

Art. 15

Cass. Civ., sez. VI - 1, 19 luglio 2016, n. 14727, ord. - Pres. V. Ragonesi - Est. G. Mercolino - I.M.D. c. Fallimento di I.M.D.

Vedi Cass. 27 maggio 2015, n. 10952; Cass. 18 marzo 2016, n. 5377

1. Ai fini del computo del limite minimo di fallibilità previsto dall'art. 15, comma 9, l.fall. deve aversi riguardo al complesso dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare, dovendosi, invece, escludere ogni rilievo a quelli successivamente accertati in sede di verifica dello stato passivo.

Cass. Civ., sez. VI - 1, 19 luglio 2016, n. 14814, ord. - Pres. M. Dogliotti - Est. V. Ragonesi - V.A.G. c. Fallimento Laitec S.a.s. e Soci illimitatamente responsabili

Vedi Cass. 16 luglio 2010, n. 16757; Cass. 5 febbraio 2014, n. 2561; Cass. 5 febbraio 2014, n. 2561

2. Nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, il mancato rispetto del termine di quindici giorni che deve intercorrere tra la data di notifica del decreto di convocazione del debitore e la data dell'udienza (come previsto dalla nuova formulazione dell'art. 15, comma 3, l.fall.) e la sua mancata abbreviazione nelle forme rituali del decreto motivato sottoscritto dal presidente del tribunale, previste dall'art. 15, comma 5, l.fall., costituiscono cause di nullità astrattamente integranti la violazione del diritto di difesa, ma non determinano - ai sensi dell'art. 156 c.p.c., per il generale principio di ragguaglio dello scopo dell'atto - la nullità del decreto di convocazione se, il debitore, pur eccependo la nullità della notifica, abbia attivamente partecipato all'udienza, rendendo dichiarazioni in merito alle istanze di fallimento, senza formulare, in tale sede, rilievi o riserve in ordine alla ristrettezza del termine concessogli, né fornendo specifiche indicazioni del pregiudizio eventualmente determinatosi, sul piano probatorio, in ragione del minor tempo disponibile.

Art. 42

Cass. Civ., sez. I, 19 luglio 2016, n. 14779 - Pres. A. Nappi - Est. M. Cristiano - SO.GE.PA. S.p.a. in liquidazione c. Fallimento della Icoservice S.r.l.

Vedi Cass. 18 agosto 1976, n. 3047

1. Nella disciplina anteriore al D.Lgs. n. 5 del 2006, la legge non prescrive, tra gli elementi di individuazione della data della sentenza dichiarativa di fallimento, l'annotazione della ora in cui è stata emessa la decisione, sicché il fallito resta privo dell'amministrazione e della disponibilità dei beni sin dall'ora zero del giorno della sua pubblicazione. (Nella specie, la S.C. ha confermato

la sentenza di merito, ritenendo inefficace il pagamento effettuato dal terzo pignorato in favore del creditore pignorante in esecuzione di un'ordinanza di assegnazione emessa lo stesso giorno della pubblicazione della sentenza di fallimento).

Art. 44

Cass. Civ., sez. VI - 1, 19 luglio 2016, n. 14737, ord. - Pres. V. Ragonesi - Est. G. Mercolino - Costa Caddu S.r.l. c. Banca Popolare di Bergamo S.p.a. e Unione di Banche Italiane SOC. COOP. P.A. (già Banca Popolari Unite Soc. coop. p.a.)

Vedi Cass. 29 marzo 2005, n. 6570

1. La prescrizione è interrotta unicamente se l'attore abbia specificamente chiesto il riconoscimento e la tutela giuridica del diritto in relazione al quale la stessa sia stata eccepita, sicché l'azione, promossa dal curatore, diretta a far dichiarare l'inefficacia nei confronti della massa delle rimesse accreditate, dopo il fallimento, sul conto corrente del fallito in dipendenza dei pagamenti ricevuti dalla banca per cambiali ricevute in pegno dal debitore, non interrompe la prescrizione relativa alla domanda, formulata nei confronti dell'istituto di credito dal debitore tornato "in bonis", di rendimento del conto per il mandato conferito per l'incasso dei predetti titoli.

Cass. Civ., sez. I, 19 luglio 2016, n. 14779 - Pres. A. Nappi - Est. M. Cristiano - SO.GE.PA. S.p.a. in liquidazione c. Fallimento della Icoservice S.r.l.

Vedi Cass. 17 dicembre 2015, n. 25421; Cass. 22 gennaio 2016, n. 1227

2. In caso di fallimento del debitore già assoggettato ad espropriazione presso terzi, l'azione con la quale il curatore fa valere l'inefficacia, ai sensi dell'art. 44 l.fall., del pagamento eseguito dal "debitor debitoris" al creditore assegnatario, ha ad oggetto un atto estintivo di un debito del fallito, a lui riferibile in quanto effettuato con il suo denaro e in sua vece, sicché va esercitata nei soli confronti dell'"accipiens", ossia di colui che ha effettivamente beneficiato dell'atto solutorio.

Art. 51

Cass. Civ., sez. III, 15 luglio 2016, n. 14449 - Pres. R. Vivaldi - Est. A. Tatangelo - M.B. c. Unicredit S.p.a.

Vedi Cass. 19 agosto 2003, n. 12115

1. In tema di procedimento esecutivo, la contestazione della possibilità per il creditore di iniziare o proseguire l'esecuzione forzata individuale in costanza del fallimento del debitore, ai sensi dell'art. 51 l.fall., attiene al diritto di procedere all'esecuzione forzata (individuale) e non semplicemente alla regolarità di uno o più atti della procedura ovvero alle modalità di esercizio dell'azione esecutiva, sicché va qualificata come opposizione all'esecuzione ex art. 615 c.p.c. e non è assoggettata al regime, anche di decadenza, di cui all'art. 617 c.p.c.

Art. 52

Cass. Civ., sez. VI - 1, 19 luglio 2016, n. 14737, ord. - Pres. V. Ragonesi - Est. G. Mercolino - Costa Caddu S.r.l. c. Banca Popolare di Bergamo S.p.a. e Unione di

Banche Italiane SOC. COOP. P.A. (già Banca Popolari Unite Soc. coop. p.a.)

Vedi Cass. 11 gennaio 2007, n. 396; Cass. 15 gennaio 2016, n. 614

1. Gli artt. 2941 e 2942 c.c. non prevedono, quanto ai diritti del fallito verso i suoi debitori ovvero sui beni compresi nel fallimento, che, tra il fallito e i terzi, la prescrizione rimanga sospesa per la durata del fallimento, atteso che i diritti del fallito possono essere esercitati dal curatore, e, in caso di inerzia di quest'ultimo, il fallito è, in via eccezionale, legittimato ad agire per far valere i suoi diritti senza che i terzi possano opporgli la sua incapacità processuale, prevista esclusivamente a tutela dell'interesse della massa dei creditori. (Nella specie, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che, non escludendo dal computo della prescrizione il periodo in cui la creditrice era rimasta fallita, aveva correttamente dichiarato prescritto il credito azionato, concernente la restituzione di somme incassate a seguito di riscossione di effetti cambiari costituiti in pegno).

Art. 56

Cass. Civ., sez. VI - 5, 15 luglio 2016, n. 14615, ord. - Pres. E. Cirillo - Est. G. Caracciolo - Agenzia delle Entrate c. Fallimento Fabbrica Conserve Alimentari Antonea di A.F. E C s.a.s.

Vedi Cass. 10 luglio 2003, n. 10861; Cass. 3 dicembre 2003, n. 18428; Cass. 7 giugno 2013, n. 14418; Cass. 20 marzo 2014, n. 6478; Cass. 14 luglio 2010, n. 16508

1. In tema di contenzioso tributario, l'Amministrazione finanziaria può eccepire in compensazione il proprio credito tributario nei confronti del fallito, anche qualora non sia stato oggetto di ammissione al passivo (nella specie, per tardività della domanda d'insinuazione), al solo scopo di conseguire il rigetto della domanda della curatela diretta ad ottenere il rimborso d'imposta, sussistendo la competenza fallimentare, ai sensi dell'art. 56 l.fall., solo nel caso in cui sia chiesta la condanna del fallimento al pagamento di un'eventuale differenza.

Art. 61

Cass. Civ., sez. I, 20 luglio 2016, n. 14936 - Pres. A. Nappi - Est. A. Didone - Agea-Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura c. Fallimento della Casillo Silos S.r.l.

1. Il creditore di più coobbligati solidali può essere ammesso al passivo del fallimento di uno dei condebitori pur essendo già insinuato al concorso nel fallimento di altro coobbligato per lo stesso credito.

Art. 93

Cass. Civ., sez. I, 15 luglio 2016, n. 14536 - Pres. A. Nappi - Est. M. Ferro - Fallimento Termine Group S.r.l. c. M.B. di B. V. e C. s.a.s.

Vedi Cass. 14 giugno 2000, n. 8111; Cass. 22 aprile 2010, n. 9623

1. Il compenso degli amministratori giudiziari officiati ex art. 15, comma 8, l.fall. è prededucibile nel conseguente fallimento, ed il relativo credito va insinuato al passivo attraverso le forme previste, per l'accertamento di quest'ultimo, dagli artt. 93 e ss. l.fall., non potendo

essere adottata la procedura semplificata prevista per i crediti dei professionisti nominati *ex art. 25 l.fall.*

Art. 96

Cass. Civ., sez. Lav., 11 luglio 2016, n. 14099 - Pres. V. Nobile - Est. P. Venuti - C.A. c. Fallimento Iperalvi S.r.l.

Vedi Cass. 15 gennaio 2010, n. 559

1. La formazione dello stato passivo, ed il relativo decreto di esecutività, presuppongono - come risulta dall'art. 96, comma 4, l.fall. - che sia completato l'esame di tutte le istanze, dovendosi escludere che, in relazione alle domande esaminate nella prima udienza, e nelle successive eventuali di rinvio, possano essere adottati altrettanti provvedimenti di esecutività, sicché il termine per l'eventuale opposizione di un creditore escluso (nella specie, per credito di lavoro), anche in relazione ad istanza di insinuazione tardiva, ai sensi dell'art. 101, comma 1, l.fall., decorre dalla data di deposito del decreto di esecutività emesso dopo l'esame di tutte le domande.

Art. 98

Cass. Civ., sez. Lav., 16 giugno 2016, n. 12450 - Pres. G. Mammone - Est. R. Rivero - Equitalia Centro S.p.a. c. Avicola Marchigiana - Società Cooperativa a r.l. in liquidazione

Vedi Cass. 5 maggio 2016, n. 9016; Cass. 15 gennaio 2016, n. 594

1. Nell'opposizione allo stato passivo fallimentare promossa dal concessionario dei servizi di riscossione di contributi previdenziali *ex art. 24 del D.Lgs. n. 46 del 1999*, qualora il debitore deduca fatti o circostanze che incidono sul merito della pretesa creditoria, o eccepisca in compensazione un proprio controcredito, sussiste il litisconsorzio necessario con l'ente impositore, unico reale legittimato a stare in giudizio, essendo quella del concessionario una legittimazione meramente processuale.

Art. 99

Cass. Civ., sez. I, 21 luglio 2016, n. 15037 - Pres. A. Nappi - Est. A. Didone - MPS Gestione Crediti Banca S.p.a. c. Fallimento Unagro Consortile Soc. Consortile a r.l.

Vedi Cass. 14 dicembre 2015, n. 25174

1. In materia di opposizione allo stato passivo fallimentare, nel regime riformato, il ricorrente deve produrre i documenti di cui intenda avvalersi nel termine stabilito, a pena di decadenza, dall'art. 99, comma 2, n. 4, l.fall., la cui inosservanza è rilevabile di ufficio inerendo a materia sottratta alla disponibilità delle parti. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione impugnata che, nella contumacia del curatore, aveva rilevato d'ufficio il difetto di legittimazione attiva della parte opponente, la quale, pur avendo dichiarato di agire in nome e per conto di una banca, non aveva prodotto in giudizio la relativa procura).

Art. 101

Cass. Civ., sez. I, 20 luglio 2016, n. 14936 - Pres. A. Nappi - Est. A. Didone - Agea-Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura c. Fallimento della Casillo Silos S.r.l.

Vedi Cass. 9 aprile 1993, n. 4312; RV619319; Cass. 15 luglio 2011, n. 15702

1. Il sistema della legge fallimentare - in ragione del principio generale che riconosce carattere giurisdizionale e decisorio al procedimento di verifica del passivo - esclude la possibilità di una duplice insinuazione, ordinaria e tardiva, di uno stesso credito, sicché, dovendosi identificare il "petitum" della domanda di ammissione al passivo nel riconoscimento del diritto a partecipare al concorso per un credito individuato e con un certo rango, una volta collocato definitivamente al passivo in via chirografaria, è preclusa, la formulazione di una successiva domanda tardiva per il riconoscimento di un diritto di prelazione sul medesimo credito, fermo restando che l'onere di provare che la domanda di ammissione tardiva si riferisce ad un credito già insinuato incombe sul curatore, trattandosi di fatto impeditivo all'ammissione al concorso.

Art. 161

Cass. Civ., sez. VI - 1, 15 luglio 2016, n. 14518, ord. - Pres. M. Dogliotti - Est. M. Cristiano - Pablo Air Line S.r.l. in liquidazione

Vedi Cass. 15 maggio 2015, n. 9935

1. La domanda di concordato preventivo proposta dal debitore quando sia già pendente, a suo carico, un procedimento prefallimentare innanzi ad un diverso ufficio giudiziario competente a deciderlo, spetta alla cognizione di quest'ultimo, atteso che tra la prima e l'istanza o la richiesta di fallimento ricorre, in quanto iniziative tra loro incompatibili ma dirette a regolare la stessa situazione di crisi, un rapporto di continenza per specularità, sicché trovano applicazione le disposizioni dettate dall'art. 39, comma 2, c.p.c., non stabilendo, peraltro, l'art. 161 l.fall. l'inderogabilità della competenza territoriale ivi prevista per la domanda suddetta.

Art. 168

Cass. Civ., sez. VI - 1, 7 giugno 2016, n. 11660, ord. - Pres. V. Ragonesi - Est. F.A. Genovese - Clarin Italia S.r.l. c. Tecnol 99 S.r.l.

Vedi Cass. 29 novembre 2005, n. 26036

1. In tema di concordato preventivo, la norma di cui all'art. 168, comma 1, l.fall., che fa divieto ai creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive sul patrimonio del debitore "dalla data della presentazione del ricorso per l'ammissione al concordato fino al passaggio in giudicato della sentenza di omologazione", non può ritenersi legittimamente applicabile anche al pagamento del terzo pignorato effettuato in adempimento dell'ordinanza di assegnazione del credito. Il procedimento di concordato preventivo non prevede, di fatto, la possibilità di revocatorie o di azioni ai sensi dell'art. 44 l.fall., e nemmeno è fornito di un ufficio abilitato ad agire in tal senso, essendo applicabili, in virtù del richiamo di cui all'art. 169 l.fall., soltanto le disposizioni degli articoli da

55 a 63 della medesima legge, sicché il pagamento di un debito preconcordatario deve ritenersi in sé legittimo, in quanto atto di ordinaria amministrazione, purché non integri l'ipotesi di un atto "diretto a frodare le ragioni dei creditori", e, quindi, sanzionabile con la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 173, comma 2, e revocabile in forza dell'art. 167, comma 2.

Art. 183

Cass. Civ., sez. I, 21 giugno 2016, n. 12819 - Pres. A. Nappi - Est. M. Ferro - Battaglio S.p.a. c. MAC2 S.r.l. in concordato preventivo

Vedi Cass. 4 novembre 2011, n. 22932

1. In tema di concordato preventivo, al decreto emesso, ai sensi dell'art. 183, comma 1, l.fall., dalla corte d'appello, che decida sul reclamo avverso il decreto di omologazione, si applica il rito camerale di cui agli artt. 737 e segg. c.p.c., sicché è ricorribile per cassazione entro il termine ordinario di sessanta giorni, decorrenti dalla data di notificazione dello stesso, non potendo applicarsi per analogia la disciplina prevista per il concordato fallimentare dall'art. 131 l.fall. e riformata con il D.Lgs. n. 169 del 2007, attesa la compiutezza della disciplina del concordato preventivo e la diversità dei presupposti oggettivi in cui interviene la rispettiva omologazione (impresa fallita da un lato e "in bonis" dall'altro).

Art. 185

Cass. Civ., sez. I, 14 giugno 2016, n. 12265 - Pres. A. Nappi - Est. M. Cristiano - Ericsson Telecomunicazioni S.p.a. c. EL.MAN S.p.a.

Vedi Cass. 18 giugno 2008, n. 16598

1. Una volta esauritasi, con la sentenza di omologazione, la procedura di concordato preventivo, tutte le questioni che hanno ad oggetto diritti pretesi da singoli creditori o dal debitore, e che attengono all'esecuzione del concordato, danno luogo a controversie che sono sottratte al potere decisionale del giudice delegato e costituiscono materia di un ordinario giudizio di cognizione, da promuoversi, da parte del creditore o di ogni altro interessato, dinanzi al giudice competente; ne deriva l'inaammissibilità del ricorso per cassazione ex art. 111, comma 7, Cost. avverso il decreto con cui il tribunale, in sede di reclamo, abbia confermato il decreto del giudice delegato reiettivo della domanda di restituzione delle somme accantonate e destinate all'eventuale soddisfacimento dei crediti in contestazione, trattandosi di atto giudiziale esecutivo di funzioni di mera sorveglianza e controllo, privo dei connotati della decisorietà e della definitività.

Art. 186

Cass. Civ., sez. I, 19 luglio 2016, n. 14788 - Pres. A. Nappi - Est. M. Ferro - Spinelli Trasporti s.r.l. c. Fallimento Spinelli Trasporti s.r.l.

Vedi Cass. 22 febbraio 2012, n. 2671

1. Nel concordato preventivo, l'impugnazione dell'annullamento pronunciato dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 169 del 2007, che ha sostituito l'art. 186 l.fall., confluisce, ove sia altresì dichiarato il fallimento del debitore su istanza di un legittimato, nel reclamo previsto dall'art. 18 l.fall., che, presupponendo l'immediata esecutività di ciascuna delle statuizioni così rese dal tribunale, esclude che il fallimento possa essere dichiarato solo dopo che il decreto di annullamento sia diventato definitivo.

Massimario di merito

a cura di Federica Commisso e Edoardo Staunovo-Polacco

LEGGE FALLIMENTARE

Art. 18

App. Firenze 6 marzo - Pres. ed Est. Riccucci

1. È nulla la sentenza del Tribunale che non si conformi al principio enunciato dalla Corte d'Appello in sede di decisione del reclamo, ponendosi in evidente contrasto con il giudicato implicito ed in palese violazione del principio di "chiusura" del giudizio di rinvio (nel caso di specie, il Tribunale ha sostenuto, diversamente dalle indicazioni fornite dalla Corte, che la presentazione della domanda ex artt. 160 e 161, comma 6, l.fall. successivamente alla conclusione dell'udienza prefallimentare costituiva ipotesi di tardiva presentazione della domanda di concordato).

Art. 43

Trib. Pordenone 5 giugno 2017 - Eurovam S.r.l. (avv. Lena) c. L.G.M. ed altro

1. Nell'ipotesi in cui la dichiarazione di fallimento intervenga nelle more del termine per proporre opposizione a decreto ingiuntivo emesso su istanza dell'imprenditore insolvente, il fallimento rappresenta evento interruttivo ai sensi dell'art. 43 l.fall., dal momento che la fase di opposizione costituisce un mero sviluppo della fase monitoria e la pendenza della lite è determinata dalla notifica del decreto ingiuntivo, a norma dell'art. 643 c.p.c.; ne consegue che il passaggio in giudicato del decreto è impedito solo dalla notifica nel termine di legge, da parte dell'ingiunto, di un atto di riassunzione, quale non può considerarsi l'atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo ove non contenga una esplicita manifestazione di volontà di riassumere il processo, né un riferimento alla intervenuta interruzione del procedimento in conseguenza del fallimento del creditore.

Art. 99

Trib. Padova 10 maggio 2017, decr. - Pres. ed Est. Elburgo - Pivato&Co S.r.l. c. Fall. Italproject. S.r.l.

1. Deve considerarsi tardiva e non scusabile la produzione di documenti allegati al ricorso in opposizione allo stato passivo che abbia avuto luogo nei giorni successivi la scadenza del termine per il deposito dell'opposizione, dovuta alla necessità di procedere ad un invio multiplo tramite PCT; è infatti onere dell'opponente, consapevole di dover effettuare un deposito telematico "frazionato", procedere all'incombente in tempo utile per completare l'intero deposito nei termini di legge, soprattutto in considerazione del fatto che per gli atti introduttivi di un giudizio è ancora consentito il deposito cartaceo.

Art. 110

Trib. Modena 3 aprile 2017, decr. - G.D. Mirabelli - Trenti c. Fall. FIM TECH S.r.l.

1. La disposizione dell'art. 110, primo comma, l.fall., come riformato dal d.l. n. 59/2016, deve interpretarsi nel senso che il legislatore ha introdotto un obbligo di accantonamento a favore di tutti coloro che abbiano proposto opposizione allo stato passivo, a prescindere dal previo ottenimento di misure cautelari ex art. 113, primo comma, n. 2 l.fall., e da ogni deliberazione circa la fondatezza dell'opposizione.

Art. 163 bis

Trib. Siracusa 31 maggio 2017 (data della decisione), ord. - Pres. Ali - Est. Urso - Beton 5 S.r.l. ed altro (avv. Spadaro) c. Massa dei creditori

1. In mancanza di presentazione di offerte concorrenti, l'offerta originaria non diviene inefficace e la proposta concordataria deve essere portata al voto dei creditori alle condizioni autonomamente formulate dal proponente, già sottoposte con esito favorevole al vaglio di ammissibilità del tribunale.

Art. 173

Trib. Monza 10 maggio 2017 (data della decisione), decr. - Pres. Giovannetti - Est. Crivelli - Gimal Hotel in c.p.

1. Qualora, nel corso del sub-procedimento per la revoca del concordato preventivo ai sensi dell'art. 173 l.fall., il debitore depositi atto di rinuncia alla proposta concordataria, il pubblico ministero non perde la legittimazione a chiedere la dichiarazione di fallimento.

Art. 180

Trib. Rovigo 15 giugno 2017 (data della decisione), decr. - Pres. ed Est. Martinelli - Grando Molini Italiani S.p.A.

1. Il decreto di fissazione dell'udienza di omologazione ai sensi dell'art. 180 l.fall. deve essere notificato ai soli creditori che abbiano espressamente votato contro la proposta concordataria, dovendosi intendere come "dissenzienti" i creditori che abbiano manifestato un voto contrario e non anche i creditori che non hanno votato che manterranno, comunque, il dritto di opporsi all'omologazione, quali soggetti interessati.

Art. 181

Trib. Bologna 10 maggio 2017 (data della decisione) in funzione di Giudice Unico - Est. Costanzo - ACA S.p.A. in house providing (avv. Di Bernardino) c. Hera S.p.A. (avv. Boccanera)

1. Il decreto di omologazione del concordato preventivo non comporta la formazione di un giudicato sull'esi-

stenza, entità e rango dei crediti, atteso che nel concordato, a differenza del fallimento, manca una fase destinata alla verifica intesa quale accertamento giurisdizionale dei crediti nei confronti dell'impresa; ne consegue che tali questioni vanno risolte, anche dopo il giudicato sul decreto di omologazione, nell'ambito di un ordinario giudizio di cognizione (nella specie, il tribunale ha negato che il riconoscimento del credito da parte del commissario giudiziale nel concordato omologato determinasse la cessazione della materia del contendere in una controversia avente ad oggetto il credito stesso).

LEGGI DIVERSE

Amministrazione straordinaria

Trib. Padova 17 marzo 2017 (data della decisione) in funzione di giudice unico - Est. Marani

1. La disposizione di cui all'art. 55 l.fall., applicabile anche alla procedura di amministrazione straordinaria, nella parte in cui stabilisce la sospensione del corso degli interessi sui crediti chirografari, deve essere interpretata nel senso che il capitale non produce interessi

sia nei confronti della procedura che nei confronti del debitore, con la conseguenza che va revocato il decreto ingiuntivo emesso a carico di una società tornata *in bonis* dopo la chiusura della procedura, per il recupero di interessi asseritamente decorsi; in tal caso è invece possibile valutare se sussiste una responsabilità extracontrattuale degli organi della procedura che, per negligenza o inerzia, hanno con colpa impedito una tempestiva soddisfazione dei creditori.

Sovraindebitamento

Trib. Bari 19 maggio 2017, decr. - Est. Bianchi

1. Le disposizioni della L. n. 3/2012 rimettono ad un provvedimento espresso del giudice della procedura di sovraindebitamento (e non del G.E.) la pronuncia del divieto di prosecuzione delle azioni esecutive individuali; pertanto, è inammissibile l'istanza rivolta al giudice dell'esecuzione di sospensione della procedura esecutiva fondata sull'avvenuto deposito da parte dell'esecutato dell'istanza di accesso alla procedura di sovraindebitamento, senza che vi sia stato uno specifico provvedimento in tal senso del giudice di quella procedura.

LIBRI

Disponibile in E-BOOK

COLLANA: INSOLVENCY

PROCEDURE CONCORSUALI
E DIRITTO PUBBLICO

Insolvenza, imprese pubbliche, contratti pubblici, titoli autorizzatori

a cura di Luigi D'Orazio, Luca Monteferrante

Prefazioni di Renato Bernabai e Aldo Travi



L'Opera, aggiornata al Decreto Correttivo del Codice dei Contratti Pubblici, **D.Lgs. 19/04/2017 n. 56** (G.U. 05/05/2017, in vigore dal 20/05/2017), ed al Decreto Correttivo - approvato in via preliminare - del **T.U. sulle società partecipate**, affronta il complesso tema dell'**insolvenza** e, in particolare, dell'assoggettamento a **fallimento delle società c.d. di diritto speciale**, sino a ricomprendere il tema del dissesto finanziario degli enti pubblici. Ampio spazio è dedicato alla materia della **crisi d'impresa** e della **continuità aziendale**, anche in caso di fallimento con esercizio provvisorio, sia nella prospettiva della partecipazione alle gare per l'affidamento dei contratti pubblici che in quella della prosecuzione dei contratti già stipulati con enti pubblici. Il tema dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche viene approfondito con particolare riferimento al caso dell'impre-

sa in concordato con continuità aziendale e in relazione al documento unico di regolarità contributiva, all'istituto dell'**avvalimento** e, per quanto concerne la fase esecutiva, all'istituto del **subappalto**. Una sezione è, infine, dedicata all'istituto del trasferimento dei **titoli autorizzatori** e **concessori** in caso di fallimento.

Wolters Kluwer Italia 2017, pagg. 768

Prezzo: € 60,00

Codice: 216486

ISBN: 978-88-217-6145-4

Per informazioni e acquisti

• **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.824761 - fax 02.82476403)

• **Agenzie Ipsoa di zona**
www.shop.wki.it/agenzie

• **www.shopwki.it**

INDICE DEGLI AUTORI

Bonato Fabrizio

Dottore in giurisprudenza

L'art. 182 septies l.fall. e l'accordo di ristrutturazione "a maggioranza" **881**

Brogi Raffaella

Magistrato in Prato

La pubblicazione della domanda di concordato preventivo nel registro delle imprese **955**

Casa Federico

Avvocato in Vicenza

"Per la contraddizione che nol consente": una critica ad una lettura anti-sistemica degli artt. 168 e 186 l.fall. **975**

Commisso Federica

Avvocato in Milano

Massimario di merito **992**

De Cesari Patrizia

Avvocato e Professore ordinario di Diritto internazionale presso l'Università degli Studi di Brescia

Osservatorio internazionale sull'insolvenza **985**

De Crescenzo Ugo

Consigliere della Corte di Cassazione

Cessione di azienda e revocatoria fallimentare **947**

Ferro Massimo

Consigliere della Corte di Cassazione

In itinere **893**

Montella Galeazzo

Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea e commerciale europeo nell'Università di Brescia - Avvocato in Milano

Osservatorio internazionale sull'insolvenza **985**

Spiotta Marina

Professore aggregato di Diritto commerciale nell'Università del Piemonte orientale

La non frazionabilità del decreto di esecutività dello stato passivo **898**

Stanghellini Lorenzo

Professore ordinario di Diritto Commerciale alla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze - Avvocato in Firenze

La proposta di Direttiva UE in materia di insolvenza . **873**

Stauvino - Polacco Edoardo

Avvocato in Milano

Massimario di merito **992**

Tarzia Giorgio

Avvocato in Milano

La Cassazione torna sul tema dell'azione risarcitoria per "concessione abusiva di credito" che abbia ritardato la dichiarazione di fallimento **911**

Terenghi Marco

Avvocato in Monza

Verso un superamento della distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica" nel concordato in continuità? **929**

Torcini Alessandro

Commercialista in Firenze

La verifica della fattibilità giuridica nel piano del consumatore **967**

Zanichelli Vittorio

Magistrato in Modena

Qualcosa di nuovo sul fronte delle domande tardive **940**

INDICE CRONOLOGICO DELLA GIURISPRUDENZA (*)

Cassazione civile

1 giugno 2017, n. 13886 **896**

2 maggio 2017, n. 11798 **905**

20 aprile 2017, n. 9983 **908**

7 aprile 2017, n. 9061 **923**

5 aprile 2017, n. 8869 **939**

28 febbraio 2017, n. 5054 **947**

27 febbraio 2017, n. 4915 **925**

25 luglio 2016, n. 15346* **988**

25 luglio 2016, n. 15346* **988**

20 luglio 2016, n. 14936* **989**

19 luglio 2016, n. 14814* **988**

19 luglio 2016, n. 14788* **991**

19 luglio 2016, n. 14779* **988**

19 luglio 2016, n. 14779* **989**

19 luglio 2016, n. 14737* **989**

19 luglio 2016, n. 14737* **989**

19 luglio 2016, n. 14727* **988**

15 luglio 2016, n. 14615* **989**

15 luglio 2016, n. 14536* **989**

15 luglio 2016, n. 14449* **989**

12 luglio 2016, n. 14250* **988**

11 luglio 2016, n. 14099* **990**

21 luglio 2016, n. 15037* **990**

20 luglio 2016, n. 14936* **990**

15 luglio 2016, n. 14518* **990**

21 giugno 2016, n. 12819* **991**

16 giugno 2016, n. 12450* **990**

14 giugno 2016, n. 12265* **991**

7 giugno 2016, n. 11660* **990**

(*) L'asterisco indica le pronunce segnalate nei massimari. Il doppio asterisco indica le pronunce giurisprudenziali segnalate nell'osservatorio tributario.

**Indice delle pronunce pubblicate nella Rubrica
In Itinere**

7 luglio 2017, n. 16851.....	893
28 giugno 2017, n. 16182.....	894
28 giugno 2017, n. 16180.....	893
22 giugno 2017, n. 15466.....	894
20 giugno 2017, n. 15185.....	895
15 giugno 2017, n. 14885.....	893
13 giugno 2017, n. 14694.....	893
13 giugno 2017, n. 14648.....	894
9 giugno 2017, n. 14437.....	894
9 giugno 2017, n. 14434.....	893

Corte d'Appello

Firenze 6 marzo.....	992
----------------------	------------

Tribunale

Rovigo 15 giugno 2017*.....	992
Pordenone 5 giugno 2017*.....	992
Siracusa 31 maggio 2017*.....	992
Bari 19 maggio 2017*.....	993
Bologna 10 maggio 2017*.....	992
Monza 10 maggio 2017*.....	992
Padova 10 maggio 2017*.....	992
Modena 3 aprile 2017*.....	992
Padova 17 marzo 2017*.....	993
Grosseto 14 marzo 2017.....	955
Ravenna 10 marzo 2017.....	966
Nola 17 marzo 2016.....	973

INDICE ANALITICO PER MATERIA**Amministrazione straordinaria****Effetti per i creditori***Interessi sui crediti chirografari*

Sospensione - Esigibilità del credito nei confronti del debitore - Esclusione (Trib. Padova 17 marzo 2017)* (L.D. a.s. n. 1).....	993
---	------------

Composizione della crisi**Sovraindebitamento***Consumatore abilitato al piano previsto dalla l. n. 3/2012*

Azioni esecutive individuali - Sospensione - Provvedimento del Giudice della procedura di sovraindebitamento - Mancanza - Istanza di sospensione al Giudice dell'esecuzione individuale - Inammissibilità (Trib. Bari 19 maggio 2017)* (L.D. sovraindebitamento n. 1).....	993
--	------------

Sindacato giudiziale

Verifica dei presupposti di ammissibilità ex art. 7 della L. n. 3/2012 - Sussistenza - Fattibilità giuridica - Configurabilità - Finalità - Inammissibilità al voto (Trib. Ravenna 10 marzo 2017).....	966
--	------------

Concordato preventivo**Ammissione***Proposta*

Domanda in continuità aziendale - Natura giuridica - Istituto diverso - Esclusione - Particolare modalità del piano concordatario - Configurabilità - Scopo di evitare un aggravamento della crisi - Garanzia del miglior soddisfacimento dei creditori (Cass. 7 aprile 2017, n. 9061).....	923
Domanda in continuità aziendale - Piano - Fattibilità - Idoneità - Necessità - Sussistenza - Contenuto (Cass. 27 febbraio 2017, n. 4915).....	925
Domanda in continuità aziendale - Piano - Verifica della fattibilità - Fattibilità giuridica ed economica - Contenuto (Cass. 27 febbraio 2017, n. 4915).....	925
Domanda in continuità aziendale - Piano - Sindacabilità del giudice Limiti - Fattibilità giuridica - Insussistenza - Sindacabilità economica Limiti - Manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati nella proposta - Configurabilità (Cass. 27 febbraio 2017, n. 4915).....	925
Domanda in continuità aziendale - Piano - Fattibilità giuridica - Sindacato giudiziale - Configurabilità - Fattibilità economica - Sindacato dei creditori - Limiti - Valutazione della convenienza di proposta plausibile (Cass. 27 febbraio 2017, n. 4915).....	925
Domanda in continuità aziendale - Piano concordatario - Idoneità - Corrispondenza alle finalità pratiche perseguite - Sindacabilità giudiziale - Configurabilità (Cass. 7 aprile 2017, n. 9061).....	923
Domanda in continuità aziendale - Piano concordatario - Verifica di fattibilità e accertamento della causa concreta funzionale - Sindacato di idoneità da parte del giudice - Configurabilità (Cass. 7 aprile 2017, n. 9061).....	923
Offerte concorrenti - Mancanza - Proposta concordataria originaria - Efficacia (Trib. Siracusa 31 maggio 2017)* (art. 163 bis l.fall.).....	992
Procedimento prefallimentare - Pendenza presso ufficio giudiziario diverso - Rapporto di continenza - Competenza (Cass. 15 luglio 2016, n. 14518)* (art. 161 l.fall.).....	990
Revoca - Procedimento - Rinuncia - Istanza del P.M. - Procedibilità (Trib. Monza 10 maggio 2017)* (art. 173 l.fall.).....	992

Indici

Fallimento

Annullamento

Dichiarazione di fallimento

Impugnazione - Reclamo ai sensi dell'art. 18 l.fall.
(Cass. 19 luglio 2016, n. 14788)*
(art. 186 l.fall.)..... **991**

Effetti per i creditori

Pagamenti in sede di espropriazione presso terzi

Esecuzione successiva alla domanda di concordato -
Inefficacia - Esclusione
(Cass. 7 giugno 2016, n. 11660)*
(art. 168 l.fall.)..... **990**

Esecuzione

Controversie su diritti dei creditori o del debitore

Cognizione del giudice delegato - Esclusione - Azio-
ne ordinaria - Conseguenze
(Cass. 14 giugno 2016, n. 12265)*
(art. 185 l.fall.)..... **991**

Omologazione

Effetti

Giudicato sull'esistenza, entità e rango dei crediti -
Esclusione
(Trib. Bologna 10 maggio 2017)*
(art. 181 l.fall.)..... **992**

Inadempimento

Risoluzione - Dichiarazione di fallimento - Iniziativa
alternativa dei creditori - Azione giudiziale cognitoria
ed esecutiva - Recupero della pretesa obbligatoria
extra concordataria - Legittimità
(Trib. Nola 17 marzo 2016) **973**

Procedimento

Decreto di fissazione di udienza - Notifica ai creditori
non votanti - Esclusione
(Trib. Rovigo 15 giugno 2017)*
(art. 180 l.fall.)..... **992**

Reclamo

Decreto - Ricorso in Cassazione - Termine - Disciplina
del concordato fallimentare - Applicabilità - Esclu-
sione
(Cass. 21 giugno 2016, n. 12819)*
(art. 183 l.fall.)..... **991**

Fallimento

Accertamento del passivo

Ausiliari nominati ex art. 15, comma 8, l.fall.

Compenso - Natura prededucibile -Configurabilità -
Obbligo del rito speciale -Procedura relativa ai crediti
professionali ex art. 25 l.fall. - Inapplicabilità
(Cass. 15 luglio 2016, n. 14536)*
(art. 93 l.fall.) **989**

Impugnazione dei crediti ammessi

Credito ammesso a favore di un terzo - Iniziativa
contestuale all'insinuazione tardiva del proprio credi-
to - Situazioni conflittuali - Termine - Decorrenza -
Sei mesi ex art. 327 c.p.c. dal decreto di esecutività
dello stato passivo - Applicabilità
(Cass. 5 aprile 2017, n. 8869)..... **939**

Insinuazioni tardive

Carattere unitario - Decreto di esecutività - Impugna-
zione
(Cass. 1° giugno 2017, n. 13886)..... **896**
Richiesta di privilegio - Credito ammesso al chirogra-
fo - Inammissibilità
(Cass. 20 luglio 2016, n. 14936)*
(art. 101 l.fall.) **990**

Opposizione

Costituzione telematica - Invio dei documenti oltre il
termine di legge - Tardività della produzione - Confi-
gurabilità
(Trib. Padova 10 maggio 2017)*
(art. 99 l.fall.) **992**

Crediti tributari - Insinuazione del concessionario del-
la riscossione - Litisconsorzio necessario con l'ente
impositore - Sussistenza
(Cass. 16 giugno 2016, n. 12450)*
(art. 98 l.fall.) **990**

Produzioni documentali - Termine di decadenza -
Inosservanza - Rilevabilità d'ufficio
(Cass. 21 luglio 2016, n. 15037)*
(art. 99 l.fall.) **990**

Verifica dei crediti

Provvedimento di esecutività - Unicità del provvedi-
mento - Opposizione - Termine - Decorrenza
(Cass. 11 luglio 2016, n. 14099)*
(art. 96 l.fall.) **990**

Ammissione

Domanda

Pubblicazione nel registro delle imprese - Richiesta
di iscrizione da parte del cancelliere - Sufficienza -
Effetti - Inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte
nei novanta giorni precedenti nei confronti dei credi-
tori anteriori
(Trib. Grosseto 14 marzo 2017)..... **955**

Attivo

Ripartizione

Disciplina successiva al d.l. n. 59/2016 - Creditori op-
ponenti allo stato passivo - Obbligo di accantona-
mento - Sussistenza
(Trib. Modena 3 aprile 2017)*
(art. 110 l. fall.)..... **992**

Dichiarazione*Procedimento*

Limite di fallibilità - Accertamento - Crediti risultanti dall'istruttoria pre-fallimentare - Altri crediti risultanti dalla verifica del passivo - Irrilevanza (Cass. 19 luglio 2016, n. 14727)* (art. 15 n. 1 l.fall.).....

Termine a comparire del debitore - Autorizzazione del tribunale - Mancanza - Assegnazione in misura inferiore al minimo - Nullità del decreto di convocazione del debitore - Condizioni (Cass. 19 luglio 2016, n. 14814)* (art. 15 n. 2 l.fall.).....

Sentenza

Reclamo - Giudizio di rinvio - Conformità al principio enunciato dalla Corte - Necessità (App. Firenze 6 marzo 2017)* (art. 18 l.fall.).....

Soggetti

Società cooperativa - Svolgimento di attività commerciale - Assoggettabilità (Cass. 12 luglio 2016, n. 14250)* (art. 1 n. 1 l.fall.).....

Società di fatto *holding* - Assoggettabilità (Cass. 25 luglio 2016, n. 15346)* (art. 1 n. 2 l.fall.).....

Termine dell'anno

Società non iscritte nel registro delle imprese - Applicabilità - Conoscenza della cessazione dell'attività da parte dei terzi - Decorrenza ed onere probatorio (Cass. 25 luglio 2016, n. 15346)* (art. 10 l.fall.).....

Effetti per i creditori*Azioni esecutive individuali*

Divieto - Violazione - Contestazione - Qualificazione - Opposizione all'esecuzione (Cass. 15 luglio 2016, n. 14449)* (art. 51 l.fall.).....

Compensazione

Necessità di insinuazione al passivo - Esclusione - Domanda di condanna della differenza - Rito del passivo (Cass. 15 luglio 2016, n. 14615)* (art. 56 l.fall.).....

Crediti verso il fallito

Prescrizione - Sospensione in corso di procedura - Esclusione (Cass. 19 luglio 2016, n. 14737)* (art. 52 l.fall.).....

Obbligazioni solidali

Insinuazione al passivo di più coobbligati - Configurabilità (Cass. 20 luglio 2016, n. 14936)* (art. 61 l.fall.).....

988 Effetti per il debitore*Atti inefficaci*

Domanda di inefficacia - Prescrizione - Effetti interruttivi - Configurabilità - Limiti (Cass. 19 luglio 2016, n. 14737)* (art. 44 n. 1 l.fall.).....

988

Pagamenti in sede di espropriazione presso terzi - Atto estintivo di debito del fallito - Legittimazione passiva esclusiva dell'*accipiens* (Cass. 19 luglio 2016, n. 14779)* (art. 44 n. 2 l.fall.).....

989**992**

Regime ante-D.Lgs. n. 5/2006 - Sentenza dichiarativa di fallimento - Ora della pubblicazione - Esclusione - Decorrenza - Giorno della pubblicazione (Cass. 19 luglio 2016, n. 14779)* (art. 42 l.fall.).....

988*Rapporti processuali*

Fallimento del creditore richiedente il decreto ingiuntivo - Pendenza del termine per l'opposizione - Interruzione del processo - Conseguenze (Trib. Pordenone 5 giugno 2016)* (art. 43 l.fall.).....

988**988****992****Effetti sugli atti pregiudizievoli ai creditori***Azione revocatoria fallimentare*

Atti a titolo oneroso, pagamenti e garanzie - Cessione di azienda (Cass. 28 febbraio 2017, n. 5054).....

988**947****Organi***Curatore*

Azione *ex artt.* 2394 *bis* e 2476 c.c. per abusiva concessione di credito bancario - Legittimazione attiva - Azione di massa - Esclusione (Cass. 2 maggio 2017, n. 11798).....

989**905**

Rapporti processuali - Azioni di massa - Amministratori - Responsabilità *ex art.* 2395 c.c. - Legittimazione - Esclusione - Abusiva concessione di credito - Perdita del capitale sociale - Partecipazione della banca nell'illecito - Configurabilità (Cass. 20 aprile 2017, n. 9983).....

989**908**

Rapporti processuali - Legittimazione attiva - Azione di responsabilità - Ricorso abusivo al credito - Banca concorrente con gli amministratori della società fallita - Mancato accertamento della responsabilità penale di quest'ultimi organi - Infondatezza della domanda (Cass. 2 maggio 2017, n. 11798).....

989**905**

Soggetti*Amministratori*

Responsabilità - Sussistenza di causa di scioglimento della società - Prosecuzione dell'attiva - Determi-

nazione del danno in via equitativa - Criterio dei netti patrimoniali - Configurabilità - Limiti (Cass. 20 aprile 2017, n. 9983)

908

LIBRI

Disponibile in E-BOOK

COLLANA: INSOLVENCY

Operazioni societarie straordinarie e crisi d'impresa*A cura di Paolo Bastia, Raffaella Brogi**Prefazione di Renato Rordorf*

L'opera costituisce la **prima monografia** dedicata ai rapporti tra operazioni societarie straordinarie e diritto concorsuale. In un approccio interdisciplinare alle problematiche trattate, unisce la prospettiva giuridica con quella aziendalistica, cercando di fornire, a tutti coloro che operano nel mondo concorsuale, un'analisi sistematica in grado di sviluppare un'adeguata comprensione di fenomeni particolarmente complessi come quelli delle **operazioni straordinarie nell'ambito delle crisi aziendali**.

Operazioni straordinarie, come la fusione e la scissione, prevalentemente esaminate nei contesti di aziende in crescita, per la loro versatilità, si prestano a consentire riasseti idonei per la **gestione delle crisi aziendali**, anche in sede con-

corsuale, sia in ipotesi di **ristrutturazione del debito**, che in quella di **risanamento**. La situazione di crisi evidenzia anche la necessità di affrontare il punto nevralgico del **finanziamento dell'impresa in crisi**.

Wolters Kluwer Italia 2016, pagg. 416

Prezzo: € 40,00

Codice: 201549

ISBN: 978-88-217-5666-5

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Iprosa di zona**
(www.shop.wki.it/agenzie)
- **www.shopwki.it**

*Se posso personalizzarla
in base alle mie aree
d'interesse,*

è La Mia **Biblioteca**

La Mia **Biblioteca** è la prima biblioteca professionale digitale con migliaia di testi pubblicati da CEDAM, UTET Giuridica, IPSOA, il fisco, LEGGI D'ITALIA e Altalex. Puoi trovare risposte certe grazie all'autorevolezza delle fonti e ad un motore di ricerca intuitivo, semantico e veloce. Puoi consultarla online ovunque, sempre, da qualsiasi dispositivo mobile. Puoi personalizzarla in base alle tue aree di interesse e alle tue esigenze professionali. Puoi integrarla a 360° con le tue banche dati Wolters Kluwer.

è pensata per te,
richiedi subito una prova!

lamiabiblioteca.com



 Wolters Kluwer

FAST FINANCE

di **BANCA IFIS**

FAST FINANCE È LA DIVISIONE DEL **GRUPPO BANCA IFIS** SPECIALIZZATA NELL'ACQUISTO DI CREDITI FISCALI, CREDITI COMMERCIALI E DIRITTI LITIGIOSI CONNESSI ALLE PROCEDURE CONCURSUALI.

La cessione dei crediti di difficile esigibilità aiuta gli Organi delle Procedure a conseguire la liquidazione dell'attivo e la rapida chiusura a beneficio dei creditori.

Fast Finance si propone di acquisire crediti fiscali quali IVA, IRPEG ora IRES, ILOR, IRAP - maturati e maturandi, già chiesti a rimborso oppure per i quali il presupposto del rimborso non si è ancora verificato, sorti in costanza di procedura oppure nelle annualità precedenti - nonché altri attivi vantati da Procedure Concorsuali.

Le offerte di acquisto sono formulate pro-soluto con assunzione da parte di **Fast Finance** di tutti i costi inerenti la valutazione, cessione e gestione dei crediti ceduti.

L'esperienza e l'elevato grado di competenza tecnica acquisite, nonché la capillarità su tutto il territorio nazionale, consentono a **Fast Finance** di garantire un'assistenza costante e qualificata sin dalle prime fasi della valutazione nonché la massima efficienza nella successiva gestione.

La solidità patrimoniale di **Banca IFIS** e l'esperienza pluriennale vantata nel mercato, rendono **Fast Finance** un partner di riferimento affidabile, trasparente e professionale. **Fast Finance** valuta accuratamente ogni posizione tenendo conto della tipologia di imposta, dell'effettiva esigibilità del credito nonché della tempistica prevista per il rimborso.



**LIQUIDAZIONE ED IMMEDIATO
SMOBILIZZO DEL CREDITO**



**RAPIDA CHIUSURA
DELLA PROCEDURA**



NESSUN ONERE PER IL CEDENTE



**ASSISTENZA PRESSO OGNI
CIRCOSCRIZIONE DI TRIBUNALE
GARANTITA DA UN REFERENTE
COMMERCIALE IN LOCO**



**PERFEZIONAMENTO DEL CONTRATTO
PRESSO UNO STUDIO NOTARILE
CON SEDE NELLA CITTÀ
DEL TRIBUNALE DI COMPETENZA**

BANCA IFIS DIAMO VALORE AL TUO LAVORO

Il **Gruppo Banca IFIS** è, in Italia, l'unico gruppo bancario indipendente specializzato nella filiera del credito verso le PMI, del credito di difficile esigibilità e del credito fiscale.

I marchi attraverso cui il Gruppo opera sono: *Banca IFIS Impresa, Banca IFIS Pharma, Banca IFIS Area NPL, CrediFamiglia, Fast Finance e IFIS Finance*. Nel mercato retail, Banca IFIS è presente con il conto deposito ad alto rendimento *rendimax* e con il conto corrente *crowd contomax*.

Quotato in Borsa Italiana nel segmento **Star**, il **Gruppo Banca IFIS** è una realtà innovativa e in crescita costante.

Fast Finance

Via De' Poeti, 1/7 - 40124 Bologna - T +39 051 235150 - F +39 051 238307 - commerciale.fastfinance@bancaifis.it - www.fastfinance.it

Banca IFIS S.p.A. - Sede legale e Dir. Generale - Via Terraglio, 63 - 30174 Venezia Mestre - T +39 041 5027511 - F +39 041 5027555 - www.bancaifis.it