il Fallimento
e le altre procedure concorsuali

Mensile di giurisprudenza e dottrina

ANNO XXXV - Direzione e redazione - Strada 1 Palazzo F6 - 20090 Milanofiori Assago (MI)

1 2013

www.ipsoa.it/ilfallimento

Concordato preventivo con riserva: primi profili interpretativi

Crediti tributari e principi innovativi delle Sezioni unite

Fallimento e moratorie per le vittime dell'usura

DIRETTORE SCIENTIFICO
Giovanni Lo Cascio

COMITATO DI DIREZIONE
Massimo Fabiani
Giovanni Lo Cascio
Adriano Patti

COMITATO SCIENTIFICO
Luigi Abete, Giuseppe Bozza,
Francesco De Santis,
Antonino Dimundo, Corrado Ferri,
Massimo Ferro, Luciano Panzani,
Cesare Proto, Giorgio Tarzia

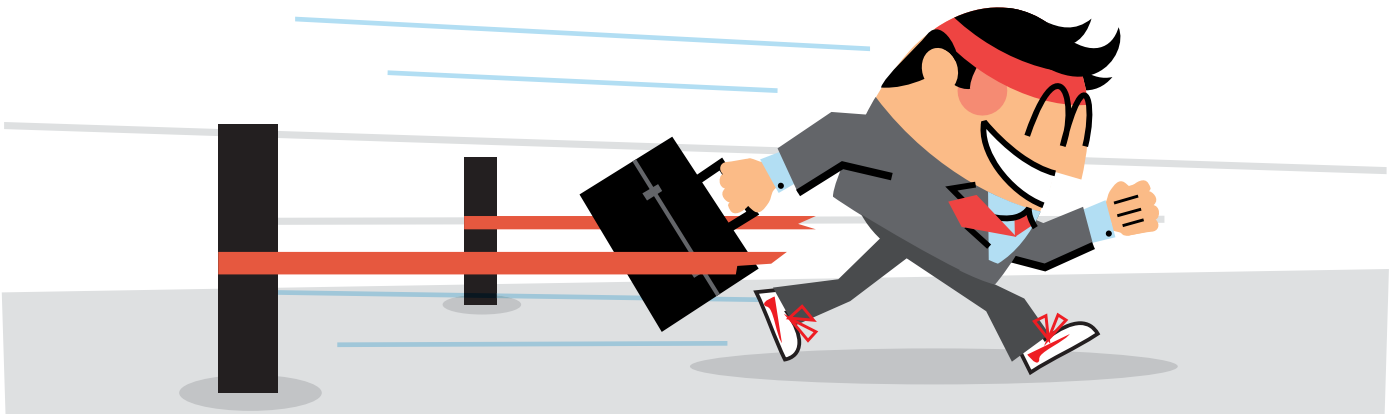
TARIFFA R.O.C.: POSTE ITALIANE SPA SPEDIZIONE IN ABBONAMENTO POSTALE D.L. 353/2003 (CONV. IN L. 27/02/2004 N. 46) ART. 1, COMMA 1, DCB MILANO

00138909

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

COMMERCIALISTI | CURATORI FALLIMENTARI | AVVOCATI

Con Fallco arrivi prima dei cambiamenti



Fallco Fallimenti, il software web già pronto per tutte le novità del D.L. 179.

Il D.L. 179 ha introdotto importanti novità nel lavoro del curatore in tema di comunicazioni per via telematica.

Fallco Fallimenti, software web per la gestione delle procedure fallimentari, ti offre gli strumenti per stare al passo con le novità di legge e migliorare la comunicazione con i creditori.

FALLCO

FALLCO FALLIMENTI
PER GESTIRE LE PROCEDURE CONCORSUALI

ZUCCHETTI
SOFTWARE GIURIDICO
IL SOFTWARE CHE CREA SUCCESSO

FallcoMail

per la gestione delle comunicazioni con i creditori mediante PEC (rilasciata da Zucchetti col proprio dominio @pecfallimenti.it).

www.

Sito del curatore

per informare i Creditori, mediante una piattaforma web dove pubblicare notizie e documenti.
Integrato in **Fallco Fallimenti**, è alimentato automaticamente con i dati inseriti in Fallco.

www.fallco.it

ZUCCHETTI SOFTWARE GIURIDICO • Via della Scienza, 9/11 • 36100 Vicenza • Tel. 0444 346211 • e-mail: info@fallco.it

SOMMARIO

OPINIONI

Riforma — CRISI DELLE IMPRESE, ATTUALITÀ NORMATIVE E TRAMONTO DELLA TUTELA CONCORSUALE
di *Giovanni Lo Cascio* 5

IN ITINERE

NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI
a cura di *Massimo Ferro* 21

GIURISPRUDENZA

Legittimità 7

Fallimento — FALLIMENTO E MORATORIE IN FAVORE DELLE VITTIME DELL'USURA O DI ATTIVITÀ ESTORSIVE
Cass. Civ., Sez. I, 9 novembre 2012, n. 19464; Cass. Civ., Sez. I, 4 giugno 2012, n. 8940; Cass. Civ., Sez. I, 28 maggio 2012, n. 8432; Cass. Civ., Sez. I, 28 maggio 2012, n. 8434 25
commento di *Paolo Celentano* 31

IL REQUISITO DIMENSIONALE DEGLI INVESTIMENTI
Cass. Civ., Sez. I, 23 marzo 2012, n. 4738 41
osservazioni di *Alfonso Badini Confalonieri* 42

INNOVAZIONI GIURISPRUDENZIALI SUI CREDITI TRIBUTARI NEL FALLIMENTO
Cass. Civ., Sez. Un., 15 marzo 2012, n. 4126 45
commento di *Lorenzo Del Federico* 49

Merito

Concordato preventivo — RISOLUZIONE DI CONCORDATO PREVENTIVO E FALLIMENTO
Corte d'Appello di l'Aquila, 31 maggio 2012 59
commento di *Federico Casa* 63

L'AMMISSIONE AL CONCORDATO PREVENTIVO ''CON RISERVA''
Tribunale di Roma, 14 novembre 2012; Tribunale di Napoli, 31 ottobre 2012; Tribunale di Pistoia, 30 ottobre 2012; Tribunale di Pistoia, 30 ottobre 2012; Tribunale di Salerno, 25 ottobre 2012; Tribunale di La Spezia, 25 ottobre 2012; Tribunale di La Spezia, 24 ottobre 2012; Tribunale di Milano, 24 ottobre 2012; Tribunale di Siena, 23 ottobre 2012; Tribunale di Ancona, 15 ottobre 2012; Tribinale di Tortona, 8 ottobre 2012; Tribunale di Perugia, 4 ottobre 2012; Tribunale di Palermo, 2 ottobre 2012 73
commento di *Paola Vella* 82

GLI OBBLIGHI INFORMATIVI DI CUI AL COMMA 8 DELL'ART. 161 L.FALL.
Tribunale di Terni, 12 ottobre 2012; Tribunale di Crotone, 4 ottobre 2012; Tribunale di Mantova, 27 settembre 2012; Tribunale di La Spezia, 25 settembre 2012; Tribunale di Bolzano, 25 settembre 2012; Tribunale di Asti, 24 settembre 2012; Tribunale di Pisa, 19 settembre 2012; Tribunale di Velletri, 18 settembre 2012; Tribunale di Modena, 14 settembre 2012 99
commento di *Luigi Balestra* 106

DISCIPLINA DELLA RIDUZIONE DEL CAPITALE PER PERDITE E CONCORDATO PREVENTIVO
Tribunale di Ancona, 12 aprile 2012 110
commento di *Tommaso Ariani* 112

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 (legge fallimentare) 122

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 (legge fallimentare) 124

OSSERVATORI

OSSERVATORIO SULL'UNIONE EUROPEA E SUGLI ALTRI STATI
a cura di *Patrizia De Cesari* e *Galeazzo Montella* 126

INDICE

Indice analitico-alfabetico 129

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

S. Ambrosini, M. Arato, G. Cavalli, P.F. Censoni, P. De Cesari, L. Del Federico, S. Fiore, L. Guglielmucci, A. Lanzi, F. Macario, M. Montanari, I. Pagni, M. Perrino, G. Presti, R. Tiscini, G. Trisorio Liuzzi

il Fallimento
e le altre procedure concorsuali
Mensile di giurisprudenza e dottrina

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

INDIRIZZO INTERNET
http://www.ipsoa.it/ilfallimento

DIRETTORE RESPONSABILE
Giulietta Lemmi

REDAZIONE
Francesco Cantisani, Ines Attorresi, Stefania Banfi

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 s.r.l.
Via Pavese 1/3
20089 Rozzano (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:
db Consulting srl
EVENTS & ADVERTISING
db Consulting srl Event & Advertising
via Leopoldo Gasparotto 168 - 21100 Varese
tel. 0332/282160 - fax 0332/282483
e-mail: info@db-consult.it
www.db-consult.it

STAMPA
GECA s.p.a. - Via Magellano, 11
20090 Cesano Boscone (MI)

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

Per informazioni in merito a contributi, articoli ed argomenti trattati scrivere o telefonare a:

Casella Postale 12055 - 20120 Milano
telefono (02) 82476.015 – telefax (02) 82476.055
www.fallimentonline.it
e.mail: redazione.fallimento.ipsoa@wki.it

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

IPSOA Servizio Clienti
Casella postale 12055 – 20120 Milano
telefono (02) 824761 – telefax (02) 82476.799
Servizio risposta automatica:
telefono (02) 82476.999

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, solare: gennaio-dicembre; rolling: 12 mesi dalla data di sottoscrizione, e si intendono rinnovati, in assenza di disdetta da comunicarsi entro 60 gg. prima della data di scadenza a mezzo raccomandata A.R. da inviare a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Strada 1 Pal. F6 Milanofiori 20090 Assago (MI).
Servizio Clienti: tel. 02 824761 - e-mail: servizioclienti.ipsoa@wki.it - www.ipsoa.it/servizioclienti

Compresa nel prezzo dell'abbonamento l'estensione on line della rivista, consultabile all'indirizzo http://www.ipsoa.it/ilfallimento

ITALIA
Abbonamento annuale: € 240,00

ESTERO
Abbonamento annuale: € 480,00

MAGISTRATI e UDITORI GIUDIZIARI - sconto del 30% sull'acquisto dell'abbonamento annuale alla rivista applicabile rivolgendosi alle Agenzie Ipsoa di zona (www.ipsoa.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. 02-82476403 o rivolgendosi al Servizio Informazioni Commerciali al n. 02-82476794.
Nell'ordine di acquisto i magistrati dovranno allegare fotocopia del proprio tesserino identificativo attestante l'appartenenza alla magistratura e dichiarare di essere **iscritti all'Associazione Nazionale Magistrati**.

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: € 25,00
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: 02.82476.403.

Riforma

Crisi delle imprese, attualità normative e tramonto della tutela concorsuale

di **Giovanni Lo Cascio**

Dopo una breve premessa sui nuovi modelli legislativi e sulla recente concezione assunta in tema di crisi d'impresa, l'Autore si sofferma sulle modifiche intervenute con il D.L. 22 giugno 2012, n. 83 e la legge di conversione 7 agosto 2012, n. 134, richiamandone gli aspetti più salienti, non senza accusare qualche preoccupazione per i creditori concorsuali la cui tutela sembra avviarsi al tramonto.

1. La riforma normativa fallimentare e le prime modifiche

Ogni qualvolta ci accingiamo ad affrontare l'esame delle nuove normative che continuano a modificare il nostro ordinamento, ci chiediamo se il legislatore ci lascerà il tempo di riflettere per orientarci sulle aperture socio economiche del nostro Paese, oppure se continuerà a gravarci di nuove regole in un crescendo continuo, rendendo sempre più incerti il nostro aggiornamento e le nostre valutazioni.
Innovazioni, tecnologie e leggi si espandono con un incessante avvicendarsi di sistemi, obblighi e adempimenti, come se l'evoluzione e la crescita economica dipendessero solo da mere enunciazioni piuttosto che da ricerca, lavoro, sacrifici e principi etici e morali.
Nessun aspetto della nostra società moderna si sottrae al dilagare di questi continui mutamenti che non creano stabilità, sicurezza e affidabilità e pongono gravi interrogativi sul domani e su ciò che riserveremo alle future generazioni.
Anche il rapporto umano è mutato e il comune intendersi in un continuo dialogo destinato di solito ad arricchirci è divenuto sterile e giova soltanto al perseguimento di scopi egoistici e limitati. Ciò comporta anche una scarsa attenzione alle prospettive favorevoli di modo che non c'è nemmeno un impegno e un apporto collettivo alla nostra crescita.
L'esame delle nostre imprese e il modo come poterle risollevare dalle difficoltà finanziarie ed economiche, in questo particolare stato di crisi generale che ci affligge, è divenuto il tema centrale della nostra cultura scientifica e professionale, ma soprattutto ci ha spinto ad una ricerca che nel campo concorsuale ha subito in questi ultimi tempi un'accelerazione non comune. I passaggi evolutivi di questa nuova corrente di pensiero hanno segnato alcune tappe di indiscutibile rilievo durante le quali dalla figura dell'imprenditore individuale si è passati all'impresa societaria, ai grandi gruppi ed alle multinazionali, ma soprattutto da una disciplina destinata a tutelare il credito e coloro che sono danneggiati dai debitori insolventi, si è stati indotti a valorizzare la regolamentazione della crisi delle imprese, avviando un meccanismo di salvaguardia ad ogni costo del loro mantenimento ed in ogni caso dei valori aziendali posti in una posizione primaria e prioritaria.
Pertanto, prendendo le mosse da un orientamento interpretativo degli stessi schemi normativi che una volta avevano giustificato la vecchia concezione del fallimento e delle altre procedure concorsuali, ricordiamo l'auspicio di un radicale rinnovamento che precedette la sua realizzazione solo nel 2006.
Siamo consapevoli che qualsiasi riforma normativa volta a regolare un'intera materia non può mai essere pienamente esaustiva delle attese, ma è anche vero che la riforma in esame, come abbiamo più volte osservato (1), non è stata minimamente sod-

Nota:

(1) I nostri scritti: *La nuova legge fallimentare: dal progetto di legge delega alla miniriforma per decreto legge*, in questa *Rivista*, 2006, 361; *I principi della legge delega della riforma falli-*

(segue)

disfacente, tanto da richiedere più volte interventi correttivi e integrativi che hanno inciso sui principi della politica legislativa auspicata.
Occorre inoltre notare che, sino all'introduzione del decreto correttivo e integrativo n. 169 del 2007, si era rimasti nell'ambito delle stesse regole concorsuali e anzi si era tentato di migliorarne il contenuto e la loro adattabilità, secondo gli orientamenti interpretativi che la giurisprudenza aveva avuto occasione di elaborare. Poi, però, le altre modificazioni sopraggiunte non soltanto si sono poste al di fuori dei percorsi segnati con la riforma, ma hanno reso scarsamente equilibrato l'intero sistema, facendo apparire maggiormente ingiustificabile l'espansione subita da alcuni istituti preventivi (concordato preventivo ed accordi di ristrutturazione) rispetto allo stesso piano attestato ed in maggiore misura rispetto al fallimento, quasi a negare quello spirito innovatore che lo aveva pervaso, nel riconoscere ad una procedura liquidatoria carattere evolutivo e di recupero dei valori aziendali.
Il decreto legge 78/2010 e la legge di conversione 122/2010 costituiscono i primi segnali di questa nuova tendenza ad espandere la normativa fallimentare verso confini aziendalisti e finanziari, manifestando un chiaro intendimento di agevolare il recupero delle imprese in crisi con strumenti protettivi anche estranei ad un programma di risanamento. Da un lato, si sono ampliate le fonti di finanziamento per l'esecuzione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione dei debiti e favoriti gli enti finanziari (originariamente gli istituti iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 e 107 del D.Lgs. 385/1993), dichiarando i loro crediti di natura prededucibile, ai sensi dell'art. 111 ed implicitamente qualificando tali quelli previsti dalla legge oppure sorti in occasione ed in funzione della procedura. Dall'altro lato, la possibilità di ricorrere al credito non è stata limitata alle esigenze della procedura, ma è stata estesa alle altre necessità finanziarie anteriori alla stessa. Si è creata un'altra categoria di crediti parificati ai prededucibili, purché i finanziamenti fossero previsti nel piano di risanamento e la prededuzione espressamente disposta dal tribunale nel provvedimento di ammissione al concordato o di omologazione degli accordi (2).
Con la normativa menzionata la parificazione di tali crediti a quelli prededucibili ci aveva confermato che si trattasse di risorse finanziarie non strettamente dipendenti dal corso della procedura, ponendo in luce che prima ancora di ricorrere alla tutela giudiziaria, l'impresa attraversa una fase delicata durante la quale l'avvio del risanamento presenta indubbie difficoltà.
La concessione del credito da parte delle banche non poteva essere, tuttavia, così scontato anche se in qualche modo tutelato con la prededuzione perché si è mancato di considerare che, erogando il finanziamento, s'intende avere la certezza che esso sia destinato ad un programma aziendale concreto e non a mere esigenze finanziarie transitorie ed accidentali.
Come abbiamo già avuto occasione di osservare (3), la funzionalità del finanziamento non è ricollegabile al recupero imprenditoriale, ma al superamento di quella fase transitoria che va dall'iniziativa assunta dal debitore sino all'ammissione del concordato od all'omologazione degli accordi e l'individuazione di questi crediti non è agevole, riconoscendosi che si tratta di iniziative discrezionali del debitore riconosciute efficaci in dipendenza della presentazione della domanda.
La mancanza di un criterio di collegamento tra tali crediti ed il successivo programma di recupero aziendale ci aveva lasciato già in precedenza perplessi, ma ora le iniziative riconosciute al debitore con le ultime innovazioni normative appaiono del tutto ingiustificabili.
La mancanza di un criterio di collegamento tra tali crediti ed il successivo programma di recupero aziendale ci aveva lasciato già in precedenza perplessi, ma ora quelle riconosciute al debitore con le ultime innovazioni normative appaiono del tutto ingiustificabili.
Vale ricordare che nel concordato preventivo il riconoscimento della prededuzione non era e non è automatico per i crediti funzionali alla domanda perché il tribunale potrebbe ammettere il debitore

Note:
(segue nota 1)

mentare, ivi 2006, 985; *L'intervento correttivo ed integrativo del decreto legislativo 5/2006*, *ivi*, 2007, 865; *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica*, *ivi*, 2008, 991; *Concordati, classi di creditori ed incertezze interpretative*, *ivi*, 2009, 1129; *Introduzione: una lettura del fallimento in una chiave di efficiente e rapida; scansione temporale*, *ivi*, 2010, 1013; *Gli incerti profili interpretativi del concordato preventivo*, *ivi*, 2012, 5; *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, *ivi*, 2012, 137; *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo, ivi*, 2012, 891.

(2) Richiamiamo M. Fabiani, *L'ulteriore* up grade *degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in questa *Rivista*, 2010, 898; L. Morellini, *L'art. 182* quater *l.fall. novità e criticità*, *ivi*, 2011, 898; L. Salvato, *Il difficile bilanciamento delle esigenze di tutela dei creditori e del mercato nella disciplina dei finanziamenti alle imprese*, *ivi*, 2009, 87.

(3) Il nostro scritto, *Il concordato preventivo nel quadro degli istituti di risanamento*, cit., in particolare 149-150.

alla procedura, ma negare la qualità ai finanziamenti ed i riflessi di questo mancato riconoscimento potrebbero incidere sull'esecuzione del piano di risanamento.
Con riferimento alle modifiche intervenute nel 2010, si era ribadito che il debitore potesse giovarsi del divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive e cautelati in dipendenza di una domanda fondata su un'adeguata documentazione ai sensi dell'art. 161 l. fall. e sulla base di trattative destinate a formalizzare un accordo di ristrutturazione e di un'attestazione del professionista. Cosicché l'efficacia del blocco delle iniziative dei creditori precedeva la stessa decisione del tribunale perché sorgeva all'atto della registrazione della domanda di sospensione, impedendo ai creditori qualsiasi tutela sulla base del nulla perché ancora non esisteva alcun concreto programma di soluzione della crisi.
Ultimamente, nell'ambito del vasto programma di riforme e della pubblicazione del D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito in L. 7 agosto 2012 n. 134, la legge fallimentare ha subito altre modificazioni perché l'anticipazione degli effetti del procedimento di intervento nello stato di crisi imprenditoriale non soltanto opera sulle mere affermazioni del debitore, ma costituisce un principio generalizzato.

2. Revocatoria

La maggior parte delle nuove indicazioni normative riguarda gli strumenti concorsuali preventivi destinati al recupero imprenditoriale, ma alcune integrazioni non hanno risparmiato l'istituto della revocatoria fallimentare ed, in particolare, l'esenzione concernente gli immobili ad uso non abitativo destinati a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente, purché alla data di dichiarazione di fallimento tale attività sia effettivamente esercitata, ovvero siano stati compiuti investimenti per darvi inizio.
Anche in questa occasione, il legislatore ha dimostrato di non volere affrontare *funditus* il tema dell'inefficacia degli atti pregiudizievoli ai creditori, né tanto meno quello di una scelta di tutela creditoria che sarebbe stata inevitabile nell'orientare il sistema normativo verso la concezione degli atti pregiudizievoli oppure della redistribuzione del danno conseguente all'insolvenza. Probabilmente intraprendere la strada di un ripensamento politico-economico oltre che giuridico della materia non sarebbe stato neppure opportuno ed avrebbe destato vecchi dibattiti appena sopiti in un'epoca in cui sono necessari altri strumenti con cui rimediare alla crisi delle nostre imprese.
Volendo in ogni caso soffermarsi sul contenuto della modifica, che finisce con l'estendere l'esenzione dagli immobili abitativi a quelli addetti a sede dell'impresa, quando questa sia in atto o stia per essere avviata in conseguenza degli investimenti effettuati, c'è da chiedersi se essa si traduca sempre in un vantaggio per l'impresa da risanare, oppure in un pregiudizio del patrimonio di quella che è stata assoggettata al fallimento, nel senso che spesso potrebbe mancare il giusto bilanciamento degli interessi contrapposti, pur sempre riferibili a valori imprenditoriali.
In verità, la ragione di fondo di questa nostra critica concerne il continuo estendersi delle esenzioni dalla revocatoria fallimentare e il diverso trattamento che consegue in danno del soggetti che continuano ad esserne assoggettati, quasi ad indurre al convincimento che sarebbe stato preferibile che il legislatore, volendo persistere in quest'intendimento, eliminasse del tutto l'istituto della revocatoria fallimentare, individuando la tutela della pregiudizialità degli atti esclusivamente nell'ambito della revocatoria ordinaria. Sotto tale profilo non ci sembra di poter condividere la valutazione che ne è stata fatta in dottrina di una "*modifica per nulla stravagante*", con cui si è riconosciuta nella valutazione degli interessi contrapposti una posizione prioritaria ad un' impresa che tenta di uscire dalla crisi rispetto ad un'altra che pensa di dovere ricostruire il proprio patrimonio nell'interesse dei creditori concorsuali (4).
Proseguendo nell'esame della novella legislativa e volendo restare al tema della revocatoria fallimentare, il legislatore sembra atteggiarsi in controtendenza rispetto a quanto prima stabilito, valorizzando l'azione e introducendo normativamente una consecuzione di concordato preventivo in fallimento, sancendo che i termini di cui agli artt. 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.
Vale premettere che, a seguito della riforma della legge fallimentare, si era posto l'interrogativo se la consecuzione dei procedimenti concorsuali potesse considerarsi ancora valida. In passato, si era affermato che il susseguirsi di più procedimenti concorsuali, fondati sul medesimo stato d'insolvenza e destinati ad individuare il mezzo idoneo a realizzare il

Nota:

(4) M. Fabiani, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *Corr. giur.*, 2012, 1265.

recupero dell'impresa, ne giustificasse l'unitarietà e la retrodatazione degli effetti con decorrenza dal sorgere della prima. Peraltro, si era fatto notare che il legislatore con la riforma ha stabilito che lo stato di crisi s'identifica con lo stato di insolvenza, cosicché la conversione delle procedure potrebbe apparire giustificabile in base alla stessa identificazione normativa che ne è stata fatta.

In realtà, quest'interpretazione non sempre è apparsa proponibile perché, se è vero che crisi ed insolvenza costituiscono di fatto due differenti situazioni economiche e che il principio della consecuzione delle procedure concorsuali si basa essenzialmente sull'identità di presupposto obiettivo che caratterizza le procedure di concordato preventivo e di fallimento, sorge qualche difficoltà ad ammettere che la semplice equiparazione normativa, forse dettata ad altri fini, consenta il mantenimento dell'unitarietà delle procedure.

La riserva è confermata dal fatto che, a seguito della novella legislativa, la dottrina sembra avere abbandonato il concetto di consecuzione delle procedure concorsuali per allinearsi piuttosto al principio della loro continuità. In questo senso si è suggerito che il riconoscimento normativo della prededucibilità dei crediti e quello dell'esonero della revocatoria fallimentare degli atti posti in essere durante il concordato preventivo, più che costituire espressione della consecuzione delle procedure, siano conseguenza di un *favor* verso la soluzione negoziale della crisi d'impresa. Non si sarebbe più in presenza di una procedura unitaria, ma di più procedimenti tra loro autonomi, tutti finalizzati ad una tutela dei creditori anteriori interessati al risanamento e di quelli nuovi partecipi alla prosecuzione dell'attività d'impresa. Verrebbe meno anche la retrodatazione del periodo sospetto e gli atti compiuti prima del concordato preventivo non sarebbero più soggetti a revocatoria (5).

Tuttavia, la giurisprudenza di legittimità, anche nella vigenza della nuova disciplina, non sembra essersi discostata dal principio della consecuzione delle procedure concorsuali. Con specifico riferimento alle diversa situazione che può caratterizzare l'apertura del concordato preventivo fondato su uno stato di crisi e non di insolvenza si è, infatti, ribadito che, se a seguito di una verifica *a posteriori* venga accertato con la dichiarazione di fallimento che la crisi sulla quale si era fondata l'ammissione del debitore al concordato preventivo era in realtà uno stato di insolvenza, debba escludersi l'autonomia delle due procedure (6).

Una parte della dottrina ha assecondato il principio sopra enunciato, ponendo in luce che non è configurabile una situazione di incapacità di adempiere che si traduca in uno stato di crisi perché, se l'imprenditore ammette di dover ricorrere al fallimento, riconosce implicitamente di trovarsi in uno stato di insolvenza.

In sostanza, si sarebbe verificato anche oggi ciò che era stato rappresentato nella precedente disciplina sullo stato di temporanea difficoltà che giustificava l'ammissione all'amministrazione controllata in relazione alla quale, se il debitore non era più in grado di proseguire nell'esercizio d'impresa e chiedeva di essere ammesso al concordato preventivo od al fallimento, riconosceva implicitamente di versare in stato d'insolvenza, cosicché l'originario stato di difficoltà altro non era che d'insolvenza (7).

È stato anche sostenuto che non potrebbe neppure valere per negare la consecuzione delle procedure l'intervenuta abrogazione dell'iniziativa officiosa del tribunale, con cui sarebbe stato creato uno scarto temporale tra la cessazione del concordato preventivo e l'inizio del fallimento, perché non si potrebbe dubitare della contestualità della revoca, del diniego di omologazione e della risoluzione del concordato preventivo con conseguente pronuncia di fallimento. Piuttosto è stata adombrata una qualche incertezza sulla configurabilità di una retrodatazione degli effetti del fallimento alla data di apertura del concordato preventivo perché quelli di quest'ultima procedura non sarebbero assimilabili ai primi e perché in presenza di classi di creditori lo stesso principio della *par condicio creditorum* subirebbe alcune deroghe. Sotto tale profilo sembrerebbe più esatto parlare di conservazione degli effetti del concordato preventivo nel successivo fallimento e ciò sarebbe confermato dalle nuove regole dettate dall'art. 111, secondo comma, dall'art. 137, terzo comma, 138 e 186 ultimo comma l. fall., nonché dall'art. 67 terzo comma lettera e) (8).

Con la novella legislativa, all'art. 67, terzo comma,

Note:

(5) P. Catallozzi, *Crediti sorti durante il concordato preventivo e la loro tutela nel successivo fallimento: è ancora sostenibile la teoria della consecuzione?*, cit., in particolare, 443.

(6) Cass. 6 agosto 2010 n. 18437, con nota di P. Bosticco, *La Cassazione conferma il principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento*, in questa *Rivista*, 2011, 30.

(7) P. Bosticco, *La Cassazione conferma il principio della consecuzione tra concordato preventivo e fallimento*, in questa *Rivista*, 2011, 33 ss, in particolare, 38-39; L. Pica, *La consecuzione delle procedure*, in P. Celentano-E. Forgillo (a cura di), *Fallimento e Concordati*, Torino, 2008, 1174 ss.

(8) L. Pica, *La consecuzione delle procedure*, cit., 1175.

lett. e) è stata aggiunta la locuzione che non sono revocabili gli atti, i pagamenti e le garanzie legalmente posti in essere dopo il deposito del ricorso di cui all'art. 161 l.fall. e con l'art. 69 *bis* si è stabilito che i termini di cui agli artt. 64, 65, 67, primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese.
Ci sembra che la prima innovazione sia senz'altro da condividere perché in tal modo scompare quella situazione di incertezza che aveva caratterizzato in passato la sorte degli atti posti in essere nel periodo che va dalla domanda alla data del provvedimento di ammissione alla procedura, ma soprattutto si armonizza il principio della decorrenza degli effetti del concordato dalla domanda e non dalla sua apertura. Con l'altra modifica, si introduce una sorta di consecuzione legale dei procedimenti e la decorrenza del periodo sospetto non è più ancorata all'accertamento dello stato di insolvenza, bensì alla registrazione della domanda. Viene meno il principio della consecuzione e della conversione elaborato dalla giurisprudenza e dalla dottrina e, quindi, le implicazioni che oggi sarebbero insorte nel raffronto con le altre procedure.

3. Professionista attestatore

Non possiamo che ripetere quanto avevamo rappresentato in passato sulla figura del professionista attestatore. Si è trattato di una figura nuova ed indipendente che avrebbe dovuto facilitare la successiva indagine degli organi del procedimento ed offrire un quadro completo ed esaustivo della situazione finanziaria ed economica dell'impresa che giustifica la realizzabilità del piano di recupero (9).
La precedente esperienza ha indotto ad elaborare non pochi principi interpretativi sul modo come concepire l'attività che il professionista dovrebbe svolgere ed individuarne gli adempimenti. La novella legislativa ne ha estese le connotazioni, sancendo espressamente che deve trattarsi di un professionista indipendente, designato dal debitore e iscritto nel registro dei revisori legali, deve rivestire i requisiti di cui all'art. 28, lettere a) e b) e deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. La sua indipendenza preclude qualsiasi rapporto personale o professionale con l'imprenditore o con soggetti interessati al risanamento, implica l'esistenza dei requisiti di cui all'art. 2399 c.c. ed impedisce qualsiasi rapporto di lavoro autonomo o subordinato intervenuto negli ultimi cinque anni o di partecipazione ad organi amministrativi e di controllo.
A noi pare che la posizione d'indipendenza del professionista non sia stata sostanzialmente realizzata mediante un'applicazione anche rigida di preclusioni formali, quando si consente che la scelta discrezionale ed il conferimento dell'incarico dipendano dalla mera iniziativa dello stesso imprenditore. L'instaurazione di un rapporto professionale di natura fiduciaria, infatti, coinvolgendo anche l'aspetto economico del professionista, non lascia alcun margine per avvalorare la finalità nella specie perseguita (10).
Addirittura l'intendimento del legislatore che ha persino introdotto, in sede di decreto, la formula «designato dal debitore» non soltanto, a nostro parere, sembra tradire le finalità di questa nuova figura del professionista, ma preclude anche le prospettive di un agile sistema di recupero delle imprese. Piuttosto, l'ipotesi di un albo speciale, nel quale i professionisti che eseguono l'attestazione potrebbero essere inclusi, previo esame di requisiti tecnici e di indipendenza, e la nomina da parte del giudice, sia pure a seguito di istanza dell'imprenditore, avrebbero potuto costituire idoneo accorgimento per valorizzare l'istituto e rendere sostanzialmente indipendente tale figura.
Neppure la nuova fattispecie delittuosa di cui all'art. 236 *bis*, relativa al comportamento del professionista che fornisce informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, può assicurarne l'indipendenza perché non è la sanzionabilità penale della condotta che può assicurarla.
Con specifico riferimento alla previsione della sanzione penale, vale osservare che l'esigenza era già emersa ai tempi dell'introduzione della nuova figura del professionista, i cui tentativi interpretativi avevano denotato vizi di tipizzazione della fattispecie oltre che di qualificazione giuridica degli illeciti. Con la novella in esame il legislatore, anche sulla scia di quanto stabilito dalla legge 27 gennaio 2012 n. 3 in tema di sovra indebitamento, è stato indotto a prevederne una specifica previsione, ma a parte la lacunosa formulazione di illecito penale fondato su presupposti (informazioni rilevanti) generici e soggettivi (11) e la gravità della sanzione, emerge soprattutto un'indeterminatezza dell'omissione delle

Note:

(9) S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, in questa *Rivista*, 2012, 1137.

(10) Il nostro scritto, *Il concordato preventivo: incerti profili interpretativi*, in questa *Rivista*, 2012, 5 ss.

(11) M. Fabiani, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, cit.

informazioni rilevanti sulla quale potrebbe essere posto il dubbio di legittimità costituzionale.
L'intervento del professionista in passato si limitava alla valutazione del piano nel suo complesso; ora il professionista è diventato un interlocutore permanente del debitore perché deve essere consultato nel caso di modifiche sostanziali della proposta o del piano concordatario, per pagare crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi, sia nel concordato preventivo, sia nell'accordo, per attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista nel piano concordatario è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori, per proseguire i contratti pubblici, per partecipare a procedure di assegnazione di questi ultimi.
Un altro aspetto che forse sarebbe dovuto essere posto all'attenzione del legislatore riguarda l'effettiva prestazione che può essere richiesta oggi al professionista la cui portata, in conseguenza dell'evoluzione subita dalle imprese e della vasta organizzazione multinazionale che le stesse possono assumere in un mercato globale, non è più inquadrabile in un controllo contabile e gestionale limitato di un'organizzazione produttiva, ma si espande a dismisura, esigendo necessariamente l'intervento di uomini e di mezzi di vasta portata. Stabilire che un professionista adempia un incarico di attestazione di personale conoscenza della veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano concernente qualsiasi gruppo imprenditoriale ed al contempo sanzionarne gravemente e penalmente l'omissione è inconcepibile, oltre che scarsamente incentivante.
Com'è noto, le nuove procedure concorsuali dovrebbero evolversi all'insegna della semplicità, trasparenza ed operatività e la creazione della figura del professionista ha trovato essenzialmente fondamento nel sottrarre le molteplici attività d'indagine che in passato gravavano esclusivamente sugli organi per affidarle a chi all'esterno ha la possibilità di espletarle in anticipo nel tentativo di velocizzare dopo la fase giudiziaria. Se, però, dopo la creazione della figura del professionista e l'accrescersi della sua potenzialità, manteniamo ugualmente il controllo del commissario giudiziale il quale è chiamato a rivedere e verificare tutto ciò che è stato in precedenza compiuto da un soggetto diverso e indipendente dal debitore, mi pare che si crei una sorta di controllo del controllore e ad una ripetizione di fasi procedurali che denotano finalità contrarie a quelle perseguite dal legislatore.
Ci rendiamo conto che se il professionista, secondo lo schema tracciato dal legislatore, non dovesse essere ritenuto indipendente, si produrrebbero effetti inconciliabili con l'applicabilità della disposizione dettata dall'art. 67 relativamente agli effetti esonerativi della revocatoria fallimentare e, quel che è peggio, della stessa validità del piano di risanamento.
Tuttavia, la nostra critica non è significativa per giungere alle conseguenze estreme rappresentate, quanto ad indurre ad una più approfondita riflessione sulla figura del professionista che, come abbiamo più volte affermato, è stata un'idea fortemente innovativa, ma deve essere completata nella sua funzionalità.

4. Domanda di concordato preventivo

All'art. 161 l. fall. che regola la domanda di ammissione al concordato preventivo e la relativa documentazione è stata aggiunta la presentazione di «un piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta».
Rispetto alle premesse che avevano caratterizzato la riforma dell'istituto del concordato preventivo ed al principio di liberalizzazione che aveva ispirato quel legislatore, oggi si è pensato di rimodellare il contenuto della proposta e si è richiesto di precisare «modalità e tempi di adempimento», contraddicendo in un certo senso quanto traspare dalla disposizione precedente, secondo cui il piano può prevedere qualsiasi forma di ristrutturazione dei debiti o di soddisfazione dei crediti, o l'attribuzione delle attività ad un assuntore o tramite operazioni societarie ai creditori. Una sorta di scelte non proprio definite o un'indicazione di tempi di adempimento inconciliabili con gli strumenti liberamente scelti, ma soprattutto non esenti dal rischio di causare un'inevitabile risoluzione.
Ancor meno ipotizzabile è la configurabilità di un obbligo di determinare l'entità del soddisfacimento, sia perché potrebbe anche mancare il pagamento, sia perché non sono previste soglie minime di adempimento, cosicché l'intendimento già manifestato prima della novella legislativa non è neppure riconducibile alla formula ultimamente adoperata.
Il legislatore ha, poi, sancito che la domanda ..... «è pubblicata, a cura del cancelliere, nel registro delle imprese entro il giorno successivo al deposito in cancelleria». L'innovazione è data dalla «registrazione» della domanda che sostituisce il tradizionale deposito in tribunale, quasi che il risultato dei dati emergenti dal registro delle imprese possa costituire ormai l'unica prova dell'iniziativa giudiziale e della decorrenza degli effetti che ne comporta. Pur non sussistendo alcuna esigenza in ordine ad una decor-

renza temporale degli effetti del concordato, ci chiediamo quali effetti possano riconoscersi al deposito nell'ufficio giudiziario rispetto al Registro delle imprese e quali siano le conseguenze, quando il cancelliere si attarda nel trasmettere la domanda.
Più incerto è l'intendimento del legislatore quando, occupandosi della domanda con riserva o in bianco, si riferisce al deposito, senza specificare dove (tribunale o registro delle imprese) e fa decorrere taluni effetti dal termine stabilito dal giudice per la presentazione della proposta oppure per compiere atti di ordinaria amministrazione.
Più univoco è, invece, il riferimento del legislatore avuto riguardo al divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore o l'inefficacia delle ipoteche giudiziali per i quali la decorrenza dalla pubblicazione nel registro delle imprese emerge in modo testuale.
L'aspetto più rilevante della modifica normativa è indubbiamente la domanda con riserva (12).
Come si è accennato, in occasione del decreto legge 31 maggio 1978, n. 78 convertito in legge 30 luglio 2010, n. 122, il legislatore aveva ritenuto opportuno anticipare taluni effetti conseguenti all'instaurazione della procedura di concordato preventivo, limitati in quell'occasione al riconoscimento della qualità di credito prededucibile di taluni finanziamenti effettuati in funzione della presentazione della domanda di concordato preventivo e della richiesta del divieto di iniziare o proseguire le azioni esecutive e cautelari in pendenza di trattative in ordine alla formalizzazione degli accordi di ristrutturazione.
Con la disciplina 134/2012 il legislatore ha riconosciuto l'esigenza di anticipare tutti gli effetti del concordato preventivo in modo tale che, ancor prima del decreto di ammissione al procedimento, il debitore possa avvantaggiarsene, quando abbia chiesto di potere definire successivamente la proposta, il piano e la documentazione entro un termine rimesso alla decisione del giudice.
In realtà, anziché distinguere tra concordato con riserva di proposta e proposta definitiva, sarebbe preferibile *de jure condendo* che il debitore desse corso alla procedura di concordato preventivo con la mera registrazione della domanda, ottenendo immediatamente la decorrenza di tutti gli effetti e riservandosi di chiedere l'omologazione, entro un certo termine, evitando le implicazioni del diverso sistema normativo introdotto. Del resto, perché non assimilare questa fase introduttiva a quella degli accordi di ristrutturazione dei debiti e lasciare che il tribunale, sulla base di quanto il debitore con l'ausilio del professionista ha predisposto, statuisca dopo l'approvazione dei creditori soltanto l'omologazione. Non vediamo alcuna esigenza di maggior tutela nel concordato preventivo e negli accordi, laddove il risultato è pur sempre quello di offrire una soluzione alla crisi e ove possibile un risanamento dell'impresa.
Dovendo, comunque, procedere ad un'analisi del testo normativo attuale, una prima considerazione riguarda il fatto che il legislatore, dopo avere stabilito all'art. 160 che il debitore «può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano...» al successivo art. 161 recita che l'imprenditore può presentare la domanda e riservarsi di presentare la proposta, il piano e la documentazione, creando una disarmonia tra le due disposizioni.
Peraltro, se è vero che il debitore, dopo aver presentato soltanto la domanda, può compiere atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale che può assumere informazioni, può compiere atti di ordinaria amministrazione e che i crediti dei terzi sorti per atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'art. 111 l. fall., non si può fare a meno di rilevare che si è di fronte ad atti che trovano fondamento nelle sole indicazioni dell'imprenditore e, dunque, sul nulla.
Inoltre, è stato fissato un termine limitato a sessanta - centoventi giorni che, da un lato, potrebbero essere considerati eccessivi per i creditori e ristretti per il debitore il quale, poi, proponendo la domanda, non ha ancora predisposto un piano, né una documentazione, né tanto meno si è procurata un'attestazione del professionista, cosicché ci sembra che alla fine l'unico accorgimento valido è la decorrenza degli effetti a ritroso dalla domanda, sia che il debitore possa chiedere direttamente l'omologazione, come negli accordi, sia che si debba far precedere una fase di ammissione come è stato sancito nel concordato.
Se si vuole essere una buona volta realisti, bisogna dare atto che *l'imprenditore* che governa l'impresa ne conosce benissimo il suo stato e se si verifica in un certo momento uno squilibrio economico che intende obiettivamente superare, predisponendo un piano di risanamento, sa come e quando intervenire in modo da presentare in un unico contesto domanda, proposta e piano, senza termini, né proroghe. A sua volta il tribunale, in conformità di una

Nota:

(12) Recentemente, L. Balestra, *Gli obblighi informativi periodici nel c.d. preconcordato*, in questa *Rivista*, 2012, 1401.

documentazione completa e di un'attestazione di un professionista indipendente, potrebbe decidere tempestivamente l'ammissione alla procedura e, quindi, dopo la votazione dei creditori, l'omologazione.

Sulla base di questi rilievi, siamo sempre più convinti che le innovazioni normative, con cui ultimamente il legislatore ci ha inondato anche in questa materia, mirano soltanto a rendere più lieve il dramma della crisi imprenditoriale, mentre il risanamento rappresentato con l'intervento del giudice, le proroghe e le dilazioni legali concesse al debitore, le sanzioni concernenti le ipotetiche ricostruzioni del patrimonio dell'imprenditore a vantaggio dei creditori, sono soltanto strumenti effimeri e solo dispersivi del patrimonio.

Ci siamo dimenticati dell'amministrazione controllata e delle inconcludenti soluzioni che la prassi ha registrato durante gli anni della sua vigenza e torniamo a proporre rimedi e strumenti di risanamento delle imprese in crisi, affidando ancora a un'edizione riveduta di vecchie e nuove procedure l'effetto miracolistico di salvare l'impresa, collocandola in un'area giudiziaria.

Su un piano strettamente giuridico dovremmo limitarci a richiamare quanto abbiamo detto in materia di sistemi di allerta e prevenzione, di gestione societaria e imprenditoriale, di crisi e di insolvenza, di risanamento coevo a programmi coerenti e destinati ad acquisire partecipazioni e mezzi nuovi e non a realizzare risorse con lo stesso patrimonio coinvolto.

In particolare se è vero che il debitore, sulla base della produzione degli ultimi tre bilanci di esercizio, deve rappresentare un'informativa minima sull'impresa, dimostrando le ragioni che lo inducono a chiedere un termine per il completamento della proposta e che il tribunale svolge un controllo minimo sulla gestione e sugli atti patrimoniali posti in essere dal debitore, è anche vero che, durante il tempo necessario per formulare il piano e completare la documentazione, si resta nella più assoluta incertezza e frattanto, dovendo l'impresa proseguire la sua attività ed affrontare nuovi oneri, che non sono solo della gestione ordinaria, l'unica fonte di finanziamento resta quella dei terzi che ingrossano il debito prededucibile ed assottigliano la garanzia dei creditori concorsuali. Cosicché, se poi il concordato non si realizza, c'è da chiedersi perché si siano creati altri oneri e quel che è peggio perché si stata concessa un'esenzione dalle azioni revocatorie.

Un'altra disarmonia che può cogliersi nel raffronto tra la presentazione di una domanda di concordato con riserva e la pendenza di un procedimento per la dichiarazione di fallimento riguarda la concessione di un termine, sia pure minimo, al debitore concordatario per il compimento dei successivi adempimenti e la preclusione durante questa fase di qualsiasi delibazione sull'istanza di fallimento, rispetto alla situazione che si delinea nella pendenza di un concordato con proposta e piano che può essere immediatamente valutato contestualmente alla richiesta di fallimento.

Si ripristina pertanto una sorta di pregiudizialità della decisione sul concordato rispetto a quella della dichiarazione di fallimento, deteriorando la situazione di crisi ed il danno per i creditori concorsuali.

Per quel che riguarda gli effetti del concordato preventivo nei confronti dei creditori, è stato stabilito in modo univoco che il divieto di iniziare o proseguire determinate azioni giudiziarie vale non soltanto per quelle esecutive, ma anche cautelari e decorre, non più dalla data della presentazione del ricorso, ma dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese. L'estensione del divieto alle azioni cautelari era già introdotta da un orientamento interpretativo che poteva considerarsi consolidato, sicché l'intervento normativo è valso semplicemente a renderne certa l'applicazione; con l'altra modifica si è ancorata la decorrenza degli effetti alla registrazione della domanda e non al deposito, mancando però di rendere certa la registrazione a cura del cancelliere in un tempo ben delimitato ed evitando di creare discrasie rispetto alla data in cui l'interessato abbia presentato la domanda in tribunale.

Nell'ultimo comma dell'art. 168 l. fall. si è stabilito che «le ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese sono inefficaci rispetto ai creditori anteriori al concordato».

Avremmo qualche perplessità a condividere questa nuova regola volta a evitare che taluni creditori nell'imminenza dell'insolvenza dell'impresa abbiano pensato di munirsi di garanzie reali a tutela dei loro crediti e in pregiudizio degli altri creditori, configurando una sorta di inefficacia che dovrebbe valere in modo automatico. Infatti, l'introduzione nel concordato preventivo di questa disciplina tende ad estendere quella degli atti pregiudizievoli ai creditori del fallimento, ma in realtà non c'è nulla da ricostruire e si propone esclusivamente un modo come estinguere le obbligazioni concorsuali, senza aggiungere altro perché i creditori, accettando l'offerta dovrebbero considerarsi totalmente soddisfatti. Peraltro, ci sembra che l'iscrizione ipotecaria e i suoi effetti siano posti nel nulla in modo semplicistico

dalla mera ammissione del debitore al concordato preventivo, senza tenere nel giusto conto il vincolo costitutivo in precedenza creato.

5. Concordato con continuità aziendale

Un altro aspetto della novella legislativa che deve essere posto alla nostra attenzione è il concordato preventivo *con continuità aziendale* (13).
Si tratta di una disciplina enunciata in modo confuso e incerto, sicché nell'esaminarla, criticamente, tenteremo anche di seguire un ordine logico e consequenziale.
La disposizione di cui all'art. 186 *bis* stabilisce che, allorché il piano di cui all'art. 161, secondo comma, lettera e) prevede «la prosecuzione dell'attività d'impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione», è necessario che il piano contenga un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura ed un'attestazione del professionista che la prosecuzione dell'attività d'impresa è funzionale al soddisfacimento dei creditori.
L'indicazione normativa richiamata ha indotto taluni studiosi a negare la configurabilità di una domanda di concordato con riserva che contempli la continuità aziendale perché mancherebbero i presupposti del piano, delle risorse finanziarie e dell'attestazione necessaria per dar vita alla figura menzionata.
Ad altra parte della dottrina non sembra che l'opinione manifestata possa essere condivisa, considerando che la disposizione dettata dall'art. 182 *quinquies* prevede espressamente che la domanda di concordato con riserva possa anche contemplare la continuità aziendale e che non sussiste alcun obbligo di provvedere contestualmente alla presentazione della domanda con riserva anche agli altri adempimenti.
Vale piuttosto notare che la continuità aziendale, non ha distinto tra prosecuzione dell'attività d'impresa in capo al debitore e cessione a terzi, anche se talune regole specificatamente indicate sembrano destinate ad operare per il mantenimento della titolarità, piuttosto che per il trasferimento a terzi. Così, il pagamento di crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi dovrebbero essere essenziali per la prosecuzione dell'attività d'impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori, l'inapplicabilità della disciplina del capitale sociale secondo il diritto societario dovrebbe agevolare il piano di risanamento e la prosecuzione dell'impresa, lo scioglimento e la sospensione dei contratti in corso dovrebbe essere chiesta anche nel concordato senza continuità aziendale, mentre i contratti con la pubblica amministrazione non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura e non è impedita la continuità dei contratti pubblici, se il professionista ne ha attestato la conformità al piano e la ragionevole capacità di adempimento. Di tale continuazione può beneficiare anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda i cui contratti siano stati trasferiti. Con l'osservanza di determinati requisiti non è preclusa la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici, né il concorso in un raggruppamento temporaneo di imprese.
È prevista una moratoria sino a un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussista la causa di prelazione. In questo caso i creditori non hanno diritto al voto.
Quest'ultima regolamentazione non è tra le più felici perché, secondo la stessa opinione espressa in dottrina (14), potrebbe assumere una molteplicità di significati. A noi sembra che di regola, nel concordato preventivo, i creditori assistiti da un diritto di prelazione non dovrebbero subire ritardo per il soddisfacimento dei loro crediti, salvo la durata necessaria per provvedere alla liquidazione dei beni su cui devono soddisfarsi, sicché la previsione di una moratoria potrebbe essere giustificata solo con il riconoscimento di un diritto a esprimere il proprio voto.
È indubbio che, con la schematizzazione della continuità aziendale, il legislatore abbia inteso dettare una particolare tutela in tutti i casi in cui l'imprenditore decida di affrontare il recupero della propria azienda, disponendo taluni vantaggi di ordine patrimoniale e di gestione a suo favore. Tuttavia, come si è già osservato, anche la continuità aziendale nel concordato preventivo non è una scelta discrezionale che il debitore può esercitare nel predisporre il piano di risanamento perché la sua realizzazione trova fondamento esclusivamente in una situazione di fatto e di diritto che lo consenta. In sintesi, è necessario che la prosecuzione dell'esercizio dell'impresa risulti compatibile con le condizioni di merca-

Note:

(13) L. A. Bottai, *Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendali*, in questa *Rivista*, 2012, 924.

(14) M. Fabiani, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, cit.

to interne ed estere; che la produzione sia valida ad ogni effetto e possibilmente, a parità di costi, migliore rispetto a quella dei concorrenti; che si disponga di sufficienti flussi finanziari, equilibrandone in modo efficace le fonti ed evitando di eccedere nel ricorso al capitale di terzi; che possa essere immediatamente affrontata la situazione debitoria mediante un piano di ristrutturazione o liberando nuove risorse; che siano assicurati mezzi liquidi sufficienti per superare sia la situazione transitoria propedeutica al risanamento, sia per avviare l'ordinaria produzione, sia per eseguire il piano di rientro delle obbligazioni ed il recupero della normale capacità reddituale.

Si tratta di traguardi aziendali che devono essere necessariamente osservati ai quali non si può ovviamente provvedere, né con generiche richieste di finanziamenti, né con il riconoscimento della prededuzione dei crediti contratti, né col pagamento dei debiti concorsuali, né con lo scioglimento o la prosecuzione dei contratti anche pubblici, né con la partecipazione ad assegnazioni di contratti con la pubblica amministrazione. Del resto lo stesso legislatore ha dato atto che il piano di risanamento debba contenere un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dall'attività prevista dal piano, delle risorse finanziarie e delle relative modalità di copertura, sicché, anche se in modo del tutto generico e superficiale, si è tentato di dare una parvenza delle esigenze che emergono in vista di una crisi d'impresa e del tentativo di recupero che si vuole sperimentare.

In questo senso, non siamo favorevoli a una politica aziendalistica che con l'ausilio e la garanzia di organi giudiziari consenta al debitore di manifestare l'intenzione di risanare l'impresa e di disporre nell'immediato pagamenti, riconoscere crediti prededucibili, richiedere finanziamenti, sciogliersi o subentrare nei contratti in corso, compromettere lo stesso patrimonio coinvolto nella crisi in vista di un ventilato recupero dell'impresa. Tanto più quando le iniziative dell'imprenditore non sono ancora coordinate e consequenziali al piano, ma lo precedono, incidendo autonomamente e in modo incontrollato sulla massa dei creditori che si è in precedenza formata.

In realtà, con le nuove disposizioni normative impartite si liberalizzano altre risorse finanziarie con maggiore aggravio per lo stesso imprenditore sulla base di una domanda di ammissione al concordato preventivo con continuità aziendale, come se si dovesse trattare di una scelta del tutto discrezionale, senza regole e senza presupposti patrimoniali.

La stessa attestazione del professionista che assicura di volta in volta l'essenzialità delle prestazioni per la prosecuzione dell'attività di impresa, o la funzionalità di determinati atti (finanziamenti) ad una migliore soddisfazione dei creditori, o la loro conformità al piano, o la ragionevole capacità di adempimento del debitore, non può che risultare del tutto apodittica, se il debitore si è limitato a preannunciare il piano. Basta notare che il debitore che si sia limitato a presentare una domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione di un accordo, senza piano, senza documenti, senza prove, può chiedere al tribunale di essere autorizzato a ottenere finanziamenti prededucibili, ai sensi dell'art. 111 l.fall., ponendo un grave interrogativo sulla disponibilità di soggetti pronti a rischiare la grave sanzione penale comminata a loro carico, attestando che l'erogazione del credito sulla base del complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa sino all'omologazione è funzionale al soddisfacimento dei creditori.

Bisogna riconoscere che per effetto della novella legislativa del 2010 la richiesta di finanziamenti in funzione della domanda di ammissione al concordato o di omologazione dell'accordo richiede la relativa previsione nel piano ed il riconoscimento della prededucibilità conseguente al provvedimento di ammissione o di omologazione medesime. Con la nuova normativa l'assunzione di finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità e non ancora oggetto di trattative opera a titolo di prededuzione sulla base di un'esclusiva attestazione del professionista e di sommarie informazioni del tribunale (15).

Si pensa in tal modo di facilitare la parvenza del risanamento imprenditoriale e di rendere più lieve il dramma della perdita dei valori aziendali e dei posti di lavoro, si sacrifica il credito concorsuale e si svalorizza la posizione degli organi giudiziari che alla richiesta di provvedimenti interlocutori e autorizzativi dell'erogazione di altro credito deve informarsi sulla serietà dell'imprenditore insolvente presso altre fonti pubbliche o private non meglio individuate.

6. I finanziamenti dei soci

Con la L. n. 122/2010 era stato stabilito che, in deroga agli artt. 2467 e 2497 c.c., i finanziamenti dei

Nota:

(15) L. Balestra, *Gli obblighi informativi periodici nel c.d. preconcordato,* cit.

soci, posti in essere in esecuzione di un concordato preventivo ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti, fino alla concorrenza dell'ottanta per cento del loro ammontare, sono prededucibili, ai sensi dell'art. 111 l.fall. In merito alla modifica normativa non ci eravamo espressi favorevolmente, rilevando che l'innovazione avrebbe potuto costituire un espediente per i soci di scarso scrupolo che avrebbero potuto così eludere i vincoli imposti dalle regole codicistiche. Un'altra critica avevamo rivolto all'abbattimento del venti per cento del finanziamento riguardo alla natura prededucibile del credito perché, se finalizzato a evitare il rischio di iniziative poco chiare, la limitazione sarebbe stata insufficiente a realizzare la finalità perseguita e, se destinato a favorire il credito alle imprese, non sarebbe stato questo il modo di ottenerlo, essendo preferibili altre operazioni economiche destinate a mettere al riparo la posizione dei soci. Certamente, poi, le banche non sarebbero state indotte a erogare il credito, secondo le modalità rappresentate, preferendo maggiormente la prestazione di garanzie da parte dei soci (16).

La nuova disciplina dettata dal D.L. n. 83/2012 convertito con L. n. 134/2012 ha ribadito quanto era stato previsto sulla deroga per i finanziamenti soci, ai sensi degli artt. 2467 e 2497, ma ha esteso l'agevolazione della prededuzione sempre nel limite dell'ottanta per cento anche ai finanziamenti erogati in funzione della domanda di ammissione al concordato preventivo e della domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione. Inoltre ha stabilito che, quando il finanziatore ha acquistato la qualità di socio in esecuzione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti o del concordato preventivo si applicano le disposizioni concernenti la prededucibilità dei crediti derivanti da finanziamenti effettuati in esecuzione di tali istituti o quelli c. d. ponte.

Con le altre agevolazioni introdotte per i soci, il legislatore ha ritenuto di potere incrementare le fonti di nuova finanza con cui affrontare le esigenze del risanamento delle imprese in crisi, non considerando che tutto ciò aggrava gli oneri di quel patrimonio che dovrebbe non soltanto servire per risanare l'azienda, ma anche per soddisfare i creditori concorsuali per i quali gli strumenti preventivi dovrebbero ancora valere. Invece, si è continuata a seguire l'insulsa politica aziendale odierna, ritenendo che il bisogno finanziario delle imprese non debba essere risolto con maggiore disponibilità del capitale di rischio, ma con quello di credito e negando la regola fondamentale che le aziende debbano essere sostenute, specialmente nelle situazioni di crisi, estendendo le risorse proprie e non dei terzi.

7. Operazioni sul capitale

Con l'intento di agevolare il risanamento imprenditoriale, il legislatore ha disposto, con riferimento alle operazioni sul capitale sociale regolate dal codice civile, alcune deroghe, stabilendo che con la presentazione della domanda di ammissione al concordato preventivo o di omologazione degli accordi di ristrutturazione ovvero di quelle c.d. con riserva, sino all'omologazione non si applicano gli artt. 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482 *bis*, commi quarto, quinto e sesto, e 2482 *ter* c.c. Per il medesimo periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli artt. 2484 n. 4 e 2545 *duodecies* c.c. Resta ferma per il tempo anteriore al deposito delle domande e della proposta di concordato preventivo l'applicazione dell'art. 2486 c.c.

Non intendiamo in questa sede a soffermarci sui contenuti delle disposizioni richiamate e sulle finalità che il legislatore ha inteso perseguire con la disciplina societaria, quanto sul divieto di applicarla durante l'espletamento del piano di risanamento aziendale. Pertanto, sia che si tratti di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione in atto oppure di domanda con cui si preannuncia l'intendimento di ricorrere a forme preventive di risanamento imprenditoriale, non si adottano le iniziative concernenti la riduzione del capitale sociale oltre il terzo, la reintegra del capitale perduto e lo scioglimento sia delle società per azioni, sia di quelle a responsabilità limitata e sia delle società cooperative.

Il fondamento giuridico della previsione normativa non può che essere ricollegata, durante la fase indubbiamente delicata dell'esecuzione del piano di risanamento, all'esigenza di rendere più lievi gli oneri finanziari inerenti ai profili gestionali delle società, rimandando all'esito finale dell'omologazione del concordato preventivo o dell'accordo il ripristino delle regole imposte sui limiti del capitale sociale. Se questo è lo scopo con cui il legislatore ha inteso superare l'altra prospettiva rappresentata, ci tornano in mente le riflessioni su cui ci siamo prima soffermati sul profilo aziendalistico seguito per fronteggiare una situazione di crisi imprendito-

Nota:

(16) U. Apice-S. Mancineli, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, Torino, 2012, 529; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, Torino, 2012, 353; v. anche il nostro studio, *Il concordato preventivo*, cit., 178.

riale, la cui sostenibilità non deve gravare sull'apporto dei terzi, ma sulle risorse interne ed esterne di cui può disporre lo stesso imprenditore. Nella specie, rinviare le soluzioni normative con cui è opportuno porre rimedio all'insorgere di una carenza di capitale sociale per poi affrontarle nel momento cruciale in cui l'impresa, avendo realizzato il piano di risanamento, deve iniziare la normale attività produttiva, equivale a ricreare altre anomalie in un sistema gestionale solo apparentemente riequilibrato. Né a tutto ciò può giovare, nel tempo antecedente alla richiesta dello strumento concorsuale, il mantenimento dell'obbligo degli amministratori della gestione societaria ai soli fini della conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale, ai sensi dell'art. 2486 c.c., potendo tale prescrizione limitare la responsabilità di tali organi, ma non a sopperire alla deficienza delle risorse sociali.

8. Scioglimento o sospensione dei contratti

Un aspetto interessante della novella legislativa è la possibilità per l'imprenditore istante del concordato preventivo di chiedere nel ricorso o dopo il decreto di ammissione al giudice delegato di essere autorizzato a sciogliersi dai contratti in corso di esecuzione alla data di presentazione del ricorso.
Il tema dei contratti pendenti nel concordato preventivo in pendenza della disciplina del 1942 aveva interessato largamente la dottrina che era giunta a soluzioni non univoche, mentre la giurisprudenza si era schierata in prevalenza per l'ininfluenza della procedura sul corso dei rapporti giuridici preesistenti (17).
Alcuni autorevoli studiosi avevano sostenuto l'applicabilità della stessa normativa del fallimento (18) e per giungere a questa soluzione si era suggerito che la menzionata disciplina in caso di consecuzione di procedure sarebbe stata retrodatata alla data di ammissione alla procedura concorsuale minore (19).
In occasione della riforma fallimentare, abbiamo sostenuto che non era intervenuta alcuna innovazione perché il testo dell'art. 168 era rimasto immutato, l'art. 169 aveva semplicemente richiamato l'art. 45 e l'art. 167 non aveva subito incisive modificazioni. Era venuto meno, tuttavia il principio normativo che prevedeva la direzione della procedura da parte del giudice delegato e ciò significava che il concordato non potesse più essere governato da quest'ultimo organo, cosicché sarebbe stato improprio affermare che la prosecuzione o il mantenimento dei rapporti giuridici in corso sarebbero stati decisi dall'ufficio concorsuale.
Oggi, con le modifiche di cui ci occupiamo, il debitore valuta le situazioni economiche concernenti i rapporti negoziali in corso e chiede, se del caso, al tribunale o al giudice delegato prima o dopo il decreto di ammissione, l'autorizzazione a sciogliersi od a sospendere il contratto. Il legislatore ha anche stabilito che in tali casi il contraente *in bonis* ha diritto ad un'indennità equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento e che il credito è considerato concorsuale.
Partiamo dal convincimento che i contratti in corso talvolta non sono convenienti per l'impresa in crisi, sia quando questa debba proseguire oppure cessare l'attività. In altri casi non soltanto sono vantaggiosi, ma addirittura, se si interrompono, possono causare un grave pregiudizio alla produzione e determinare, altresì, al contraente *in bonis* danni che devono essere risarciti. Conseguentemente è indubbio che per l'imprenditore s'imponga valutare gli specifici rapporti in corso ed assumere le opportune decisioni compatibilmente con il risultato economico che può trarsene.
Come è noto, il legislatore all'art. 169 *bis* ha disposto che il debitore può chiedere nel ricorso *ex* art. 161 l.fall. al tribunale o dopo il decreto di ammissione al giudice delegato l'autorizzazione agli organi della procedura di sciogliersi dai negozi in corso di esecuzione alla data della presentazione del ricorso medesimo. Su richiesta del debitore può essere autorizzata la sospensione del contratto per non più di sessanta giorni prorogabili una sola volta.
Sulla base della disposizione richiamata può osservarsi che l'iniziativa del debitore verrebbe consacrata nella domanda di ammissione al concordato e, sia pure con l'autorizzazione del tribunale o del giudice delegato, decorrerebbe dalla data della presentazione del ricorso, cosicché si potrebbe sostenere che la valutazione economica del rapporto negoziale in corso da parte dell'imprenditore avverrebbe, comunque, in un momento anteriore all'instaurarsi della procedura, cosicché la natura concorsuale del credito insorto per il danno provocato al contraente *in bonis* sarebbe giustificabile.
Tuttavia, vale notare che la valutazione della convenienza economica del rapporto negoziale in corso

Note:

(17) Cass. 12 marzo 1999 n. 2192, in *Foro it.*, 1999, I, 2948.

(18) Aur. Candian, *Il processo di concordato preventivo,* Padova 1937, 220; R. Provinciali, *Trattato di diritto fallimentare*, Milano 1974, 2268.

(19) A. Dimundo-A.Patti, *I rapporti giuridici preesistenti nelle procedure concorsuali minori*, Milano 1999, 73.

troverebbe fondamento nel piano di risanamento e andrebbe, quindi, compiuta dall'imprenditore nel momento in cui egli abbia un quadro completo del programma aziendale che intende concretamente attuare.
Ciò ha indotto a ritenere che la disciplina dei contratti in corso di esecuzione non potrebbe trovare applicazione, quando il debitore proponga una domanda di ammissione al concordato con riserva.
Tuttavia non è mancata la soluzione contraria e le considerazioni poste a favore dell'una o dell'altra tesi sono molteplici e non ci sembra il caso in questa sede di farcene carico, limitandoci a osservare che si tratta di argomentazioni e rilievi altrettanto validi (20).
Volendo, comunque, valutare il tema generale dei negozi pendenti nel corso della gestione di una crisi nella quale si tenta di recuperare l'impresa, vedremmo prevalente l'interesse collettivo rispetto a quello delle parti contraenti o meglio del contraente *in bonis*, la cui tutela non può più inquadrarsi in una situazione di normalità del rapporto in atto, né di legittimità delle azioni risarcitorie per fatto imputabile al contraente inadempiente. Ne deriva che le stesse limitazioni, che emergono in conseguenza dell'instaurarsi del procedimento concorsuale per i creditori concorsuali sull'indisponibilità del patrimonio del debitore, dovrebbe estendersi anche ai singoli rapporti giuridici in corso di esecuzione che continuano a riflettere, durante tutto il corso della crisi, rilevanti aspetti economici da tutelare.

9. Deliberazione e adesioni

In passato, abbiamo sostenuto la valorizzazione della collegialità della deliberazione nel concordato preventivo, cosicché aderendo al principio dell'autotutela creditoria, avevamo auspicato una generale ed effettiva partecipazione di tutti gli interessati. Ciò non si era verificato con la disciplina del 1942 e neppure è avvenuto con la riforma, tanto più che la limitazione nella votazione del conteggio dei soli crediti ha ridimensionato la capacità deliberativa dei partecipanti.
Con la novella legislativa in esame, nel processo verbale di adunanza deve essere inserita l'indicazione nominativa dei creditori che non hanno esercitato il voto e l'ammontare dei loro crediti. Questi creditori, nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale di adunanza, possono far pervenire il proprio dissenso e in mancanza si ritengono consenzienti e sono calcolati ai fini della determinazione della maggioranza dei crediti. Si configura una prima fase nella quale si tenta di coinvolgere nella votazione tutti coloro che ne hanno diritto e che intendono partecipare al più ampio confronto possibile per l'espressione del voto e ad una seconda nella quale resta sempre la possibilità per chi non ha espresso il voto di manifestarlo anche in senso contrario, ma al contempo vengono coinvolti tutti i creditori che avendo mantenuto una posizione di disinteresse sono considerati votanti in senso favorevole.
Il mutamento delle regole è certamente destinato a incidere sul risultato della votazione perché, anche i creditori assenti, sia pure per presunzione, vi sono coinvolti.
Un altro effetto delle decisioni dei creditori consegue dalla modificazione della normativa laddove si è stabilito che, ove il commissario rileva, dopo l'approvazione del concordato, che sono mutate le condizioni di fattibilità del piano, ne dà avviso ai creditori i quali possono costituirsi nel giudizio di omologazione per modificare il voto in precedenza espresso.
Con quest'innovazione, il nuovo quadro rappresentativo della deliberazione del concordato preventivo non soltanto risulta caratterizzato da una larga partecipazione dei creditori, ma denota uno stretto legame tra l'espressione del voto e l'evolversi della fattibilità del concordato.
Con la riforma fallimentare, il giudizio di convenienza del concordato preventivo era stato fortemente ridimensionato e i creditori avrebbero potuto farlo valere solo se fossero appartenuti a classi dissenzienti. Ora, il legislatore ha ritenuto di ampliarne l'applicabilità, stabilendo che non solo il creditore appartenente a una classe dissenziente, ma anche in assenza di classi il venti per cento dei crediti ammessi al voto possono contestare la convenienza della proposta. Anche sotto tale aspetto è stato riconosciuto ai creditori concordatari un più ampio spazio nella partecipazione alla decisione concordataria.
Ugualmente apprezzabile è la scomparsa del riconoscimento della natura prededucibile del credito del professionista attestatore sancita nel precedente testo dell'art. 182 *quater*. È venuta meno una norma che consentiva un trattamento ingiustificatamente disparitario e acquista validità la regola della natura dei crediti prededucibili sorti in occasione o in funzione delle procedure, consentendo che la tutela operi riguardo a qualsiasi prestazione non soltanto per il professionista che rilascia le attestazioni, ma

Nota:

(20) Richiamiamo la rassegna di P. Vella, *Ambito e limiti del controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo ''con riserva''*, in questo stesso fascicolo, 82.

anche per chiunque altro esegua un'attività professionale nell'interesse del concordato. La qualificazione non dovrebbe operare negli accordi di ristrutturazione, se è vero che questi non sono inquadrabili in una procedura (21), ma anche sotto tale profilo ci sembra che il passaggio dall'una all'altra procedura alimenti una diversa opinione.

10. Accordi di ristrutturazione

La nuova normativa introdotta per il concordato preventivo ha riguardato anche gli accordi di ristrutturazione dei debiti. In effetti, quest'ultimo istituto era stato in passato poco considerato e neppure inquadrato tra le procedure concorsuali. Tuttavia, il legislatore, forse allo scopo di potenziarne la sua diffusione, ha ritenuto di doverne migliorare la funzionalità.
L'art. 182 *bis* è stato rimodellato con l'espressa previsione che la relazione del professionista debba prevedere anche la veridicità dei dati aziendali e assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei entro centoventi giorni dall'omologazione in presenza di crediti già scaduti a quella data o entro centoventi giorni dalla scadenza di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione.
Il requisito che la relazione del professionista contempli la veridicità dei dati aziendali mancava nella precedente versione normativa ed era stato previsto, invece, in quella che regolava il concordato preventivo. La dottrina e la giurisprudenza formatesi in quell'epoca ne avevano sottolineato la necessità senza la quale avevano rilevato che non sarebbe stato possibile accertare un'indubbia fattibilità del piano e l'attuabilità dell'accordo. Pertanto, l'innovazione trova fondamento nell'esperienza trascorsa, ma nulla aggiunge all'esigenza che era stata ben rappresentata.
Rilevante, invece, appare l'altra modifica che non richiede più il regolare pagamento, il cui significato era stato tradotto in un esatto adempimento, ma quello integrale, dovendo essere osservato, come si è detto, il termine di centoventi giorni dall'omologazione per i crediti già scaduti e di altrettanta durata dalla scadenza per quelli non ancora scaduti alla data di omologazione.
Le opinioni manifestate sulla legittimità dei termini stabiliti dal legislatore per farsi luogo all'adempimento in favore dei creditori estranei non sono state univoche, sostenendosene l'eccessiva durata, ma anche la loro brevità; sembra prevalere la soluzione favorevole, tenuto conto della flessibilità con cui il sistema normativo consente di dilatare il perfezionamento degli accordi, rendendo compatibile anche le modalità di soddisfacimento dei creditori estranei (22).
Riguardo agli interessi legali e convenzionali l'opinione manifestata dalla dottrina sembra favorevole al riconoscimento, confortando maggiormente la legittimità della normativa sull'estensione del termine di adempimento.
È stato ribadito quanto previsto nel testo originario dell'art. 182 *bis* ed è stato disposto che «dalla data di pubblicazione e per sessanta giorni i creditori per titolo o causa anteriore a tale data non possono iniziare o proseguire azioni cautelari o esecutive sul patrimonio del debitore, ma è stato aggiunto né acquisire titoli di prelazione se non concordati», ribadendo il medesimo precetto contenuto nel sesto comma della disposizione in esame, non potendo ovviamente mancare ad accordo intervenuto ciò che è previsto prima della sua formalizzazione.
Manca negli accordi di ristrutturazione la previsione dell'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni che nel concordato preventivo precedono la data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese ed inoltre la sospensione delle azioni cautelari ed esecutive negli accordi potrebbe venir meno, ove l'omologazione non intervenisse entro i sessanta giorni (23).
Per gli accordi di ristrutturazione dei debiti il legislatore ha previsto che la sospensione delle misure cautelari ed esecutive può essere richiesta non soltanto a procedura avviata, ma prima della sua formalizzazione nel corso delle trattative, depositando al tribunale competente la documentazione di cui all'art. 161, primo e secondo comma, lettere a), b), c) e d), una dichiarazione dell'imprenditore, attestante che sulla proposta sono in corso trattative con i creditori nella misura del sessanta per cento dei crediti ed altra dichiarazione del professionista circa l'idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori che hanno dato la propria disponibilità a trattare.
Il tribunale, verificata la completezza della documentazione e la sussistenza dei presupposti sopra menzionati fissa l'udienza entro trenta giorni dal deposito dell'istanza e dispone la sospensione richiesta, assegnando un termine di non oltre sessanta

Note:

(21) M. Fabiani, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, cit.

(22) U. Apice-S. Mancineli, *Il fallimento e gli altri procedimenti di composizione della crisi*, cit., 523 ss.; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, cit., 353.

(23) S. Ambrosini, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti dopo la riforma del 2012*, cit.

giorni per il deposito dell'accordo e della relazione del professionista. Il decreto è reclamabile.
Anche per l'istituto in esame notiamo che la domanda di sospensione delle iniziative dei creditori si fonda sul nulla, trattandosi di dichiarazioni prive di rilevanza obiettiva.
Quel che, poi, incide maggiormente è la possibilità di depositare una domanda di concordato preventivo i cui effetti cumulandosi con quelli degli accordi potrebbe consentire al debitore di giovarsi di un margine temporale eccessivo durante il quale potrebbero compiersi i peggiori abusi a danno dei creditori e della stessa collettività.
Si tratta di un altro tema che il legislatore ha posto sul tappeto in modo semplicistico, senza rendersi forse conto delle problematiche che esso comporta dalla natura giuridica dell'accordo, alla consecuzione dei procedimenti concorsuali, alla concorrenza o alternabilità di strumenti di risanamento dell'impresa, talvolta inconciliabili ed alla tutela creditoria.

11. Considerazioni conclusive

Alla fine di quest'analisi dovremmo chiederci se il quadro complessivo che la nuova disciplina normativa ha prodotto possa essere considerato maggiormente funzionale sulla crisi imprenditoriale rispetto a quello che ci aveva riservato la riforma fallimentare. In realtà, la nostra risposta non è positiva perché i percorsi resi disponibili al debitore, anche se apparentemente denotano prospettive più agili, in realtà presentano notevoli incertezze per l'instabilità dei rimedi offerti, ma soprattutto per la scarsa affidabilità degli strumenti disposti.
In questo senso, l'iniziativa dell'imprenditore ci sembra eccessivamente libera e indeterminata, la ricerca dei flussi finanziari con cui realizzare il piano di risanamento resta difficoltosa ed offre scarsa affidabilità a coloro che sono chiamati ad erogare il credito, tanto più che una tutela fondata essenzialmente sulla natura prededucibile dei crediti contratti potrebbe risultare insufficiente.
Il debitore dispone di eccessivi termini dilatori, proroghe, sospensioni e facoltà discrezionali talvolta ingiustificati. Può omettere l'immediata formazione di un piano e riservarsi di predisporlo dopo, può contrarre finanziamenti anche individuali per tipologia ed entità e non ancora oggetto di trattative, pagare creditori anteriori per prestazioni di beni e servizi sulla base di mere affermazioni proprie e di un professionista del quale ha deciso di servirsi. Può disporre liberamente la continuità aziendale e limitarsi a indicare costi e ricavi, risorse finanziarie e copertura. Può spaziare da un accordo a un concordato preventivo, usufruendo della moratoria di entrambi gli strumenti di risanamento e pregiudicando l'interesse dei creditori.
I creditori concorsuali sono informati della situazione rappresentata dall'imprenditore in crisi mediante il deposito di una formale documentazione nella quale è riprodotto solo teoricamente lo stato dell'azienda, l'entità del patrimonio, l'elenco delle attività e delle obbligazioni inadempiute e il piano contenente la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta. Sono precluse le iniziative cautelari ed esecutive, al fine di mantenere l'integrità del patrimonio del debitore che, tuttavia, subisce, una sistematica erosione in conseguenza dei nuovi finanziamenti e pagamenti contratti dall'amministrazione concorsuale.
La proposta di concordato è approvata con una deliberazione a maggioranza di creditori che non rivestono una posizione omogenea e la previsione di classi di creditori secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei costituisce una mera facoltà del debitore e non un obbligo. Se poi si tratta di una maggioranza non omogenea la previsione di una percentuale del venti per cento di dissenzienti che possano opporsi al concordato è restrittiva, determinando un'ingiustificata compressione dei singoli diritti creditori.
La disciplina societaria del capitale sociale può essere derogata, salvo la sua osservanza e il ripristino della situazione *quo ante* dopo l'omologazione, in un momento delicato nel quale deve essere riattivato il normale esercizio dell'attività imprenditoriale e soddisfatti i crediti. Se il risanamento, invece, è programmato in forma indiretta tramite cessione a terzi non è giustificabile la prospettiva di trasferire una società con capitale insufficiente o in stato di liquidazione, rendendo più difficoltoso il trasferimento o determinando addirittura la frantumazione dei valori aziendali.
L'intervento dei soci che apportino nuova ricchezza all'impresa societaria che si intende risanare potrebbe costituire una sicura svolta per la realizzazione del piano, ma la deroga alla disciplina societaria nella misura dell'ottanta per cento dei crediti erogati a titolo di finanziamento non appare accattivante per chi deve trasferire le proprie risorse economiche in una situazione imprenditoriale non del tutto tranquillante.
Sia pure, nel breve tempo trascorso dall'entrata in vigore della nuova legge sul concordato preventivo e sugli accordi di ristrutturazione, la giurisprudenza di merito sembra essersi pronunciata frequentemen-

te in materia, rivelando un notevole ricorso alle nuove procedure da parte di soggetti interessati.
Ricordando alcune riflessioni sulle quali ci eravamo in passato soffermati, ribadiamo che la cultura anglosassone ha indubbiamente influenzato l'introduzione dei nuovi istituti concorsuali di risanamento delle imprese, ma non è stata fautrice dei principi di verità e di correttezza che avrebbero dovuto informare i nostri comportamenti, probabilmente perché l'evoluzione è più lenta e difficoltosa nel portare a compimento un mutamento radicale del costume ed un completo rinnovamento della cultura etica e morale (24).
Tutto ciò spiega la rigidità del sistema normativo che in passato aveva pervaso i nostri rapporti e la tendenza attuale a liberalizzare i comportamenti e le prospettive socio economiche. Tuttavia un sistema concorsuale con cui si vogliano trovare nuove soluzioni per superare la crisi imprenditoriale senza regole e con il mero consenso delle parti interessate esige autodisciplina, rispetto dei diritti degli altri, correttezza e buonafede senza le quali si operano trasgressioni ed abusi. Allora, il precetto e la sanzione diventano inevitabili e si tende a tornare agli schemi pubblicistici del passato.
Senza, però, richiamarsi alle vecchie regole, è possibile rimodellare un sistema di equilibrio nel quale il risanamento dell'impresa in crisi può realizzarsi in presenza di premesse economico finanziarie minime. Il mantenimento dell'organizzazione produttiva preesistente esige l'eliminazione dei fattori anomali che hanno determinato la crisi economica oppure l'apporto di flussi finanziari individuabili in un nuovo capitale di rischio e di credito ben distribuito.
L'alternativa è soltanto il trasferimento dell'impresa a terzi e l'impiego di operazioni societarie e imprenditoriali tali da giustificarne il riequilibrio.
Altri accorgimenti destinati alla ristrutturazione dei debiti e al soddisfacimento dei crediti possono risultare utili al completamento degli assetti imprenditoriali, secondo tempi e modalità suggeriti dalle concrete situazioni in cui si operano gli interventi di risanamento.
Le procedure, gli accordi e i piani devono trovare la giusta collocazione confacente alle esigenze rilevate ed alle finalità perseguite e non sovrapporsi, né divenire libera scelta dell'imprenditore in crisi. Non è necessario ricorrere a una molteplicità di leggi, prassi e controlli destinati a rendere talvolta meno chiaro il percorso di risanamento imprenditoriale, ma semplici indicazioni normative che devono soltanto completare il quadro operativo aziendale in una prospettiva più attuale e moderna.
Sulla base di queste considerazioni riteniamo che compiere atti di straordinaria amministrazione in assenza di un piano che ne indichi le tappe che il debitore intende percorrere per realizzare il suo programma imprenditoriale può essere pregiudizievole, soprattutto perché l'autorizzazione del tribunale sulla base di sommarie informazioni desumibili da fonti non ben individuate non può assumere alcun contenuto effettivo. Consentire liberamente al debitore gli atti di ordinaria amministrazione in una situazione di crisi in atto può pregiudicare il patrimonio e ritardare tutte le altre iniziative che dovrebbero essere assunte a tutela dei creditori. Precludere le iniziative cautelai ed esecutive dei creditori e rendere inefficaci le ipoteche giudiziali iscritte in mancanza di valide premesse che possano giustificare la compressione dei diritti soggettivi dei creditori e dei terzi potrebbe destare il sospetto di un'illegittimità costituzionale. Rendere i crediti per finanziamenti effettuati in funzione della domanda di ammissione al concordato o di omologazione degli accordi di ristrutturazione di natura prededucibile, anche in presenza di una dichiarazione di un professionista che attesti la loro funzionalità alla migliore soddisfazione dei crediti, potrebbe determinare un grave pregiudizio ai creditori concorsuali che vedrebbero limitata la massa attiva distribuibile in loro favore. Soddisfare crediti anteriori per prestazioni di beni e servizi, anche se essenziali alla prosecuzione dell'attività d'impresa, sovvertirebbe le regole su cui si basa la stessa regolamentazione dell'insolvenza. Concepire un concordato con continuità aziendale nel quale sarebbero applicati regole e principi diversi da quelli che disciplinano ogni altra forma di attuazione del medesimo istituto non varrebbe ad agevolarne la soluzione e semmai opererebbe, senza alcuna giustificazione, un diverso trattamento dei creditori.
Riconosciamo che, nell'applicazione di questa nuova disciplina, il compito del giudice non è agevole e soprattutto pone l'interrogativo se debba in un certo senso favorire le aperture del legislatore, oppure farsi carico delle inevitabili strumentalizzazioni che insorgeranno e prevenirne gli abusi. Pertanto, ancora una volta, ma in modo più incisivo e generalizzato, occorre chiedersi se l'orientamento interpretativo debba collocarsi sul piano della completa liberalizzazione del sistema concorsuale, oppure mantenere quella rigidità che lo ha caratterizzato, secondo l'opposta scuola di pensiero.

Nota:

(24) Richiamiamo il nostro scritto, *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo*, cit.

In itinere: novità giurisprudenziali

a cura di **Massimo Ferro**

@ Per il testo integrale dei provvedimenti consulta: www.ipsoa.it/fallimento

Fallimento

Amministrazione giudiziaria e legittimazione al reclamo avverso la sentenza di fallimento

Cassazione, Sez. I, 8 novembre 2012, n. 19354 - Pres. Carnevale - Est. Ferro - G. c. Fall. Cesare Ragazzi Company S.p.a.

(legge fallimentare artt. 15, 18; codice civile art. 2409; codice procedura civile artt. 101, 291)

Il **legale rappresentante** della società fallita, già **sostituito dall'amministratore giudiziario** nominato *ex* art. 2409 c.c., allorché avversa la sentenza dichiarativa di fallimento invocando la predetta qualità e depositi a tal fine, nel giudizio di reclamo *ex* art. 18 l.fall., una **comparsa** di costituzione ma **oltre i 30 giorni dalla pubblicazione** della sentenza al registro delle imprese, si considera un **interveniente**, portatore di un mero interesse, ma **non legittimo contraddittore**. Ne consegue che allorché la sentenza (nella specie, della corte d'appello) non sia autonomamente impugnata dai reclamanti originari ed invero il ricorso per cassazione sia presentato solo dal predetto **reclamante incidentale**, ne va eccepito, anche d'ufficio, il difetto di legittimazione, trattandosi di un terzo che ha spiegato intervento adesivo dipendente, non essendo ipotizzabile un suo intervento principale o adesivo autonomo, poiché il giudizio ha per oggetto solo l'accertamento dei presupposti del fallimento. Se dunque la parte impugnante in via principale ha fatto acquiescenza al rigetto del reclamo e l'intervento sia tardivo rispetto ad un'impugnazione autonoma, questa è la sanzione per il predetto terzo, non essendo sufficiente che egli invochi anche l'astratta qualità di interessato al giudizio *ex* nono comma dell'art. 18. La qualità di eventuale legittimo contraddittore in capo al sostituito amministratore della società va peraltro eccepita da chi, sulla base di essa, spieghi l'impugnazione e ciò presuppone la prova, nella specie non data, che la nomina giudiziale dell'amministratore non avesse una portata estesa, come va presunto, ad ogni potere di amministrazione e di rappresentanza.

Notifica dell'istanza di fallimento alla società e irreperibilità del legale rappresentante

Cassazione, Sez. I, 9 novembre 2012, n. 19457 - Pres. Fioretti - Est. Ceccherini - Link S.r.l. c. Fall. G.B.M. S.r.l. ed al.

(legge fallimentare artt. 6, 15; codice procedura civile artt. 77, 140, 145)

Trasferita la sede della società e risultate vane le ricerche di residenza, domicilio e dimora del del suo amministratore unico, l'**istanza di fallimento** ben può essere **notificata**, direttamente ai sensi dell'art. 143 c.p.c. e **a** tale **legale rappresentante** al suo ultimo domicilio conosciuto, **benché** vi sia un **procuratore institorio** *ex* art.77 c.p.c. risultante dal registro delle imprese.L'art. 145, ult. co., c.p.c., infatti, richiama l'art. 143 solo limitatamente alla forma nella quale ha luogo la notificazione all'irreperibile, e non per le condizioni cui tale forma è subordinata: non vi è così il richiamo, come per la notifica alle persone fisiche nell'art. 143 c.p.c., alla verifica di esistenza del predetto procuratore. Tenuto conto del **sistema di pubblicità di cui al registro delle imprese**, e del fondamentale principio dell'inopponibilità ai terzi, ai sensi dell'art. 2193 c.c, dei fatti che non vi siano iscritti, il creditore ben conserva la facoltà di esperire la notifica all'amministratore sin quando la revoca dalla carica non sia stata iscritta, ancorché nel frattempo al medesimo registro risulti l'esistenza dell'institore (o del procuratore generale). Ne consegue che tale permanenza iscrizionale - funzionale alla **certezza delle situazioni giuridiche** - non permette all'amministratore di rendersi irreperibile e, se ciò accada, egli subisce il regime dell'art. 145 c.p.c. Viene così sancito il diritto della parte a non dovere cercarsi un diverso soggetto processualmente legittimato a ricevere le notifiche.

Regresso per poliza fidejussoria onorata per pagamento IVA all'amministrazione finanziaria creditrice della fallita

Cassazione, Sez. I, 20 novembre 2012, n. 20376 - Pres. Plenteda - Est. Didone - Fondiaria-Sai S.p.a. c. Fall. Gruppo Nadini S.p.a. in liq. ed al.

(legge fallimentare art. 98; codice civile artt. 2749, 2752; artt. 11, 26 D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472; art. 1 L. 10 giugno 1982, n. 348)

Il **privilegio per pene pecuniarie e soprattasse afferenti all'IVA** si fonda, oltre che sull'utilità derivante all'intera collettività dal pagamento regolare del tributo cui accedono, sul rafforzamento della potestà impositiva statuale, mentre l'art. 26 del D.Lgs. n. 472/1997 ha sostituito i predetti accessori con le **equipollenti sanzioni pecuniarie**, ma senza abrogazione dell'art. 2752 c.c. che prevedeva il privilegio per i crediti sostituiti, derivandone perciò una pacifica migrazione nella relativa causa prelatizia. Nei termini di un'assunzione del debito in capo ad un'**assicuratrice**, divenendo essa con la **polizza in favore dell'amministrazione finanziaria** un coobbligato, benché non soggetto passivo del debito tributario, si costituiscono le condizioni per cui il **regresso** fonda un **diritto di credito del tutto identico** alla qualità della pretesa fiscale, ivi compreso ed in ogni sua parte, il privilegio codicistico, suscettibile di interpretazione estensiva. Completa la decisione, con cui viene cassata la sentenza della Corte d'appello di Bologna che aveva ammesso il credito solo in chiro-

grafo, la constatazione che nonostante la personalità dell'illecito tributario (di cui all'art. 5 D.Lgs. n. 472/1997) non è venuto meno il principio per cui **le persone giuridiche rispondono in solido** verso lo Stato per gli importi corrispondenti alle **sanzioni applicabili all'autore** degli **illeciti**. Ed è quanto avvenuto nella vicenda anche in virtù della documentazione contrattuale con cui il Fisco si era premurato di acquisire la ribadita responsabilità della società per ogni credito connesso all'eventualmente indebita restituzione anticipata dell'IVA trattandosi, nel caso, di **obbligazione essenzialmente civilistica.** Né infine sussiste alcuna nullità del contratto autonomo di garanzia con cui il costo della sanzione sia traslato dalla società ad un'impresa assicuratrice, come ben discendente dalla previsione della legge n. 348/1982 dettata in tema di rimborso accelerato.

Intangibilità del piano di riparto ed efficacia dello stato passivo al di fuori del fallimento

Cassazione, Sez. I, 23 novembre 2012, n. 20748 - Pres. Plenteda - Est. Ceccherini - Labor S.a.s. c. Cassa di Risparmio di Ferrara S.p.a.

(legge fallimentare artt. 112, 114; codice civile art. 2920)

Il principio dell'**intangibilità** delle **ripartizioni eseguite nelle espropriazioni forzate**, pur collegandosi alla consumazione dei poteri d'impugnazione offerti in esse al debitore, trova una corrispondente enucleazione **anche nelle procedure collettive**, come il fallimento, e dunque può essere fatto valere contro il fallito tornato *in bonis*, per esaurimento della procedura, non valendo l'osservazione che nelle seconde mancherebbero azioni a tutela di tale debitore. Infatti, proprio l'art. 112 l.fall. (nel testo *ante* riforma del 2006) attribuisce un eccezionale riparto a favore dei creditori tardivi incolpevoli ma solo nel senso che conferisce un diritto di quota che si fa valere sull'attivo non ripartito, deducendosene l'intangibilità di quanto ricevuto dai creditori già pagati prima. Tale **attenuazione dei principi del concorso paritetico** si spiega in virtù della definitività dei provvedimenti sulla base dei quali i precedenti riparti già hanno avuto attuazione. Identica *ratio* ha l'art. 114 l.fall., dettato infatti per il caso eccezionale della revocazione del credito o della garanzia ammessi, con straordinaria previsione dell'obbligo di restituzione dei beneficiati da ripartizioni conseguenti. Né la disciplina così delineata, fondata sull'art. 2920 c.c. per le esecuzioni individuali e desumibile dal sistema per quelle collettive, patisce il confronto di costituzionalità, apparendo il **diritto di difesa** *ex* art. 24 Cost. compatibile con sacrifici per altri interessi parimenti protetti. Il valore della **partecipazione del fallito** al procedimento fallimentare è peraltro declinato in vario modo, più o meno diretto e se è vero che la predisposizione dello stato passivo non lo pregiudica una volta finita la procedura, non facendo quella determinazione giudiziale stato nei suoi confronti, tuttavia le ripartizioni che vi si fondano non possono più essere rimesse in discussione. La tutela delle ragioni del fallito resta così intermediata dall'azione del curatore, con responsabilità diretta di questi ove negligente.

Competenza funzionale del tribunale fallimentare e lite fra gli assuntori del concordato

Cassazione, Sez. I, 27 novembre 2012, n. 20977 - Pres. Carnevale - Est. Didone - C. c. Conservatore ufficio del territorio Salerno ed al.

(legge fallimentare artt. 44, 46)

L'azione nei confronti di un **assuntore del concordato fallimentare** promossa da un altro assuntore dello stesso concordato, al fine di far retrocedere al secondo i beni dell'attivo, **non** costituisce **un'azione derivata dalla procedura** e come tale assoggettabile alla *vis attractiva* del tribunale, ai sensi dell'art. 24 l.fall., poché già con la **sentenza di omologa**, e salve le eccezionali e limitate prerogative di controllo sull'esecuzione, si determina la **chiusura del fallimento**, né potendosi piegare tale funzione di sorveglianza o quella dell'art. 137 l.fall. sull'adempimento ad una proroga delle funzioni degli organi. Ne consegue che non appartiene al tribunale la cognizione delle azioni che in questo modo, solo indiretto, derivano dal fallimento.

Sospensione dei termini feriali per l'insinuazione tardiva al passivo

@ Cassazione, Sez. I, 3 dicembre 2012, n. 21596 - Pres. Fioretti - Est. Didone - Fall. De Luca c. Equitalia E.TR. S.p.a.

(legge fallimentare artt. 36 bis*, 93, 101)*

Anche per la **insinuazione tardiva al passivo**, come già per la domanda tempestiva e per le stesse considerazioni, si applica la regola della **sospensione dei termini nel periodo feriale**, tenuto conto che essa si svolge nelle stesse forme dell'art.95 l.fall. e che l'esito marginalizzante a carico del creditore ultratardivo è ragione per non compromettere il **diritto del creditore ad avvalersi della difesa tecnica**, e dunque anche della dilazione temporale legislativamente prevista a favore degli avvocati, come periodo di riposo. La Prima sezione ribadisce così (dopo Cass. n. 12960/2012) che anche tale procedimento non è contemplato tra quelli esenti dalla sospensione (all'art. 92 ord. giud.), né compare tra le eccezioni dell'art.36-bis l.fall. e si correla ad un **termine** (annuale *ex* art. 101 l.fall.) **processuale e non meramente preparatorio**. Nella specie, peraltro, del tutto inammissibilmente, il tribunale aveva riqualificato l'opposizione del creditore, dolutosi della pronuncia di tardività del giudice delegato, denominando l'impugnazione come reclamo ai sensi dell'art.26 l.fall. e rinviando la parte avanti al giudice delegato perché fissasse l'udienza per l'esame della domanda di credito, così 'revocando' il decreto del giudice stesso, anziché decidere il ricorso nel merito.

Concordato preventivo

Determinazione delle somme necessarie per lo svolgimento della procedura

Cassazione, Sez. I, 22 novembre 2012, n. 20667 - Pres. Plenteda - Est. Didone - Biopesca S.r.l. c. Concordato preventivo Biopesca S.r.l.

(legge fallimentare artt. 163,173)

Il criterio di determinazione delle **somme** che si presumono **necessarie per lo svolgimento della procedura** e che vanno depositate dal debitore nel termine fissatogli dal tribuna-

le, non può ispirarsi ai principi di cui all'art. 90 c.p.c., (nel testo vigente fino al 2002) dettato per l'anticipazione delle spese per gli atti necessari al processo, dovendosi invece apprezzare le spese occorrenti sia per l'amministrazione del patrimonio del debitore, come per gli adempimenti pubblicitari, i compensi al commissario giudiziale, le spese di registrazione. Si tratta di una somma da calcolare, e dunque del **risultato di un giudizio di merito**, insindacabile in sede di legittimità. E d'altronde, aggiunge la sentenza, il predetto **termine** ha carattere **perentorio**, perché solo con la disponibilità di quel fondo il commissario giudiziale può assolvere alle sue funzioni, conseguendone la sua improrogabilità ed altresì la inefficacia del deposito tardivo. Il Tribunale di Messina, nella specie, aveva dichiarato alfine decaduta la società dall'ammissione al concordato, dopo aver tuttavia concesso proroghe del versamento, attuato per 16.000 euro di contro ai 155.000 ordinati.

Liquidazione coatta amministrativa

Permanenza della separazione patrimoniale e fatti di *mala gestio* degli ammnistratori di SIM ai fini dell'ammissione al passivo degli investitori privati

Cassazione, Sez. I, 9 novembre 2012, n. 19459 - Pres. Carnevale - Est. Didone - Carta Satta c. Interitalia Investimenti SIM S.p.a. in l.c.a. ed al.

(legge fallimentare artt. 98, 111, 209; artt. 19, 34, D.Lgs. 23 luglio 1996, n. 415; art. 22, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58; art. 87, D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385)

Il principio di **doppia separazione patrimoniale**, applicabile alle rivendicazioni degli investimenti in titoli per le vicende relative alle SIM *ex* artt. 22 T.U.F e 91 T.U.L.B., non si esaurisce nella mera **distinzione contabile e formale** idonea ad attestare le posizioni dei clienti e di ciascuno di essi, occorrendo invece che i distinti conti di deposito dell'impresa intermediaria e della clientela si correlino a **servizi effettivamente conformi** a tale regola, **senza distrazioni, commistioni di fondi** e dunque **confusioni**, come invece rilevato dalla Corte d'appello di Milano. I fatti di *mala gestio* degli amministratori, dunque, non risolvono in sé la presunzione di correttezza derivante dall'ordine formale dei conti ma sono indizianti, per le modalità avute, di una rottura della regola di **separazione sia giuridica che materiale dei beni** di pertinenza dei clienti. Ed è del tutto indifferente la circostanza che nei conti intestati ai clienti siano residuati titoli materialmente esistenti. Ne consegue dunque che, in tal caso, i **commissari procedono alle restituzioni in proporzione dei diritti** di ciascun cliente (come ammesso alla sezione separata dello stato passivo) o alla liquidazione degli strumenti finanziari di pertinenza, con distribuzione del ricavato con l'identico criterio. In mancanza della citata separazione si dà perciò l'ipotesi del **concorso dei clienti iscritti con i creditori chirografari della società**, ai sensi dell'art. 111, comma1, n. 3 l.fall.

RIVISTE IPSOA

Sfoglia i tuoi fascicoli anche nella versione tablet e web!

Un abbonamento, tre diverse modalità di lettura.

RIVISTA CARTACEA

Tutto ciò che è compreso nell'abbonamento sulla tua scrivania.

NOVITÀ

VERSIONE TABLET

Scarichi i fascicoli in anteprima, effettui ricerche, inserisci note, invii pagine ed articoli: tutto in mobilità!

*Per accedere alla versione tablet basta scaricare **l'app gratuita Edicola Professionale** - disponibile su AppStore, SamsungApps, Google Play o Amazon Store - ed inserire all'interno username e password di registrazione al sito Ipsoa.*

VERSIONE WEB

Dal tuo PC o notebook scarichi l'ultimo numero ancora in fase di stampa, accedi agli arretrati in PDF e navighi all'interno di un immenso patrimonio dottrinale.

Per accedere al servizio basta autenticarsi sul sito Ipsoa con username, password e codice cliente, ed accedere alla sezione I TUOI ABBONAMENTI presente nella tua Home Page Personale.

Apple e iPad sono marchi di Apple Inc. – Android è un marchio di Google Inc.

PROCESSO CIVILE
FORMULARI COMMENTATI

CONSULTABILE ANCHE ON LINE

LA MIA BIBL/OTECA
LA PRIMA BIBLIOTECA PROFESSIONALE IN THE CLOUD

La trilogia dei formulari commentati analizza compiutamente il rito civile e rappresenta un utile strumento a disposizione degli operatori del diritto nella loro pratica quotidiana.

Ogni volume è strutturato in modo da offrire per ogni atto:
- **inquadramento funzionale** (snella e chiara esposizione dei fondamenti dell'atto di riferimento, con l'obiettivo di rappresentare una guida nella sua redazione, anche mediante indicazioni e suggerimenti pratici);
- **cosa non si deve fare** (errori da evitare nella stesura dell'atto);
- **formula** vera e propria;
- **giurisprudenza** relativa ai singoli atti e provvedimenti (le massime sono suddivise per argomenti corrispondenti a quelli inseriti nell'inquadramento funzionale).

Il **Cd-Rom allegato** contiene tutte le formule, utilizzabili con qualunque sistema di videoscrittura ed adattabili al caso specifico.

A cura di:

Claudio Consolo
Ordinario di procedura civile a Padova

Vincenzo Mariconda
Avvocato in Milano

Paolo Pototschnig
Avvocato in Milano

Massimo Ferro
Consigliere della Corte di Cassazione

IL PROCESSO DI COGNIZIONE - II ED.
pagg. 1952, € 150

PIANO DELL'OPERA
- procedimento davanti al tribunale
- procedimento davanti al Giudice di pace
- impugnazioni
- rito del lavoro

Aggiornato con il decreto c.d. "Crescita" e con le ultime modifiche della "riforma lavoro"

I PROCEDIMENTI SPECIALI - II ED.
pagg. 2109, € 145

PIANO DELL'OPERA
- procedimenti sommari
- famiglia e stato delle persone
- copia e collazione di atti pubblici
- apertura delle successioni
- scioglimento di comunioni
- liberazione degli immobili dalle ipoteche
- arbitrato
- semplificazione dei procedimenti civili

IL PROCESSO DI ESECUZIONE - II ED.
pagg. 1792, € 170

PIANO DELL'OPERA
- espropriazione forzata
- titolo esecutivo e precetto
- esecuzione per consegna o rilascio
- esecuzione di obblighi di fare e di non fare
- opposizioni
- sospensione e estinzione del processo

Per informazioni ed acquisti rivolgersi alle nostre agenzie e librerie specializzate, consultare il sito www.shopwki.it o contattare il servizio informazioni commerciali tel. 02.82476794

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Y81DVLE

Sospensione dei termini

Fallimento e moratorie in favore delle vittime dell'usura o di attività estorsive

Cassazione, Sez. I, 9 novembre 2012, n. 19464 - Pres. Carnevale - Est. Ferro - P.M. Zeno (diff.) - Bracesco S.r.l. c. Fall. Bracesco S.r.l. ed altri

Fallimento - Dichiarazione - Procedimento - Sospensione dei procedimenti esecutivi ex *art. 20, comma 4, L. n. 44/1999 in favore delle vittime dell'usura o di attività estorsive - Applicabilità - Esclusione - Potere di sospensione dell'autorità amministrativa - Preclusione*

(legge fallimentare artt. 15 e 18; L. 23 febbraio 1999, n. 44, art. 20, comma 4)

La sospensione prevista dall'art. 20, comma 4, della L. n. 44/1999, in favore delle vittime di attività estorsive o dell'usura non si applica al procedimento per la dichiarazione di fallimento, che non ha natura esecutiva, non potendo, prima della dichiarazione di fallimento, dirsi iniziata l'esecuzione collettiva, e comunque non può essere direttamente disposta dall'autorità amministrativa, il vaglio dell'esistenza dei suoi presupposti essendo riservato all'autorità giudiziaria (massima non ufficiale).

La Corte (omissis).
La ricorrente società Bracesco S.r.l. in liquidazione ed il suo liquidatore B.G. in proprio congiuntamente impugnano la sentenza App. Venezia 4 giugno 2010 con cui, in conferma della sentenza Trib. Vicenza 13 luglio 2009, venne rigettato il proprio reclamo avverso la dichiarazione del fallimento della citata società, oggetto di pronuncia su istanza, tra gli altri, della società Elipso Finance S.r.l. [Elipso], succeduta nei crediti di Banca Antonveneta s.p.a. ed odierna controricorrente.
In particolare, nella sentenza qui avversata, e per quanto di interesse, sostenne invero la corte l'infondatezza della censura recata alla dichiarazione di fallimento avuto riguardo alla sospensione, non disposta dal primo giudice, dei termini processuali, come invocato dalla parte reclamante ai sensi dell'art. 20, comma 4, della L. n. 44 del 1999. Ritenne invero il giudice di merito che lo stato di insolvenza della società debitrice dovesse essere dichiarato, con la conseguente pronuncia di fallimento, non producendo alcune effetto l'istanza rivolta - in pendenza del giudizio di reclamo *ex* art. 18 l.fall. - al Prefetto di Vicenza al fine di ottenere la sospensione dei termini prevista da detta norma. Statuì la sentenza qui censurata in primo luogo che nessun potere diretto di sospensione dei termini processuali spettasse a tale autorità amministrativa, rilevando oltre tutto che né risultava la prova dell'inoltro della correlata istanza per conseguire le provvidenze economiche previste per fronteggiare la denunciata usura, né al giudice constavano l'esame positivo della domanda ovvero anche solo la documentazione idonea ad apprezzarne la non pretestuosità e comunque la necessaria tempestività, con il deposito entro un anno dal fatto lesivo. In ogni caso, ed in secondo luogo, l'insolvenza era stata accalorata anche indipendentemente dalla sua dipendenza dai soli crediti delle banche per le quali i ricorrenti avevano protestato di essere vittime del fenomeno delittuoso di usura, essendo piuttosto emersa una esposizione finanziaria anche verso terzi ed in misura ingente, così da persuadere la corte d'appello, unitamente ad altri fattori disgregativi societari ed aziendali, della raggiunta prova circa l'elemento oggettivo della fallibilità.
(*omissis*).
Con l'unico *complesso motivo* Bracesco e la società Bracesco deducono violazione o falsa applicazione dell'art. 20 della L. n. 44 del 1999 ed altresì l'insufficiente illogica e contraddittoria motivazione, assumendone dunque il cattivo impiego in relazione ai nn. 3 e 5 dell'art. 360 c.p.c., per non aver la società conseguito la sospensione dei termini, e per almeno 300 giorni, nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, come analogicamente discendente dall'espressa previsione normativa, formalmente riferita alle esecuzioni. Con ciò la sentenza non avrebbe colto l'unitaria *ratio* del citato art. 20, improntato alla tutela degli imprenditori vittime degli abusi economici e volto a favorirne l'accesso ad un fondo di sostegno, contemperando con limiti cronologici precisi le aspettative dei creditori. Il parere reso dal Prefetto opererebbe come causa di "illegittimità sopravvenuta" della procedura ed in ogni caso anche il giudice sarebbe tenu-

to, con una verifica *ex officio*, ad acquisire elementi di prova ed informazioni circa la sussistenza della domanda inoltrata alla menzionata autorità prefettizia sul presupposto del cui non riscontro la corte d'appello ha, invece e tra gli altri, rigettato il reclamo.
1. Il motivo di ricorso è *in parte inammissibile* ed *in parte infondato*. Dalla sua unitaria enunciazione non è dato innanzitutto comprendere, in modo chiaro, per quali parti la sentenza impugnata sia affetta, rispettivamente, dalla violazione di legge ovvero dal vizio di motivazione, avendo il ricorrente condotto la censura in modo indistinto (*omissis*).
2. Il motivo è *inammissibile*, in via ulteriore, anche quando espone una critica alla conduzione istruttoria del giudice di merito, censurandone l'inerzia in punto di acquisizione officiosa della documentazione circa il tempestivo (un anno dal fatto lesivo) deposito della istanza al Prefetto per la tutela ai sensi della legge n. 44 del 1999: osserva il Collegio, da un lato, che l'utilizzo dei poteri officiosi nell'istruttoria prefallimentare - a seguito della restrizione alle sole parti private ed al P.M. della legittimazione alla domanda - non può tradursi in un ruolo di supplenza assoluta «volgendo a colmare le lacune delle parti, [ma] è ... necessariamente limitato ai fatti da essa dedotti quali allegazioni difensive ... non è rimesso a presupposti vincolanti, richiedendo una valutazione del giudice di merito competente circa l'incompletezza del materiale probatorio, l'individuazione di quello utile alla definizione del procedimento, nonché la sua concreta acquisibilità e rilevanza decisoria». [Cass. 17281/2010]. (*omissis*). Dall'altro lato, nemmeno risulta indicato dal ricorrente in quale atto del processo di reclamo tale istanza istruttoria sia stata presentata e per quali ragioni essa sia stata sottoposta al giudice ai fini dell'esercizio del potere di acquisizione officiosa, evidentemente nella difficoltà o impossibilità di versamento in proprio del medesimo atto. (*omissis*). Infine, come correttamente sottolineato nella decisione censurata, la descritta ragione di sospensione appare essere stata collegata ad un presupposto amministrativo integrato per la prima volta e solo nel giudizio di reclamo, quindi in un ambito processuale che, anche a voler conferire allo stesso art. 20 L. n. 44/1999 un elemento di collegamento in analogia rispetto alla dettatura normativa espressa ristretta alle sole espropriazioni individuali, ne determinerebbe *ex se* l'irrilevanza, difettando per tale punto ogni interesse al ricorso.
3. Il *motivo è comunque inammissibile*, per non avere la parte censurato tutte le *rationes decidendi* su cui si sostiene la sentenza (*omissis*).
4. Il *ricorso è infine privo di fondatezza*, in questo parzialmente procedendosi ad una correzione della motivazione della sentenza ove essa ha pur ipotizzato un'astratta applicabilità anche al procedimento per la dichiarazione di fallimento della citata regola sospensiva, in quanto - con riguardo al testo *ratione temporis* vigente - già questa S.C. ha statuito che «la procedura prefallimentare non ha natura esecutiva, ma cognitiva, come, prima del pignoramento, non può dirsi iniziata l'esecuzione individuale; ne consegue che il procedimento per la dichiarazione di fallimento non è soggetto alla sospensione dei procedimenti esecutivi contemplata dall'art. 20, comma 4, della legge n. 44 del 1999 in favore delle vittime di richieste estorsive e dell'usura» [Cass. 8432/2012]. In ogni caso appare errata - come rilevato dal primo giudice - l'attribuzione all'autorità amministrativa di un potere diretto di sospensione del processo, appartenendo invece all'autorità giudiziaria non il compito di mero riscontro dell'esercizio delle competenze devolute in materia alla P.A. (e *ratione temporis* al Prefetto) bensì la decisione in ordine alle relative istanze e dunque il pieno apprezzamento circa i rispettivi presupposti ai sensi dell'art. 20, comma 4, L. n. 44/1999 [Cass. 1496/2007; 8040/2012].
(omissis)

Cassazione Civile, sez. I, 4 giugno 2012, n. 8940 - Pres. Vitrone - Est. Cristiano - P.M. Fimiani (conf.) - Orsini S.r.l. c. Fallimento Orsini S.r.l. ed altri

Fallimento - Dichiarazione - Procedimento - Sospensione dei procedimenti esecutivi ai sensi dell'art. 20, comma 4, della legge n. 44/1999 - Valutazione del giudice innanzi al quale pende il procedimento di cui è chiesta la sospensione - Necessità - Pareri del prefetto e del presidente del tribunale - Efficacia vincolante - Esclusione

(legge fallimentare art. 15; L. 23 febbraio 1999, n. 44, art. 20, comma 7)

Spetta in via esclusiva all'autorità giudiziaria il potere di decidere in ordine alle istanze di sospensione dei procedimenti esecutivi promossi nei confronti delle vittime dell'usura, ai sensi dell'art. 20, comma 7, della legge 23 febbraio 1999, n. 44, trattandosi di potere prettamente giurisdizionale, proprio perché incide sul processo, così come affermato dalla Corte costituzionale con sentenza n. 475 del 2005. Ne consegue l'assoluta mancanza di vincolatività ai pareri favorevoli, espressi dal Prefetto o dal presidente del Tribunale, sulla richiesta di sospensione relativa ad un'istanza di fallimento.

Fallimento - Dichiarazione - Procedimento - Sospensione prevista dall'art. 20, comma 4, della L. n. 44/1999 - Prorogabilità dei termini - Esclusione

(legge fallimentare art. 15; L. 23 febbraio 1999, n. 44, art. 20, comma 4)

La sospensione dei termini per l'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili e dei termini relativi ai processi esecutivi mobiliari e immobiliari, prevista in favore delle vittime dell'usura dall'art. 20, comma 4, della L. n. 44/1999, non è prorogabile, atteso il carattere eccezionale della disposizione, che deroga alla normativa sulla decorrenza dei termini legali relativi alle procedure espropriative e, quindi, all'attuazione dell'art. 2740 c.c. (massima non ufficiale).

La Corte (omissis).

1) Con il primo motivo di ricorso, Orsini S.r.l., lamentando violazione della L. n. 44 del 1999, art. 20, comma 3 sostiene che la Corte territoriale avrebbe errato nel ritenere Savini S.n.c. legittimata a richiedere la dichiarazione di fallimento. Osserva in proposito che, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice del reclamo, la sospensione si applica anche al termine perentorio per proporre opposizione, sicché, alla data di deposito dell'istanza, la società non era munita di un titolo giudiziario definitivo, costituente valido titolo esecutivo.

Il motivo va dichiarato inammissibile, per difetto di interesse della ricorrente a sentir riformare la decisione assunta sul punto dal giudice *a quo*. L'art. 6, comma 1, l.fall., non richiede, infatti, che il creditore istante sia munito di titolo esecutivo, sicché, per ritenere Savini s.n.c. legittimata all'iniziativa per la dichiarazione di fallimento è sufficiente il rilievo che il credito dalla stessa azionato non solo non è stato contestato in sede di istruttoria prefallimentare, ma risulta espressamente riconosciuto da Orsini, che lo aveva inserito nell'elenco dei crediti trasmesso all'autorità amministrativa al fine di ottenere l'erogazione di benefici finanziari.

2) Col secondo motivo, denunciando violazione della L. n. 40 del 1999, artt. 13, 19 e 20, della L. 8 del 1996, art. 14 e D.P.R. n. 455 del 1999, art. 7. Orsini contesta che la sospensione non sia suscettibile di rinnovo e non possa essere concessa per un periodo superiore ai 300 giorni. Rileva che, secondo la giurisprudenza della S.C., il termine in questione è dilatorio e che sarebbe stato onere del legislatore prevederne la perentorietà e l'improrogabilità, Sostiene, inoltre, che la Corte territoriale non ha considerato che il suo diritto ad ottenere un'ulteriore sospensione discendeva dall'essere essa stata vittima anche del reato di estorsione, secondo quanto rappresentato nelle tre istanze rivolte all'autorità amministrativa, fra l'aprile ed il novembre del 2009, per accedere all'erogazione di un mutuo di solidarietà decennale.

La prima delle due censure nelle quali si articola il motivo è infondata.

Infatti, secondo il principio recentemente enunciato da questa Corte (Cass. ord. n. 18612/010), che va pienamente condiviso, la sospensione dei termini per l'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili e dei termini relativi ai processi esecutivi mobiliari e immobiliari, prevista in favore delle vittime dell'usura ai sensi della L. n. 44 del 1999, art. 20 non è prorogabile, atteso il carattere eccezionale della disposizione, che deroga alla normativa sulla decorrenza dei termini legali relativi alle procedure espropriative ed, in definitiva, all'attuazione dell'art. 2740 c.c.. La seconda censura va invece dichiarata inammissibile, non avendo la ricorrente chiarito se le elargizioni richieste nel 2009 trovassero causa in un nuovo evento lesivo od in quello denunciato nel 2005, per il quale essa aveva già usufruito di ripetute proroghe della sospensione.

3) Con il terzo motivo, lamentando ulteriore violazione delle medesime disposizioni, nonché vizio di motivazione, la ricorrente deduce che essa aveva richiesto la sospensione anche in virtù di un nuovo evento lesivo, oggetto di denuncia depositata presso la Procura del Tribunale di Teramo l'11 febbraio 2009, del tutto autonomo rispetto a quello del 21 aprile 2005 dal quale era derivata la concessione del primo termine e delle successive proroghe. Assume che, in presenza del nuovo evento lesivo, il Tribunale, anziché dichiarare il fallimento, avrebbe dovuto tener conto dei pareri favorevoli del Prefetto e del Presidente del Tribunale di Teramo, ottenuti i quali gli effetti sospensivi derivavano direttamente dalla legge, e che su tale questione, oggetto di specifico motivo di reclamo, la Corte si è limitata a rilevare la non vincolatività del parere prefettizio. Il motivo è infondato.

La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 457 del 2005, ha infatti dichiarato l'illegittimità della L. n. 44 del 1999, art. 20 comma 7 limitatamente alla parola "favorevole", rilevando che l'aggettivo, riferito al parere espresso dal prefetto, rendeva non implausibile l'interpretazione secondo cui il potere di sospensione risultava attribuito all'organo del potere esecutivo, rispetto al quale l'autorità giudiziaria era chiamata a svolgere, attraverso il parere non vincolante del presidente del tribunale, una funzione meramente consultiva.

Nella citata sentenza il giudice delle leggi ha chiarito che il potere di decidere in ordine alle istanze di sospensione dei processi esecutivi promossi nei confronti delle vittime dell'usura, proprio perché incidente sul processo, ha natura giurisdizionale e non può che spettare in via esclusiva all'autorità giudiziaria. La tesi della ricorrente, secondo cui, una volta acquisti i pareri favorevoli del prefetto e del presidente del tribunale, gli effetti della sospensione deriverebbero direttamente dalla legge, risulta dunque pienamente smentita.

(omissis).

Cassazione Civile, sez. I, 28 maggio 2012, n. 8432 - Pres. Plenteda - Est. De Chiara - P.M. Zeno (parz. diff.) - CMB Telai S.r.l. c. Fallimento CMB Telai S.r.l.

Fallimento - Dichiarazione - Procedimento - Natura cognitiva e non esecutiva - Conseguenze - Sospensione dei procedimenti esecutivi ai sensi dell'art. 20, comma 4, L. n. 44/1999 - Applicabilità al procedimento per la dichiarazione di fallimento - Esclusione

(legge fallimentare art. 15; L. 23 febbraio 1999, n. 44, art. 20, comma 4)

La procedura prefallimentare non ha natura esecutiva, ma cognitiva, in quanto in quella fase non può dirsi iniziata l'esecuzione collettiva, così come, prima del pignoramento, non può dirsi iniziata l'esecuzione individuale; ne consegue che il procedimento per la dichiarazione di fallimento non è soggetto alla sospensione dei procedimenti esecutivi contemplata dall'art. 20, comma 4, L. n. 44/1999 in favore delle vittime di richieste estorsive e dell'usura.

Fallimento - Dichiarazione - Presupposti - Insolvenza - Accertamento - Proroga dei termini di pagamento prevista dall'art. 20, comma 1, e 3 L. n. 44/1999 - Effetti - Moratoria generalizzata del pagamento dei debiti del beneficiario - Esclusione

(legge fallimentare art. 5; L. 23 febbraio 1999, n. 44, art. 20, commi 1 e 3)

Il combinato operare della proroga prevista dal comma 1 e della sospensione prevista dal comma 3 dall'art. 20 L. n. 44/1999, pur potendo eventualmente rilevare, nel procedimento per la dichiarazione di fallimento, ai fini dell'accertamento dell'insolvenza dell'imprenditore che abbia chiesto di accedere ai benefici economici previste dalla L. n. 108/1996 in favore delle vittime dell'usura, non è idoneo a produrre una generalizzata moratoria di tutti i debiti del beneficiario, giacché il primo comma di detto articolo prevede la proroga soltanto della scadenza dei termini di pagamento dei ratei dei mutui bancari ed ipotecari ed il terzo comma prevede soltanto la sospensione di termini di prescrizione e decadenza (massima non ufficiale).

La Corte (omissis).

1. - I primi tre motivi di ricorso recano tutti denuncia di violazione della L. n. 44 del 1999, art. 20 (il secondo motivo anche dell'art. 9 della stessa legge) e vizio di motivazione. Essi possono essere trattati congiuntamente perché il loro oggetto è sempre il mancato riconoscimento della sospensione della procedura prefallimentare.
Per comodità è opportuno premettere il testo del richiamato art. 20 (nella versione anteriore alle modifiche apportate dalla L. 27 gennaio 2012, n. 3, qui non applicabile *ratione temporis*):
«1. A favore dei soggetti che abbiano richiesto o nel cui interesse sia stata richiesta l'elargizione prevista dagli artt. 3, 5, 6 e 8, i termini di scadenza, ricadenti entro un anno dalla data dell'evento lesivo, degli adempimenti amministrativi e per il pagamento dei ratei dei mutui bancari e ipotecari, nonché di ogni altro atto avente efficacia esecutiva, sono prorogati dalle rispettive scadenze per la durata di trecento giorni.
2. A favore dei soggetti che abbiano richiesto o nel cui interesse sia stata richiesta l'elargizione prevista dagli artt. 3, 5, 6 e 8, i termini di scadenza, ricadenti entro un anno dalla data dell'evento lesivo, degli adempimenti fiscali sono prorogati dalle rispettive scadenze per la durata di tre anni.
3. Sono altresì sospesi, per la medesima durata di cui al comma 1, i termini di prescrizione e quelli perentori, legali e convenzionali, sostanziali e processuali, comportanti decadenze da qualsiasi diritto, azione ed eccezione, che sono scaduti o che scadono entro un anno dalla data dell'evento lesivo.
4. Sono sospesi per la medesima durata di cui al comma 1 l'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili e i termini relativi a processi esecutivi mobiliari ed immobiliari, ivi comprese le vendite e le assegnazioni forzate.
5. Qualora si accerti, a seguito di sentenza penale irrevocabile, o comunque con sentenza esecutiva, l'inesistenza dei presupposti per l'applicazione dei benefici previsti dal presente articolo, gli effetti dell'inadempimento delle obbligazioni di cui ai commi 1 e 2 e della scadenza dei termini di cui al comma 3 sono regolati dalle norme ordinarie.
6. Le disposizioni di cui ai commi 1, 2, 3, 4 e 5 si applicano altresì a coloro i quali abbiano richiesto la concessione del mutuo senza interesse di cui all'art. 14, comma 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108 [recante "Disposizioni in materia di usura", n.d.r.], nonché a coloro che abbiano richiesto l'elargizione prevista dall'art. 1 della legge 20 ottobre 1990, n. 302.
7. La sospensione dei termini di cui ai commi 1, 2, 3 e 4 ha effetto a seguito del parere favorevole del prefetto competente per territorio, sentito il presidente del tribunale».
Con il primo motivo di ricorso si censura la perplessità della Corte d'appello sull'applicabilità della sospensione alle procedure fallimentari e, con il secondo, l'affermato divieto di proroga della sospensione stessa; mentre con il terzo motivo si esclude che l'operatività del comma 4 dell'art. 20 sia limitata, come per i commi 1 e 3, entro l'anno dall'evento dannoso.
1.1. - La complessiva censura va disattesa in radice per-

ché la norma in esame non prevede la sospensione delle procedure prefallimentari, e in tal senso va rettificata la motivazione in diritto della sentenza impugnata.
1.1.1. - L'unica disposizione, fra quelle dell'articolo in esame che prevedono moratorie, dalla quale sarebbe plausibile far scaturire la sospensione delle procedure prefallimentari è il comma 4 (il comma 1 riferendosi chiaramente a termini di diritto sostanziale, il 2 alle scadenze fiscali e il 3 ai termini di prescrizione e decadenza). E infatti con riferimento ad esso si registra, nella giurisprudenza di merito, contrasto fra un orientamento favorevole alla sua applicazione a dette procedure e uno contrario.
Quanto alla giurisprudenza di legittimità, la L. n. 44 del 1999, art. 20, è stato oggetto di esame, con riguardo alle procedure prefallimentari, in due precedenti pronunce: Cass. 1613/2009, che ha implicitamente riconosciuto l'applicabilità a tali procedure del comma 3 - non 4 - dell'articolo, avendo statuito sul termine per appellare la decisione di primo grado nel giudizio di opposizione a sentenza dichiarativa di fallimento; e Cass. 18612/2010, che, nell'affermare la non prorogabilità del termine di sospensione di cui al comma 4, precisa che la questione dell'applicabilità di tale sospensione alle procedure prefallimentari esulava dal *thema decidendum* di quel giudizio di legittimità, nel quale, pacifica essendo in causa l'applicabilità della sospensione, si discuteva esclusivamente della prorogabilità del termine.
Mancano, dunque, precedenti di questa Corte sulla questione se la L. n. 44 del 1999, art. 20, comma 4, preveda una sospensione dei procedimenti volti alla dichiarazione di fallimento. È il caso di precisare che la questione può risolversi prescindendo dalla individuazione dell'esatto significato della norma sotto il profilo dell'oggetto della sospensione ivi prevista: se, cioè, si tratti di sospensione *tout court* dei procedimenti esecutivi (come afferma, senza specifica motivazione, Corte cost. 457/2005) oppure dei soli termini degli stessi procedimenti (come sostiene Cass. 1496/2007) peraltro con immaginabili ricadute sul corso complessivo di essi.
1.1.2. - Ad avviso del Collegio la questione dell'applicabilità del comma 4 dell'art. 20, cit., alle procedure prefallimentari va risolta in senso negativo.
Il testo della disposizione normativa, che riferisce la sospensione ai "termini relativi a processi esecutivi mobiliari ed immobiliari, ivi comprese le vendite e le assegnazioni forzate" (oltre che all'"esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili", chiaramente eccedente la materia concorsuale), sembra scritto avendo presenti le esecuzioni individuali; e tuttavia non può escludersi la possibilità di un'interpretazione estensiva, tenuto conto che anche il fallimento può definirsi processo esecutivo, sia pure collettivo anziché individuale. L'interpretazione estensiva, però, non potrebbe comunque spingersi sino a far rientrare nella formula normativa anche le procedure prefallimentari, perché queste ultime hanno natura cognitiva e non esecutiva e, prima della dichiarazione di fallimento, non può dirsi iniziata l'esecuzione collettiva, alla stessa maniera che, prima del pignoramento, non è iniziata l'esecuzione individuale.
2. - Con il quarto motivo di ricorso, denunciando violazione della cit. L. n. 44, art. 20, e vizio di motivazione, si lamenta che la Corte d'appello non abbia considerato che, ai sensi dei commi 1 e 3 della norma invocata, tutte le obbligazioni in essere al 26 giugno 2007 - data del primo parere prefettizio favorevole alla sospensione - erano inesigibili per trecento giorni a decorrere da quella data; onde non poteva dirsi sussistente l'insolvenza allorché, il 28 marzo 2008, fu presentata l'istanza di fallimento.
2.1. - Il motivo è infondato.
La tesi della ricorrente si basa sul presupposto di una generale moratoria di trecento giorni, a decorrere dalla data del parere favorevole del prefetto, dei debiti dell'imprenditore che abbia richiesto l'intervento del fondo. Il che però non è esatto.
Il comma 1 dell'art. 20, cit., prevede infatti esclusivamente una proroga dei termini di scadenza, ricadenti entro un anno dalla data dell'evento lesivo, ... per il pagamento (non già di qualsiasi debito, bensì soltanto) dei ratei dei mutui bancari e ipotecari; proroga decorrente, per di più, (non dalla data del parere prefettizio, bensì) dalle rispettive scadenze (dei mutui) per la durata di trecento giorni. Il comma 3, poi, come si è visto, prevede soltanto la sospensione di termini di prescrizione e decadenza.
Dunque l'unico effetto della domanda di intervento del fondo proposta dal ricorrente era la proroga delle scadenze dei mutui per trecento giorni dalle stesse, e solo in tali limiti vi poteva essere incidenza sullo stato di decozione della società. Il ricorrente, pertanto, avrebbe dovuto formulare in tutt'altri termini la sua censura: avrebbe dovuto cioè specificare, in particolare, le scadenze relative ai mutui bancari e ipotecari rientranti nell'anno dall'evento lesivo denunciato e l'entità dei relativi crediti, e determinarne l'impatto sulla complessiva situazione debitoria della società per le conseguenti valutazioni relative alla sussistenza o meno dello stato d'insolvenza.
3. - Con il quinto motivo, denunciando nuovamente violazione dell'art. 20, cit., e vizio di motivazione, si censura l'affermazione della Corte d'appello secondo cui la sospensione "sostanziale e processuale" di cui al medesimo art. 20 sarebbe operante esclusivamente nei confronti dei creditori che abbiano posto in essere fatti di usura e si afferma che, invece, essa opera nei confronti dell'intero ceto creditorio.
3.1. - L'infondatezza del motivo deriva da quanto si è sopra chiarito sulla portata dei commi 1, 3 e 4 della L. n. 44 del 1999, art. 20, che non prevedono alcuna moratoria generalizzata dei debiti dell'imprenditore, né una sospensione della procedura prefallimentare iniziata nei suoi confronti. Anche a questo proposito, dunque, va corrispondentemente rettificata la motivazione in diritto della sentenza impugnata.
(omissis).

Cassazione Civile, sez. I, 28 maggio 2012, n. 8434 - Pres. Plenteda - Est. Bernabai - P.M. Apice (parz. diff.) - Curatela del fallimento della Ittica Mediterranea S.r.l. c. M.M.

Fallimento - Attivo - Liquidazione - Sospensione delle vendite forzate ex art. 20, comma 4, L. n. 44/1999 - Applicabilità anche alle vendite fallimentari

(legge fallimentare artt. 104 ter*, 105, 106, 107, 108 e 108* ter*; L. 23 febbraio 1999, n. 44, art. 20, comma 4)*

La sospensione delle vendite forzate prevista dall'art. 20, comma 4, L. 23 febbraio 1999, n. 44, in favore di coloro che abbiano chiesto di accedere ai benefici economici previsti da tale legge o dalla L. 7 marzo 1996, n. 108, in favore delle vittime di attività estorsive o dell'usura è applicabile anche alle vendite fallimentari, dovendo la relativa previsione essere interpretata estensivamente già nel quadro normativo anteriore all'entrata in vigore della L. 27 gennaio 2012, n. 3, che ha esplicitamente esteso i predetti benefici al fallito vittima di attività estorsive o dell'usura (massima non ufficiale).

La Corte (omissis).

In ordine alle ulteriori censure mosse dalla curatela ricorrente, natura pregiudiziale riveste il quarto motivo, con cui la curatela del fallimento Ittica Mediterranea s.r.l. deduce la violazione di legge, nonché la carenza di motivazione nel ritenere ammissibile la sospensione prevista dalla L. 23 febbraio 1999, n. 44, art. 20 anche per le vendite forzate disposte nell'ambito di una procedura fallimentare pendente da sette anni.

La sua disamina deve peraltro investire due aspetti distinti, quantunque correlati nel caso in esame.

L'uno, di carattere generale ed astratto, involge il problema dell'applicabilità stessa del beneficio in favore dell'imprenditore fallito, nel silenzio della L. 23 febbraio 1999, n. 44 (nel testo anteriore agli emendamenti introdotti con la L. 27 gennaio 2012, n. 3, che invece la prevedono espressamente: artt. 1 e 2): con interpretazione estensiva del dettato normativo che fa riferimento testuale all'esecuzione individuale (Sono sospesi... termini relativi a processi esecutivi mobiliari e immobiliari, ivi comprese le vendite le assegnazioni forzate: L. n. 44 del 1999, art. 20, comma 4).

L'altro, pertinente alla fattispecie concreta, riguarda la compatibilità della sospensione (e del contributo) con la pendenza pluriennale della procedura concorsuale, alla luce della *ratio legis* di rilancio dell'attività imprenditoriale che le è sottesa.

Sotto il primo profilo, l'inclusione dell'esecuzione concorsuale nella previsione della L. n. 44 del 1999, art. 20 sembra potersi affermare anche nella vigenza del testo originario, tenuto conto del rapporto di genere a specie corrente tra l'esecuzione forzata individuale, sul singolo bene, e quella universale propria del fallimento: con la precisazione che la specialità concorsuale, nell'ambito di un'eguale finalità esecutiva, non investe, differenziandolo, alcuno degli elementi essenziali integrativi della fattispecie in esame: e cioè, l'esercizio di un'attività imprenditoriale - espressamente prevista anche nella dizione originaria della L. n. 44 del 1999, art. 3 quale requisito soggettivo dell'elargizione; richiamato, poi, in combinato disposto, dall'art. 20 ai fini della sospensione - e l'evento lesivo eziologicamente dipendente da episodi delittuosi di natura estorsiva o usuraria.

A favore dell'interpretazione estensiva (consentita anche laddove sia inammissibile quella analogica) cospira pure, nell'ottica di un'interpretazione teleologia (art. 12 disp. gen.), il rilievo che il fallimento dell'imprenditore costituisce proprio il più grave sbocco dei crimini contro il patrimonio presupposti; senz'alcuna cesura di consequenzialità logico-giuridica con l'archetipo processuale prefigurato in parte qua ("processi esecutivi mobiliari ed immobiliari, ivi comprese le vendite e le assegnazioni forzate": L. cit., art. 20, comma 4): onde, l'applicazione della sospensione cautelare si pone in rapporto di conformità con la *ratio* solidaristica della normativa.

Una conferma indiretta può anche desumersi dalle conseguenze paradossali cui porterebbe, per contro, la ritenuta inapplicabilità al fallimento della sospensione delle vendite coattive in presenza di ipotesi speciali di proseguibilità dell'azione esecutiva, in deroga al divieto generale di cui alla l.fall., art. 51. È questo il caso delle espropriazioni promosse dalle banche sui beni ipotecati a garanzia di finanziamenti fondiari (D.Lgs. 1° settembre 1993, n. 385, art. 41 - Testo unico bancario); o dell'azione esecutiva individuale consentita ai creditori garantiti da pegno o assistiti da privilegio, ai sensi degli artt. 2756 e 2761 c.c. (l.fall., art. 53); o ancora, dell'ipotesi residuale di rinunzia del curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori nell'ambito del programma di liquidazione, alla liquidazione di uno o più beni, ove questa appaia manifestamente non conveniente (l.fall., art. 104 ter, comma 7).

Nelle fattispecie citate, il privilegio processuale dell'esecuzione forzata individuale porterebbe *de plano* all'applicazione in favore dell'esecutato (fallito) del beneficio, in aderenza al dato letterale dalla L. n. 44 del 1999, art. 20, comma 4; mentre, se nelle medesime ipotesi il curatore scegliesse di procedere autonomamente alla vendita coattiva dei beni ai sensi della l.fall., art. 107 - alternativa, espressamente consentita dalla l.fall., artt. 53 e 104 ter; ma comunemente ammessa anche nei confronti degli istituti bancari per crediti fondiari (Cass., sez. I, 6 dicembre 2002, n. 17334; Cass., sez. 1 28 gennaio 1993, n. 1025) - si dovrebbe negare, *in limine*, la possibilità per il fallito di ottenere la sospensione della liquidazione dei suoi beni sol perché svolgentesi in sede endoconcorsuale. Con una dissonante contraddittorietà di disciplina,

non giustificata da alcuna diversità dei presupposti sostanziali (argomento apagogico).
Si aggiunga che al giudice delegato è pure concesso, in linea di principio, di sospendere la vendita (l.fall., art. 108, comma 1).
Potere, arricchito dalla recente riforma (D.Lgs. gennaio 2006, n. 5), che lo ha esteso anche a fattispecie innominate (« ...qualora ricorrano gravi e giustificati motivi...»), ulteriori rispetto alla previsione originaria di un'eventuale inadeguatezza notevole del prezzo di vendita rispetto a quello giusto: cosicché la sospensione di cui alla L. 23 febbraio 1999, n. 44, art. 20 finisce con l'iscriversi armonicamente in un principio generale già consacrato, fungendo, in ultima analisi, da ipotesi tipizzata dal legislatore.
Rispettosa del dato testuale della normativa, nel suo inquadramento sistematico, e conforme alla *ratio* ad essa sottesa, l'applicazione del beneficio al fallito neppure collide con i divieti imperativi posti, rispettivamente, dalla L. 7 marzo 1996, n. 108, art. 14, comma 7, (Disposizioni in materia di usura) e dalla L. 23 febbraio 1999, n. 44, art. 4 (Disposizioni concernenti il Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive e dell'usura): attinenti non già allo status della vittima, bensì a presupposti di natura esclusivamente penale (reità in delitti contro il patrimonio della stessa indole, sottoposizione a misure di prevenzione, adesione alle richieste estorsive, ecc).
Alla luce della predetta ricostruzione ermeneutica, si può dunque concludere che l'inclusione espressa del soggetto fallito tra i beneficiari delle misure, ad opera della L. 27 gennaio 2012, n. 3, artt. 1 e 2 abbia natura autenticamente interpretativa, piuttosto che innovativa, giustificata da oscillazioni della giurisprudenza di merito.
Sotto il concorrente profilo sollevato dalla curatela ricorrente della compatibilità dell'elargizione prevista dalla L. n. 44 del 1999 e della connessa sospensione dell'esecuzione forzata (volte, secondo la *mens legis*, alla ripresa dell'attività economica di imprese in crisi finanziaria provocata da estorsione od usura) con una situazione di insolvenza accertata, non si può a priori escludere la riattivazione di un'impresa - la cui vitalità sia stata compromessa da fattori distorsivi di matrice criminale - grazie all'ausilio dell'elargizione e della sospensione dell'esecuzione forzata in corso, prima della disgregazione definitiva della struttura aziendale.
Ogni dubbio teorico sul punto risulta, del resto, ormai dissipato dallo *jus superveniens* di cui alla L. 27 gennaio 2012, n. 3 (Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione della crisi da sovraindebitamento), espressamente ammissivo dei benefici di cui alle L. n. 44 del 1999 e L. 7 marzo 1996, n. 108 in favore dell'imprenditore dichiarato fallito. Per di più, con esclusione dell'imputabilità alla massa fallimentare, o alle attività sopravvenute, delle somme erogate: vincolate invece ad investimenti produttivi, proprio al fine di reinserire la vittima dei delitti di estorsione e di usura nell'economia legale (L. n. 108 del 1996, art. 14, commi 2 *bis* e 2 *ter*; L. n. 44 del 1999, art. 3, commi 1 *bis* ed 1 *ter*, nei testi novellati).
Alla luce dei predetti rilievi, la censura svolta dalla curatela appare dunque infondata.
(omissis).

I complicati intrecci tra le moratorie in favore delle vittime dell'usura o di attività estorsive o sovversive, il procedimento di dichiarazione di fallimento e di liquidazione fallimentare

*di Paolo Celentano **

Quattro recenti pronunzie della Corte di cassazione sulle moratorie previste dall'art. 20 della L. 23 febbraio 1999, n. 44, nel quadro degli interventi a sostegno delle vittime dell'usura o di attività estorsive o di atti terroristici e sulle loro interferenze con le procedure prefallimentari e fallimentari offrono all'Autore lo spunto per un'analisi dello stato della giurisprudenza sul tema destinata ad evidenziarne i principali profili problematici, anche alla luce delle novità portate dall'entrata in vigore della L. 27 gennaio 2012, n. 3.

1. Gli strumenti e gli obiettivi del sostegno dello Stato in favore delle vittime dell'usura o di attività estorsive o terroristiche

Il ventaglio degli strumenti messi in campo dallo Stato italiano per contrastare l'estorsione e l'usura è da tempo stato arricchito con la previsione di provvidenze di carattere economico in favore di chi sia rimasto vittima di tali delitti o di delitti commessi con finalità *lato sensu* estorsive e li abbia denunziati all'autorità giudiziaria.

Invero, già con l'art. 5 del D.L. 31 dicembre 1991, n. 419, conv., con modiff., dalla L. 18 febbraio 1992, n. 172, con il dichiarato obiettivo di «prevenire e reprimere il grave fenomeno dell'estorsione» e di «sostenere, con misure di carattere anche economico, l'attività delle categorie produttive che a

Nota:

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

causa del rifiuto opposto a richieste estorsive subiscono un danno patrimoniale» (1), venne istituito presso l'Istituto nazionale delle assicurazioni il "Fondo di solidarietà per le vittime dell'estorsione", destinato a finanziare le "elargizioni" che l'art. 1 del medesimo decreto-legge prevedeva che potessero, a determinate condizioni, essere concesse, «a titolo di contributo per il ristoro del pregiudizio subito», in favore di coloro che, esercitando «un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o comunque economica, ovvero una libera arte o professione», avessero subito danni ai propri beni mobili od immobili in conseguenza di fatti delittuosi commessi per indurli ad aderire a richieste di natura estorsiva o per ritorsione al rifiuto da loro opposto a siffatte richieste ovvero «per il perseguimento delle finalità di cui all'art. 416 *bis* del codice penale».
Modificando il comma 1 dell'art. 1 del D.L. n. 419 del 1991, l'art. 2, comma 1, del D.L. 27 settembre 1993, n. 382, conv., con modiff., dalla L. 18 novembre 1993, n. 468, estese poi le medesime provvidenze a favore di chi analoghi danni avesse subito in conseguenza dell'attività svolta nell'ambito di un'associazione o di un'organizzazione avente per scopo quello di prestare assistenza e solidarietà a soggetti danneggiati da attività estorsive.
Queste previsioni vennero quindi abrogate dalla L. 23 febbraio 1999, n. 44, che però contestualmente istituì presso il Ministero dell'interno il "Fondo di solidarietà delle vittime delle richieste estorsive" e rimodulò la disciplina delle elargizioni «a titolo di contributo al ristoro del danno patrimoniale subito» che tuttora, ai sensi degli artt. 1, 3, 5, 6, 7 ed 8 di tale legge, possono, a determinate condizioni, essere concesse in favore:
1) degli esercenti «un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o comunque economica, ovvero una libera arte o professione», che abbiano subito un danno patrimoniale per la perdita od il decremento di valore di beni mobili od immobili o per lesioni personali o per il mancato guadagno inerente all'attività esercitata a causa di delitti commessi per costringerli ad aderire a richieste estorsive o per ritorsione alla mancata adesione a tali richieste ovvero in conseguenza di situazioni di intimidazione, anche ambientale (v. art. 3, comma 1, L. ult. cit.) (2), anche qualora abbiano prestato acquiescenza alle richieste estorsive ricevute (v. art. 5, L. ult. cit.);
2) degli appartenenti ad associazioni od organizzazioni aventi lo scopo di prestare assistenza e solidarietà ai soggetti danneggiati da attività estorsive che abbiano subito danni patrimoniali o lesioni personali in conseguenza di delitti commessi al fine di costringerli a recedere dall'associazione od organizzazione od a cessare l'attività svolta nel suo ambito ovvero per ritorsione a questa attività (v. art. 6, L. ult. cit.);
3) dei soggetti, non rientranti nelle predette categorie, che abbiano subito lesioni personali o danni (emergenti) a beni di loro proprietà ovvero oggetto di loro diritti reali di godimento in conseguenza dei suindicati delitti (v. art. 7, L. ult. cit.);
4) degli stretti congiunti (cioè del coniuge e dei figli, dei genitori, dei fratelli e delle sorelle o del convivente *more uxorio* o comunque negli ultimi tre anni) dei soggetti sopra elencati, qualora questi ultimi abbiano perso la vita in conseguenza dei suindicati delitti (v. art. 8, L. ult. cit.).
Analoga è la *ratio* di politica criminale e, al contempo, di politica economica sottesa all'istituzione, ad opera dell'art. 14 della L. 7 marzo 1996, n. 108, del "Fondo di solidarietà per le vittime dell'usura", destinato a finanziare l'erogazione di «mutui senza interesse» in favore degli «esercenti un'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o comunque economica, ovvero una libera arte o professione», vittime di uno o più delitti di usura e successivamente unificato al «Fondo di solidarietà per le vittime delle richieste estorsive» dall'art. 18 *bis* inserito nella L. n. 44 del 1999 dall'art. 51, comma 1, della L. 28 dicembre 2001, n. 448.
Tutte queste provvidenze perseguono infatti un duplice scopo comune: incoraggiare le vittime a collaborare con l'autorità giudiziaria ai fini dell'individuazione e della condanna degli autori dei suddetti delitti e, al contempo, consentir alle prime di continuare a svolgere la loro attività economica o di intraprenderne una nuova in condizioni "sane".
Ragioni di politica criminale e, insieme, di politica economica, queste, che sono invece estranee alle elargizioni, eventualmente commutabili in assegni vitalizi, previste dalla L. 20 ottobre 1990, n. 302, in favore delle vittime di atti di terrorismo o di eversione dell'ordine democratico o dei loro superstiti, che hanno un più limitato obiettivo solidaristico-assistenziale.

Note:

(1) Così il preambolo del D.L. n. 419 del 1991.

(2) Peraltro, il secondo comma del medesimo art. 3, L. n. 44/1999 equipara, ai fini di questa legge, alle richieste estorsive «le condotte delittuose che, per circostanze ambientali o modalità del fatto, sono riconducibili a finalità estorsive, purché non siano emersi elementi indicativi di una diversa finalità».

2. Le moratorie previste dall'art. 20 della L. n. 44/1999

Nonostante la non perfetta coincidenza degli obiettivi del sostegno economico dello Stato in loro favore, tutti coloro che abbiano chiesto o nel cui interesse siano state chieste le indicate provvidenze economiche - con la sola (3) esclusione di quelli di cui all'art. 7, L. n. 44/1999, cioè delle vittime indirette (o, se si preferisce, casuali o collaterali) di attività estorsive (4) - possono altresì beneficiare delle moratorie previste dai primi quattro commi dell'art. 20, L. n. 44/1999.

Quest'ultimo articolo infatti prevede (5):

al primo comma, la proroga per la durata di trecento giorni dei «termini di scadenza, ricadenti entro un anno dalla data dell'evento lesivo (6), degli adempimenti amministrativi e per il pagamento dei ratei dei mutui bancari e ipotecari, nonché di ogni altro atto avente efficacia esecutiva»;

al secondo comma, la proroga per la durata di tre anni dei «termini di scadenza, ricadenti entro un anno dalla data dell'evento lesivo, degli adempimenti fiscali»;

al terzo comma, la sospensione per la durata di trecento giorni dei «termini di prescrizione e (di) quelli perentori, legali e convenzionali, sostanziali e processuali, comportanti decadenze da qualsiasi diritto, azione ed eccezione, che sono scaduti o che scadono entro un anno dalla data dell'evento lesivo»;

al quarto comma, la sospensione per la durata di trecento giorni de «l'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili e (de)i termini relativi a processi esecutivi mobiliari ed immobiliari, ivi comprese le vendite e le assegnazioni forzate».

Si vuole così evitare che nel lasso di tempo che il legislatore ha ritenuto presumibilmente necessario per l'avvio e la conclusione del procedimento amministrativo avente ad oggetto la concessione e l'erogazione delle suddette provvidenze, i potenziali beneficiari di queste ultime - con la già rilevata esclusione delle sole vittime casuali delle attività estorsive - possano veder peggiorare sensibilmente, se non addirittura irrimediabilmente, le proprie condizioni economiche.

È tuttavia evidente che le proroghe e le sospensioni previste dai primi quattro commi dell'art. 20 della L. n. 44/1999 comportano una non irrilevante compressione dei diritti dei creditori dei loro beneficiari, costituendo un ostacolo alla piena attuazione del principio generale di cui all'art. 2740 c.c., e perciò devono essere riguardate come eccezionali, con la conseguente inammissibilità di una loro estensione oltre i limiti segnati dal dettato normativo.

Se ne è pertanto condivisibilmente negata, anche dalla terza, in ordine cronologico, delle sentenze della Corte di cassazione in commento, la n. 8940 del 2012 (7), un'eventuale estensione tempora-

Note:

(3) Ed invero tanto inspiegabile da apparire irragionevole e dunque sospetta di illegittimità costituzionale.

(4) Nonché - deve logicamente ritenersi - dei loro superstiti, sebbene costoro siano presi in considerazione dall'art. 8, L. n. 44/1999, al quale pure espressamente si riferiscono i primi due commi dell'art. 20 della stessa legge per individuare i beneficiari delle moratorie ivi previste, nonché implicitamente di quelle previste dai commi 3 e 4 del medesimo articolo (cfr. Cass. 24 gennaio 2007, n. 1496, in *Riv. esec. forz.*, 2007, 357, con nota di P. Pucciariello, *Sulla sospensione dei termini del processo esecutivo in favore dei beneficiari del fondo di cui alla L. 44/1999*).

(5) Riproducendo, nei suoi commi primo, terzo e quarto, l'identica disciplina già contenuta nei primi tre commi dell'art. 4 *bis* del D.L. 27 settembre 1993, n. 382, introdotto in sede di conversione di questo decreto legge dalla L. 18 novembre 1993, n. 468.

(6) «Per evento lesivo si intende qualsiasi danno a beni mobili o immobili, ovvero lesioni personali, ovvero un danno sotto forma di mancato guadagno inerente all'attività esercitata», secondo quanto stabilito dall'ultimo periodo dell'art. 3, comma 1, L. n. 44/1999, come modificato dall'art. 2, comma 1, lett. *a*), n. 1), L. 27 gennaio 2012, n. 3, riferendosi implicitamente al solo evento lesivo che sia conseguenza di delitti commessi allo scopo di costringere il danneggiato ad aderire a richieste estorsive, avanzate anche successivamente, ovvero per ritorsione alla mancata adesione a tali richieste ovvero di situazioni di intimidazione, anche ambientale, ma introducendo una nozione certamente utile per individuare, *mutatis mutandis*, l'evento lesivo pure negli altri casi in cui questo rileva (come, ad esempio, quello in cui sia stato subito dalla vittima di un delitto di usura), d'altro canto, sebbene lasciando aperto l'ulteriore problema - da risolvere, a mio avviso, positivamente - di stabilire se, nel caso di plurimi eventi lesivi, la proroga dei termini prevista dal primo comma dell'art. 20 della stessa L. n. 44 del 1999 debba o meno ritenersi prolungata o, se già scaduta, reiterata.

(7) Peraltro sul punto conforme a Cass. 11 agosto 2010, n. 18612, in *Giust. civ.*, 2011, 1, 129, che aveva già negato che la sospensione prevista dal quarto comma dell'art. 20 della L. n. 44 del 1999 potesse essere prorogata, secondo un ragionamento agevolmente estensibile anche alla sospensione ed alle proroghe previste dai precedenti commi del medesimo articolo. Nello stesso senso, nella giurisprudenza di merito, App. Brescia, 20 settembre 2010, n. 736, in *www.osservatorio-oci.org*, ms. 348, ed in *www.ilcaso.it*. Di segno opposto è la tesi avanzata, sia pur timidamente, da A.M. Perrino, *Usura e fallimento: prove difficili di dialogo*, in questa *Rivista*, 2009, 931, sul rilievo che «i termini di ''sospensione'' previsti» dall'art. 20, L. n. 44/1999 non sono qualificati come perentori dal legislatore», cui può essere, a mio avviso, obiettato che le proroghe e le sospensioni di cui si discute, oltre ad avere carattere eccezionale, hanno l'effetto di spostare in avanti nel tempo dei termini, sostanziali o processuali, ordinatori o perentori, sicché il momento finale della loro durata non può essere, a sua volta, considerato come un distinto termine per cui si possa porre il problema della sua natura sostanziale o processuale ovvero ordinatoria o perentoria e dunque della sua eventuale prorogabilità o sospendibilità. Il punto di riferimento di queste valutazioni deve infatti essere sempre il termine prorogato o sospeso e non già quello della proroga o della sospensione.

le (8), sebbene la durata dei procedimenti amministrativi volti al vaglio delle condizioni di accesso alle provvidenze economiche in favore delle vittime dell'usura o di attività estorsive si sia rivelata assai sovente nella pratica maggiore di quella di trecento giorni che il legislatore ha ritenuto presumibilmente necessaria e sufficiente.
Complice la contorta e poco perspicua formulazione dei primi quattro commi dell'art. 20, L. n. 44/1999, forti dubbi inoltre sono insorti in ordine alla possibilità di applicare le moratorie in questione ai procedimenti prefallimentari e fallimentari, che il legislatore non ha specificamente preso in considerazione, sebbene costituiscano una delle conseguenze delle attività estorsive e/o usurarie più frequenti e drammatiche per le vittime; e questi dubbi non mi paiono tutti risolti, nemmeno dalle sentenze in commento.
Peraltro il quadro sembra essersi ora addirittura complicato per effetto delle modifiche recentemente apportate dall'art. 2, comma 1, lett. *d*), della L. 27 gennaio 2012, n. 3 (9), al cit. art. 20, cui, tra l'altro, è stato aggiunto un comma - il 7 *ter* - che prevede che «Nelle procedure esecutive riguardanti debiti nei confronti dell'erario, ovvero di enti previdenziali o assistenziali, non sono poste a carico dell'esecutato le sanzioni dalla data di inizio dell'evento lesivo ... fino al termine di scadenza delle sospensioni e della proroga di cui ai commi da 1 a 4 del presente articolo».

3. L'autorità competente a decidere sull'applicazione delle moratorie di cui all'art. 20, L. n. 44/1999

Prima di procedere all'esame delle problematiche afferenti alle interferenze tra le moratorie previste dai primi quattro commi dell'art. 20 della L. n. 44/1999 e le procedure prefallimentari e fallimentari è opportuno evidenziare che i dubbi cui s'è fatto cenno, come gli altri che il cit. art. 20 può suscitare, dovrebbero essere in definitiva sciolti dai giudici innanzi ai quali e nell'ambito di ciascuno dei procedimenti in cui si pongono.
Nel dichiarare la parziale illegittimità costituzionale della previsione contenuta nell'originario settimo comma del cit. art. 20, che sembrava far dipendere le moratorie in questione esclusivamente dal «parere favorevole» emesso dal «prefetto competente per territorio, sentito il presidente del tribunale», la Corte costituzionale, con la sentenza 23 dicembre 2005, n. 457 (10), ha infatti affermato necessario - evidentemente sotto il profilo costituzionale - che la decisione sulla sussistenza dei presupposti delle medesime moratorie sia in definitiva affidata al giudice innanzi al quale pende il processo in cui la questione si pone.
Ha perciò dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'originario settimo comma del cit. art. 20 limitatamente alla parola «favorevole», ritenendo ciò sufficiente «a restituire alla funzione del prefetto un carattere propriamente consultivo, non vincolante, coerente con la natura - giurisdizionale e non amministrativa - del provvedimento richiesto» e ad attribuire «il potere decisorio riguardo alla sussistenza dei presupposti per la sospensione» (del processo esecutivo, nella fattispecie al suo esame) «al giudice, che ne è - in base ai principi - il naturale ed esclusivo titolare».
Sulla scia di questa pronunzia della Corte costituzionale s'inseriscono anche le sentenze della Corte di cassazione n. 8940 e n. 19464 del 2012, che hanno in effetti ribadito che il potere di vagliare la sussistenza dei presupposti della sospensioni dei termini dei processi esecutivi «ha natura giurisdizionale e non può che spettare in via esclusiva all'autorità giudiziaria» e vanno lette insieme ad una precedente pronuncia della Suprema Corte, la n. 1496 del 2007 (11), che, più organicamente, aveva, tra l'altro, chiarito che le moratorie in questione possono esser invocate anche stragiudizialmente (evidentemente soprattutto allorché si riferiscano a termini sostanziali) e che tuttavia pure in questo caso, ove la sussistenza dei relativi presupposti divenga oggetto di una controversia portata in giudizio, spetterà in definitiva sempre al giudice decidere in ordine alla loro concreta applicazione.
Il quadro normativo sembrava insomma essersi pianamente ridefinito nel senso che il parere del prefetto, pur rimanendo obbligatorio, poteva, avendo perso il suo carattere vincolante, essere disatteso da ciascuno dei giudici innanzi al quale si fosse posto

Note:

(8) Il che - come osservato nella precedente nota n. 6 - non impedisce che la proroga o la sospensione sia prolungata o reiterata per effetto del sopraggiungere di nuovi eventi lesivi.

(9) Per un generale quadro delle modifiche complessivamente apportate da questa legge (entrata in vigore il 29 febbraio 2012) alle leggi 23 febbraio 1999, n. 44, e 7 marzo 1996, n. 108, mi permetto di rinviare a P. Celentano, *Le modifiche alla disciplina dell'usura e dell'estorsione*, in *Sovraindebitamento e usura. Commento della L. 27 gennaio 2012, n. 3 e del D.L. 22 dicembre 2011, n. 212, conv. in L. 17 febbraio 2012, n. 10*, a cura di M. Ferro, Milano, 2012, 1 ss.

(10) Anche in *F. it.*, 2006, I, 1686, con osservazioni di M. Fabiani.

(11) Già citata nella precedente nota n. 4.

il problema dell'applicabilità delle moratorie di cui all'art. 20, L. n. 44/1999, anche se rimaneva da chiarire:
a) se detto parere dovesse essere espresso dal prefetto una volta per tutte, potendo essere esibito, come una sorta di patente, a tutti i giudici innanzi al quale si fosse posta la predetta questione, fino ad una sua eventuale revoca o modifica, ovvero ogni qual volta fosse stato richiesto da ciascuno di questi giudici;
b) se conservasse un qualche significato il parere che il prefetto doveva chiedere al presidente del tribunale prima di esprimere quello proprio;
c) quale fosse l'ambito delle valutazioni dei giudici cui la decisione della questione era in definitiva demandata.
Tutte queste considerazioni vanno però ora riviste alla luce delle modifiche apportate dall'art. 2, comma 1, lett. *d*), n. 1), della L. 27 gennaio 2012, n. 3, al settimo comma del cit. art. 20, il cui nuovo testo (12) prevede che le proroghe e le sospensioni in questione «hanno effetto a seguito del provvedimento favorevole del procuratore della Repubblica competente», da individuarsi in quello che procede per i delitti da cui l'istante ha riferito di essere stato danneggiato o, nel caso in cui per tali delitti siano pendenti più procedimenti penali, in quello innanzi al quale pende il procedimento penale iniziato prima.
Sembra infatti di capire che con questa innovazione il legislatore abbia dato per scontato che l'attribuzione al procuratore della Repubblica così individuato del potere di decidere sulla concessione delle moratorie di cui ai primi quattro commi del cit. art. 20 (cui è ora collegato anche l'ulteriore beneficio previsto dal nuovo comma 7 *ter* di quest'articolo) sia sufficiente a soddisfare le esigenze di carattere costituzionale che avevano indotto la Consulta a dichiarare, con la sentenza n. 457 del 2005, la parziale illegittimità costituzionale del precedente testo del medesimo settimo comma dello stesso articolo ed al contempo a risolvere due rilevanti problemi di carattere pratico: quello derivante dall'impossibilità dei privati o di altre autorità pubbliche, comprese quelle giudiziarie, di accedere agli atti delle indagini preliminari rilevanti ai fini di quella decisione eventualmente ancora coperti dal segreto investigativo e quello di concentrare il potere di adottare detta decisione su un'unica autorità, in modo tale da evitare decisioni plurime e dunque potenzialmente difformi tra loro.
Senonché la scelta operata dal legislatore desta più di una perplessità, se rapportata a quanto affermato dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 457 del 2005, giacché, com'è noto, il procuratore della Repubblica, pur facendo parte dell'ordine giudiziario, non è un giudice, non ha più funzioni giurisdizionali e risulta difficile concepire che con un suo non meglio definito «provvedimento favorevole» (che peraltro la legge non prevede nemmeno che debba essere motivato) possa in effetti imporre la sua decisione in ordine alla sussistenza dei presupposti per l'applicazione delle moratorie di cui ai primi quattro commi del cit. art. 20 a ciascuno dei giudici innanzi ai quali queste dovessero venire in considerazione (obbligando dunque, ad esempio, il giudice dinanzi al quale penda una procedura esecutiva a sospendere i relativi termini ai sensi del quarto comma di detto articolo ovvero il giudice dinanzi al quale penda un giudizio di cognizione avente ad oggetto una domanda di condanna al pagamento di un debito a considerare tale debito inesigibile per effetto della proroga della sua scadenza ai sensi del primo comma del medesimo articolo).
Peraltro, non va sottovalutato che il procuratore della Repubblica è il titolare dell'azione penale nei confronti della persona o delle persone che i soggetti interessati ad ottenere i benefici in questione più o meno direttamente accusano e, il più delle volte, anche di questi ultimi, nel caso in cui dovesse ritenere le loro accuse false, e si trova dunque ad esercitare una funzione di parte che, per quanto pubblica e tendenzialmente imparziale, è inevitabilmente destinata a condizionare fortemente la sua decisione di concedere o negare i predetti benefici.
Allora, delle due l'una: o si ritiene possibile correggere in via interpretativa la previsione di cui al nuovo settimo comma dell'art. 20 della L. n. 44 del 1999 nel senso che (almeno) il «provvedimento favorevole» del procuratore della Repubblica competente (se non anche quello contrario) può essere incidentalmente sindacato o comunque disatteso da ciascuno dei giudici innanzi ai quali dovesse porsi la questione dell'applicabilità delle moratorie di cui ai primi quattro commi, cui ora deve aggiungersi quella di cui al nuovo comma 7 *ter*, del medesimo articolo, salvo poi andare a ricercare gli strumenti ed i limiti delle valutazioni spettanti a questi giudici; oppure deve concludersi che detta previsione è esposta a censure d'incostituzionalità in definitiva forse ancor più gravi di quelle che avevano portato

Nota:

(12) Evidentemente non preso in considerazione dalla sentenza della Corte di cassazione n. 8940 del 2012 in quanto non applicabile *ratione temporis* alla fattispecie da essa esaminata.

la Corte costituzionale a dichiarare, con la sentenza n. 457 del 2005, la parziale illegittimità costituzionale del vecchio settimo comma del cit. art. 20 (13).

4. L'applicabilità della sospensione prevista dall'art. 20, comma 4, della L. n. 44/1999 alla liquidazione fallimentare

Il problema dell'applicabilità delle moratorie previste dall'art. 20 della L. n. 44 del 1999, e, in particolare, di quelle di cui al suo quarto comma alle procedure fallimentari o, per meglio dire, ai subprocedimenti concernenti la liquidazione fallimentare è stato risolto positivamente dalla Corte di cassazione, con una delle sentenze in commento, la n. 8434 del 2012, sulla base di considerazioni di carattere generale in ordine alla necessità di un'interpretazione estensiva della previsione normativa che paiono integralmente condivisibili e che appare persino inutile riepilogare nel dettaglio (14).

L'applicazione della sospensione di cui al quarto comma dell'art. 20 della L. n. 44 del 1999 alle sole procedure esecutive individuali, che talvolta possono essere iniziate o proseguite anche in costanza del fallimento del debitore, e non anche ai subprocedimenti di liquidazione dei beni del debitore che, con il medesimo fine, quando non anche la medesima struttura, si inseriscono nell'ambito delle procedure fallimentari, sarebbe risultata infatti priva di qualsiasi giustificazione logica e dunque in definitiva costituzionalmente illegittima, a maggior ragione se si considera che le vittime delle attività estorsive od usurarie sono molto spesso imprenditori assoggettabili al fallimento.

Peraltro, come opportunamente segnalato dalla Corte di cassazione nella motivazione della sentenza da ultimo citata, la bontà dell'esposta conclusione è ancor più evidente ora che - con le modifiche apportate dagli artt. 1 e 2 della L. n. 3 del 2012 all'art. 14 della L. n. 108 del 1996 e, rispettivamente, all'art. 3 della L. n. 44 del 1999 - s'è esplicitamente riconosciuto che le provvidenze economiche previste da queste ultime due leggi in favore dei soggetti che siano rimasti vittime dell'usura o di attività estorsive possono essere accordate a questi ultimi anche ove siano stati dichiarati falliti ed in pendenza della procedura fallimentare conseguentemente aperta nei loro confronti (15).

La questione, nelle sue linee generali ed in relazione sia all'attuale che al precedente quadro normativo, può pertanto reputarsi definitivamente risolta.

Va tuttavia segnalato che la sospensione di trecento giorni prevista dal quarto comma dell'art. 20 della legge n. 44 del 1999, secondo l'interpretazione che di tale previsione ha finora dato la Corte di cassazione in relazione alle procedure esecutive individuali:

a) non può essere disposta dal giudice d'ufficio, ma solo ad istanza del suo beneficiario (16);

b) comincia a decorrere nel momento in cui quest'ultimo la invoca (17);

c) non riguarda direttamente le procedure esecutive unitariamente considerate, fatta eccezione per il caso di quelle aventi ad oggetto l'esecuzione dei provvedimenti di rilascio di immobili, bensì soltanto i termini di quelle mobiliari ed immobiliari, nonché le vendite e le assegnazioni forzate (e non solo i relativi termini), non consentendo pertanto il rinvio del compimento degli atti processuali (diversi da quelli relativi ai procedimenti di esecuzione per rilascio e dalle vendite e dalle assegnazioni forzate) per i quali non sono previsti termini (18).

Note:

(13) Per ulteriori osservazioni su questo specifico tema mi permetto di rinviare a P. Celentano, *Le modifiche*, *cit.*, 37-38.

(14) Per la soluzione opposta cfr. Trib. Palermo 4 ottobre 2000, in *questa* Rivista, 2011, 1033.

(15) La possibilità di ammettere soggetti dichiarati falliti a beneficiare, anche in pendenza della procedura fallimentare nei loro confronti aperta, dei mutui senza interessi previsti dall'art. 14 della legge n. 108 del 1996 in favore delle vittime dell'usura e delle elargizioni previste dalla L. n. 44 del 1999 in favore delle vittime di attività estorsive non costituisce invero una vera e propria novità, giacché - a seguito della sentenza della Corte costituzionale 6 dicembre 2000, n. 549, che aveva avallato l'idea che il fallito potesse intraprendere e svolgere una nuova attività d'impresa anche nel corso della procedura fallimentare - il Commissario straordinario del Governo per il coordinamento delle iniziative antiracket ed antiusura, con la propria circolare del 20 novembre 2002 (reperibile in *www.interno.it*), l'aveva già riconosciuta in via interpretativa. Peraltro, non v'era e non v'è ragione per non estendere la medesima conclusione ai falliti che abbiano chiesto di accedere alle provvidenze economiche previste in favore delle vittime di atti terroristici o dei loro superstiti dalla legge n. 302 del 1990.

(16) Cfr. Cass. 24 gennaio 2007, n. 1496, *cit.*, che precisa che all'uopo il beneficiario non deve ricorrere allo strumento dell'opposizione all'esecuzione, ma deve presentare al giudice dell'esecuzione una semplice istanza, il cui accoglimento o rigetto potrà poi essere oggetto di un'opposizione agli atti esecutivi. E v. anche Trib. Marsala, 18 ottobre 2010 (data dec.), in *www.ilcaso.it*, secondo cui, al fine di disporre o negare la sospensione in questione il giudice deve in ogni caso verificare se la domanda di accesso ai benefici economici previsti dalla legge sia stata presentata tempestivamente e da soggetto legittimato e non sia stata già accolta o rigettata.

(17) E non già dalla data della presentazione dell'istanza di concessione dell'elargizione o del mutuo senza interesse (cfr. Cass. 24 gennaio 2007, n. 1496, *cit.*).

(18) Cfr. Cass. 24 gennaio 2007, n. 1496, *cit.*, secondo cui, salvo che nel caso del procedimento avente ad oggetto l'esecuzione di provvedimenti di rilascio di immobili, di cui la sospensione

(segue)

Trasportata nell'ambiente fallimentare, essa pertanto non è di per sé idonea a paralizzare totalmente, anche se temporaneamente, la procedura concorsuale eventualmente aperta nei confronti del suo beneficiario e nemmeno il solo subprocedimento di liquidazione dell'attivo fallimentare, non impedendo, ad esempio, al curatore di gestire i beni immobili o mobili del fallito e di percepirne gli eventuali frutti, né forse, tenuto conto della sua *ratio*, di predisporre e di sottoporre al comitato dei creditori (o al giudice delegato, nei casi di cui all'art. 41, comma 4, l.fall.) il programma di liquidazione di cui all'art. 104 *ter*, comma 1, l.fall., ferma restando l'esigenza di tenerne conto ai fini della fissazione e del rispetto dei termini per la realizzazione dell'attivo che il secondo comma di quest'ultimo articolo prevede che debbano essere indicati in tale programma.
Dovrebbe invece riguardare anche i termini dei procedimenti endofallimentari di accertamento del passivo e di ripartizione dell'attivo.

5. L'inapplicabilità della sospensione prevista dall'art. 20, comma 4, L. n. 44/1999 al procedimento prefallimentare

Quanto già s'è detto nel precedente paragrafo riguardo all'oggetto delle moratorie previste dal quarto comma dell'art. 20 della L. n. 44 del 1999 pare sufficiente a spiegare le ragioni della loro inapplicabilità al procedimento per la dichiarazione di fallimento, che - come osservato dalla Corte di cassazione con una delle sentenze in commento, la n. 8432 del 2012 (19), cui aderisce senza aggiungere nulla di nuovo in proposito la n. 19464 del 2012 - non è un procedimento esecutivo, né vi può essere assimilato, bensì un procedimento di cognizione, anche se avente ad oggetto l'accertamento della sussistenza dei presupposti per l'apertura di una procedura esecutiva concorsuale (20).
Benché convincente sotto il profilo dell'esegesi della previsione normativa in questione, questa conclusione è però a volte sembrata poco appagante a taluni giudici di merito, evidentemente in difficoltà di fronte alla durezza delle sue conseguenze pratiche e probabilmente non del tutto a torto, soprattutto se la sua ragionevolezza non viene valutata tenendo conto anche dell'incidenza che sul procedimento per la dichiarazione di fallimento - o, per meglio dire, sull'oggetto e sullo svolgimento di questo procedimento - possono avere le moratorie invece previste dai primi tre commi del medesimo art. 20, della quale pertanto mi occuperò nel paragrafo seguente.

6. La rilevanza nel procedimento prefallimentare delle moratorie di cui ai primi tre commi dell'art. 20 L. n. 44 del 1999

Dato a questo punto per assodato che il procedimento per la dichiarazione di fallimento non rientra tra quelli che possono essere oggetto delle sospensioni previste dal comma 4 dell'art. 20 della legge n. 44 del 1999, occorre ancora stabilire se ed in che misura:
a) l'accertamento che deve essere compiuto nell'ambito di tale procedimento in ordine allo stato d'insolvenza del debitore e del non possesso da parte di quest'ultimo dei requisiti che valgono a sottrarlo al fallimento ai sensi dell'art. 1, comma 2, e dell'art. 15, ultimo comma, l.fall. può essere influenzato dalle proroghe previste dai primi due commi e dalle sospensioni concernenti termini di carattere sostanziale previste dal terzo comma, nonché dal beneficio previsto dal comma 7 *ter* del medesimo articolo;
b) i termini che dello stesso procedimento scandiscono lo sviluppo possono essere oggetto della sospensione dei termini processuali pure prevista dal terzo comma del cit. art. 20.
Anche il primo di questi due profili problematici è stato esaminato dalla sentenza della Corte di cassazione n. 8432 del 2012, sebbene ciò non emerga

Note:
(segue nota 18)

prevista dal quarto comma dell'art. 20 della L. n. 44 del 1999 impedisce temporaneamente l'inizio o la prosecuzione, «ciò che il giudice può essere sollecitato a sospendere sono: *aa*) i termini che scandiscono la procedura esecutiva ed essi, attesa la genericità dell'espressione normativa, possono essere termini sia a sfavore dell'esecutato, sia termini a carico del creditore procedente (si pensi al termine per l'istanza di vendita); *bb*) l'attuazione della vendita o dell'assegnazione, ivi compresa, pertanto, la loro fissazione».

(19) Peraltro in conformità con quanto già rilevato, in giurisprudenza, ad es., da App. Napoli 22 luglio 2010, n. 134 v.g., in *www.osservatorio-oci.org*, ed in *www.ilcaso.it*, e, in dottrina, ad es., da A.M. Perrino, *op. cit.*, 931 s., nonché nella nota di osservazioni ad App. Roma 30 maggio 2011, in *questa* Rivista, 2011, 1325.

(20) Pur non contestando che il procedimento per la dichiarazione di fallimento non è un procedimento esecutivo, App. Roma 30 maggio 2011, in *questa* Rivista, 2011, 1323, ritiene invece che la sua esclusione dal novero di quelli oggetto della sospensione prevista dall'art. 20, comma 4, della legge n. 44 del 1999 sia del tutto irragionevole e debba essere contrastata mediante un'interpretazione costituzionalmente orientata di tale previsione normativa.

dall'unica massima ufficiale che ne è stata tratta, che s'incentra sull'affermazione dell'inapplicabilità della sospensione o, per meglio dire, delle sospensioni di cui al comma 4 dell'art. 20 della L. n. 44 del 1999 al procedimento per la dichiarazione di fallimento.

Con il ricorso esaminato dalla Suprema Corte erano state infatti sollevate altre due questioni che è opportuno in questa sede prendere in considerazione:

la prima, concernente l'incidenza del combinato operare della proroga prevista dal primo comma e della sospensione prevista dal terzo comma del cit. art. 20 sui termini di adempimento delle obbligazioni del debitore che, nell'ambito del procedimento per la dichiarazione di fallimento, occorre stabilire se insolvente o meno;

la seconda, derivante dall'affermazione contenuta nella sentenza impugnata dell'applicabilità della «sospensione "sostanziale e processuale" di cui al medesimo art. 20 ... esclusivamente nei confronti dei creditori che abbiano posto in essere fatti di usura».

Della prima di tali questioni la Corte di cassazione s'è invero sbarazzata rapidamente osservando che la tesi del ricorrente - il quale sosteneva che, in forza di quanto disposto dai commi primo e terzo del cit. art. 20, tutte le sue obbligazioni erano inesigibili allorché era stata chiesta la dichiarazione del suo fallimento - doveva considerarsi infondata, essendo basata sull'erroneo presupposto «di una generale moratoria di trecento giorni, a decorrere dalla data del parere favorevole del prefetto, dei debiti dell'imprenditore che abbia richiesto l'intervento del fondo», mentre:

a) «Il comma 1 dell'art. 20 ... prevede ... esclusivamente una proroga dei termini di scadenza, ricadenti entro un anno dalla data dell'evento lesivo, ... per il pagamento (non già di qualsiasi debito, bensì soltanto) dei ratei dei mutui bancari e ipotecari ... decorrente, per di più, (non dalla data del parere prefettizio, bensì) dalle rispettive scadenze (dei mutui) per la durata di trecento giorni»;

b) «Il comma 3 ... prevede soltanto la sospensione di termini di prescrizione e decadenza».

A dar ragione dell'infondatezza della seconda delle suddette questioni la Suprema Corte ha ritenuto poi sufficiente le considerazioni da essa in precedenza svolte per concludere che i commi primo, terzo e quarto dell'art. 20 della legge n. 44 del 1999 «non prevedono alcuna moratoria generalizzata dei debiti dell'imprenditore, né una sospensione della procedura prefallimentare iniziata nei suoi confronti».

Ciò posto, si può convenire che i debiti dei cui termini di pagamento il primo comma dell'art. 20 della L. n. 44 del 1999 prevede la proroga per la durata di trecento giorni, sempreché le loro scadenze ricadano nell'anno successivo alla data dell'evento lesivo, sono soltanto quelli aventi ad oggetto ratei di mutui bancari od ipotecari, anche se con uno sforzo interpretativo che non mi pare eccessivo ad essi potrebbero aggiungersi quei debiti pecuniari che potrebbero essere inclusi nel più ampio novero di quegli «adempimenti amministrativi» che pure sono oggetto di detta proroga e di quegli «adempimenti fiscali» i cui termini sono oggetto della proroga di tre anni prevista dal secondo comma del medesimo articolo, ferma restando la difficoltà di stabilire poi a quali debiti pecuniari si addicano gli attributi espressi dagli aggettivi "amministrativo" e "fiscale".

Può poi in definitiva concordarsi anche con la lapidaria affermazione che il terzo comma di detto articolo «prevede soltanto la sospensione di termini di prescrizione e decadenza».

Ma le conclusioni che da questa duplice considerazione la Corte di cassazione ha ritenuto di poter trarre non paiono appaganti.

Posto che lo scopo delle moratorie previste dai primi quattro commi dell'art. 20 della legge n. 44 del 1999 è - come s'è detto - quello di evitare che le vittime dell'usura o di attività estorsive o di atti terroristici subiscano un peggioramento delle proprie condizioni economiche nel lasso di tempo che il legislatore presume complessivamente occorrente per la verifica in sede amministrativa della sussistenza dei presupposti per la concessione e per la successiva erogazione dei benefici economici previsti in loro favore, rispettivamente, dalla L. n. 108 del 1996, dalla stessa L. n. 44 del 1999 e dalla L. n. 302 del 1990, risultano infatti incomprensibili le ragioni del differente trattamento dei debiti relativi ai ratei di mutui bancari od ipotecari (21) rispetto a quello degli altri debiti, tra i quali potrebbero peraltro esservi pure quelli contratti proprio per effetto, diretto od indiretto, dell'attività usuraria od estorsiva la cui vittima le moratorie in questione dovrebbero tutelare.

Vero è che la disciplina di cui ai primi quattro commi dell'art. 20 della L. n. 44 del 1999 deve probabilmente la sua frastagliatissima e, per certi versi, quasi impenetrabile formulazione alla difficoltà per

Nota:

(21) E, al limite, di quelli ''amministrativi'' e ''fiscali''.

il legislatore di trovare il punto d'equilibrio tra le esigenze di protezione delle vittime dell'usura o di attività estorsive (o di atti terroristici) e di tutela dei diritti nei loro confronti vantati dai terzi e, in particolare, dai creditori e che la sua interpretazione deve fare i conti con un sistema che non prevede adeguati strumenti di salvaguardia dei creditori contro i rischi derivanti dalla durata, anche del tutto ragionevole, del procedimento per la dichiarazione del fallimento del loro debitore.

Ma, d'altro canto, la prospettiva che, ad esempio, un soggetto che sia caduto vittima dell'usura possa, in forza del primo comma del cit. art. 20, beneficiare di una proroga di trecento giorni del termine di scadenza del pagamento del rateo di un mutuo bancario od ipotecario, di poche centinaia come di diversi milioni di euro, ovvero, in forza del terzo comma del medesimo articolo, della sospensione di trecento giorni del termine per proporre opposizione avverso un decreto ingiuntivo, sempre di poche centinaia come di diversi milioni di euro, e non possa invece evitare di essere dichiarato fallito sol perché non è riuscito a pagare alla scadenza una somma superiore a 30.000 euro relativa ad un debito cambiario (non garantito da ipoteca) nei confronti di un soggetto con cui egli non ha mai avuto alcun rapporto (22) pare francamente ripugnante sotto vari profili, non ultimo quello costituzionale.

S'è perciò, nella giurisprudenza di merito, affacciata l'idea che la previsione di cui al terzo comma del cit. art. 20 debba essere intesa in senso sostanzialistico e che pertanto la sospensione ivi prevista dei termini «perentori, legali e convenzionali, sostanziali e processuali, comportanti decadenze da qualsiasi diritto, azione ed eccezione», vada estesa ai termini, in scadenza nell'anno successivo alla data dell'evento lesivo, per il pagamento di tutti i debiti pecuniari, posto che la loro scadenza in definitiva importa per il debitore la perdita della possibilità di eccepire al creditore che il credito non è esigibile in quanto il termine per il suo pagamento non è ancora scaduto, cioè un effetto sostanzialmente identico a quello derivante dalla decadenza dal cd. beneficio del termine prevista dall'art. 1186 c.c. (23).

Una siffatta lettura del terzo comma del cit. art. 20 - sebbene certamente idonea ad evitare che alcuni creditori subiscano inspiegabilmente un trattamento deteriore rispetto agli altri creditori dei soggetti in favore dei quali le moratorie in questione sono applicabili o, al rovescio, che questi ultimi subiscano un diverso trattamento sulla base di caratteristiche dei debiti da cui sono gravati che non paiono idonee a giustificarlo - finisce tuttavia per rendere del tutto inutile la previsione del primo comma del medesimo articolo concernente la proroga dei termini per il pagamento dei ratei dei mutui bancari e ipotecari (e dei debiti pecuniari di carattere amministrativo, qualora si ritenga di includerli nel novero degli «adempimenti amministrativi» che pure sono oggetto di detta proroga).

Sicché potrebbe apparire troppo ardita; ma in tal caso la limitazione della proroga di cui al primo comma del cit. art. 20 ai termini relativi ad alcune categorie soltanto di debiti risulterebbe di assai dubbia legittimità costituzionale.

Peraltro, va osservato che, anche se soltanto in alcuni casi, le finalità dell'orientamento interpretativo cui s'è appena accennato potrebbero essere in concreto raggiunte pure mediante un'interpretazione del terzo comma dell'art. 20 delle L. n. 44 del 1999 idonea ad includere tra i termini «perentori, legali e convenzionali, sostanziali e processuali, comportanti decadenze da qualsiasi diritto, azione ed eccezione», di cui è prevista la sospensione per la durata di trecento giorni, sempreché ricadenti nell'anno successivo alla data dell'evento lesivo, anche i termini del procedimento per la dichiarazione di fallimento e, in particolare, il termine (24) entro il quale, ai sensi del quarto comma dell'art. 15 l.fall., le parti possono presentare memorie e depositare documenti e relazioni tecniche, che è in pratica quello entro il quale il debitore può esercitare il suo diritto di difesa.

È indubbio infatti che la sospensione di cui al terzo comma dell'art. 20 della L. n. 44 del 1999 riguarda anche i termini processuali di carattere perentorio, cioè i termini entro i quali deve, a pena di decadenza, essere compiuta una determinata attività processuale (anche se relativa ad un procedimento prefallimentare, come peraltro la Corte di cassazione, nella stessa sentenza n. 8432 del 2012, afferma implicitamente riconosciuto dalla sua precedente

Note:

(22) L'esempio non è scelto a caso, giacché l'esperienza insegna che lo strumento delle cambiali firmate in bianco dal debitore usurato e, dopo essere state riempite, più o meno abusivamente, dal primo prenditore, portate all'incasso da terzi, compiacenti o meno, è uno di quelli più frequentemente utilizzati dagli usurai meno sofisticati per assicurarsi un titolo esecutivo e, al contempo, porsi il più possibile al riparo da eventuali eccezioni.

(23) Cfr. App. Napoli 24 dicembre 2009, in *www.osservatorio-oci.org*, ms. 303, ed in *www.ilcaso.it*.

(24) Che il presidente del tribunale o il giudice relatore delegato alla trattazione del procedimento prefallimentare deve fissare in una data antecedente di non meno di sette giorni a quella dell'udienza, salva la possibilità per il presidente del tribunale di ridurlo nei casi e nei modi previsti dal quinto comma dell'art. 15 l.fall.

sentenza n. 1613 del 2009) (25), sicché mi pare logico ritenere che debba essere estesa ai termini meramente ordinatori, quale deve appunto ritenersi quello attualmente previsto dal quarto comma dell'art. 15 l.fall.

Se il terzo comma del cit. art. 20 ha la forza di sospendere il decorso di un termine perentorio, cioè di un termine che per sua natura non può essere prorogato, cosi differendone nel tempo la scadenza, mi pare infatti evidente che, come il più contiene il meno, dalla sua orbita applicativa non possono essere esclusi i termini meramente ordinatori, che per definizione possono essere prorogati prima della loro scadenza e che per di più, una volta scaduti, non si distinguono (26), *quoad effectum*, dai termini perentori.

Vero è che, in questa prospettiva interpretativa, la durata del procedimento prefallimentare potrebbe allungarsi tanto da poter far ritenere fondato il timore (27) che finiscano per essere compromessi la stessa possibilità di dichiarare il fallimento del debitore, a causa del decorso del termine di cui all'art. 10 l.fall., o, qualora poi tale fallimento venisse dichiarato, l'esercizio delle azioni revocatorie fallimentari, a causa del decorso del termine di prescrizione quinquennale previsto dall'art. 69 *bis*, primo comma, l.fall., o sia di queste azioni che di quelle di cui agli artt. 64 e 65 l.fall., a causa dello slittamento in avanti del periodo in cui devono ricadere gli atti ed i pagamenti che di dette azioni possono essere oggetto.

Ma, per regola generale, *adducere inconveniens non est solvere argumentum*; e poi va considerato che analoghi pericoli derivano dall'incidenza sulla valutazione dello stato d'insolvenza del debitore della proroga, ai sensi del primo comma del cit. art. 20, dei termini per il pagamento dei ratei dei mutui bancari od ipotecari, la quale pure potrebbe in effetti valere soltanto a ritardare la dichiarazione del fallimento del medesimo debitore.

D'altronde, si tratta di pericoli che appaiono sopravvalutati, giacché non si vede perché la sospensione prevista dal terzo comma del cit. art. 20 non debba riguardare anche il termine annuale di cui all'art. 10 l.fall., che non v'è, a mio avviso, ragione per non considerare un termine di decadenza (28), ed i termini di prescrizione, compreso quello previsto dall'art. 69 *bis*, primo comma, l.fall. per l'esercizio delle azioni revocatorie fallimentari, sempreché, però, la loro scadenza ricada nell'anno dalla data dell'evento lesivo.

Sicché è indiscutibile che anche i complicati intrecci tra le moratorie di cui ai primi tre commi dell'art. 20 della L. n. 44 del 1999 ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento contribuiscono ad evidenziare quanto forte sia l'esigenza di una disciplina di carattere generale che valga finalmente ad evitare che la durata del procedimento per la dichiarazione di fallimento si risolva in un vantaggio per il debitore, insoddisfacenti all'uopo apparendo interventi di limitato respiro che finiscono per indurre nel sistema ulteriori incongruenze, fonte di disparità di trattamento di situazioni essenzialmente analoghe, come la norma inserita al secondo comma dell'art. 69 *bis* l.fall. dall'art. 33, primo comma, lett. a *bis*), n. 2, del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (c.d. decreto sviluppo), come convertito dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, che prevede che, «nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segua la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli artt. 64, 65, 67, commi 1 e 2, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese».

Note:

(25) Cfr. Cass. 22 gennaio 2009, n. 1613, in *questa* Rivista, 2009, 927, che tuttavia, a ben vedere, non prende espressamente posizione sulla questione, limitandosi, in un caso in cui si poneva il problema di stabilire se l'appello del fallito avverso la sentenza di rigetto dell'opposizione alla sentenza dichiarativa del suo fallimento fosse tempestivo, ad affermare che la sospensione ai sensi dell'art. 20, comma 3, della L. n. 44 del 1999 del termine per proporlo doveva nella specie essere esclusa in radice essendo questo termine scaduto molto tempo dopo la fine dell'anno successivo alla data dell'evento lesivo.

(26) Secondo l'opinione che mi pare preferibile, per la quale cfr., ad es.: Cass. 17 novembre 2010, n. 23227, in *CED*, rv. 615566; Cass. 19 gennaio 2005, n. 1064, in *CED*, rv. 579172; Cass. 6 maggio 2003, n. 6895, in *CED*, rv. 562695.

(27) Probabilmente di peso non irrilevante sulle opinioni tendenti a sminuire l'impatto delle moratorie di cui ai primi quattro commi dell'art. 20 della L. n. 44/1999 sul procedimento prefallimentare.

(28) Cfr. M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 150, anche se va segnalato che maggiormente diffusa - e tuttavia scarsamente argomentata - è l'opinione (per la quale cfr. F. Aprile, *Sub* art. 10, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. Ferro, Milano, 2011, 148, ed i riferimenti giurisprudenziali e dottrinali ivi indicati) che il termine di cui all'art. 10 l.fall. non sia né un termine di prescrizione né un termine di decadenza, bensì un (non meglio specificato) limite temporale di assoggettabilità al fallimento, sicché non potrebbe essere né interrotto né sospeso.

Dichiarazione di fallimento

Il requisito dimensionale degli investimenti

Cassazione Civile, Sez. I, 23 marzo 2012, n. 4378 - Pres. Fioretti - Rel. Cristiano - P.M. Sorrentino - fall. G.I.A.L. Strumentazioni S.r.l. c. G.I.A.L. Strumentazioni S.r.l.

Fallimento - Dichiarazione - Procedimento - Presupposti - Limiti dimensionali - Accertamento - Investimenti nell'azienda - Riferimento ai valori dell'attivo patrimoniale - Necessità - Sussistenza

(legge fallimentare art. 1)

Il criterio dimensionale degli ''investimenti nell'azienda'', previsto per la dichiarazione di fallimento dall'art. 1, comma 2, l.fall. a seguito della riforma del 2006, oggi riformulato in modo più preciso con l'esplicito riferimento all'attivo patrimoniale, va accertato considerando le poste dell'attivo del bilancio, limitatamente agli ultimi tre anni di attività e non già ai relativi finanziamenti a suo tempo registrati al passivo (massima non ufficiale).

La Corte (omissis).

1) Con il primo motivo di ricorso il curatore deduce violazione e falsa applicazione del R.D. n. 267 del 1942, art. 1, nel testo modificato dal D.Lgs. n. 5 del 2006, art. 1. Rileva che, escludendo che il debito verso le banche potesse rientrare fra gli investimenti, la Corte territoriale ha mostrato di aderire a non condivisibile orientamento secondo cui la nozione di investimento di capitale sostanzialmente coincide con l'attivo dello stato patrimoniale, mentre in tale nozione andrebbe ricompreso qualunque apporto di ricchezza, quale che sia la sua fonte (interna od esterna) e senza che a ciò osti che tale elemento sia desumibile dal passivo e non dall'attivo del bilancio.

2) Col secondo motivo, il ricorrente denuncia vizio di motivazione della sentenza impugnata. Osserva che il giudice d'appello, dopo aver ritenuto rilevanti ai fini della decisione esclusivamente i dati dell'attivo patrimoniale, ha omesso di considerare che, secondo quanto evidenziato dal ctu, tale attivo aveva superato la soglia di fallibilità negli esercizi compresi fra il 2001 ed il 2004. Rileva, altresì, che la Corte territoriale si è discostata dalle conclusioni del ctu senza tener conto di una circostanza decisiva, da questi accertata, ovvero che il finanziamento bancario era stato utilizzato dalla G.I.A.L., negli anni 2002 e 2003, per l'acquisto di merci ed era pertanto effettivamente servito ad incrementare l'attivo patrimoniale, e che il fatto che alla data del fallimento il debito verso le banche non trovasse corrispondenza nell'ammontare delle giacenze di magazzino era dipeso dalla vendita sottocosto dei prodotti in precedenza acquistati.

I motivi, che possono essere congiuntamente esaminati, sono infondati e devono essere respinti.

Come affermato da questa Corte in alcune, risalenti, ma, sul punto, ancora condivisibili pronunce, emesse nel vigore del vecchio testo della l.fall., art. 1, (Cass. nn. 1471/71, 4733/83), al fine dell'assoggettabilità a fallimento di un imprenditore commerciale, per capitale investito nell'azienda deve intendersi ogni investimento, anche se frutto del cosiddetto "autofinanziamento", effettuato dall'imprenditore per l'acquisto di macchinari e di merci, per l'allestimento di negozi e di impianti, ed in definitiva la quantità di ricchezza immessa nell'attività commerciale. Il principio, contrariamente a quanto sembra ritenere il Fallimento ricorrente, non contrasta con quello assai più di recente enunciato - proprio con riguardo all'interpretazione della l.fall., art. 1, comma 2, lett. a), introdotto dal D.Lgs. n. 5 del 2006 - da Cass. n. 22150/010, secondo cui la nozione di "capitale investito", rilevante per il riconoscimento della qualifica di piccolo imprenditore commerciale, all'esclusivo fine dell'individuazione del parametro dimensionale ostativo all'assoggettabilità a fallimento, coincide con l'attivo che fa parte dello stato patrimoniale da indicare in bilancio, ai sensi dell'art. 2424 c.c.: non v'è dubbio, infatti, che l'appostazione al passivo dello stato patrimoniale di un debito verso un soggetto, quale una banca, tipicamente preposto all'erogazione del credito, possa essere indicativo di un avvenuto finanziamento, utilizzato dall'imprenditore per l'acquisto di beni o servizi (anche immateriali) necessari all'esercizio della propria attività o semplicemente allocato in deposito in attesa di un suo impiego futuro; in tal caso, però, quantomeno alla data della sua insorgenza (ciò che, in definitiva, lo stesso ricorrente è costretto ad ammettere, laddove sostiene che la G.I.A.L. aveva, per l'appunto, utilizzato la somma ricevuta dalle banche per l'acquisto di merci, appostate al loro pieno valore nei bilanci degli esercizi 2002/2003, ma successivamente rivendute sottocosto) quel debito deve trovare corrispondenza in una o più poste dell'attivo del bilan-

cio, dalle quali si ricavi che la banca (od altro eventuale soggetto finanziatore) ha effettivamente reso disponibile nuova liquidita e che questa è stata effettivamente investita nell'impresa.
La questione va allora, più correttamente, spostata sul piano temporale, essendo nella specie in discussione non tanto ciò che debba intendersi per "capitale investito" quanto se, secondo ciò che sostiene il ricorrente, ai fini della fallibilità dell'impresa, sia sufficiente accertare che la soglia dei trecentomila Euro indicata dall'articolo in esame è stata superata almeno una volta, al momento della costituzione dell'impresa o nel corso di un qualsiasi esercizio sociale (o, in alternativa, che il totale degli investimenti effettuati negli anni abbia superato tale soglia), o se invece, in analogia con quanto previsto dal medesimo art. 1. comma 2 alla lett. b, l'indagine debba essere limitata agli ultimi tre anni di attività. Questa Corte ritiene che, nel silenzio della norma, debba darsi preferenza a tale ultima soluzione.
Tenuto conto della finalità connessa alla riforma di cui al D.Lgs. n. 5 del 2006, che, secondo quanto può leggersi nelle premesse della relazione illustrativa, era volta, fra l'altro, ad ampliare in senso quantitativo il novero degli imprenditori commerciali esonerati dal fallimento, può in primo luogo escludersi, con assoluta tranquillità, che, ai fini della fallibilità, debba essere considerato il totale degli investimenti effettuati nel corso degli anni dall'imprenditore, posto che alla stregua di tale criterio finirebbe col divenire fallibile anche l'esercente un'attività di modestissime dimensioni, ma protrattasi per lungo tempo.
Con altrettanta tranquillità, può escludersi, poi, che la norma in esame faccia riferimento alla fase iniziale dell'impresa, che potrebbe essere così risalente da non trovare più alcun riscontro nell'attualità, persino in relazione all'oggetto dell'attività, mutato o circoscritto proprio in ragione di un andamento aziendale, e del volume d'affari che ne è, nel tempo, derivato, non rispondente alle originarie aspettative. Nè, in contrario, risulta rilevante l'argomento apparentemente desumibile dalla stessa relazione illustrativa, laddove si afferma che il criterio dell'ammontare degli investimenti si adatta maggiormente alla predetta fase, ma subito dopo si soggiunge "quando non sono ancora stati realizzati ricavi di rilievo". È anzi proprio da tale inciso, interpretato nel contesto del periodo nel quale si inserisce (che chiarisce come il criterio sia complementare a quello dei ricavi e come quest'ultimo si attagli maggiormente ad un'attività di impresa in cui gli investimenti risalgono ad un tempo più lontano)"che può trarsi il convincimento che il legislatore abbia voluto che la ricorrenza dell'uno o dell'altro dei presupposti di fallibilità andasse accertata in relazione ad un periodo prossimo a quello in cui si è manifestata l'insolvenza. Peraltro, sempre nella relazione illustrativa, si precisa che sono stati scelti due criteri facilmente accertabili in sede prefallimentare, sia sulla base delle scritture contabili e dei registri fiscali, sia sulla base delle informative richieste di prassi alla Guardia di Finanza, ed è evidente che un'indagine concernente l'ammontare degli investimenti, se condotta per l'intera durata della vita dell'impresa, anziché per un limitato arco temporale, potrebbe, al contrario, risultare estremamente difficoltosa, avuto riguardo non solo all'acquisizione, ma alla valutazione stessa dei dati. In tale contesto, l'opzione interpretativa volta a circoscrivere l'indagine in questione agli ultimi tre anni di attività appare l'unica non arbitraria, anche a voler tener conto dei soli elementi di riscontro ricavabili dal testo della L.Fall., così come riformato dal D.Lgs. n. 5 del 2006, in quanto - al di là di una ben possibile interpretazione estensiva dell'espressa previsione contenuta alla lett. b) del novellato art. 1 - è questo il periodo in relazione al quale, a mente del parimenti novellato art. 14, l'imprenditore che richiede il proprio fallimento è tenuto a depositare presso la cancelleria del tribunale le scritture contabili e fiscali obbligatorie.
La conclusione, peraltro, trova definitivo conforto nel c.d. decreto correttivo, che, come è noto, è stato emanato per chiarire e meglio definire la normativa introdotta dalla riforma, alla luce delle difficoltà operative che essa aveva suscitato, e nel quale, pertanto, la sostituzione del criterio degli investimenti con quello dell'ammontare dell'attivo patrimoniale annuo "dei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento" si pone in una linea di continuità, e non di rottura, con il precedente testo (Cass. n. 22150/010).
Nella specie, pertanto, non essendo contestato che l'attivo patrimoniale della G.I.A.L. negli ultimi tre esercizi sia stato inferiore alla soglia dei 300.000 Euro, il fallimento non poteva essere dichiarato.
(omissis).

Osservazioni

La sentenza qui pubblicata riguarda l'interpretazione di uno dei criteri dimensionali di fallibilità introdotti dalla riforma del 2006 (D.Lgs. n. 5/06) all'art. 1, lett. a), l.fall., quello degli «investimenti nell'azienda per un capitale superiore a euro trecentomila», che ha avuto breve durata in quanto sostituito dalla c.d. "miniriforma" del 2007 (D.Lgs. n. 169/07) con il più preciso riferimento all'"attivo patrimoniale".
Essa conferma la tesi che in prevalenza era stata proposta dai primi commentatori, in particolare alla luce della scienza economica e aziendalista: si propendeva per includere nel computo tutte le attività patrimoniali iscrivibili a bilancio, qualunque fosse la fonte di finanziamento, con qualche divergenza solo sul momento preciso dell'accertamento, se in base al bilancio dell'ultimo esercizio o se alla data dell'istruttoria prefallimentare, in base alla situazione aggiornata *ex* art. 15 (Caratozzolo, *La nozione di «investimenti nell'azienda» e di «ricavi lordi» nell'art.1 della nuova legge fallimentare*, in questa *Rivista*, 2007, 5; Tizzano, *I caratteri dell'impresa «non piccola» nella nuova legge fallimentare*, in questa *Rivista*, 2007, 379). Del resto, analoga interpretazione si era affermata con riferimento al concetto simile di capitale investito, utilizzato nella primigenia versione dell'art. 1 l.fall., anche se all'epoca si tendeva a considerare il valore originario degli investimenti, piuttosto che quello residuale delle registrazioni contabili (Cass., 12 luglio 1983, n. 4733, in *Giur. comm.*, 1985, II, 36).
La Suprema Corte ha già avuto modo di esprimersi in precedenza nel senso dell'identificazione degli «investimenti» con l'attivo registrato nella più recente contabilità del fallendo, con pronunce successive alla miniriforma del 2007, traendo quindi conferma dalla riformulazione della norma (Cass., 29

ottobre 2010, nn. 22146 e 22150, in questa *Rivista*, 2011, 437).
Delle varie questioni dibattute sul previgente testo normativo ve n'è una che potrebbe ancora interessare il testo attuale, oggi più chiaramente riferito all'attivo patrimoniale: se l'accertamento di tale requisito in sede prefallimentare sia vincolato ai valori contabili registrati dal fallendo, oppure se sia possibile una loro rettifica quando essi appaiano non veritieri o reali.
La Cassazione sembra aver adottato un approccio estremamente formale e rigoroso, escludendo la possibilità di rettifiche dei valori contrabili anche laddove risultino non rappresentativi delle reali dimensioni dell'impresa (Cass. n. 22146/2010 cit.). Un approccio questo che non manca di suscitare qualche perplessità, introducendo una vera e propria limitazione all'assunzione e alla valutazione delle prove nell'istruttoria prefallimentare, di cui non vi è riscontro nel dettato normativo (sia consentito rinviare a Badini Confalonieri, *Il valore dei dati di bilancio nell'istruttoria prefallimentare*, in questa *Rivista*, 2011, 440). Peraltro, successivamente la stessa S.C. sembra esprimersi in termini più possibilisti: in un caso simile a quello oggetto della presente sentenza, in cui si trattava di conteggiare nell'attivo beni non più registrati in contabilità in quanto apparentemente alienati, ma ancora in uso all'imprenditore, non ha escluso questa possibilità, purché il conteggio sia fatto a partire dalle risultanze contabili (Cass., 15 dicembre 2011, n. 27088, in questa *Rivista*, 2012, 662, con nota di Badini Confalonieri, *Ancora vincolanti i dati di bilancio nell'istruttoria prefallimentare ?*).
Secondo l'indicazione metodologica da ultimo segnalata, nel caso qui pubblicato aveva certamente errato il tribunale a ritenere raggiunto il limite dimensionale degli investimenti, sulla base di un finanziamento, che pure risultava utilizzato per l'acquisto di beni, ma che come tale era inevitabilmente registrato fra le voci del passivo. Occorreva invece verificare come tali beni potessero essere annoverati all'attivo patrimoniale, o meglio se potesse essere rettificato il loro minor valore registrato nel bilancio. Per i resto, non è dato sapere se una rettifica potesse essere operata in quel caso: dai fatti esposti non è chiaro se i beni fossero ancora presenti, ma contabilmente svalutati, oppure se fossero stati alienati a prezzo ridotto prima del periodo triennale oggetto della verifica prefallimentare. In quest'ultima ipotesi evidentemente non sarebbe stata possibile alcuna rettifica del valore inferiore alla soglia di fallibilità.

Alfonso Badini Confalonieri

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

Codice di procedura civile commentato

La "semplificazione" dei riti e le altre riforme processuali 2010-2011

diretto da Claudio Consolo

Il volume, diretto dal Prof. Claudio Consolo e frutto della collaborazione ed esperienza di 25 professionisti del diritto (professori, avvocati, magistrati e ricercatori), propone:
- il commento, articolo per articolo, al d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, sulla **riduzione** e **semplificazione** dei **procedimenti civili**;
- il commento alla l. 12 novembre 2011, n. 183, in tema di **posta elettronica certificata**, **riduzione** e **accelerazione** del **contenzioso** pendente davanti alle Corti d'appello e alla Corte di cassazione e **spese di giustizia**;
- il commento al d.l. 22 dicembre 2011, n. 212, conv. in l. 17 febbraio 2012, n. 10, in tema di **patrocinio obbligatorio**, **spese di giustizia** e **richiesta dell'inventario**;
- il commento alla l. 29 dicembre 2011, n. 218, in tema di **riduzione dei termini di comparizione e di costituzione in giudizio** in caso di **opposizione a decreto ingiuntivo**.

Completa l'Opera un dettagliato **indice analitico-alfabetico**, che ne agevola la consultazione.

Ipsoa 2012, Euro 60,00

Per informazioni e acquisti
- ***Servizio Informazioni Commerciali*** *(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)*
- ***Agente Ipsoa di zona*** *(www.ipsoa.it/agenzie)*
- ***http://ipshop.ipsoa.it***

itinera

GUIDE GIURIDICHE

La nuova collana curata **dai professionisti per i professionisti** del diritto

La collana sviluppa, in chiave **multidisciplinare**, tutti gli ambiti settoriali del diritto con un approccio **pratico-operativo** di **alto livello qualitativo**. Ciascun titolo è affidato a **Studi e Professionisti** leader dei diversi settori del diritto.

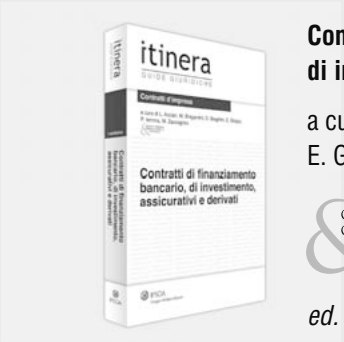
Le Guide sono arricchite da **clausole contrattuali**, **case history**, **esempi**, **casistica giurisprudenziale**, **focus**, **adempimenti**, **quesiti**, **schemi riepilogativi**, **approfondimenti bibliografici** e da un **dettagliato indice analitico**.

Famiglia

a cura di Carlo Rimini

STUDIO RIMINI

ed. 2012 - € 55,00



Contratti di finanziamento bancario, di investimento, assicurativi e derivati

a cura di L. Acciari, M. Bragantini, D. Braghini, E. Grippo, P. Iemma, M. Zaccagnini

GIANNI-ORIGONI GRIPPO-CAPPELLI PARTNERS

ed. 2012 - € 68,00

Arbitrato

a cura di L. Salvaneschi, L. Radicati di Brozolo, A. Carlevaris, V. Allavena, F. Cintioli, M. Iacoviello, D. Ielo, A. Negri, M. Olivieri, A. Villa

BONELLI EREDE PAPPALARDO
STUDIO LEGALE

ed. 2012 - € 57,00

Diritto sanitario

a cura di Lorenzo Lamberti

R&P Legal

ed. 2012 - € 57,00

Procedura penale

a cura di Alfredo Gaito

STUDIO GAITO & PARTNERS

ed. 2013 - € 89,00

Condominio e locazioni

A cura di M. Monegat, A. Cirla, C. Cavalera

LEXJUS SINACTA LS

ed. 2012 - € 70,00

www.ipsoa.it/itinera

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Y23DZ LE

Crediti tributari

Innovazioni giurisprudenziali sui crediti tributari nel fallimento

Cassazione Civile, Sez. Un., 15 marzo 2012, n. 4126 - Pres. Preden - Rel. Piccininni - Ministero dell'Economia e delle Finanze c. Fallimento Incomet S.r.l.

Fallimento - Accertamento del passivo - Crediti tributari - Concessionario - Legittimazione - Azione diretta dell'amministrazione finanziaria - Ammissibilità

(legge fallimentare artt. 52, 93, 101, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, artt. 87 e 88)

In tema di fallimento, alla legittimazione del concessionario a far valere il credito tributario nell'ambito della procedura fallimentare deve essere attribuita una valenza esclusivamente processuale, nel senso che il potere rappresentativo attribuito agli organi della riscossione non esclude la concorrente legittimazione dell'Amministrazione finanziaria, la quale conserva la titolarità del credito azionato e la possibilità di agire direttamente per farlo valere in sede di ammissione al passivo.

Fallimento - Accertamento del passivo - Crediti tributari - Amministrazione finanziaria - Domanda di ammissione - Iscrizione a ruolo e notifica della cartella di pagamento - Necessità - Esclusione

(D.P.R. 29 settembre 1973, n. 602, artt. 1, 10, 45, 51, 87, 88; legge fallimentare art. 93)

La domanda di ammissione al passivo di un fallimento avente ad oggetto un credito di natura tributaria, presentata dall'Amministrazione finanziaria, non presuppone necessariamente, ai fini del buon esito della stessa, la precedente iscrizione a ruolo del credito azionato, la notifica della cartella di pagamento e l'allegazione all'istanza della documentazione comprovante l'avvenuto espletamento delle dette incombenze, potendo viceversa essere basata anche su titolo di diverso tenore. (Nella specie, la domanda va fondata su titoli erariali, fogli prenotati a ruolo, sentenze tributarie di rigetto dei ricorsi del contribuente).

La Corte (omissis).
3.a - Disposta la riunione dei ricorsi ai sensi dell'art. 335 c.p.c., si osserva che con quello principale i ricorrenti hanno denunciato violazione del D.Lgs. n. 472 del 1997, art. 16 e 17, art. 25, comma 1, D.P.R. n. 633 del 1972, art. 58, D.P.R. n. 602 del 1973, art. 52, D.Lgs. n. 472 del 1997, art. 20, D.L. 26 febbraio 1990, art. 19, sotto i seguenti aspetti: a) la Corte di Appello avrebbe a torto omesso di considerare i titoli posti a base della pretesa creditoria, dal cui esame sarebbe emerso che si trattava di accertamenti IVA 1977, 1978, 1979, 1980 [...] rispetto ai quali la P.A. aveva accertato maggiori imposte ed irrogato sanzioni (in tal senso la sentenza di secondo grado della Commissione Tributaria di Napoli); b) l'evocato decreto legislativo n. 472 del 1997 sarebbe stato in realtà inapplicabile, sia perché si sarebbe trattato di atti anteriori al 1 aprile 1983 (circostanza da cui sarebbe poi discesa la non configurabilità delle violazioni degli artt. 17 - omessa iscrizione a ruolo - e 20 - decadenza -), sia perché, pur prescindendo dalla inesattezza del richiamo per quanto concerne sorte ed interessi, l'iscrizione a ruolo diretta delle sanzioni tributarie sarebbe stata possibile nei soli casi di sanzioni per omesso o ritardato versamento, e non anche «in quelli di accertamento puro quali quelli oggetto di causa»; c) nella specie sarebbe stato applicabile il D.P.R. n. 633 del 1972, per il quale sanzioni e maggiore imposta sono irrogate con lo stesso avviso (art. 58), avviso che sarebbe stato risalente al 1983 e che per ciò avrebbe escluso il verificarsi della decadenza; d) in caso di fallimento del debitore l'Erario, ai fini del riconoscimento di un proprio credito, sarebbe tenuto ad insinuarsi al passivo ed il suo titolo ben potrebbe essere correttamente individuato in un «accertamento confermato in secondo grado»; e) la domanda di ammissione al passivo non richiederebbe la preventiva emissione del ruolo, ed in tal senso deporrebbe il D.M. 28 febbraio 1990, art. 19, comma 1, che espressamente prevede che l'Amministrazione a ciò provveda dopo l'ammissione del credito al passivo.
3.b - Con il ricorso incidentale il fallimento ... si è a sua volta doluto della disposta compensazione delle spese processuali, che sarebbe stata a torto ricondotta ad una insussistente «situazione di incertezza determinata dal susseguirsi di provvedimenti legislativi», mentre con

quello incidentale condizionato ha inoltre denunciato violazione degli artt. 100, 112, 115, 116 e 323 c.p.c., e vizio di motivazione sotto il profilo della sopravvenuta carenza di interesse dell'Amministrazione Finanziaria, carenza che avrebbe dovuto dar luogo ad una declaratoria di improcedibilità della proposta impugnazione.
Dopo il deposito dell'istanza di ammissione del credito la detta Amministrazione avrebbe infatti provveduto all'iscrizione a ruolo ed alla notifica della cartella di pagamento, atti che avrebbero dovuto essere interpretati come di autotutela, ed in quanto tali assimilabili a quelli di rinuncia processuale e sostanziale.
La Corte di Appello avrebbe dovuto, dunque, prendere atto della formazione del nuovo titolo ed emettere, conseguentemente, una decisione che tenesse conto della differente base su cui era stata avanzata la diversa pretesa tributaria successivamente formulata.
4. - Osserva il Collegio che, come sopra anticipato, le due questioni ritenute di particolare delicatezza consistono nello stabilire: a) se l'Amministrazione Finanziaria abbia o meno legittimazione diretta per far valere nell'ambito della procedura fallimentare il credito di cui assume essere titolare, legittimazione la cui affermazione presenta profili di problematicità in ragione del fatto che il D.P.R. n. 602 del 1973, presuppone la preventiva iscrizione a ruolo delle somme richieste, quale strumento per la riscossione coattiva, ed affida l'attività necessaria al fine indicato al concessionario del servizio; b) se sia o meno necessario che la pretesa creditoria azionata direttamente dall'Amministrazione in sede fallimentare debba essere preceduta dalla relativa iscrizione a ruolo.
5. - Il primo profilo deve essere affrontato prioritariamente, risultando necessariamente subordinata l'eventuale iniziativa del concessionario alla preventiva formazione del ruolo, ed il Collegio ritiene che al quesito derivante dal relativo esame debba darsi risposta positiva.
Ed infatti la l.fall., art. 52, stabilisce che il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito e che ogni credito deve essere accertato secondo quanto stabilito dalla l.fall., art. 92 e segg., a seguito di presentazione della relativa domanda (l.fall., art. 93). Alla stregua delle inequivoche disposizioni ora richiamate deve dunque ritenersi che al D.P.R. n. 602 del 1973, che conferisce al concessionario la legittimazione per la proposizione della domanda di ammissione al passivo di un credito dell'Amministrazione Finanziaria, deve essere attribuito sul punto una valenza esclusivamente processuale, nel senso che il potere rappresentativo dell'Amministrazione Finanziaria allo stesso riconosciuto non vale ad escludere la titolarità del credito da parte di quest'ultima e, per l'effetto, il diritto di farlo valere nell'ambito della procedura fallimentare, come d'altro canto specificamente già affermato da questa Corte in precedente decisione (C. 10/24963);
In tal senso depone innanzitutto la circostanza che il legislatore non ha dettato alcuna disciplina speciale derogatoria, rispetto alla normativa vigente in materia fallimentare.
Inoltre appare di assoluta evidenza come una interpretazione di segno opposto, non sorretta come detto da disposizioni normative di sorta, si porrebbe in contrasto con il dettato costituzionale, e segnatamente con gli artt. 3 e 24, sotto il duplice aspetto delle irragionevoli limitazioni al diritto di azione del creditore che si verrebbe così a determinare e del trattamento deteriore che, rispetto agli altri creditori, l'Amministrazione Finanziaria, senza alcuna valida ragione, finirebbe per subire. Infine non va sottaciuto come questa Corte, decidendo in fattispecie analoga si è già sostanzialmente espressa nei medesimi termini (C. 10/23338), con argomentazioni condivise sul punto, e alle quali quindi si rinvia.
6. - Se dunque è da ritenere, per le ragioni sopra esposte, che l'Amministrazione Finanziaria conservi una propria autonoma legittimazione per far valere, con la domanda di ammissione al passivo del fallimento, il credito vantato, il profilo problematico che ne consegue è quello di stabilire se, a tal fine, siano o meno necessarie la preventiva iscrizione a ruolo dei crediti azionati e la conseguente notifica della cartella al curatore del fallimento.
La Corte di Appello, come detto, ha affermato l'indispensabilità di tale incombente, limitandosi tuttavia a rilevarne (unitamente alla notifica della cartella di pagamento) la qualità di titolo della pretesa tributaria, idoneo perciò a determinare la conseguente insinuazione al passivo fallimentare.
La laconicità della motivazione prospettata dal giudice del merito a sostegno della decisione adottata non consente la certa individuazione degli argomenti valorizzati a tal fine, argomenti che tuttavia sembrerebbero poter essere correttamente identificati nel dato normativo ed in quello relativo alla giurisprudenza di questa Corte formatasi al riguardo.
6.a) - In particolare, per quanto concerne quest'ultimo aspetto, occorre rilevare che in sede di legittimità è stata, più volte evidenziata la necessità, ai fini dell'ammissione del credito al passivo del fallimento, del duplice requisito della preventiva iscrizione a ruolo del credito tributario e della successiva notifica della cartella esattoriale al curatore (C. 10/14579, C. 06/12777, C. 04/23001, C. 98/6032, C. 94/4426). Tale giurisprudenza, però, non appare di significativo rilievo in questa sede, atteso che si tratta di decisioni emesse in fattispecie del tutto diverse, vale a dire in casi in cui l'istanza di ammissione era stata presentata dal concessionario, anziché dall'Amministrazione Finanziaria.
6.b) - Di maggiore consistenza sembrerebbe risultare, ad un immediato e sommario esame, il primo profilo sopra richiamato, attinente al contenuto della disciplina legislativa vigente. Ed infatti in proposito giova ricordare le seguenti disposizioni: il D.P.R. n. 602 del 1973, art. 1, per il quale le imposte sui redditi sono riscosse mediante ritenuta diretta, versamenti diretti del contribuente al concessionario, iscrizione nei ruoli, vale a dire secondo un modulo procedimentale tipizzato; il D.P.R. n. 602 del 1973, art. 45, per il quale per la riscossione delle imposte non pagate l'esattore procede all'esecuzione forzata in virtù del ruolo, che costituisce titolo per l'ammissione con riserva nelle procedure concorsuali; il D.P.R. n. 602 del 1973, art. 51, che regola i rapporti dell'espropriazione esattoriale con le procedure concorsuali, stabilendo

che l'esattore può ugualmente procedere, salva la sospensione dell'esecuzione da disporre su istanza del curatore o del commissario liquidatore; il D.P.R. n. 602 del 1973, art. 87, che legittima il concessionario a presentare istanza di fallimento e quindi, successivamente, a chiedere l'ammissione al passivo; il D.P.R. n. 602 del 1973, art. 88, (come modificato dal D.Lgs. n. 46 del 1999, art. 16) per cui, nel caso di contestazione sulle somme iscritte a ruolo il credito è ammesso con riserva, da sciogliere una volta decorso il termine per adire il giudice competente ovvero all'esito dell'instaurato giudizio.
È verosimile dunque ritenere che l'interpretazione della normativa vigente al riguardo nel suo complesso possa aver indotto il giudice del merito a formarsi il convincimento che il credito dell'Amministrazione sorga direttamente con la formazione del ruolo, e che questo quindi costituisca il presupposto necessario per la relativa ammissione.
Tale assunto non può essere condiviso.
7.a) - In proposito va innanzitutto rilevato che, sia sul versante giurisprudenziale che su quello normativo, sono apprezzabili riscontri che depongono in senso diametralmente opposto, vale a dire nel senso della non indispensabilità del ruolo.
Si ricordano in particolare, quanto al primo punto, le diverse sentenze di questa Corte con le quali è stato affermato che la dichiarazione IVA, se non seguita da atto di rettifica dell'Amministrazione ovvero da correzioni successive, vale come accertamento dell'obbligazione tributaria e, nel caso di riscontrato inadempimento, costituisce titolo per la riscossione dell'imposta (C. 09/5165, C. 07/16120, C. 06/2994, C. 04/13027); quanto al secondo aspetto, l'art. 19 D.M. Ministero delle Finanze del 28 dicembre 1989, che prevedeva, al fine della riscossione delle somme dovute da soggetti sottoposti a procedura concorsuale, la formazione del ruolo dopo la definitiva ammissione al passivo delle suddette somme, così implicitamente denunciando la convinzione, da parte dello stesso Ministero creditore delle somme da riscuotere, della non necessità del ruolo.
7.b) - Ma al di là dei pur significativi rappresentati rilievi, lo stato della giurisprudenza di legittimità e la normativa vigente non inducono alla conclusione cui è pervenuta la Corte di Appello.
7.c) - Le sopra citate sentenze di questa Corte, come già puntualmente evidenziato, sono state invero emesse con riferimento all'ipotesi in cui il credito erariale era stato azionato dal concessionario, e quindi in fattispecie che presuppone fisiologicamente la preventiva formazione del ruolo e la conseguente allegazione all'istanza di ammissione al passivo. Quanto poi alle richiamate disposizioni in tema di riscossione del credito erariale, va precisato che le stesse (all'evidenza sollecitate dall'esigenza di favorire la realizzazione del credito in virtù di una più agevole formazione del titolo esecutivo, e ciò in ragione degli interessi pubblicistici rappresentati dal creditore) appaiono essere state dettate in relazione alla prefigurata ipotesi di inadempimento di un singolo debitore ed all'avvertita utilità di fissare principi da applicare nella esecuzione individuale che, su iniziativa del concessionario munito di ruolo, ne sarebbe conseguita.
Da tale premessa discende dunque che, per la parte in cui il legislatore non ha previsto espresse deroghe alla disciplina dettata in tema di procedure concorsuali - e nel caso in esame giova ribadire che detta deroga non è stata affatto prevista -, non è consentita in via interpretativa un'automatica applicazione delle norme sopra richiamate nella procedura di fallimento promossa nei confronti del debitore, la cui dichiarazione, fra l'altro, non presuppone neppure la necessità della precedente formazione di un titolo esecutivo.
7.d) - La procedura fallimentare, infatti, non appare finalizzata alla diretta realizzazione dell'adempimento dell'obbligazione di pagamento, ma risulta piuttosto volta ad assicurare il conseguimento della "par condicio creditorum" nel rispetto della disciplina specificamente indicata a tal fine (l.fall., art. 92 e segg.), nel cui ambito i compiti di accertamento del giudice delegato e la connessa fase decisionale (l.fall., art. 96) assumono rilievo preminente rispetto al momento liquidatorio, che appare al contrario prevalente nell'esecuzione individuale.
Orbene, sulla base delle considerazioni sinora svolte, è agevole rilevare come non siano apprezzabili specifiche disposizioni che sorreggano la decisione adottata dalla Corte di Appello. Ed infatti il più volte richiamato D.P.R. n. 602 del 1973, prende dapprima in considerazione le modalità di riscossione delle imposte, fra le quali quella realizzata mediante ruolo e tramite concessionario (titolo I), prevede poi l'ipotesi di mancato pagamento nonostante il ruolo e la notificazione dell'avviso di mora (titolo 2^), stabilisce infine che, in tal caso, l'esattore può procedere esecutivamente avvalendosi del ruolo come titolo ovvero, nell'ipotesi di pendenza di procedura concorsuale, per ottenere l'ammissione al passivo del credito insoddisfatto.
Quanto a quest'ultimo rilievo, che è quello che interessa in questa sede, appare di assoluta evidenza come la predetta facoltà attribuita all'esattore non comporti, come dato necessario ed ineludibile, la conseguenza che l'istanza di ammissione al passivo per un credito erariale debba essere sorretta dal ruolo preventivamente formato.
Al contrario la disposizione in questione si limita a legittimare l'esattore, ove verificata l'intervenuta apertura di procedura concorsuale in danno del debitore, a procedere esecutivamente anche a fronte della nuova procedura in corso (in ciò confermandosi l'intento acceleratorio alla riscossione perseguito dal legislatore) ovvero ad avvalersi del titolo esecutivo rappresentato dal ruolo, ai fini dell'ammissione al passivo del credito.
Allo stesso modo alcuna rilevanza ai fini di interesse può essere attribuita all'avvenuto riconoscimento al concessionario della facoltà di proporre istanza di fallimento, essendo detta facoltà riconducibile all'azionabilità del titolo esecutivo, di cui lo stesso può istituzionalmente avvalersi.
8. - Le esposte considerazioni inducono quindi a ritenere che la corretta lettura ed interpretazione della normativa vigente escluda che possa essere affermata la necessità dell'allegazione del ruolo, a sostegno della domanda di

riconoscimento del credito erariale direttamente formulata dall'Amministrazione creditrice.
Tale conclusione, d'altro canto, è in sintonia con la disciplina dettata con riferimento alla domanda di ammissione al passivo (l.fall., art. 93), per la quale è richiesta la semplice esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda, e non anche la necessaria allegazione di un titolo.
Non vi è dunque ragione per ritenere che detta disciplina, stabilita in via generale per le domande di ammissione di crediti, debba essere derogata quando questa riguardi credito tributario e che al fine indicato sia indispensabile la precostituzione del titolo esecutivo rappresentato dal ruolo.
8.a) Oltre all'assenza di validi motivi idonei a prospettare la ragionevolezza di una deroga ai principi generali per effetto della natura tributaria del credito azionato, non sembra inutile evidenziare due ulteriori aspetti, attinenti alle ragioni che hanno verosimilmente indotto il legislatore a prevedere l'ammissione al passivo con riserva del credito iscritto a ruolo nel caso di contestazioni mosse dal preteso debitore (D.P.R. n. 602 del 1973, artt. 45 e 88, e successive modifiche), che depongono in senso opposto a quanto deciso dalla Corte di Appello.
8.b) - Ed infatti, quanto al primo punto occorre considerare la qualità di mandatario dell'Amministrazione rivestita dal concessionario, nonché la rilevanza pubblicistica attribuibile ai compiti allo stesso demandati, elementi che hanno evidentemente indotto il legislatore ad una rigida tipizzazione, per quest'ultimo, dei moduli procedimentali delineati, nella prospettiva dell'ottimale realizzazione dell'interesse pubblico.
8.c) - In ordine al secondo, non sembra contestabile la funzione di tutela del contribuente riconducibile alla previsione normativa dell'ammissione del credito erariale con riserva. Il ruolo costituisce infatti titolo esecutivo formato in via amministrativa, circostanza che impone una verifica giudiziaria nel caso di contestazioni sollevate dal contribuente preteso debitore. Per effetto delle disposizioni vigenti in tema di riparto di giurisdizione, tuttavia, le controversie che determinano la necessità di una delibazione in ordine all'esistenza e alla consistenza del tributo non possono essere demandate agli organi fallimentari, ma devono essere rimesse all'esame del giudice tributario.
L'impugnativa del ruolo davanti alle Commissioni Tributarie consente dunque al debitore erariale di far valere le ragioni del manifestato dissenso nella sede propria, mentre l'ammissione del credito con riserva, da sciogliere all'esito dell'intrapreso giudizio tributario, consente di definire, sia pure con contenuto condizionato, la fase della procedura fallimentare relativa alla formazione dello stato passivo.
Orbene, tenuto conto della circostanza che nel caso di contestazione del debitore erariale il giudice delegato non ha modo di verificare la fondatezza delle censure, essendo le relative questioni rimesse al giudice tributario, in mancanza del ruolo (e della relativa impugnazione) l'esito della domanda di ammissione dovrà essere necessariamente sfavorevole per il creditore, attesa l'impossibilità, per il giudice delegato del fallimento, di formulare giudizio di merito al riguardo.
Se ne deve dunque desumere che il ruolo rafforza la posizione del creditore che, ove ritenga preferibile depositare istanza di ammissione al passivo senza la preventiva formazione del ruolo, assume il rischio dell'iniziativa adottata e, nel caso di contestazione da parte del debitore, subisce le conseguenze della sua inerzia. In altri termini il modulo procedimentale normativamente previsto nell'ipotesi di riscossione coattiva di un credito erariale (in essa compresa, quindi, quella da far valere nei confronti di soggetto sottoposto a procedura concorsuale), che subordina la presentazione della relativa richiesta alla precedente formazione del ruolo, appare ispirato all'esigenza di favorire e di accelerare il soddisfacimento del credito sicché, in mancanza, non è configurabile alcun pregiudizio per il debitore, che al contrario può avvalersi dei limiti di intervento del giudice ordinario al quale, per le ragioni precedentemente esposte, non è consentito alcun sindacato in ordine alla fondatezza delle contestazioni sollevate.
8.d) - Per di più va evidenziato come nella specie non sia neppure astrattamente ipotizzabile alcun pregiudizio per le parti, in relazione all'omessa formazione del ruolo.
Ed infatti, l'eventuale contestazione del suo contenuto da parte del debitore avrebbe come effetto il differimento dell'ammissione definitiva del credito all'inutile decorso del termine «per la proposizione della controversia davanti al giudice competente» ovvero alla data di definizione del giudizio intrapreso davanti alle Commissioni Tributarie (D.P.R. n. 602 del 1973, art. 88, e successive modifiche).
Nella specie è circostanza assolutamente certa che la Commissione Tributaria adita, con sentenza passata in giudicato, ha rigettato il ricorso proposto dal debitore, riconoscendo per l'effetto legittimi sia gli accertamenti fiscali effettuati, che le violazioni contestate.
La situazione processuale che si è venuta a determinare è dunque identica a quella che si sarebbe determinata ove l'istanza di ammissione dell'Amministrazione fosse stata accompagnata dal ruolo, sicché l'assunto posto a base della sentenza impugnata, secondo il quale sarebbe stata comunque indispensabile la preventiva iscrizione a ruolo del credito azionato, non appare condivisibile sul piano logico.
Una valutazione difforme da quella ora prospettata presupporrebbe, per essere considerata fondata, che il legislatore abbia inteso attribuire al ruolo il valore di prova legale, attribuzione che non è stata in alcun modo rappresentata e che, per le ragioni finora svolte, non può essere neppure indirettamente desunta dalla normativa vigente.
9. - Da ciò discende che a torto la Corte di Appello ha confermato il rigetto della domanda di insinuazione del credito avanzata dall'Amministrazione Finanziaria, esito che comporta l'assorbimento del ricorso incidentale, con il quale il fallimento aveva lamentato l'errata statuizione sulle spese processuali del giudice del gravame.
Ad identiche conclusioni deve poi pervenirsi per quanto concerne il ricorso incidentale condizionato, incentrato sulla pretesa carenza di interesse del ricorrente principale.
Tale mancanza di interesse, infatti, sarebbe desumibile dal fatto che, nel corso del giudizio instaurato a seguito

di domanda di ammissione al passivo [...] l'Amministrazione aveva provveduto dapprima all'iscrizione a ruolo dell'imposta asseritamente dovuta, e quindi alla notifica della relativa cartella.
A dire del fallimento la diversità della pretesa rispetto alla precedente, sotto il profilo della conformità alla legge di quella "nuova e sostitutiva" della prima, sarebbe riconducibile ad atto di autotutela, e per ciò assimilabile ad atto di rinuncia processuale, assunto tuttavia privo di pregio, poiché espressione di una interpretazione del tutto soggettiva del comportamento processuale della controparte, per di più contrastante con l'identità del "petitum" perseguito con l'ulteriore iniziativa adottata dall'Amministrazione, a torto definita dal fallimento come una diversa pretesa rispetto a quella iniziale.
In realtà è del tutto evidente come la domanda originaria dell'odierno ricorrente sia rimasta sempre quella dell'ammissione del credito al passivo per le medesime causali, sicché la diversità rispetto alla strategia processuale precedentemente adottata riguarda esclusivamente la documentata prospettazione di altro argomento (sollecitata dalla linea difensiva della controparte), a sostegno della iniziale richiesta. Il solo eventuale profilo problematico che ne potrebbe dunque derivare sarebbe quello concernente la tempestività e la ritualità della documentazione prodotta, profilo che tuttavia non risulta essere stato denunciato dalla parte interessata, né considerato dal giudice del merito, e che in ogni modo risulta ininfluente ai fini del decidere, in ragione della ritenuta non necessità della preventiva formazione del ruolo.
Conclusivamente, la controversia deve essere decisa sulla base dei due seguenti principi di diritto: "1) La legittimazione del concessionario a far valere il credito tributario nell'ambito della procedura fallimentare non esclude la legittimazione dell'Amministrazione Finanziaria, che conserva la titolarità del credito azionato; 2) la domanda di ammissione al passivo di un fallimento avente ad oggetto un credito di natura tributaria non presuppone necessariamente, ai fini del buon esito della stessa, la precedente iscrizione a ruolo del credito azionato, la notifica della cartella di pagamento e l'allegazione all'istanza di documentazione comprovante l'avvenuto espletamento delle dette incombenze, potendo viceversa essere basata anche su titolo di diverso tenore".
Ne consegue dunque che il ricorso principale va accolto nei termini sopra esposti, con cassazione della sentenza impugnata e rinvio alla Corte di Appello di Napoli in diversa composizione, perché provveda alla delibazione della domanda di ammissione al fallimento ... dell'Amministrazione Finanziaria sulla base della documentazione da questa prodotta, quale risulta dalla indicazione contenuta nella sentenza impugnata, nella parte relativa alla rappresentazione dei primi due motivi di appello (p. 4).
(omissis).

Le innovazioni delle Sezioni unite in tema di ammissione al passivo fallimentare dei crediti tributari

*di Lorenzo del Federico **

Le Sezioni unite introducono principi innovativi in tema di ammissione al passivo fallimentare dei crediti tributari. Posta la assoluta rilevanza della disciplina concernente la domanda di ammissione al passivo (art. 93 l.fall.), per la quale è richiesta la semplice esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che ne costituiscono il fondamento, e non anche la necessaria allegazione di un titolo, non vi è ragione di ritenere che essa, stabilita in via generale per le domande di ammissione dei crediti, debba essere derogata quando riguardi un credito tributario e che al fine indicato sia indispensabile la precostituzione del titolo esecutivo rappresentato dal ruolo; inoltre, la legittimazione del Concessionario della riscossione a far valere un credito tributario per l'ammissione al passivo nell'ambito della procedura fallimentare non esclude quella dell'Amministrazione finanziaria che conserva la titolarità del credito azionato.

1. Premessa

Ormai da tempo la Corte di Cassazione tende a svalutare la rilevanza del ruolo ai fini dell'ammissione al passivo fallimentare dei crediti tributari.
In una prima fase tale *trend* è stato circoscritto all'ammissione al passivo sulla base degli avvisi di pagamento delle somme dovute in base alla dichiarazione presentata dallo stesso contribuente (1).
Ma ora le Sezioni Unite sono giunte a generalizzare, affermando che «la domanda di ammissione al passivo... avente ad oggetto un credito di natura tribu-

Note:

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

(1) Cass., sez. I, 14 luglio 2004, n. 13027, in *Giur.It.*, 2005, 89, con nota di Albertini, *Presupposti dell'ammissione al passivo concorsuale dei crediti fiscali derivanti dalle dichiarazioni IVA*; Cass. sez. I, 10 febbraio 2006, n. 2994, *ivi*, 2006, 732; Cass., sez. trib., 20 luglio 2007, n. 16120, in *Corr. Trib.*, 2007, 3352, con nota adesiva di Zenati, *Ammissione al passivo fallimentare del credito IVA su invito al versamento da parte degli Uffici*; Cass., sez. trib., 22 febbraio 2008, n. 4633; Cass., Sez. Un., 4 marzo 2009, n. 5165, in *Corr. Trib.*, 2009, 1550, con serrata critica di Mauro, *La problematica ammissione al passivo fallimentare del credito IVA*.

taria non presuppone necessariamente, ai fini del buon esito della stessa, la precedente iscrizione a ruolo del credito azionato, la notifica della cartella di pagamento e l'allegazione all'istanza di documentazione comprovante l'avvenuto espletamento delle dette incombenze, potendo viceversa essere basata anche su titolo di diverso tenore».

L'evoluzione giurisprudenziale ha seguito però due strade alquanto differenziate.

Sino ad oggi la Corte di Cassazione aveva valorizzato il sistema dell'autoliquidazione e l'avviso di pagamento *ex* art. 60 D.P.R. 26.10.1972, n. 633, postulando la superfluità dell'iscrizione a ruolo laddove il credito tributario risultava da quanto esposto dal contribuente in dichiarazione.

In tale prima fase la Corte ha ritenuto che, «fondandosi l'attuale sistema tributario sul principio dell'autotassazione, la dichiarazione IVA -se non seguita dall'emanazione di un atto di rettifica dell'Amministrazione finanziaria...- esaurisce da sola la fattispecie dell'accertamento dell'obbligazione... e, nell'ipotesi di inadempimento del contribuente, costituisce titolo per la riscossione dell'imposta liquidata con la dichiarazione stessa. Ed essendo l'Amministrazione finanziaria autorizzata... ad emettere sulla base della dichiarazione IVA avviso di pagamento delle somme dovute in base alla dichiarazione... tale avviso deve considerarsi documento sufficiente per chiedere ed ottenere l'ammissione al passivo fallimentare della somma dovuta a titolo d'imposta in base alla dichiarazione stessa, costituendo esso prova della esistenza dell'obbligazione tributaria e del suo preciso ammontare, senza che l'ammissione... possa essere negata assumendo la mancanza di un atto impositivo. Viceversa, deve escludersi che l'ammissione al passivo degli interessi e della soprattassa possa essere effettuata sulla base del solo avviso di pagamento, atteso che questo, se può valere, appunto, quale prova del credito a titolo di imposta... non può costituire titolo per pretendere il pagamento di interessi e soprattassa, non avendo esso natura di atto impositivo...» (2).

Nell'ambito di tale orientamento è stato chiarito che se è vero che l'Amministrazione finanziaria può chiedere ed ottenere l'ammissione al passivo in ragione di un avviso di pagamento delle somme dovute in base alla dichiarazione *ex* art. 60 D.P.R. n. 633/1972, «per l'inverso, quando il curatore deduca un fatto modificativo, estintivo o impeditivo della pretesa fiscale, ovverosia ne contesti l'*an* o il *quantum*, anche sulla base di errori, di fatto o di diritto, commessi dal contribuente nella compilazione della dichiarazione, il credito tributario fondato soltanto sul predetto documento non può essere ammesso nello stato passivo (nemmeno con riserva) per difetto di iscrizione a ruolo e di susseguente notifica della cartella, la cui impugnazione rappresenta l'unico tramite a disposizione dell'organo della procedura per veicolare quelle contestazioni». Conseguentemente «tale principio comporta il dovere per il curatore di porsi, di fronte alla pretesa fiscale dell'ente impositore, in posizione consapevole e avvertita onde, se vi sono le indicate ragioni di contestazione (ossia un fatto modificativo, estintivo o impeditivi della pretesa fiscale, nell'an o nel quantum, anche sulla base di errori, di fatto o di diritto, commessi dal contribuente nella compilazione della dichiarazione), egli deve chiedere l'esclusione del credito dallo stato passivo ed esigere la formazione del ruolo, con la successiva e coerente impugnazione davanti al giudice speciale tributario, mentre se tali ragioni difettano egli non può, in base al principio di corretta utilizzazione del processo (che non vuole che il processo sia utilizzato solo per effetti dilatori o abusivi: cd. divieto di abuso del processo), contestarne l'ammissione, anche sulla base di un atto che non si presenti come di per sé impugnabile» (3).

Ora le Sezioni Unite avviano una seconda fase (4), in cui si spingono ben oltre gli argomenti della rilevanza della dichiarazione, della centralità dell'autoliquidazione ecc. Il nuovo approccio è fondato sul rapporto tra la legge fallimentare e la normativa sulla riscossione tributaria: posta la assoluta rilevanza «della disciplina dettata con riferimento alla domanda di ammissione al passivo (l.fall., art. 93), per la quale è richiesta la semplice esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda, e non anche la necessaria allegazione di un titolo... non vi... è ragione per ritenere

Note:

(2) Così Cass. Sez. I, n. 13027/2004 cit. Per il quadro sistematico v. M. Montanari, *L'accertamento fallimentare dei crediti d'imposta dopo la riforma*, in questa *Rivista*, 2007, 1130, e Del Federico, *Profili di specialità ed evoluzione giurisprudenziale nella verifica fallimentare dei crediti tributari*, *ivi*, 2009, 1378.

(3) Cass., sez. trib., n. 16120/2007, cit.; Cass., sez. trib., n. 4633/2008 cit.; Cass., Sez. Un., n. 5165/2009 cit.

(4) Per i primi commenti critici v. M. Montanari, *Il nuovo verbo delle Sezioni Unite in materia di titolo e legittimazione ad agire per l'ammissione al passivo dei crediti tributari*, in *Riv. giur. trib.*, 2012, 562; Paparella, *Insinuazione al passivo tardiva dei crediti fiscali: recenti pronunce della Suprema Corte tra vecchie questioni e nuova disciplina dell'accertamento esecutivo*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 2012, 415, che tuttavia esamina le sentenze e le ordinanze anteriori alla pronuncia delle Sezioni Unite; Mauro, *Rilievi critici sull'orientamento della Cassazione a sezioni unite in tema di insinuazione dei crediti tributari al passivo fallimentare*, *ivi*, 3.

che detta disciplina, stabilita in via generale per le domande di ammissione di crediti, debba essere derogata quando... riguardi un credito tributario e che al fine indicato sia indispensabile la precostituzione del titolo esecutivo rappresentato dal ruolo».
Parallelamente poi le Sezioni Unite giungono a ritenere che «la legittimazione del Concessionario della riscossione a far valere il credito tributario per l'ammissione al passivo nell'ambito della procedura fallimentare non esclude la legittimazione dell'Amministrazione Finanziaria, che conserva la titolarità del credito azionato».
Tali innovativi principi comportano conseguenze estremamente significative: -si esce dall'area dei tributi risultanti dalla dichiarazione dello stesso contribuente; -si consente in via generalizzata l'anticipata ammissione al passivo per tutti i crediti tributari; -si ritiene legittimata, in via concorrente con il Concessionario della riscossione, la stessa Amministrazione Finanziaria; -si consente la gestione della domanda di ammissione al passivo da parte dell'Amministrazione Finanziaria.
Questa pronuncia delle Sezioni Unite - così come le altre che hanno avviato il *trend* di svalutazione del ruolo - risulta ispirata per un verso dall'interesse fiscale all'anticipata ammissione al passivo per i crediti tributari e per l'altro dal tentativo di ricondurre l'Amministrazione Finanziaria sullo stesso piano degli altri creditori, in una logica di *par condicio*. Esigenze entrambe meritevoli della massima attenzione, in quanto la prima ha di recente preso corpo anche nella novella legislativa che ha introdotto l'accertamento esecutivo (v. infra § 4), concentrando la riscossione nell'attività di accertamento, mentre la seconda permea ormai da tempo - quantomai condivisibilmente - la giurisprudenza della sezione I della Corte di Cassazione (5). Tuttavia emergono molteplici e profonde perplessità, in quanto le Sezioni Unite si sono spinte troppo avanti, incidendo a fondo su un tessuto normativo complesso, senza percepire le problematiche ricadute dei principi affermati, come accade sovente quando si ha di fronte una concreta fattispecie che di per se giustifica soluzioni radicali, sulle quali però non è dato fondare un impianto sistematico (6).

2. I passaggi argomentativi ed i profili di criticità: a) legittimazione dell'Amministrazione finanziaria

La prima questione di fondo riguarda i rapporti tra Concessionario della riscossione (oggi Agente della riscossione) ed Amministrazione Finanziaria.
Le Sezioni Unite ritengono che «...al D.P.R. n. 602 del 1973, che conferisce al concessionario la legittimazione per la proposizione della domanda di ammissione al passivo di un credito dell'Amministrazione Finanziaria, deve essere attribuito sul punto una valenza esclusivamente processuale, nel senso che il potere rappresentativo dell'Amministrazione Finanziaria allo stesso riconosciuto non vale ad escludere la titolarità del credito da parte di quest'ultima e, per l'effetto, il diritto di farlo valere nell'ambito della procedura fallimentare».
A supporto di tale sorprendente affermazione vengono evidenziati argomenti alquanto evanescenti:
-sarebbero al riguardo "inequivoche" le norme della legge fallimentare e segnatamente l'art. 52, secondo cui il fallimento apre il concorso dei creditori sul patrimonio del fallito ed ogni credito deve essere accertato secondo quanto stabilito dagli artt. 92 e segg., a seguito di presentazione della relativa domanda.
Viceversa è agevole notare come il richiamo di tali norme sia assolutamente inconferente ai fini della questione in esame (7), così come è inconferente il richiamo al precedente Cass., sez. trib., 10 dicembre 2010, n. 24963 (che invero ribadiva, senza porsi troppi problemi, la legittimazione del Concessionario della riscossione e la centralità del ruolo).
Ciononostante, da tali richiami la Corte desume «che il legislatore non ha dettato alcuna disciplina speciale derogatoria, rispetto alla normativa vigente in materia fallimentare», mentre la disciplina speciale derogatoria è costituita proprio dagli artt. 87-89 del D.P.R. n. 602/1973.
Infatti, come è noto, l'art. 17 del D.Lgs. 26 febbraio 1999, n. 46 individua la tipologia delle entrate e l'ambito applicativo delle riscossione mediante ruolo (8); ed a norma dell'art. 87, secondo comma, D.P.R. n. 602/1973 «se il debitore... è dichiarato fallito, ovvero sottoposto a liquidazione coatta amministrativa, il concessionario chiede, sulla base del ruolo, per conto dell'Agenzia delle entrate, l'am-

Note:

(5) Come si desume agevolmente da alcune recenti sentenze in tema di transazione fiscale, ad es. Cass., sez. I, 4 novembre 2011, n. 22932, in *Riv. Dir. Trib.*, 2012, 26, con nota di Del Federico, *La Corte di Cassazione inquadra la transazione fiscale nel sistema della procedure concorsuali*.

(6) In senso analogo M. Montanari, *Il nuovo verbo delle Sezioni Unite*, cit., 563.

(7) V. in merito le acute considerazioni di M. Montanari, *Il nuovo verbo delle Sezioni Unite*, cit., 565-566.

(8) Per i riferimenti essenziali v. Carinci, *La riscossione a mezzo ruolo nell'attuazione del tributo*, Pisa, 2008, 65 ss.

missione al passivo» (9); l'art. 88 delinea poi un peculiare regime di ammissione con riserva in caso di contestazioni sul ruolo, in ragione del riparto di giurisdizione fra AGO e Commissioni tributarie (giustificato dalle notevoli specificità pubblicistiche del rapporto tributario) (10).
Pertanto il dato letterale depone in senso contrario a quello asserito dalle Sezioni Unite (11).
Quanto poi all'ipotizzato «contrasto con il dettato costituzionale, e segnatamente con gli artt. 3 e 24, sotto il duplice aspetto delle irragionevoli limitazioni al diritto di azione del creditore che si verrebbe così a determinare e del trattamento deteriore che, rispetto agli altri creditori, l'Amministrazione Finanziaria, senza alcuna valida ragione, finirebbe per subire», si consideri che, a differenza dei normali creditori commerciali, il Fisco gode del potere di autotutela esecutiva e di altri pregnanti poteri autoritativi.
Pertanto - come si avrà modo di chiarire ulteriormente in prosieguo - la *ratio* su cui si basa l'art. 87 è quella di circoscrivere e limitare l'ammissione al passivo laddove la pretesa impositiva abbia quella ragionevole stabilità tale da legittimare l'esecuzione coattiva sulla base del ruolo.
È poi opportuno soffermarsi sul senso del riferimento alla «valenza esclusivamente processuale» del potere rappresentativo del Concessionario della riscossione: si tratterrebbe di conferimento di rappresentanza che non varrebbe ad escludere la titolarità del credito in capo all'Amministrazione e, per l'effetto, il diritto di farlo valere direttamente nell'ambito della procedura fallimentare.
Subito va focalizzato il senso del richiamato precedente della I sezione 18 dicembre 2010, n. 23338: tale sentenza non supporta affatto la tesi della legittimazione diretta dell'Amministrazione, anzi conferma la legittimazione del Concessionario, pur chiarendo che «il D.L. n. 138 del 2002, art. 3 ha riformulato il D.P.R. n. 602 del 1973, art. 87 prevedendo che "il concessionario può, per conto dell'Agenzia delle entrate presentare il ricorso di cui al R.D. 16 marzo 1942, n. 267, art. 6". Tale norma non riveste invero alcun carattere speciale o derogatorio rispetto alla normativa in materia fallimentare in quanto si basa sul presupposto che l'Amministrazione finanziaria possa, come ogni altro soggetto creditore, depositare la propria istanza di fallimento per crediti d'imposta del debitore che può essere dichiarato fallito solo dopo che il credito dell'Amministrazione sia stato vagliato alla stregua di tutti quanti gli altri crediti e sia stato accertato lo stato d'insolvenza del debitore...»; «...la norma contiene semplicemente una disposizione di carattere processuale con cui individua nel concessionario il soggetto legittimato ad agire per conto dell'Agenzia delle entrate titolare del credito...». Pertanto «il D.P.R. n. 602 del 1972, art. 87 non costituisce... nessuna deroga né riveste carattere di specialità rispetto alla l.fall., art 6, ma ne rappresenta piena e rispettosa applicazione limitandosi a determinare il soggetto legittimato a far valere l'istanza per conto dell'Amministrazione...».
Quindi la sentenza n. 23338/2010 conferma che è il Concessionario della riscossione il soggetto legittimato..., ma ciò che più conta è che mentre la presentazione dell'istanza di fallimento è attività di natura essenzialmente processuale, per cui è ragionevole parlare di "disposizione di carattere processuale", la gestione della riscossione *ex* D.P.R. n. 602/1973, è attività di amministrazione attiva, nel cui contesto i poteri rappresentativi del Concessionario, ben oltre la sfera della rappresentanza processuale, attengono al riparto delle competenze amministrative.
È noto che la competenza amministrativa indica la quota di poteri e funzioni pubbliche attribuite ad un determinato ufficio e, dunque, ne delimita compiti e potestà. In base a quanto stabilito dall'art. 97 Cost. la competenza amministrativa viene individuata sulla base della legge e non sembra ragionevole alterarne il riparto legale sulla base di percorsi interpretativi privi di adeguato supporto normativo.
È possibile, in talune ipotesi previste dalla legge, il trasferimento dell'esercizio delle funzioni: delega di poteri, avocazione o sostituzione; in tali casi la titolarità della competenza rimane inalterata mentre si trasferisce l'esercizio dei relativi poteri. Nell'avocazione e nella sostituzione un ufficio può esercitare i poteri attribuiti dalla legge ad altro ufficio, ponendo in essere i necessari provvedimenti amministrativi. Tuttavia la sostituzione presuppone che vi sia

Note:

(9) Si consideri altresì l'art. 90 del D.P.R. n. 602/1973 (così come modif. dall'art. 16, D.Lgs. n. 46/1999), secondo cui «se il debitore è ammesso al concordato preventivo... il concessionario compie, sulla base del ruolo, ogni attività necessaria ai fini dell'inserimento del credito da esso portato nell'elenco dei crediti della procedura. Se sulle somme iscritte a ruolo sorgono contestazioni, il credito è comunque inserito in via provvisoria...».

(10) Si tratta di una ipotesi tipica di ammissione con riserva, riconducibile ad uno dei ''casi previsti dalla legge'' diversi da quelli specificamente indicati dall'art. 96, secondo comma (v. ad es. M. Montanari, *L'accertamento fallimentare dei crediti d'imposta*, cit., 1130).

(11) In senso analogo v. M. Montanari, *Il nuovo verbo delle Sezioni Unite*, cit., 567-568.

stata ingiustificata inerzia nonché preventiva ed infruttuosa messo in mora; l'avocazione presuppone, invece, oltre ad un rapporto gerarchico, che la competenza non sia attribuita in via esclusiva a favore di un determinato ufficio subordinato.
Orbene le Sezioni Unite hanno del tutto trascurato il profilo del riparto delle competenze fra Agenzia delle Entrate e Concessionario della riscossione, limitandosi a palesare una ambigua concorrenza di legittimazione processuale (12).
Intervenire sul momento dell'insinuazione, consentendola in una fase in cui la gestione del tributo è ancora nella sfera di competenze dell'Agenzia delle entrate, vuol dire alterare il riparto legale delle competenze. Nella ordinata sequela tra atti impositivi ed atti esattivi la gestione in sede fallimentare è devoluta all'agente della riscossione, a norma dell'art. 87, D.P.R. n. 602/1973, per cui favorire l'anticipata insinuazione dei crediti tributari vuol dire gravare l'Agenzia delle entrate di oneri che in realtà la legge non contempla.
Si viene a creare una zona grigia di latente discrezionalità, in cui, a seconda dei variegati apprezzamenti, potrà essere l'Agenzia delle entrate ad attivarsi in luogo dell'agente della riscossione, e ciò comporterà una caotica sovrapposizione di competenze ed uno storno di energie amministrative e di personale dell'Agenzia delle entrate dal fronte dell'accertamento al fronte della riscossione.

3. *(Segue)*: b) la non indispensabilità del ruolo

Una volta affermato che l'Amministrazione Finanziaria conserva una propria autonoma legittimazione ai fini dell'ammissione al passivo, le Sezioni Unite affrontano la conseguenziale questione se siano o meno necessarie la preventiva iscrizione a ruolo dei crediti e la notifica della cartella di pagamento.
Nella motivazione si riconosce che in sede di legittimità è stata, più volte evidenziata la necessità, ai fini dell'ammissione del credito al passivo del fallimento, del duplice requisito della preventiva iscrizione a ruolo del credito tributario e della successiva notifica della cartella esattoriale al curatore (C. 10/14579, C. 06/12777, C. 04/23001, C. 98/6032, C. 94/4426), ma si ritiene che tale giurisprudenza non risulti «di significativo rilievo in questa sede, atteso che si tratta di decisioni emesse in fattispecie del tutto diverse... in cui l'istanza di ammissione era stata presentata dal concessionario, anziché dall'Amministrazione Finanziaria».
In realtà mentre sul profilo soggettivo non si era prima d'ora sviluppato un significativo dibattito, sulla essenzialità del ruolo e della notifica della cartella di pagamento si rinviene un solido orientamento giurisprudenziale, avallato dalla dottrina (13), salve talune limitate aperture della Corte di Cassazione circoscritte ai casi di crediti risultanti da quanto esposto dallo stesso contribuente in dichiarazione e quindi incartati in avvisi di pagamento (14).
In questa sede non è opportuno appesantire il commento alla innovativa sentenza delle Sezioni Unite ribadendo la classica ricostruzione del quadro normativo sulla quale, sino ad oggi, si sono basate solidamente la giurisprudenza e la dottrina (15), sembra viceversa proficua una riflessione critica sui passaggi argomentativi valorizzati in motivazione.
È certamente inconferente il richiamo all'art. 19 del Decr. Min. Fin. 28 dicembre 1989, che prevedeva, al fine della riscossione delle somme dovute da soggetti sottoposti a procedura concorsuale, la formazione del ruolo dopo la definitiva ammissione al passivo: da ciò le Sezioni Unite desumono «la convinzione, da parte dello stesso Ministero... della non necessità del ruolo», ma si tratta di norme di natura regolamentare ormai travolte dalla riforma

Note:

(12) Ritenuto, condivisibilmente, il nodo concettuale ancora irrisolto, condizionante l'intera vicenda (M. Montanari, *Il nuovo verbo delle Sezioni Unite*, cit. 568).

(13) Cass., sez. I, 6 maggio 1994, n. 4426, in questa *Rivista*, 1995, 19; Cass., sez. I, 17 giugno 1998, n. 6032, in questa *Rivista*, 1999, 283, con nota di Stesuri, *Notificazione della cartella esattoriale quale presupposto per l'ammissione al passivo del credito fiscale*; Cass., sez I, 6 luglio 2001, n. 9180, in *Giust. civ.*, 2002, I, 2558; Cass., sez. I, 9 dicembre 2004, n. 23001, in *Dir. fall.*, 2006, II, 58, con nota di Rasi, *L'ammissione con riserva dei crediti tributari: un recente intervento giurisprudenziale*; Cass., sez. trib., 29 maggio 2006, n. 12777; per la monolitica giurisprudenza di merito v. per tutte Appello Milano 8 aprile 2003, n. 2945, in *Dir. fall.*, 2003, II, 909, con nota di Quatraro-Dominici, *L'ammissione al passivo fallimentare dei crediti tributari richiede l'iscrizione a ruolo*.

(14) V. retro nota 1.

(15) In merito v. comunque: Apice, *La verifica dei crediti tributari nel fallimento*, in questa *Rivista*, 1991, 221 ss.; Abate, *L'accertamento dei crediti d'imposta*, *ibidem*, 1997, 445 ss.; Abete, *L'accertamento dei crediti per imposte dirette*, in *Dir. fall.*, 2003, I, 1056-1057; Miccio, *Appunti in tema di verifica dei crediti tributari*, relazione presentata in occasione dell'Incontro di studio del CSM sul tema ''L'accertamento del passivo concorsuale'', Roma 15-17 maggio 2006, in *Giust. Trib. rass. on line*, in *www.giustiziatributaria.it*; Quatraro, *I rapporti fra le procedure concorsuali ed il fisco*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 516 ss.; M. Montanari, *L'accertamento fallimentare dei crediti d'imposta*, cit.; Del Federico, *Profili di specialità ed evoluzione giurisprudenziale nella verifica fallimentare dei crediti tributari*, cit.; Pierro, *L'insinuazione dei crediti da sanzioni tributarie e la rilevanza del ruolo*, in *Corr. Trib.*, 2010, 2371; Guiotto, *L'insinuazione al passivo dei crediti tributari*, in questa *Rivista*, 2011, 1418.

del D.Lgs. n. 46/1999. Anzi doveva essere proprio il tenore della riforma, che ha radicalmente modificato gli artt. 87 ss. del D.P.R. n. 602/1973 ed abrogato il D.M. cit., ad orientare l'iter interpretativo delle Sezioni Unite.

Tuttavia la parte più sorprendente della motivazione è quella in cui le Sezioni Unite, a fronte di una formulazione letterale alquanto piana degli artt. artt. 87-89 D.P.R. n. 602/1973 (rafforzata dall'evoluzione legislativa marcata dalla riforma del 99) ritengono che tali norme «appaiono essere state dettate in relazione alla prefigurata ipotesi di inadempimento di un singolo debitore ed all'avvertita utilità di fissare principi da applicare nella esecuzione individuale...», ne deriva che «per la parte in cui il legislatore non ha previsto espresse deroghe... in tema di procedure concorsuali - e nel caso in esame... detta deroga non è stata affatto prevista -, non è consentita in via interpretativa un'automatica applicazione delle norme sopra richiamate nella procedura di fallimento...».

Viceversa:

– la deroga è espressamente prevista e disciplinata dagli artt. 87 ss. D.P.R. n. 602/1973, contenuti nell'apposito Capo IV dedicato alle "Procedure concorsuali", sez. I su "Fallimento e liquidazione coatta amministrativa";

– puntualmente l'art. 87, secondo comma, prevede poi che «se il debitore... è dichiarato fallito, ovvero sottoposto a liquidazione coatta amministrativa, il concessionario chiede, sulla base del ruolo, per conto dell'Agenzia delle entrate, l'ammissione al passivo», e l'art. 88, primo comma, prevede che «se sulle somme iscritte a ruolo sorgono contestazioni, il credito è ammesso al passivo con riserva...»;

– le premesse, la portata e la natura di tale deroga risultano inequivoche in ragione della previgente formulazione delle norme e del tenore della novella del 1999 (16);

– la *ratio* di tale deroga è duplice: -per un verso si strutturano competenze differenziate tra Amministrazione Finanziaria e Concessionari - ora agenti della riscossione -: l'Agenzia delle Entrate deve occuparsi in modo chiaro e netto dei controlli e degli accertamenti, il Concessionario deve occuparsi, in modo altrettanto ordinato e mirato, della riscossione; per altro verso la *ratio* è quella di limitare ed arginare in ambito concorsuale il potere autoritativo di cui gode per sua natura l'Amministrazione finanziaria che predispone unilateralmente gli atti impositivi, i titoli esecutivi ecc.; viene quindi circoscritta e limitata l'ammissione al passivo, consentita soltanto laddove la pretesa impositiva abbia quella ragionevole stabilità tale da legittimare l'esecuzione coattiva sulla base del ruolo, prioritario atto della riscossione. L'esigenza di fondo è quella di ordinare ed indirizzare l'azione impositiva, e quindi procedimentalizzarla, evitando che pretese vagamente ed informalmente riferibili a presupposti di fatto verificatisi anteriormente alla dichiarazione di fallimento (non incartate in atti impositivi), o comunque pretese caratterizzate da incertezza, instabilità degli atti ecc. possano pregiudicare le ragioni dei creditori di diritto comune nel sistema del concorso. Alla limitazione dell'insinuazione ai soli tributi iscritti a ruolo è quindi immanente la tutela della *par condicio creditorum*, cui del resto più volte fanno riferimento le stesse Sezioni Unite, pur trascurando il profilo autoritativo e dei *privilegia fisci*. Ma gli artt. 87 ss. tendono a realizzare una uguaglianza sostanziale, trattando situazioni diverse in modo diverso. Basti considerare che la pretesa infondata del creditore di diritto comune viene rigettata *ex* artt. 93, 95 e 96 l.fall., con cognizione diretta ed immediata del giudice delegato, mentre la pretesa infondata del Fisco, in ragione del riparto tra le giurisdizioni, andrebbe comunque a produrre effetti laddove non venisse impugnata dinanzi al giudice tributario (con tutti i conseguenziali oneri processuali, gestionali ed economici a carico della curatela), acquisendo definitività per sopravvenuta inoppugnabilità dell'atto e risultando, pertanto, nella sostanza insindacabile da parte del giudice delegato (17).

Tali aspetti sono considerati dalle Sezioni Unite in ottica processuale e formale, senza che ne siano colte le implicazioni applicative e sostanziali.

Note:

(16) Per poter inquadrare il profilo storico evolutivo si rinvia a: Lo Cascio, *Le problematiche fiscali delle procedure concorsuali*, Milano 1980; Pajardi, *Fallimento e fisco*, Milano 1980; e sulla specifica questione a: A. Turchi, *Crediti tributari contestati e tutela concorsuale dell'Amministrazione Finanziaria*, in *Giur. it.*, 1977, I, 601; Lo Cascio, *Imposte dirette ed indirette: procedure concorsuali e contenzioso tributario*, in *Giur. comm.*, 1982, I, 638. Del Vecchio, *I crediti condizionali nelle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1983, I, 360; A. Rossi, *L'ammissione nel passivo fallimentare dei crediti per imposte e sanzioni pecuniarie dopo la riforma tributaria*, in *Giur. comm.*, 1984, I, 321.

(17) Colgono tali aspetti tutti i più recenti contributi in merito, anche a seguito della radicale riforma che ha concentrato la riscossione tributaria nell'accertamento: Ingrao, *Concentrazione della riscossione nell'accertamento e riflessi sull'ammissione al passivo fallimentare*, in AA.VV., *La concentrazione della riscossione nell'accertamento*, cit., 147 ss.; Del Federico, *Gli accertamenti esecutivi e le procedure concorsuali*, *ibidem*, 161 ss.; Paparella, *L'ammissione al passivo fallimentare dei crediti fiscali a seguito della soppressione del ruolo*, in *Dir. prat. trib.*, 2011, 1193 e ss.; M. Montanari, *Il nuovo verbo delle Sezioni Unite*, cit.; Paparella, *Insinuazione al passivo tardiva dei crediti fiscali*, cit.; Mauro, *Imposizione fiscale e fallimento*, Torino, 2011, 100 ss.; Id., *Rilievi critici sull'orientamento della Cassazione a sezioni unite*, cit.

Infatti viene salvaguardata la tenuta del sistema dell'ammissione con riserva *ex* art. 88 D.P.R. n. 602/1973 ma si apre la prospettiva di un doppio binario - facoltativo - mediante insinuazione anticipata rispetto alla formazione del ruolo, dando corpo ad un meccanismo processuale alquanto confuso e soprattutto foriero di equivoche sovrapposizioni fra Amministrazione Finanziaria ed agente della riscossione.
In ossequio alla insuperabile formulazione letterale dell'art. 88 si riconosce comunque che «tenuto conto della circostanza che nel caso di contestazione del debitore erariale il giudice delegato non ha modo di verificare la fondatezza delle censure, essendo le relative questioni rimesse al giudice tributario, in mancanza del ruolo (e della relativa impugnazione) l'esito della domanda di ammissione dovrà essere necessariamente sfavorevole per il creditore, attesa l'impossibilità, per il giudice delegato del fallimento, di formulare giudizio di merito al riguardo. Se ne deve dunque desumere che il ruolo rafforza la posizione del creditore che, ove ritenga preferibile depositare istanza di ammissione al passivo senza la preventiva formazione del ruolo, assume il rischio dell'iniziativa adottata e, nel caso di contestazione da parte del debitore, subisce le conseguenze della sua inerzia».

4. *(Segue)*: c) altre possibili soluzioni per la concreta fattispecie

Dalla lettura della sentenza risulta palese che l'innovativo indirizzo, pretoriamente affermato dalle Sezioni Unite, ha risentito - come spesso accade soprattutto in materia tributaria - della iniquità sostanziale palesata dalla concreta fattispecie.
In motivazione si chiarisce come «non sia neppure astrattamente ipotizzabile alcun pregiudizio per le parti, in relazione all'omessa formazione del ruolo. Ed infatti, l'eventuale contestazione del suo contenuto da parte del debitore avrebbe come effetto il differimento dell'ammissione definitiva del credito all'inutile decorso del termine...»; viceversa «nella specie è circostanza assolutamente certa che la Commissione Tributaria adita, con sentenza passata in giudicato, ha rigettato il ricorso proposto dal debitore, riconoscendo per l'effetto legittimi sia gli accertamenti fiscali effettuati, che le violazioni contestate. La situazione processuale che si è venuta a determinare è dunque identica a quella che si sarebbe determinata ove l'istanza di ammissione dell'Amministrazione fosse stata accompagnata dal ruolo...».
Tuttavia se per un verso risulta inopportuno, per esigenze ordinamentali, disarticolare un meccanismo normativo delicato e complesso in ragione della peculiarità di un caso limite, per altro verso si sarebbe potuto indagare - probabilmente con successo - se nella concreta fattispecie una più diligente ed efficiente azione impositiva, concertata fra Agenzia delle Entrate e Concessionario avesse potuto consentire la piana e lineare ammissione al passivo sulla base delle iscrizioni a ruolo a titolo provvisorio o a titolo straordinario.
Infatti, come è noto, l'iscrizione a ruolo che legittima la partecipazione al concorso non è soltanto quella a titolo definitivo, cioè relativa ad imposte definitivamente accertate (art. 14, D.P.R. n. 602/1973), ma anche quella a titolo provvisorio, e quindi relativa ad accertamenti non definitivi per i quali pende il termine per la proposizione del ricorso o pende il giudizio (art. 15, D.P.R. n. 602/1973 ed art. 68, D.Lgs. 31 dicembre 1992, n. 546) (18). Si ritiene poi che l'Amministrazione Finanziaria possa effettuare l'iscrizione a ruolo a titolo straordinario *ex* art. 15 *bis*, D.P.R. n. 602/1973, in deroga alla normale riscossione provvisoria, quando vi sia fondato pericolo: «nei ruoli straordinari le imposte, gli interessi e le sanzioni sono iscritti per l'intero importo risultante dall'avviso di accertamento, anche se non definitivo» (19). Vi è addirittura un orientamento secondo cui è la stessa dichiarazione di fallimento che integra gli estremi del fondato pericolo per la riscossione (20).

5. Un breve cenno sul nuovo regime degli accertamenti esecutivi

Prima facie sembra emergere qualche punto di contatto tra l'innovativo indirizzo della Corte e la re-

Note:

(18) Conf. Rasi, *L'ammissione con riserva dei crediti tributari*, cit., 65.

(19) Giurisprudenza e dottrina prevalenti ritengono che anche le iscrizioni a ruolo a titolo straordinario rientrino nella previsione dell'art. 87 D.P.R. n. 602/1973: Cass., sez. I, 19 luglio 1999, n. 7654; Cass., sez. trib., 7 settembre 2001, n. 11508; Cass., sez. trib., 27 aprile 2002, n. 6138; Rasi, *L'ammissione con riserva dei crediti tributari*, cit., 65; Ingrao, *Concentrazione della riscossione nell'accertamento e riflessi sull'ammissione al passivo*, cit.; *contra*, per lo più in ragione della natura cautelare di tale istituto, v.: Del Federico, *Profili di specialità ed evoluzione giurisprudenziale nella verifica fallimentare*, cit.; Paparella, *Insinuazione al passivo tardiva dei crediti fiscali*, cit.

(20) Cass., sez. trib., 1 giugno 2007, n. 12887; Cass., sez. trib., 9 gennaio 2009, n. 242, in *Dialoghi dir. trib.*, 2010, 577, con nota adesiva di Vignoli e critica di Mauro; Cass., sez. trib., 27 maggio 2011, n. 11736, in *Riv. giur. trib.*, 2011, 971, con nota di Carinci, *Autonomia e indipendenza del procedimento di iscrizione a ruolo rispetto alla formazione della cartella di pagamento*; Nota Min. n. 15/2109 del 17 marzo 1982 e Ris. Min. n. 87 del 7 maggio 2007.

cente riforma che ha abrogato il ruolo introducendo il c.d. accertamento esecutivo.
Si intende far riferimento al D.L. n. 78/2010 (conv. dalla L. n. 122/2010) recante nell'art. 29 nuovissime ed originali modalità di "concentrazione della riscossione nell'accertamento".
Per quanto rileva in questa sede è sufficiente evidenziare che il quadro legislativo tratteggiato dal riformato art. 29, D.L. n. 78/2010 supera il ruolo, rendendo esecutivo ed esecutorio l'atto di accertamento, e quindi anticipando la riscossione alla fase dell'accertamento (21).
L'efficienza di tale radicale concentrazione della riscossione nell'accertamento andrà verificata sul campo; certo è che è stata abbandonata - troppo frettolosamente - la tradizionale logica della riscossione coattiva come fase successiva al vaglio dell'accertamento, in cui ormai l'obbligazione tributaria è obbligazione in senso stretto, ed è obbligazione certa, liquida ed esigibile.
L'instabilità connaturata all'atto di accertamento renderà inevitabilmente più delicata e complessa la composizione degli interessi in gioco nelle procedure concorsuali e segnatamente la salvaguardia della *par condicio creditorum*.
Inoltre questa concentrazione della riscossione nell'accertamento: a) presenta un regime transitorio di dubbia ragionevolezza; b) si applica *ex lege* alle sole imposte sui redditi, all'IRAP ed all'IVA; c) è rimessa in gran parte a futuri interventi regolamentari da adottare *ex* art. 17, L. 23 agosto 1988, n. 400.
In materia di imposte sui redditi, IRAP ed IVA trova applicazione il nuovo regime, che per quanto riguarda l'ammissione al passivo fallimentare comporta innovazioni significative, ma indirette e comunque alquanto contenute. Invariati gli artt. 87 ss. D.P.R. n. 602/1973, l'art. 29 cit., primo comma, lett. g) prevede che «ai fini della procedura di riscossione... i riferimenti contenuti in norme vigenti alla cartella di pagamento si intendono effettuati agli atti...» di accertamento esecutivo, al connesso provvedimento di irrogazione delle sanzioni ed ai conseguenziali atti di rideterminazione degli importi dovuti in ragione dell'accertamento con adesione o del contenzioso (*ex* art. 29, primo comma, lett. a), mentre «i riferimenti alle somme iscritte a ruolo si intendono effettuati alle somme affidate agli agenti della riscossione» (*ex* art. 29, primo comma, lett. b) e Decreto Dir. Ag. Entr. 30 giugno 2011). Pertanto, venuto meno il ruolo, l'agente della riscossione dovrà chiedere l'ammissione al passivo sulla base dell'accertamento esecutivo, del connesso provvedimento di irrogazione delle sanzioni o dei conseguenziali atti di rideterminazione degli importi dovuti all'esito dell'accertamento con adesione o del contenzioso; tuttavia è ovvio che l'agente della riscossione non potrà agire prima (ed in mancanza) dell'affidamento delle somme ai sensi del Decreto Dir. Ag. Entr. 30 giugno 2011 (equipollente alla iscrizione a ruolo) (22).
Risulta quindi evidente che nemmeno la radicale e stringente riforma della riscossione ha fatto venir meno il tradizionale riparto delle competenze amministrative tra Amministrazione Finanziaria ed agente della riscossione, né, tantomeno, si è spinta sino a consentire l'ammissione al passivo prima dell'affidamento delle somme all'agente della riscossione.

6. Conclusioni

La sentenza delle Sezioni Unite presenta diversi profili fortemente innovativi, ma il sui nucleo risulta in sintonia con i numerosi precedenti orientati alla svalutazione del ruolo (quand'anche sino ad ora circoscritti a casi in cui il credito risultava dalla dichiarazione del contribuente).
Emergono alcuni spunti comuni: favorire l'anticipata ammissione al passivo per i crediti tributari; ricondurre l'Amministrazione Finanziaria sullo stesso piano degli altri creditori, in una logica di *par condicio*; quindi depotenziare il ruolo come atto impositivo e titolo esecutivo, posto che le normali regole sul concorso non richiedono la presenza del titolo esecutivo.
Le criticità di siffatto orientamento sono molteplici e significative.
Sul piano teorico si enfatizza la rilevanza il tributo come obbligazione *ex lege*, trascurandosi il profilo autoritativo e quindi la natura costitutiva degli atti impositivi. Eppure alla luce degli artt. 51 ss. l.fall. il tema dei rapporti tra fatto generatore del tributo ed atto impositivo ai fini della concorsualità del credito tributario avrebbe notevole rilievo.
Nella classica contrapposizione tra la teoria dichia-

Note:

(21) Per un quadro generale della novella v.: AA.VV., *La concentrazione della riscossione nell'accertamento*, a cura di C. Glendi e V. Uckmar, Padova, 2011; AA.VV., *La riscossione dei tributi*, a cura di M. Basilavecchia, S. Cannizzaro e A. Carinci, Milano, 2011.

(22) In questa sede non vi è spazio per illustrare il nuovo sistema, per i riferimenti essenziali v.: Ingrao, *Concentrazione della riscossione nell'accertamento e riflessi sull'ammissione al passivo*, cit., 147 e ss.; Del Federico, *Gli accertamenti esecutivi e le procedure concorsuali*, cit., 161 ss.; Paparella, *L'ammissione al passivo fallimentare dei crediti fiscali*, cit.

rativa, che valorizza l'obbligazione tributaria, e la teoria costitutiva, che valorizza l'atto impositivo, la giurisprudenza risulta spesso condizionata dalla semplificatrice concezione secondo cui l'obbligazione tributaria sorge al verificarsi del presupposto di fatto e l'atto di accertamento ha natura meramente dichiarativa.

Si tratta di tesi prevalente, ma niente affatto scontata, se è vero che anche coloro che negano all'accertamento tributario natura costitutiva, gli riconoscono effetti preclusivi e lo configurano come condizione di esigibilità del credito (23). Inoltre l'ammissione al passivo è consentita *ex* art. 87, secondo comma, D.P.R. n. 602/1973, soltanto in base al ruolo, ovvero, a tutto concedere - anche secondo le sentenze più spinte - in base ad atti equipollenti, e non semplicemente sulla base del presupposto di fatto verificatosi in data anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Comunque in ambito fallimentaristico è ormai da tempo dominante la tesi secondo cui il debito tributario gravante sul contribuente dichiarato fallito, ed il corrispondente credito erariale, assumono natura concorsuale laddove l'obbligazione tributaria si collochi temporalmente in data anteriore alla dichiarazione di fallimento, e cioè allorché il presupposto di fatto si sia realizzato, a nulla rilevando, a tal fine, l'emanazione dell'atto di accertamento (24).

Risulta pertanto evidente che le aperture giurisprudenziali in merito all'idoneità di atti diversi dal ruolo ai fini dell'ammissione al passivo sono ispirate dalla matrice dogmatica dell'obbligazione *ex lege*, con svalutazione della rilevanza degli atti impositivi, e da esigenze semplificatorie; tuttavia tale orientamento risulta foriero di incertezze e di pregiudizi per lo stesso Fisco, in quanto scardina la logica procedimentale su cui sono incentrate la funzione impositiva e la funzione esattiva.

E si tratta di preoccupazioni che non vengono certo meno nel nuovo sistema della concentrazione della riscossione nell'accertamento.

La rilevanza - quale titolo per l'ammissione al passivo - dell'accertamento esecutivo, del connesso provvedimento di irrogazione delle sanzioni e dei conseguenziali atti di rideterminazione, e per altro verso il passaggio dall'azione impositiva all'azione esattiva mediante l'affidamento dei carichi da riscuotere, valorizzano più che mai l'atto impositivo e richiedono ancora il rigoroso rispetto della logica procedimentale su cui è fondato il rapporto fra Agenzia delle Entrate ed agenti della riscossione.

Sul piano applicativo i profili critici del nuovo indirizzo giurisprudenziale sono notevoli.

Come si è avuto modo di evidenziare anticipare l'ammissione al passivo fallimentare in una fase in cui la gestione del tributo è ancora nella sfera di competenze dell'Agenzia delle entrate, vuol dire alterare il riparto legale delle competenze e creare una zona grigia di latente discrezionalità, in cui potrà essere l'Agenzia delle entrate ad attivarsi in luogo dell'agente della riscossione.

Ciò comporterà:

– una duplicazione confusa di funzioni e competenze;

– una storno di energie amministrative dal fronte dell'accertamento al fronte della riscossione;

– l'emergere di problemi per il rigoroso regime delle domande tardive, giacché l'art. 101, 4 co., L.F. prevede che le c.d. domande ultratardive (cioè quelle presentate dopo il termine di dodici mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, ma prima dell'esaurimento delle ripartizioni dell'attivo fallimentare) «sono ammissibili se l'istante prova che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile» (25);

– una nuova ipotesi di responsabilità per danno erariale ove l'Agenzia delle entrate non si attivi immediatamente, affidandosi all'insinuazione in base a ruolo ad opera dell'agente della riscossione, e questa risulti meno proficua;

– una disparità fra casi in cui all'agente della riscos-

Note:

(23) Per i riferimenti essenziali v.: Glendi, *L'oggetto del processo tributario*, cit., 27 ss., cui si rinvia per la critica serrata alle varie teoriche dichiarativiste; Russo, *Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione tributaria*, Milano 1969; Id., *Il nuovo processo tributario*, Milano 1974, 63 ss. 461 ss.; Id., *Processo tributario*, in *Enc. dir.*, 771; Id., *L'obbligazione tributaria*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. Amatucci, vol. II, Padova 1994, 4 ss., i cui studi affermano la centralità dell'obbligazione tributaria. Per le più moderne evoluzioni della teoria costitutiva v. per tutti: Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova 2008, 549; F. Tesauro, *Manuale del processo tributario*, Torino, 2009, 66 ss.; Basilavecchia, *Funzione impositiva e forme di tutela*, Torino, 2009, 69 ss., 141 ss.

(24) V. ad es.: Cass., sez. un., 28 maggio 1987, n. 4779, in questa *Rivista*, 1987, 952; Cass., sez. un., 6 novembre 1990, n. 9201, *ibidem*, 1991, 348; Trib. Milano 30 gennaio 1997, *ibidem*, 1997, 768; Miccinesi, *Fallimento nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv. sez comm.*, V, Torino, 1992, 471; Bozza-Schiavon, *L'accertamento dei crediti nel fallimento e le cause di prelazione*, Milano 1992, 1028 ss.; Apice, *La verifica dei crediti tributari*, cit., 221 ss.; Abate, *L'accertamento dei crediti d'imposta*, cit., 445 ss.; Abete, *L'accertamento dei crediti per imposte*, cit., 1056-1057; Miccio, *Appunti in tema di verifica dei crediti tributari*, cit.; Zafarana, *Manuale tributario del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano 2007, 327; Quatraro, *I rapporti fra le procedure concorsuali ed il fisco*, cit., 516 ss.

(25) In merito v. Cass., sez. VI, 30 maggio 2012, n. 20910, nonché l'ampio saggio di Paparella, *Insinuazione al passivo tardiva dei crediti fiscali*, cit.

sione compete l'aggio e casi in cui l'insinuazione da parte dell'Agenzia delle entrate non implica l'aggio (26).

Ma soprattutto anticipare l'ammissione al passivo vuol dire alterare l'assetto legale della concorsualità: con la riforma del 1999 il sistema dell'ammissione al passivo fallimentare in base al ruolo *ex* artt. 87 ss. D.P.R. n. 602/1973, si è posto in equilibrio pragmatico tra le teorie dichiarative, ancorate alla fonte legale dell'obbligazione tributaria, e teorie costitutive, volte a valorizzare la natura costitutiva degli atti impositivi; il credito tributario nei confronti del fallito assume natura concorsuale laddove l'obbligazione tributaria si collochi temporalmente in data anteriore alla dichiarazione di fallimento, e cioè allorché il presupposto di fatto si sia realizzato, ma al tempo stesso l'ammissione al passivo è ancorata al ruolo. È vero che il ruolo si pone per il Fisco come titolo esecutivo, mentre per i creditori di diritto comune l'ammissione al passivo non richiede il titolo, ma ciò è giustificato dal fatto che a differenza dei normali creditori, il Fisco predispone unilateralmente i propri atti, godendo del potere di autotutela esecutiva e di altri pregnanti poteri autoritativi (potendo acquisire unilateralmente, e senza i normali costi, anche misure cautelari, prelazioni ipotecarie ecc.).

Quindi «il rilievo dell'iscrizione a ruolo ai fini dell'ammissione al passivo può essere ragionevolmente giustificato con l'esigenza di far partecipare al concorso solo l'atto, di natura provvedimentale, recante la pretesa più certa e stabile che si colloca nella fase più avanzata del procedimento di attuazione del tributo al fine di mantenere inalterati gli strumenti di tutela nei confronti degli atti prodromici e ad esso funzionalmente collegati» (27). L'ottica è quella di un regime differenziato per situazioni diverse, anche in ragione del riparto tra AGO e giurisdizione tributaria.

Orbene ammettere al passivo crediti tributari non ancora iscritti a ruolo vuol dire decurtare l'attivo fallimentare a favore del Fisco ed in danno dei creditori di diritto comune, alterando l'equilibrio legale del concorso.

Un ulteriore profilo estremamente delicato riguarda poi la facoltatività dell'insinuazione in base a titoli anteriori al ruolo.

Le Sezioni Unite non si spingono sino a superare il regime dell'ammissione con riserva *ex* art. 88 D.P.R. n. 602/1973 (28), riconoscendo che nel caso di contestazioni sulla pretesa erariale il giudice delegato non ha modo di verificare la fondatezza delle censure, essendo le relative questioni rimesse al giudice tributario; pertanto laddove la pretesa erariale sia incartata in atti impositivi anteriori al ruolo, emergendo contestazioni in merito, l'esito della domanda di ammissione dovrà essere necessariamente sfavorevole.

Se per un verso la tenuta dell'art. 88 comporta un ridimensionamento sul piano applicativo dei principi innovativamente affermati dalle Sezioni Unite, per altro verso preoccupa la tensione fiscale che verrà a gravare sugli organi del fallimento ed in primo luogo sul curatore, chiamato ad assumersi enormi responsabilità a fronte della contestazione o meno degli atti impositivi.

Note:

(26) A norma dell'art. 17 del D.Lgs. n. 112/1999 l'attività degli agenti della riscossione è remunerata con un gravoso ''aggio'' percentuale sulle somme iscritte a ruolo.

(27) Così Paparella, *Insinuazione al passivo tardiva dei crediti fiscali*, cit., in sintonia con Del Federico, *Gli accertamenti esecutivi e le procedure concorsuali*, cit., 177; v. altresì conf.: Guiotto, *L'insinuazione al passivo*, cit., 1420; Mauro, *Rilievi critici sull'orientamento della Cassazione a sezioni unite*, cit.

(28) Avrebbero potuto estremizzare, giungendo a recuperare la vecchia tesi della cognizione incidentale della pretesa tributaria da parte del giudice delegato (Cass., Sez. Un., 24 febbraio 1986, n. 1091, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, 1477).

Risoluzione

Risoluzione del concordato preventivo e fallimento

Corte d'Appello di L'Aquila, 31 maggio 2012 - Pres. Pace - Rel. D'Orazio - Ortona Navi S.r.l. c. Centrobanca S.p.a. Banca di Credito Finanziaria Mobiliare e Fallimento Ortona Navi S.r.l.

Concordato preventivo - Risoluzione - Procedimento - Ricorso presentato nella vigenza del D.Lgs. n. 169/2007 - Applicabilità della disciplina anteriore

(legge fallimentare art. 186)

Con riferimento alla risoluzione di un concordato preventivo omologato prima dell'1 gennaio 2008 del quale si chiede la risoluzione nella vigenza del D.Lgs. n. 169/2007 trova applicazione l'art. 186 l.f. nel testo vigente alla data dell'omologa del concordato preventivo medesimo.

Concordato preventivo - Risoluzione - Procedimento - Iniziativa anticipata - Legittimità - Presupposti

(legge fallimentare art. 186)

È legittima la risoluzione anticipata del concordato preventivo qualora per circostanze sopravvenute vi sia la ragionevole previsione che i creditori chirografari non possano essere soddisfatti nemmeno in minima parte.

Concordato preventivo - Risoluzione - Procedimento - Ricorso omologato prima del 1° gennaio 2008 - Richiesta nella vigenza del D.Lgs. 169/2007 - Udienza prefallimentare - Esclusione - Provvedimento unico

(legge fallimentare artt. 15, 173, 180, 186; D.Lgs. n. 169/2007 art. 22)

Con riferimento alla risoluzione di un concordato preventivo omologato prima dell'1 gennaio 2008 del quale si chiede la risoluzione nella vigenza del D.Lgs. n. 169/2007, dichiarata la risoluzione del concordato, al procedimento per la dichiarazione di fallimento trova applicazione l'art. 15 l.f. come novellato dal D. Lgs. 169/2007; il fallimento va dichiarato con unico provvedimento all'esito del procedimento per la risoluzione del concordato, il quale statuisce sulla risoluzione del concordato preventivo e sul fallimento del debitore, senza la necessità della fissazione di un'udienza pre-fallimentare, tenuto conto che il creditore nell'istanza per ottenere la risoluzione del concordato preventivo aveva richiesto il fallimento del debitore.

La Corte (omissis).
Il reclamo deve essere rigettato. Con il primo motivo di impugnazione la reclamante contesta la decisione del primo giudice per errata reintroduzione del principio della immediata consecutività della procedura concorsuale con automatica conversione del concordato in fallimento. In particolare, la reclamante rileva che la dichiarazione di fallimento è avvenuta d'ufficio, senza alcuna richiesta da parte dei creditori, e senza soluzione di continuità rispetto alla pronuncia di risoluzione del concordato preventivo, sicché non è stato possibile per la debitrice sostenere una adeguata difesa in ordine alla procedura prefallimentare né presentare una nuova domanda di concordato preventivo prima della pronuncia di fallimento dichiarata contestualmente alla risoluzione del concordato preventivo. Per la reclamante, poi, la procedura della risoluzione del concordato preventivo, ai sensi dell'art. 186 l.fall., deve essere disciplinata dalla novella di cui al D.Lgs. n. 169 del 2007, sicché è necessaria la richiesta di un creditore (essendo venuta meno la risoluzione d'ufficio di cui al vecchio testo della norma), va assicurato il contraddittorio ai sensi dell'art. 15 l.fall., come espressamente richiamato dall'art. 186 l.fall., l'inadempimento del debitore deve essere di non scarsa importanza. Inoltre, la vicenda Isco non era decisiva per la fattibilità del concordato preventivo che si fondava sulla cessione dei beni, la creditrice non era legittimata a chiedere la risoluzione non potendo essere riconosciuta la Banca quale creditrice della procedura, doveva poi attendersi l'intera fase della liquidazione prima di decidere in ordine alla richiesta di risoluzione del concordato preventivo.

Il motivo è infondato.
La prima questione attiene alla individuazione della disciplina applicabile al procedimento di risoluzione del concordato preventivo *ex* art. 186 l.fall. instaurato dopo il D.Lgs. n. 169 del 2007 per concordati già omologati al momento della entrata in vigore del D.L. 30/2005.
In dottrina ed in giurisprudenza è sorto contrasto in ordine alla individuazione della normativa applicabile dovendosi tenere conto della disciplina transitoria di cui al D.L. 35/2005 (14-3-2005), poi convertito in legge 80/2005 (14-5-2005) oltre che dell'art. 22 D.Lgs. n. 169 del 2007 ("le disposizioni del presente decreto si applicano [...] alle procedure concorsuali e di concordato fallimentare aperte successivamente alla sua entrata in vigore"). Infatti, ai sensi dell'art. 2, comma 2 *bis* del D.L. 35/2005, convertito con modificazioni nella legge 80/2005, " le disposizioni di cui al comma 1, lettere d), e), f), g), h) ed i) si applicano altresì ai procedimenti di concordato preventivo pendenti e *non ancora omologati* alla data di entrata in vigore del presente decreto".
Parte della giurisprudenza ha, condivisibilmente, ritenuto che, in realtà, essendo già intervenuta l'omologazione del concordato preventivo prima del 14 marzo 2005, la nuova normativa non poteva trovare applicazione neppure alla fase, solo eventuale, della risoluzione del concordato preventivo *ex* art. 186 l.fall., anche perché l'art. 22 del D.Lgs. n. 169 del 2007 limitava l'applicazione della nuova normativa (in vigore dal 1° gennaio 2008) alle procedure di concordato preventivo aperte dopo tale data, in cui quindi il decreto di ammissione alla procedura era successivo a tale data. Infatti, alla risoluzione di un concordato preventivo iniziato prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 169 del 2007 (1° gennaio 2008) non si applica l'art. 186 l.fall. nella stesura introdotta dal D.Lgs. n. 169/07 - il cui art. 22 lo rende infatti applicabile solo «alle procedure concorsuali e di concordato fallimentare aperte successivamente alla sua entrata in vigore» - ma nella sua *stesura anteriormente vigente*, non innovata nemmeno dal D.Lgs. n. 5/06, con conseguente legittimazione del commissario giudiziale ad agire per la risoluzione del concordato (Trib. Siracusa, 11 novembre 2011, *www.osservatorio-oci.org*, Ms00582). Si è anche sostenuto che la risoluzione del concordato preventivo *non è un procedimento autonomo*, soggetto alla normativa vigente secondo il principio *tempus regit actum*, ma un *possibile esito dell'originario procedimento* e quindi una *sua fase*, sia pure eventuale. Pertanto, ove un concordato sia stato omologato in data 21 marzo 2006, la causa di risoluzione verificatosi successivamente al 31 dicembre 2007 non è soggetta all'art. 186 l.fall. nella stesura introdotta dal D.Lgs. n. 169/07 - il cui art. 22 lo rende infatti applicabile solo "alle procedure concorsuali e di concordato fallimentare aperte successivamente alla sua entrata in vigore" - ma nella sua stesura anteriormente vigente, non innovata nemmeno dal D.Lgs. n. 5/06, con conseguente *legittimazione del commissario giudiziale* ad agire per la risoluzione del concordato e la correlata dichiarazione di fallimento, nel combinato disposto con l'art. 137 l.fall. (Trib. Terni, 7 dicembre 2010, *www.osservatorio-oci.org*, Ms. 00447). Tale tesi trova giustificazione anche nel necessario parallelismo che deve riscontrarsi tra l'accordo dei creditori omologato dal tribunale ed il successivo giudizio di risoluzione, in quanto i creditori hanno aderito alla proposta tenendo ben presente anche la eventuale possibilità futura di ricorrere allo strumento della risoluzione, attraverso la disciplina compiutamente disegnata dal legislatore prima della riforma di cui al D.Lgs. n. 169 del 2007. I creditori, quindi, votando a favore della proposta concordataria ben sapevano che, in caso di inadempimento del debitore, il tribunale d'ufficio o su richiesta del commissario giudiziale avrebbe risolto il concordato e che, con la sentenza che risolveva il concordato, il tribunale avrebbe dichiarato il fallimento ai sensi dell'art. 186 comma 3° l.fall. Del resto, la Suprema Corte, pronunciando in una fattispecie relativa al vecchio rito, sia per l'omologazione che per la risoluzione, ha ritenuto che è manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 186 l.fall., nella parte in cui prevede la *dichiarazione d'ufficio del fallimento* dell'imprenditore in concordato preventivo a seguito della risoluzione del concordato stesso, per violazione dei principi del giusto processo di cui all'art. 111 Cost. nuovo testo, atteso che tale dichiarazione costituisce uno dei possibili esiti della procedura di concordato, conseguente all'attivazione del *potere-dovere di controllo degli organi* della medesima procedura, che sarebbe pressoché inutile senza la possibilità di ovviare alla inerzia delle parti mediante la dichiarazione di ufficio del fallimento (Cass. Civ., 7 giugno 2007, n. 13357).
Altra parte della giurisprudenza, invece, ha valorizzato la natura solo processuale della normativa in tema di risoluzione del concordato preventivo, sicché le nuove disposizioni di cui al D.Lgs. n. 169 del 2007 dovevano essere applicate anche ai procedimenti di risoluzione incardinati dopo l'1 gennaio 2008, anche se relativi a concordati preventivi già omologati prima di tale data.
In particolare si è sostenuto che non è possibile qualificare il procedimento di risoluzione del concordato preventivo quale fase procedimentale della procedura concorsuale iniziata con decreto di ammissione del dicembre 2005 configurandosi, invece, quale *procedimento ben distinto, autonomo* ed oltretutto *meramente eventuale*, cui non si attaglia neppure il concetto di procedura concorsuale utilizzato dall'art. 22 comma 2 del decreto legislativo 167/07 citato. Procedimento di risoluzione che, sebbene ovviamente incida sul concordato omologato di cui con la risoluzione vengono meno gli effetti sostanziali, non coinvolge la procedura concorsuale di concordato preventivo, che - ormai chiusa con il provvedimento di omologazione divenuto definitivo - non né rimane in sé scalfita. Da ciò la conclusione che - attivato il giudizio di risoluzione del concordato ben dopo l'entrata in vigore del D.Lgs del 2007 - sono proprio le norme modificate dal detto decreto legislativo a doversi applicare (Corte App. Catania, 11 novembre 2010, *Red. Giuffrè*, 2011; anche Trib. Piacenza, 30 Ottobre 2009, *ivi*, 2010).
Si è anche affermato che la lettera delle espressioni usate dalla norma transitoria di cui all'art. 22 D.Lgs. 169/07 rappresenta il prioritario canone ricostruttivo della volontà del legislatore e la natura, eccezionale della norma

impone una ricostruzione in chiave restrittiva di tale volontà. Ne deriva che *non contenendo, suddetta norma, alcun esplicito riferimento all'ultrattività del diritto previgente per la disciplina delle procedure di risoluzione* dei concordati preventivi chiusi prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 269/07, tali procedure sono regolate interamente dalla nuova e successiva norma sulla risoluzione del concordato preventivo (Trib. Perugia, 18 luglio 2011, *www.ilcaso.it*, 2011).
Per altri, il nuovo procedimento di risoluzione doveva essere governato per gli aspetti processuali dal D.Lgs. n. 169 del 2007, mentre gli aspetti sostanziali restavano disciplinati dalla normativa anteriore.
Pertanto, ai fini della risoluzione o dell'annullamento di un concordato preventivo omologato dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2006 (16 luglio 2006), ma prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 169 del 2007 (1° gennaio 2008), in mancanza di specifiche norme transitorie dettate da tale ultimo D.Lgs. ed in ossequio ai principi generali di diritto intertemporale, devono trovare applicazione *sul piano processuale* le previsioni dell'art. 186 l.fall. come risultante dalle modifiche apportate dal cd. decreto correttivo, mentre *sul piano sostanziale* i presupposti della risoluzione e dell'annullamento restano disciplinati dalle norme precedentemente vigenti - nel caso di specie, è stata ritenuta la legittimazione dei commissari giudiziali a chiedere l'annullamento ma non la risoluzione del concordato - (Trib. Palermo, 25 gennaio 2010, *www.osservatorio-oci.org*, Ms. 00086).
Nella specie, però, è in atti la richiesta di risoluzione del concordato preventivo presentata dalla Centrobanca in data 15 aprile 2011. Pertanto, a prescindere dalla disciplina in concreto applicabile, la presentazione della domanda di risoluzione da parte di un creditore rende del tutto legittima la procedura seguita dal Tribunale. Non v'è stata risoluzione d'ufficio del concordato preventivo.
Inoltre, il credito della Centrobanca è stato ammesso al passivo del fallimento, sicché non può dubitarsi della qualità di creditrice dell'istituto di credito.
Va, poi, rilevato che, sulla scorta della relazione del Commissario Giudiziale, il credito vantato dalla Ortona Navi S.r.l. nei confronti della Isco era di notevolissimo importo (€ 1.900.000,00), tale da costituire "poco meno del 50 % dell'attivo procedurale". La revoca del decreto ingiuntivo concesso in favore della Ortona Navi S.r.l. nei confronti della Isco, pronunciata dal Tribunale di Chieti e confermata dalla Corte di Appello di L'Aquila, ha minato alle fondamenta il concordato preventivo, in quanto è venuta meno una voce importantissima dell'attivo concordatario, dovendosi tener conto anche dell'aumento del passivo concordatario determinato dalla maturazione degli interessi sui crediti con prelazione (€ 300.000,00 come da relazione del Commissario Giudiziale) e dai debiti contratti nel corso della procedura concordataria con natura prededucibile (€ 824.369,77). Infatti, per giurisprudenza di legittimità, in tema di concordato preventivo, qualora *la gestione dell'impresa* assurga a dimensione di modalità essenziale della singola procedura concordataria (siccome diretta ad una più proficua liquidazione patrimoniale a favore dei creditori concorrenti), in quanto risulti parte della proposta di concordato, sia oggetto dell'ammissione da parte del tribunale e dell'approvazione da parte dei creditori, e formi altresì oggetto dell'omologazione finale, si rende applicabile, in caso di successivo fallimento, la norma di cui all'art. 111, primo comma n. 1, l.fall., dovendosi, per l'effetto, considerare *le spese della gestione dell'impresa come spese della procedura* (Cass. Civ., 12 marzo 1999, n. 2192).
(Omissis).
La Corte di Appello di L'Aquila ha revocato il decreto ingiuntivo ritenendo che prima del deposito del ricorso per l'emissione del decreto ingiuntivo tra le parti era stata stipulata una transazione per iscritto.
Va, poi, anche sottolineato che il concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, deve essere risolto per inadempimento ai sensi dell'art. 186 delle l.fall., con la conseguente apertura della procedura fallimentare, *quando, anche prima della liquidazione di tutti i beni, emerga* che esso sia *venuto meno alla sua funzione*, in quanto, secondo il *prudente apprezzamento* del giudice del merito, le somme ricavabili dalla vendita dei beni ceduti si rilevino insufficienti, in base ad una *ragionevole previsione*, a soddisfare, anche in minima parte, i creditori chirografari e, integralmente, i privilegiati (Cass. Civ., 31 marzo 2010, n. 7942).
Non v'è dubbio che, da un lato, l'aumento dei debiti per la prededuzione sorta nel corso della procedura di concordato preventivo, unito agli interessi maturati anche in corso di procedura per i crediti con prelazione, e dall'altro, il venir meno di una fondamentale posta dell'attivo, abbiano condotto il tribunale a ritenere, con ragionevole previsione, l'impossibilità di pagare per intero i creditori privilegiati ed almeno in parte i creditori chirografari.
Per la Cassazione la *sentenza di omologazione* del concordato preventivo *non produce l'effetto di escludere*, dopo il suo passaggio in giudicato, *il corso degli interessi* sui crediti *assistiti da ipoteca, pegno, privilegio* generale o speciale, dovendo ricondursi i suoi effetti al momento della presentazione della domanda giudiziale, tra i quali vanno considerati gli effetti sugli interessi dei crediti pecuniari ricollegabili a detta presentazione, che, in virtù del richiamo operato dall'art. 169 legge fall., sono quelli di cui all'art. 55 della medesima legge (Cass. Civ., 7 giugno 2007, n. 13357).
Inoltre, l'art. 186 l.fall. dispone che il concordato preventivo si risolve per il solo *fatto obiettivo* della impossibilità di corrispondere una *qualsiasi percentuale* ai *creditori chirografari* e di *soddisfare integralmente i creditori privilegiati*, onde non rileva la circostanza che tale impossibilità sia addebitabile alla eventuale negligenza del liquidatore nel condurre le operazioni di liquidazione, che può soltanto fondare la responsabilità del medesimo per i conseguenti danni, da far valere nella sede giudiziaria competente (Cass. Civ., 7 giugno 2007, n. 13357). Più recentemente si è ribadito che il concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori deve essere risolto a norma dell'art. 186 l.fall., qualora emerga che esso sia venuto meno alla sua funzione, in quanto, secondo il prudente apprezzamento del giudice del merito, le somme ricava-

bili dalla liquidazione dei beni ceduti si rilevino insufficienti, in base ad una ragionevole previsione, a soddisfare, anche in minima parte, i creditori chirografari e, *integralmente, i creditori privilegiati*; la ragione della predetta risoluzione, inoltre, può anche consistere, come nella specie, *nell'obiettiva impossibilità sopravvenuta* di attuare le condizioni minime previste dalla legge fallimentare, *senza che alcun rilievo assuma l'eventuale colpa del debitore* che, in caso di consegna dei beni, ha esaurito la sua prestazione, ove non sia prevista la sua liberazione immediata ed invece operi il trasferimento in favore degli organi della procedura della legittimazione a disporre dei beni ceduti *ex* art. 1977 cod. civ. (Cass. Civ., 20 giugno 2011, n. 13446).

L'inadempimento della debitrice, anche a voler considerare la disciplina di cui all'art. 186 l.fall., come modificata dal D.Lgs. n. 169 del 2007, non era di scarsa importanza, in quanto il credito verso la Isco rappresentava quasi il 50% dell'intero attivo concordatario.

Con il secondo motivo di impugnazione la reclamante ha lamentato la violazione del diritto di difesa ai sensi dell'art. 15 l.fall., in quanto tale norma prevede che il tribunale deve convocare il debitore in caso di presentazione di domanda di fallimento, con decreto in calce al ricorso, che tale decreto deve contenere l'indicazione che il procedimento è volto all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento, con la fissazione del termine non inferiore a sette giorni prima dell'udienza per la presentazione di memorie ed il deposito di documenti e di relazioni tecniche. La Ortona Navi, invece, non ha ricevuto la comunicazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento né della relazione del Commissario Giudiziale, ma solo un invito a presentarsi dinanzi al tribunale fallimentare. La concessione del termine di dieci giorni per il deposito di note illustrative da parte del tribunale non ha sanato il vizio del contraddittorio per la mancata notificazione del ricorso per la dichiarazione di fallimento e del decreto di convocazione.

Tale motivo è infondato.

Invero, dagli atti risulta che la convocazione per la risoluzione del concordato preventivo è stata notificata alla società debitrice. Come già detto, la risoluzione del concordato preventivo, trattandosi di una procedura già omologata al 14-3-2005, comportava automaticamente la dichiarazione di fallimento ai sensi dell'art. 186 comma 3° l.fall. («con la sentenza che risolve [...] il concordato il tribunale dichiara il fallimento»), sicché la debitrice doveva considerarsi edotta anche della possibilità di una eventuale dichiarazione di fallimento d'ufficio.

Va, però, chiarito che, proprio all'udienza fissata per la convocazione delle debitrice in data 14 giugno 2011, la creditrice Centrobanca ha chiesto espressamente dichiararsi il fallimento della Ortona Navi S.r.l., come da note scritte facenti parte integrale del verbale di udienza. L'Avv. Pimpini, difensore della Ortona Navi S.r.l. nella procedura di concordato preventivo, si è limitato a chiedere termine per il deposito di note illustrative, predisponendo e depositando successivamente, nei termini, le stesse.

Pertanto, pur volendosi applicare l'art. 22 del D.Lgs. n. 169 del 2007, il quale prevede che «le disposizioni del presente decreto si applicano ai procedimenti per dichiarazione di fallimento pendenti alla data della sue entrata in vigore (1 gennaio 2008)», tuttavia la richiesta di fallimento è stata deposita in sede di udienza di comparizione del debitore fissata ai fini della eventuale risoluzione del concordato ai sensi dell'art. 186 l.fall., sicché non era necessaria una notificazione del ricorso di fallimento, essendo la società debitrice rappresentata dal proprio difensore presente in udienza.

Il difensore, con la sua condotta processuale, esplicatasi con la richiesta di un termine per il deposito di note e con il successivo deposito delle stesse, ha sanato eventuali vizi procedimentali. Nelle note depositate il 24-6-2011 il difensore della Ortona Navi S.r.l., Avv. Antonio Pimpini, si è difeso anche nel merito con riferimento al credito nei confronti della Isco (punto A delle note), all'omessa relazione delle modificazioni migliorative dei debiti dell'Ortona Navi S.r.l. (punto B) ed alla procedura arbitrale (punto C).

Invero, per giurisprudenza di legittimità, in tema di procedimento per la dichiarazione di fallimento, non sussiste il diritto del debitore, già convocato ai sensi dell'art. 15 legge fall. avanti al giudice ed ivi presente con l'assistenza tecnica del difensore, ad ottenere, chiusa l'istruttoria, una nuova convocazione per essere sentito personalmente, salvo che alleghi fatti sopravvenuti decisivi; infatti, il diritto al contraddittorio e di difesa del debitore non può ritenersi pregiudicato qualora egli stesso, *convocato all'udienza prefallimentare, non abbia chiesto di essere sentito personalmente, affidandosi all'assistenza tecnica dei suoi difensori* (Cass. Civ., 21 aprile 2011, n. 9260).

(Omissis).

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, terzo comma, l.fall.) e la sua mancata abbreviazione nelle forme rituali del decreto motivato sottoscritto dal Presidente del Tribunale, previste dall'art. 15, quinto comma, legge fallimentare, 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 raggiungimento dello scopo dell'atto - *la nullità del decreto di convocazione* se, il debitore 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 (Cass. Civ.,16 luglio 2010, n. 16757).

Tuttavia, in motivazione, la Cassazione afferma che «è significativo che non solo all'epoca, ma anche in data odierna, *il ricorrente non ha indicato alcun elemento rilevante sul piano probatorio, che avrebbe potuto richiamare o produrre ove rispettati i termini normativamente previsti, astrattamente idoneo a determinare un diverso esito del procedimento*».

(Omissis).

Del tutto legittimamente, poi, il tribunale ha pronunciato con un unico provvedimento sia la risoluzione del concordato preventivo che la dichiarazione di fallimento trattandosi di due diverse domande connesse oggettivamente che potevano essere proposte dinanzi al medesimo tribunale competente per entrambe. Del resto, anche in caso di sentenza di fallimento pronunciata a seguito di rigetto della domanda di concordato *ex* art. 162 l.fall. o di revoca del concordato *ex* art. 173 l.fall. (ove naturalmente vi sia una richiesta espressa di dichiarazione di fallimento da parte dei creditori) il tribunale, per espressa previsione normativa, può dichiarare contestualmente il fallimento del debitore, con un unico provvedimento. ***(Omissis).***

Interpretazioni (a)simmetriche dell'art. 186 l.fall.

di Federico Casa *

L'intervento dell'Autore trae spunto da una sentenza della Corte d'Appello di L'Aquila che ha disciplinato la risoluzione di un concordato preventivo omologato prima dell'1 gennaio 2008 del quale un creditore ha chiesto la risoluzione nella vigenza del D.Lgs. n. 169/2007, statuendo che trova applicazione il testo dell'art. 186 l.fall. in vigore alla data dell'omologazione. L'occasione ha consentito di analizzare il rapporto che lega l'art. 2, II *bis* del D.L. n. 35/2005 all'art. 22 del D.Lgs. n. 169/2007, il contenuto processuale e sostanziale dell'art. 186 l.fall., la disciplina (anche intertemporale) applicabile al procedimento per dichiarazione di fallimento conseguente alla revoca, rigetto dell'omologazione e risoluzione del concordato preventivo, riflettendo sulla sopravvivenza dell'ancora discusso principio (inespresso) della ''consecuzione delle procedure'' anche alla luce della sua idoneità a fungere da criterio regolativo di una interpretazione adeguatrice.

1. Della vicenda oggetto del provvedimento della corte d'Appello di L'Aquila

La fattispecie concreta di cui al provvedimento di rigetto della corte d'Appello di L'Aquila (avverso il reclamo contro una sentenza dichiarativa di fallimento del tribunale di Chieti) ha ad oggetto la risoluzione di un concordato preventivo già omologato a seguito del venir meno di un credito rappresentante il 50% circa dell'attivo concordatario, e ciò quale conseguenza di una sentenza del tribunale di Chieti (confermata in grado di appello) con la quale veniva revocato un decreto ingiuntivo dell'importo di Euro 1.900.000,00 ottenuto dalla società ammessa alla procedura di concordato preventivo. Il fallimento era dichiarato dal tribunale di Chieti a seguito di domanda formulata a verbale nel corso dell'udienza fissata *ex* art. 186 l.fall. dal creditore che aveva richiesto la declaratoria di risoluzione del concordato preventivo per inadempimento agli obblighi assunti dalla debitrice nel piano concordatario. La corte d'Appello di L'Aquila (nel proseguo anche solo "la corte d'Appello") rigettava il reclamo della debitrice con una motivazione particolarmente articolata che individuava (e risolveva) tre importanti nodi problematici dell'art. 186 l.fall., ricorrendo ad argomenti interpretativi puntuali e significativi anche se non tutti condivisibili al punto da rappresentare la traccia del presente commento: la disciplina applicabile al procedimento di risoluzione di un concordato preventivo la cui sentenza di omologa è anteriore all'entrata in vigore dei provvedimenti legislativi in materia fallimentare che si sono succeduti dal D.L. n. 35 del 2005 (in vigore dal 16 marzo 2005) al D.Lgs. n. 169 del 2007 (in vigore dall'1 gennaio 2008); il tema della "consecuzione delle procedure" dopo le Novelle del 2005, 2006, 2007 correlato al problema della individuazione e della determinazione del procedimento per la dichiarazione di fallimento (1); la ricostruzione teorica del concetto di «importanza dell'inadempimento» *ex* art. 186 l.fall. anche se di esso

Note:

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

(1) Per alcune prime analisi delle modifiche introdotte dal ''correttivo'' in tema di concordato preventivo cfr. L. Abete, *Il ruolo del giudice ed il principio maggioritario nel novello concordato preventivo: brevi note*, in questa *Rivista*, 2008, 253 ss.; U. Apice, *L'abolizione del fallimento d'ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, in questa *Rivista*, 2008, 129 ss.; M. Fabiani, *Il decreto correttivo della riforma fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, V, 225 ss; P. Genoviva *I limiti del sindacato del Tribunale nel concordato preventivo alla luce del ''correttivo''*, in questa *Rivista*, 2008, 688; G. Lo Cascio, *L'intervento correttivo ed integrativo del decreto legislativo 5/2006*, in questa *Rivista*, 2007, 865 ss.; I. Pagni, *Il controllo del Tribunale e la tutela dei creditori nel concordato preventivo*, in questa *Rivista*, fasc. 9/2008, 1091 ss.; A. Penta, *Il controllo del tribunale in sede di omologazione del concordato preventivo e la prosecuzione dell'attività d'impresa*, in questa *Rivista*, 2008, 84 ss.; G. Rago, *La risoluzione del concordato preventivo fra passato, presente e ...futuro*, in questa *Rivista*, 2007, 1209 ss.; G. Rago, *I poteri del tribunale sul controllo della fattibilità del piano nel concordato preventivo dopo il decreto correttivo*, in questa *Rivista*, 2008, 264 ss..

non si potrà dare conto in modo esauriente nel presente commento.

2. Della disciplina della risoluzione del concordato preventivo

Il primo problema che affronta la corte d'Appello il quale in termini teorico-generali altro non pare se non la riproposizione della questione della successione delle leggi nel tempo è evidentemente di particolare interesse ed è probabilmente ancora più articolato di quanto sia stato avvertito nella sentenza in oggetto. Occorre subito dire che il concordato preventivo di cui si discute è stato omologato prima del 16 marzo 2005 e risolto successivamente all'1 gennaio 2008. La corte d'Appello imposta il problema così come hanno sempre ritenuto di fare le corti di merito che fino ad oggi sono state investite della questione, si badi quasi tutte riproponendo un itinerario argomentativo suggerito nelle pagine di questa Rivista da parte di un autorevole Autore (2), la cui prospettiva d'indagine a nostro modo di vedere è stata in tali sentenze anche parzialmente fraintesa. In ogni caso nella giurisprudenza di merito il tema risulta comunemente così affrontato: se l'art. 186 l.fall. è norma che contiene disposizioni di carattere processuale, esso trova immediata applicazione in virtù del principio "tempus regit actum" di cui all'art. 12 delle Preleggi c.c. (3); se si tratta invece di norma che enuncia disposizioni di carattere sostanziale, l'art. 186 l.fall. non può trovare applicazione ai concordati omologati prima della sua entrata in vigore (4). A ben vedere tale impostazione interpretativa non pare condivisibile e ciò per almeno due ordini di ragioni: la prima di carattere metodologico, la seconda sulla base di un argomento interpretativo di natura teleologico-sistematica. Occorre preliminarmente evidenziare che la materia è (o è stata) regolata dal D.L. n. 35 del 2005 che pur non modificando l'art. 186 l.fall. trova applicazione «ai procedimenti di concordato preventivo pendenti e non ancora omologati» (cfr. art. 2, II *bis* del D.L. n. 35 convertito con modifiche con la L. n. 80 del 2005 in vigore il decreto legge dal 16 marzo 2005); poi dal D.Lgs. n. 5 del 2006 (in vigore dal 16 luglio 2006 il cui art. 150 ha sancito l'ultrattività delle procedure «di risoluzione e contestuale dichiarazione di fallimento pendenti») che aveva modificato in tema di concordato fallimentare gli artt. 137-138 l.fall. cui rinviava (e ancora oggi rinvia) l'art. 186 l.fall. (comunque non applicabile alla fattispecie per cui è causa); infine dal D.Lgs. n. 169 che ha modificato il precedente testo dell'art. 186 l.fall. prevedendo che «le disposizioni del presente decreto si applicano ai procedimenti per dichiarazione di fallimento [...] alle procedure concorsuali e di concordato fallimentare aperte successivamente alla sua entrata in vigore» (cfr. art. 22).

La prima ragione. A nostro modo di vedere tali disposti legislativi (l'art. 2, II *bis* che fissa l'arco temporale di applicazione del D.L. n. 35 del 2005 e l'art. 22 che persegue il medesimo obiettivo con riferimento al D.Lgs. n. 169) incidendo sulla medesima materia vanno necessariamente esaminati e confrontati, e così evidenziato in ultima analisi che è la natura del loro rapporto a determinare i termini (temporali) di applicazione dell'art. 186 l.fall.. Infatti se risulta possibile affermare che l'art. 22 disciplina un ambito diverso (più ampio) rispetto a quello di cui all'art. 2, II *bis* (e così parzialmente derogandolo), l'art. 186 l.fall. troverà immediata applicazione nella sua totalità, e ciò non perché contenga disposizioni di carattere processuale ma in quanto l'art. 22 ne impone l'applicazione anche ai concordati già omologati. Se invece tra i due disposti legislativi non vi è alcun rapporto limitandosi essi ad indicare l'arco temporale di applicazione delle norme che li contengono, nemmeno si potrà discutere dell'applicazione del nuovo testo dell'art. 186 l.fall. ai concordati già omologati, e ciò non perché esso contenga solo disposizioni di diritto sostanziale. D'altro canto, nessuno potrà dubitare che l'art. 186 l.fall. non indica solo disposizioni di natura processuale oppure esclusivamente disposizioni di ordine sostanziale, come bene evidenziato dalla dottrina prevalente (5) e dalla giurisprudenza di merito (6) cosicché riteniamo che non dovrebbe

Note:

(2) Rago, *La risoluzione del concordato preventivo fra passato, presente e ...futuro*, cit., 1209 ss.

(3) Cfr. Trib. Piacenza 30 ottobre 2009 in *www.ilcaso.it*, che ripercorre il contenuto del contributo di Rago.

(4) Cfr. Trib. Venezia 2 ottobre 2008 con nota di A.C. Marrollo, *L'inadempimento nella risoluzione del concordato preventivo dopo il D. Lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, in questa *Rivista*, 2009, 977 ss.

(5) Sul punto si veda ancora Rago, *La risoluzione del concordato preventivo fra passato, presente e ...futuro*, cit., 1213, a giudizio del quale ad un concordato omologato con la disciplina vigente ante il D.L. n. 35 del 2005 con istanza di risoluzione depositata nella vigenza del D. Lgs. n. 5 del 2006 in relazione alla valutazione dell'inadempimento troverà applicazione «in toto la vecchia normativa proprio perché si tratta di situazione giuridicamente consolidata sulla quale non può sortire effetto alcuno la normativa di diritto sostanziale successivamente sopravvenuta».

(6) Cfr. Trib. Palermo 25 gennaio 2010, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms. 00086, cui rinvia anche la corte d'Appello; secondo

(segue)

essere condivisibile una strategia interpretativa dell'art. 186 l.fall. che suggerisca la lettura di tale disposizione sulla base dell'antitesi norma di diritto processuale/norma di diritto sostanziale.
Pertanto anche a voler condividere l'impostazione del problema suggerita dalla giurisprudenza di merito, si dovrebbe più puntualmente affermare che è possibile fare riferimento ad una interpretazione "processualistica" dell'art. 186 l.fall. a condizione che sussista un particolare rapporto tra l'art. 2, II *bis* (e l'art. 150) e l'art. 22; così come è ipotizzabile una interpretazione in senso "sostanzialistico" dell'art. 186 l.fall. purché tra gli indicati disposti legislativi non vi sia alcuna possibile interferenza.
Pertanto l'art. 186 l.fall. è considerata norma di diritto sostanziale per quelle corti che ritengono decisivo l'argomento (sistematico) in forza del quale se i creditori hanno approvato un piano è ragionevole ritenere che esso dovrà essere dichiarato risolto secondo la normativa in vigore nel momento in cui il tribunale ha ritenuto ammissibile il piano, essi hanno espresso il loro voto, il concordato è stato omologato (7).
È invece norma di diritto processuale per quelle corti che valorizzano «la autonomia e la indipendenza della fase risolutoria rispetto a quella concordataria» (8) e ciò ancora sulla base di un argomento di natura sistematica dal momento che si ritiene di distinguere il procedimento che si chiude con la fase di omologa del concordato da quello che disciplina la sua fase esecutiva compresi i momenti patologici dello stesso quali l'annullamento e la risoluzione del piano concordatario che sono strettamente correlati alla dichiarazione di fallimento. L'art. 186 l.fall. è considerata inoltre norma contenente disposizioni di diritto processuale per quelle corti che con ragionamento parzialmente diverso e maggiormente articolato, sostanzialmente mirante a svuotare di significato l'art. 22 del D.Lgs n. 169, combinano un argomento di natura letterale con uno di ordine teleologico, in virtù dei quali la fase risolutoria del concordato preventivo sarebbe non solo (fisiologicamente) diversa rispetto a quella che si chiude con il procedimento di omologa, ma non potrebbe essere nemmeno ricompresa nel concetto di «procedura concorsuale» di cui al citato art. 22, trattandosi di una fase «distinta autonoma e oltretutto eventuale» rispetto a quella che apre la procedura di fallimento. Ne deriva sempre secondo quest'ultima prospettiva che l'art. 186 l.fall. finisce per sottrarsi ai limiti temporali fissati dall'art. 22 dal momento che la fase risolutoria del concordato preventivo non è né un procedimento per «dichiarazione di fallimento» né una «procedura fallimentare aperta» (9).
È però possibile anche una diversa interpretazione della disposizione in questione, ed è la seconda ragione per la quale l'itinerario argomentativo della giurisprudenza di merito non è del tutto condivisibile. È infatti possibile inserire il tema della risoluzione del concordato preventivo (soggetti legittimati, natura del procedimento, gravità dell'inadempimento stesso) nel contesto del rapporto tra il contenuto del piano, il giudizio sulla sua fattibilità da parte degli organi della procedura l'idoneità del piano stesso ad assicurare un consenso informato in capo ai creditori che devono approvarlo e gli obblighi assunti dal debitore nel provvedimento di omologa, tutti tra l'altro necessariamente parametri di quella «importanza» dell'inadempimento che può giustificare oggi la risoluzione del concordato preventivo.

3. Per una diversa impostazione del problema: l'inadempimento del debitore

A prescindere infatti dalle soluzioni del singolo caso concreto, come dicevamo, il problema in questione può anche essere impostato diversamente rispetto al dilemma art. 186 l.fall: norma di diritto processuale/ norma di diritto sostanziale. Infatti, ferma comunque ogni discussione in ordine non solo al grado di preminenza del carattere privatistico (accordo tra debitore proponente il piano e creditori) del "nuovo" concordato preventivo rispetto a

Note:
(segue nota 6)

il tribunale di Palermo è necessario individuare nel contenuto dell'art. 186 l.fall. le disposizioni aventi carattere sostanziale e quelle aventi natura meramente processuale applicando ora le une ora le altre in relazione rispettivamente alla data del provvedimento di omologa e al momento dell'istanza di risoluzione.

(7) Cfr. Trib. Terni, 7 dicembre 2010, in *www.osservatorio-oci.org*, Ms. 000447; Trib. Roma 14 marzo 2007, in questa *Rivista*, 2007, 1205 ss.; Trib. Venezia 2 ottobre 2008, in questa *Rivista*, 2009, 975 ss.; Trib. Milano 24 giugno 2010, inedito, il quale suggerisce una interpretazione evolutiva dell'art. 186 l.fall. che dia rilievo alle ultime modifiche normative quali «linee guida nella soluzione dei problemi d'interpretazione della normativa intermedia».

(8) Cfr. Trib Pistoia 17 marzo 2010, in *www.ilcaso.it*.

(9) Cfr. Trib. Piacenza 30 ottobre 2009, cit; ma soprattutto App. Catania 8 novembre 2010 in *www.ilcaso.it*, secondo la quale corte''«non è possibile configurare il procedimento di risoluzione del concordato preventivo quale fase della procedura concorsuale concordataria [...] configurandosi invece quale procedimento ben distinto»; si veda infine Trib. Perugia 18 luglio 2011 in *www.ilcaso.it*, il quale conclude in maniera analoga evidenziando come l'art. 2, II bis non indica alcuna disposizione che possa indurre a ritenere ultrattiva la normativa previgente.

quello precedente il D.L. n. 35 che accentuava maggiormente l'aspetto pubblicistico, e ogni (conseguente) considerazione sulla natura del giudizio del tribunale in sede di ammissione alla procedura del piano concordatario proposto, non vi è dubbio alcuno che oggi la discussione sul contenuto del piano e sulla sua esecuzione, sulla natura dei controlli degli organi fallimentari nel corso del procedimento risentano profondamente dell'orientamento ormai consolidato in dottrina e in giurisprudenza in forza del quale qualunque sia il contenuto del piano, le modalità di pagamento e la percentuale offerta ai creditori chirografari, occorre che essi siano posti nella condizione di prestare il loro consenso al piano in modo consapevole ed informato (10). Ne deriva come ha convincentemente spiegato autorevole dottrina nell'intento di ricostruire in modo unitario il sistema dei controlli dell'autorità giudiziaria nel corso della procedura di concordato preventivo che la «permanenza di un controllo [del tribunale] sulla fattibilità del piano in pendenza della procedura può giustificarsi soltanto nella misura in cui tale potere di vigilanza sia conciliabile con i poteri del giudice al momento dell'ammissione [...]; coerenza vuole che se il tribunale non può più verificare nel merito la ricorrenza delle condizioni di ammissibilità all'atto dell'ammissione, non possa farlo neanche in corso di procedura [...]», né considerata la lettera dell'art. 180 l.fall. in sede di omologa. la quale anzi in assenza di opposizioni potrà essere negata solo se fatti successivi alla votazione non vengano portati a conoscenza dei creditori e siano «tali da giustificare la risoluzione qualora il concordato fosse omologato» (11). Risulta pertanto di tutta evidenza dopo il D. Lgs. n. 169 e il disposto dell'art. 186, II l.fall. il quale fa riferimento alla circostanza che l'inadempimento del debitore non può comportare la risoluzione del concordato se ha «scarsa importanza» (12), che il rapporto tra il contenuto del piano, il giudizio sulla sua fattibilità da parte degli organi della procedura, l'idoneità dello stesso ad assicurare un consenso informato in capo ai creditori, le obbligazioni assunte dal debitore cristallizzate nel provvedimento di omologa (i quali costituiscono tutti parametri della «importanza» dell'inadempimento) è radicalmente mutato e proprio a seguito, pur con tutti i distinguo del caso, dell'avvenuta liberalizzazione di tale procedura: «più consona alla specifica situazione economica che caratterizza l'organizzazione imprenditoriale, senza vincoli né formule rigide limitative ma caratterizzata dalla più ampia flessibilità e da una libertà di contenuti» (13). È pertanto del tutto coerente con il sistema l'attuale previsione normativa in forza della quale né il commissario giudiziale né il debitore hanno più la legittimazione attiva a chiedere la risoluzione del concordato. Considerando invece il testo in vigore prima del 16 marzo 2005 in cui comunque risultava prevalente l'aspetto pubblicistico che si riverberava nell'idea che la sentenza di omologazione dirimesse «il conflitto d'interessi tra il debitore concordatario e la pretesa dei creditori ad essere soddisfatti delle loro obbligazioni» (14) anche solo il rapporto tra il potere di controllo dell'autorità giudiziaria e la libera determinazione dei creditori era profondamente diverso. Ne deriva che sarebbe oggi d'altro canto simmetricamente del tutto illogico ritenere che un commissario giudiziale non possa adire il Tribunale per chiedere la risoluzione di un concordato preventivo omologato prima del 16 marzo 2005, come peraltro finisce per concludere una lettura solo "processualistica" dell'art. 186 l.fall.

D'altro canto la nuova unica fattispecie risolutoria dell'art. 186 l.fall. non ha per nulla sopito i dibattiti

Note:

(10) Sul tema occorre rinviare a S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Trattato Cottino, 11, I, Padova, 2007; G. Bozza, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare*, in questa Rivista, 2007, 689-700; P.F. Censoni, *Il concordato preventivo*, in S. Bonfatti - P.F. Censoni, *La riforma della disciplina dell'azione revocatoria fallimentare del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione*, Padova, 2006; L. D'Orazio, *La tutela giurisdizionale dei creditori*, in S. Pacchi (a cura di), *Il nuovo concordato preventivo. Dallo stato di crisi agli accordi di ristrutturazione*, Milano, 2005, 184-189; M.Fabiani - G.B. Nardecchia, *Formulario commentato della legge fallimentare;* Milano, 2007; M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piani e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in questa *Rivista*, 2011, 172-182; G. Fauceglia, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, in G. Fauceglia - L. Panzani, (a cura di), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, 1757-1773; L. Guglielmucci, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, Torino, 2007; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011; A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009; G. Nardecchia, *Concordato Fallimentare*, Tratt. Ferro, IV, Aggiornamento, 31-43; S. Pacchi - L. D'Orazio - A. Coppola, *Il concordato preventivo*, in *Comm. Didone*, Milano, 2009; P. Pajardi - A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008; G. Racugno, *Concordato preventivo*, in V. Buonocore - A. Bassi (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, I, 470-557; G. Rago, *L'esecuzione del concordato preventivo*, Padova, 1996; G.U. Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2006; V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 2008.

(11) Bozza, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare*, cit., 700.

(12) Cfr. G.B. Nardecchia, *La risoluzione del concordato preventivo*, in questa *Rivista*, 2012, 253-265.

(13) Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 143.

(14) Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 134.

che si agitavano nella vigenza del precedente testo (15). È infatti pur vero che l'attuale art. 186 l.fall. non riproduce più la precedente disposizione che escludeva la risoluzione del concordato preventivo per cessione dei beni se dalla liquidazione fosse derivato un soddisfacimento dei creditori chirografari inferiore al 40%, dai più considerata abrogata dalla Novella del 2005 (16), ma è altrettanto vero che comunque oggi rimane ancora il problema di capire se sia ipotizzabile la risoluzione del concordato con cessione dei beni in caso di mancata corresponsione ai creditori chirografari di una qualsiasi percentuale oppure debba essere comunque distribuita almeno una percentuale minima. Nella vigenza del testo ante 16 marzo 2005, la giurisprudenza di legittimità era unanime nel ritenere che non poteva mancare il soddisfacimento delle ragioni creditorie privilegiate e la distribuzione di una minima percentuale ai creditori chirografari (17). A seguito della Novella del 2007 che prevede un accordo negoziale tra il debitore e il creditore, è evidente che se il piano concordatario (accettato) stabilisce che la percentuale di realizzo per i creditori è commisurata all'importo ricavato dalla cessione dei beni, il concordato non potrà essere risolto qualora non si realizzi un importo minimo per i creditori chirografari, «sia perché questo limite non è più previsto dalla legge, sia perché tale forma di concordato deve essere intesa come uno strumento esclusivo di adempimento degli obblighi assunti nella proposta» (18). Tale riferimento ad alcune problematiche teoriche emerse in sede di risoluzione del concordato preventivo si rende necessario in questa sede al fine di evidenziare come l'interpretazione in senso "processualistico" dell'art. 186 l.fall. rischi di comportare gravi disarmonie nel sistema. Lungo tale itinerario argomentativo si pensi alla discussione a dire il vero oggi più dottrinale che giurisprudenziale sulla rilevanza dell'imputabilità dell'inadempimento del debitore al piano concordatario; la giurisprudenza di legittimità propendeva inevitabilmente per la negativa (19) ma dopo il D.Lgs. n. 169 e l'avvicinamento (dogmatico) della risoluzione del concordato preventivo all'istituto generale della risoluzione contrattuale, sta ottenendo significative adesioni l'orientamento che ritiene non risolubile il concordato in cui la non fattibilità (per cause non imputabili al debitore) sopravvenga dopo l'omologazione (20). Il medesimo argomento potrebbe riproporsi con riferimento all'applicazione al concordato preventivo dell'istituto dell'impossibilità sopravvenuta. Oppure ancora se solo si pensi alla discussione, sicuramente sopita nella vigenza del testo ante 16 marzo 2005, in ordine alla legittimazione attiva del creditore a fare valere esclusivamente inadempimenti del debitore direttamente incidenti sulla propria sfera giuridica (21) e non anche inadempimenti coinvolgenti gli interessi di altri creditori e/o della massa. Oppure infine al dibattito se l'inadempimento del debitore debba riguardare l'interesse di singoli o dell'intero ceto creditorio; opzione quest'ultima che risulta probabilmente oggi più accreditata, dal momento che il venir meno della legittimazione attiva del commissario giudiziale comporta per il singolo creditore il potere di fare valere a fini risolutori qualunque inadempimento non scarsamente importante, e così anche «estraneo od esterno alla sua posizione giuridica ma che possa incidere ugualmente sull'obiettivo del debitore concordatario, della sistemazione della crisi d'im-

Note:

(15) Sul tema evidentemente la letteratura è molto ampia; ci sia consentito fare riferimento a S. Ambrosini - P.G. De Marchi, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005; M. Fabiani, *Commento* sub *art. 6-7 l.f.*, in Comm. A. Jorio - M. Fabiani (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, I, Bologna, 2007, 104-168; Guglielmucci, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, cit.; Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011; A. Maffei Alberti, *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit; P. Marano, *Commento* sub *art. 182* e sub *art. 186 l.f.*, in Comm. A. Jorio - M. Fabiani, Bologna, 2007, II, 2524-2532 e 2609-2614; Racugno, *Profili di diritto sostanziale*, cit., 470-557; Rago, *L'esecuzione del concordato preventivo*, cit.; P. Sisinni, *Commento sub art. 186 l.f.*, in A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro. (a cura di), *La legge fallimentare dopo la riforma*, III, Torino, 2010, 2363-2371; Tedeschi, *Manuale del nuovo diritto fallimentare*, cit.; M. Vitiello, *Commento sub art. 186 l.f.*, in *Commentario Lo Cascio*, 1663-1672; Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedura concorsuali*, cit.

(16) Cfr. S. Ambrosini, *Concordato preventivo: limiti del controllo giudiziale*, in *www.ilcaso.it*, 2007; A.C Marrollo, *La risoluzione del concordato preventivo e la successiva dichiarazione di fallimento nella riforma della legge fallimentare; vige ancora la cosiddetta prosecuzione delle procedure?*, in questa *Rivista*, 2007, 444.449; nonché in giurisprudenza Trib. Venezia 2 ottobre 2008, cit.

(17) Cfr. tra tutte Cass. 21 gennaio 1993 n. 709, in questa *Rivista*, 1993, 807.

(18) Cfr. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 694, che fa anche riferimento alla posizione contraria di Cass. 31 marzo 2010 n. 7942 in *Banca dati De Jure*, relativa ad un concordato risolto nel 2000.

(19) Cfr. Cass. 20 giugno 2011 n. 13446 in *Banca dati De Jure*, che statuisce sulla risoluzione di un concordato preventivo pronunciata nel 1998.

(20) Cfr. A. Penta, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo: rilevanza della percentuale offerta e della fattibilità del piano*, in questa *Rivista*, 2010, 860-868; nonché de jure condendo Vitiello, *Commento* sub *art. 186*, cit., 1663-1672.

(21) Cfr. M. Ferro, *Il concordato preventivo: l'omologazione e l fasi successive*, in *Commentario Jorio-Fabiani*, II, 1029-1135; Penta, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo: rilevanza della percentuale offerta e della fattibilità del piano*, cit., 860-868.

presa» (22). È altrettanto evidente che in caso di suddivisione dei creditori in classi qualche perplessità può sorgere in relazione alla legittimazione del creditore a fare valere inadempimenti del debitore riguardanti una classe diversa rispetto a quella di appartenenza. Da ultimo, e con più esplicito riferimento alla sentenza della corte d'Appello che pure pur sembrando aderire alla tesi in senso "processualistico" dell'art. 186 l.fall. applica la disciplina in vigore prima del 16 marzo 2005, la discussione riguarda l'ammissibilità di una risoluzione anticipata del concordato preventivo qualora per circostanze sopravvenute vi sia una ragionevole previsione che i creditori chirografari non possano essere soddisfatti nemmeno in minima parte (23), A tal riguardo va osservato che prima della Novella del 2007 una certa rilevanza aveva quell'orientamento perlopiù diffuso nella giurisprudenza di merito (24) in forza del quale il giudizio di risoluzione era possibile solo a posteriori, e cioè quando tutti i beni ceduti fossero stati venduti e risultassero estinti tutti i rapporti giuridici patrimoniali del debitore, nonostante prevalesse la tesi favorevole alla risoluzione anticipata poiché «sostenere il contrario avrebbe significato costringere gli organi della procedura ad un'inutile attesa pregiudizievole per gli interessi dei creditori» (25). Dibattito oggi del tutto superato, poiché non ha più senso alcuno un giudizio prognostico sull'esito della liquidazione, dovendosi solo provvedere alla vendita del patrimonio del debitore e al raffronto tra quanto proposto e quanto effettivamente attribuito ai creditori, il cui risultato costituisce anche la misura dell'inadempimento del debitore (26).

Sulla base pertanto dell'idea che la legittimazione attiva e le modalità del procedimento non possano essere tenute separate dagli interessi sostanziali che il processo è chiamato a tutelare, si ritiene preferibile una interpretazione dell'art. 186 l.fall. in forza della quale il procedimento di risoluzione e le disposizioni legislative ivi applicabili siano quelle vigenti alla data dell'omologa del concordato di cui si chiede la risoluzione, momento (quello dell'omologa) in cui vengono definitivamente fissati gli obblighi assunti dal debitore nei confronti dei creditori e discusse le opposizioni di questi ultimi. Ciò in virtù della perfetta compatibilità (letterale e sistematica) nonché dell'assenza di ogni interferenza dell'art. 2, II *bis* che si riferisce «ai procedimenti di concordato preventivo pendenti e non ancora omologati alla data del 16 marzo 2005» con l'art. 22 il quale disciplina i «procedimenti per dichiarazione di fallimento [...] le procedure concorsuali e di concordato fallimentare aperte successivamente alla sua entrata in vigore», non essendo in esso sussumibile il procedimento di risoluzione del concordato preventivo poiché non è «una procedura concorsuale» né «un procedimento per dichiarazione di fallimento» (27). Ne deriva quale corollario dell'interpretazione suggerita che dovrebbe essere superata la discussione sulla disciplina applicabile ai concordati omologati prima del 16 marzo 2005, non solo se il procedimento di risoluzione sia iniziato a fare data dal 16 luglio 2006 ma anche se esso sia ancora pendente alla data dell'1 gennaio 2008 poiché la normativa applicabile sarà quella vigente alla data dell'omologa, e ciò si badi non perché l'art. 186 l.fall. vada interpretato in senso "sostanzialistico". Così come non dovrebbe più avere una particolare rilevanza la discussione sul venir meno della legittimazione attiva del commissario giudiziale in caso di concordato preventivo omologato prima del 16 marzo 2005 con procedimento di risoluzione iniziato dopo l'1 gennaio 2008. Oppure ancora la normativa applicabile ad un procedimento di risoluzione di un concordato preventivo omologato tra il 16 marzo 2005 e il 16 luglio 2006 con istanza di risoluzione depositata dopo l'1 gennaio 2008 (28), poiché a regolare il procedimento di risoluzione e la natura dell'inadempimento sarà la disciplina in vigore alla data dell'omologa come appunto stabilisce l'art. 2, II *bis* del D.L. n. 35 (29).

Note:

(22) Marrollo, *L'inadempimento nella risoluzione del concordato preventivo dopo il D. Lgs. 12 settembre 2007 n. 169*, cit., 982-983.

(23) Cfr ancora Cass. 31 marzo 2010 n. 7942 in *Banca dati De Jure.*

(24) Cfr. Trib. Napoli 6 marzo 1997, in questa *Rivista*, 1997, 1223.

(25) Cfr Cass. 21 gennaio 1993 n. 709, cit.

(26) In questo senso Bozza, *Il vecchio, l'attuale e il (forse) prossimo art. 173, ult. parte, della legge fallimentare*, cit., 699; di diverso avviso P. Bosticco, *La ''resurrezione giurisprudenziale'' dell'art. 173 l.f. e la difficile distinzione tra atti in frode e sopravvenienze inattese*, in questa *Rivista*, 2007, 1443-1452.

(27) Sul punto si veda ancora App. Catania 8 novembre 2010, cit.

(28) Sul tema si veda R. Bellè, *Commento* sub *Disciplina transitoria*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova 2011, 2550-2555, in cui l'Autore indica in maniera particolarmente efficace i rapporti tra le Novelle 2005-2007 e la risoluzione del concordato preventivo nonché il procedimento per la successiva dichiarazione di fallimento, giungendo a conclusioni parzialmente diverse rispetto a quelle indicate nel presente commento.

(29) Sul tema occorre senza dubbio vedere F.S. Filocamo, *Commento* sub *art. 186 l.f.*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare*, Padova, 2011, 2230-2250; G. Lo Cascio, *Il nuovo fallimento: riflessioni sugli aspetti processuali e sulla disciplina transito-*

(segue)

4. Per alcune notazioni sul principio dell'automatica ''consecuzione delle procedure concorsuali''

Anteriormente al D.L. n. 35 del 2005 vigeva senza dubbio il c.d. principio della "consecuzione delle procedure fallimentari", principio giuridico inespresso ma dotato di una notevole capacità di armonizzazione del sistema, con il quale si tutelavano i fondamentali interessi dei creditori attraverso il principio della certezza dei rapporti giuridici. Con esso si afferma sulla base di una concezione unitaria dell'insolvenza che il fallimento che consegue ad una precedente procedura concorsuale costituisce un'evoluzione della medesima situazione d'insolvenza, cosicché gli effetti che ne conseguono retroagiscono sin dall'inizio della prima procedura, tanto che il fallimento viene dichiarato senza ulteriore istruttoria e senza alcuna istanza da parte dei creditori (30). È pur vero che il D.L. n. 35 aveva introdotto il concetto di «stato di crisi» in luogo di quello tradizionale di «insolvenza» quale presupposto per il ricorso al concordato preventivo ma aveva lasciato inalterate oltre al principio dell'officialità della dichiarazione di fallimento *ex* art. 6 l.fall. anche tutte quelle norme (artt. 162, 163, 173, 179 l.fall.) che consentivano di ribadire l'automatica "consecuzione delle procedure". Eppure ciò nonostante subito autorevole dottrina (31) e parte della giurisprudenza di merito (32) avevano iniziato a dubitare del permanere del potere officioso del tribunale di dichiarare il fallimento (e così del principio della "consecuzione delle procedure"), e ciò, ancora prima che il D.Lgs. n. 5 del 2006 abrogasse formalmente il c.d. "fallimento d'ufficio" modificando in tal senso l'art. 6 l.fall. In ogni caso sarebbe ben presto divenuta maggioritaria la tesi già affermatasi successivamente al D.L. n. 35 in forza della quale il tribunale a seguito del decreto di inammissibilità *ex* artt. 162, 173 l.fall. e in caso di mancata omologazione del concordato preventivo non potesse automaticamente e d'ufficio dichiarare il fallimento dell'imprenditore ma vi avrebbe dovuto provvedere solo su impulso del P.M. o di un creditore e solo dopo averne verificato i presupposti. Ne derivava che appena dopo il D.Lgs. n. 5 del 2006 autorevole dottrina riteneva implicitamente abrogate quelle norme in tema di concordato preventivo che prevedevano il potere del tribunale di dichiarare d'ufficio il fallimento (artt. 162 e 173 l.fall.) (33). Il D.Lgs. n. 169 del 2007 modificando gli artt. 162, 163, 173, 179, 180 e il terzo comma dell'art. 186 l.fall. secondo la maggioranza degli Autori avrebbe definitivamente sancito il venir meno del principio della "consecuzione delle procedure": eppure ancora oggi la tesi non è pacifica, dal momento che si ritengono ancora validi quegli stessi argomenti che venivano utilizzati per sostenerne l'esistenza nella vigenza della normativa anteriore alla Novella del 2005 (34). Viene infatti replicato all'argomento principe della dottrina favorevole al suo venir meno con l'abrogazione delle norme che ne costituivano il fondamento quello in forza del quale nonostante nell'attuale legge fallimentare non vi siano più meccanismi che garantiscono l'omogeneità della situazione di difficoltà sulla base delle due procedure (e ci pare che in questa direzione vada anche l'introduzione nell'art. 186 *bis* l.fall.

Note:
(segue nota 29)

ria, in questa *Rivista*, 2006, 751-759; L. Panzani, *La nuova disciplina del fallimento e la disciplina transitoria*, in questa *Rivista*, 2006, 1219-1224.

(30) Con riferimento alla giurisprudenza di legittimità cfr. Cass. 18 luglio 1990, n. 7339, in questa *Rivista*, 1990, 945; Cass. 2 maggio 1994, n. 4240, in questa *Rivista*, 1994, 1147, con nota di M. Fabiani, *Retrodatazione del periodo sospetto per gli atti di soci illimitatamente responsabili*; Cass. 7 maggio 1991, n. 5025, in Foro it., 1992, I, 152, con nota di M. Fabiani; più recentemente Cass. 14 febbraio 2006, n. 3156, in *Diritto fallimentare*, 2007, II, 269.

(31) Cfr. Guglielmucci, *La riforma in via d'urgenza della legge fallimentare*, cit., 93 e 113.

(32) Trib. Treviso 15 luglio 2005, in questa *Rivista*, 2006, 63; Trib. Pescara 20 ottobre 2005, in questa *Rivista*, 2006, 56.

(33) Fabiani, *Commento agli artt. 6-7 l.f.*, cit., 136 ss.; I. Pagni, *Commento agli artt. 179-180-181 l.f.*, in A. Jorio - M. Fabiani (a cura di), *Il nuovo diritto fallimentare*, Bologna 2007, II, 1507 ss.; in senso contrario senza dubbio Apice, *L'abolizione del fallimento d'ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, cit., 129 ss.. Significativa invece Cass. 12 agosto 2009 n. 18236 con nota adesiva di M. Spiotta, *Fallimento d'ufficio nel regime intermedio*, in questa *Rivista*, 2010, 157-165.

(34) Per una attenta disamina delle diverse posizioni ci pare di poter rinviare ancora ad Apice, *L'abolizione del fallimento d'ufficio e la consecuzione delle procedure concorsuali*, cit., 129 ss.; P. Catallozzi, *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*, in questa *Rivista*, 2009, 55-64. Sia anche consentito sottolineare che secondo autorevole dottrina con l'inserire tra i crediti prededucibili quelli sorti in occasione o in funzione di procedure concorsuali di cui all'art. 111, II 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 all'istituto 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; cfr. L. Guglielmucci, *Le azioni di ricostruzione del patrimonio*, in questa *Rivista*, 2007, 1045 ss.

della regolamentazione a far data dall'11 settembre 2012 del «concordato con continuità aziendale»), comunque i presupposti delle diverse procedure concorsuali rimangono i medesimi (35). In questa direzione parrebbe andare anche una recente sentenza della corte di Cassazione a giudizio della quale «le due procedure devono essere equiparate avendo a base la medesima situazione sostanziale, non potendosi dare decisivo rilievo agli aspetti procedurali [...] ed al fatto che lo stato d'insolvenza deve essere effettivamente accertato» (36). Il ragionamento ci pare metodologicamente del tutto condivisibile non tanto perché in questa sede occorra prendere una posizione in ordine ad un tema tanto complesso ma in quanto risulta convincente l'idea che occorra superare l'endiadi stato d'insolvenza/fallimento d'ufficio quali fondamenti giuridici del principio della "consecuzione delle procedure". In altri termini e a ben vedere, è il venir meno del concetto di «insolvenza» sostituito da quello di «stato di crisi» quale presupposto per il ricorso al concordato preventivo che comporta come necessario corollario dal punto di vista sistematico l'abrogazione del potere officioso del tribunale di dichiarare il fallimento, poiché non sarebbe ipotizzabile che venuto meno per le più svariate ragioni il concordato preventivo il tribunale non debba comunque svolgere una qualche istruttoria sulla natura dell'insolvenza e verificare che ancora ricorra l'interesse di un creditore o del P.M. a che venga accertata. Si ritiene pertanto che già il D.L. n. 35 avrebbe dovuto abrogare, a meno che non l'abbia tacitamente fatto, tutte quelle disposizioni della legge fallimentare che ancora prevedevano il cosiddetto "fallimento d'ufficio". Sul tema si tornerà inevitabilmente in seguito. Nel frattempo occorre evidenziare che la sentenza commentata affronta una significativa questione (strettamente correlata al tema della "consecuzione delle procedure") che anche il D.Lgs. n. 169 aveva lasciato tra parentesi, vale a dire in che modo venuto meno il concordato preventivo possa manifestarsi in concreto la richiesta di fallimento del P.M. o del creditore e quale il successivo vaglio del Tribunale (37). A dire il vero la fattispecie concreta che affronta la corte d'Appello pare ancora più complessa, poiché si dovrà verificare non solo se prima (o nel corso) della risoluzione della procedura di concordato preventivo fosse intervenuta un'istanza di fallimento e a seguito della stessa fosse già stata svolta una puntuale istruttoria *ex* art. 15 l.fall., ma anche quale la normativa intertemporale applicabile considerato che il concordato risolto di cui alla sentenza era stato omologato prima del 16 marzo 2005 e il provvedimento di risoluzione era successivo all'1 gennaio 2008.

Con riferimento alla prima questione, occorre subito dire che nella vigenza del D.L. n. 35 era prevalente la tesi che risolto il concordato preventivo si potesse comunque procedere immediatamente alla dichiarazione di fallimento poiché l'insolvenza o era già alla base del concordato preventivo o era evidentemente sopravvenuta stante l'inadempimento al concordato preventivo. È altrettanto vero che a seguito dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 5 del 2006 con l'abrogazione del "fallimento d'ufficio" si sarebbe fatta strada l'idea dell'abrogazione implicita del terzo comma dell'art. 186 l.fall. con l'ulteriore conseguenza che le problematiche da affrontare sarebbero state sostanzialmente quelle poste dal D.Lgs. n. 169. Diffusa giurisprudenza di merito sostiene oggi la tesi che nell'ipotesi in cui comunque una istruttoria pre-fallimentare sia già stata svolta positivamente dovrebbe essere dichiarato il fallimento del debitore con lo stesso provvedimento di risoluzione del concordato preventivo (38); secondo autorevole dottrina anche in assenza di una esplicita domanda di fallimento e di una precedente istruttoria pre-fallimentare *ex* art. 15 l.fall. (39).

Note:

(35) Sul punto occorre evidenziare che un significativo argomento di carattere letterale e sistematico a favore della tesi secondo la quale il principio della "consecuzione delle procedure" non risulterebbe in alcun modo abrogato ma addirittura confermato è il secondo comma dell'art. 69 *bis* l.fall. introdotto con effetto dall'11 settembre 2012 dalla legge n. 134 del 2012 di «conversione in legge con modificazioni del D.L. n. 83 del 22 giugno 2012 recante misura urgenti per la crescita del Paese», a mente della quale «nel caso in cui alla domanda di concordato preventivo segue la dichiarazione di fallimento, i termini di cui agli articoli 64, 65, 67 primo e secondo comma, e 69 decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese».

(36) Cass. 6 agosto 2010 n. 18437, con nota adesiva di P. Bosticco, *È ancora attuale la consecuzione dei procedimenti nella nuova legge fallimentare*, in questa *Rivista*, 2011, 30-40.

(37) Cfr. L. A. Bottai, *Se cessa il concordato preventivo, l'iniziativa passa ai creditori o al pubblico ministero?*, in questa *Rivista*, 2008, 234-240.

(38) Conf. Trib. Napoli 20 febbraio 2008, in questa *Rivista*, 2008, 848, cfr. anche A. Torino 11 giugno 2007 e App. Bari 6 marzo 2007 in *www.ilcaso.it*; in questo senso anche Trib. Vicenza 15 luglio 2008, inedita; di diverso avviso T. Milano 24 giugno 2010 cit. e Trib. Venezia, cit.

(39) Cfr. Pajardi-Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, cit.; una variabile di questa tesi è quella prospettata da G. Limitone, *Revocatoria concorsuale*, in *Le insinuazioni al passivo*, a cura di M. Ferro, IV, Padova, 2006, 157, secondo il quale nel provvedimento di ammissione alla procedura di concordato preventivo il tribunale dovrebbe evidenziare se il presupposto del ricorso sia lo «stato di crisi» o l'«insolvenza» in modo che essa possa essere immediatamente dichiarata (e così il fallimento) al venir meno della procedura concordataria.

Dottrina altrettanto autorevole probabilmente oggi maggioritaria giunge alle medesime conclusioni sostenendo che lo svolgimento di una nuova attività processuale contrasta con il dettato normativo degli artt. 173 e 180 l.fall., le quali disposizioni, applicabili analogicamente alla risoluzione del concordato preventivo, consentono al tribunale previa verifica dello stato d'insolvenza e la persistente istanza di un creditore o del P.M. di dichiarare il fallimento con sentenza emessa contestualmente al decreto di rigetto, di revoca dell'ammissione o di accoglimento dell'istanza di risoluzione (40). Da ultimo, a tali posizioni fa eco un orientamento diverso, secondo il quale in ogni caso il fallimento potrebbe essere dichiarato solo a seguito di conferma dell'iniziativa dei soggetti di cui all'art. 6 e comunque previo esaurimento di (ulteriore) procedimento di cui all'art. 15 l.fall. nel quale sia assicurato il contraddittorio con il debitore (41). Ci parrebbe preferibile quest'ultima prospettazione, senza dubbio applicabile anche alla risoluzione del concordato preventivo e probabilmente anche nella vigenza del D.Lgs. n. 35, nonostante si sia ben consapevoli che la dottrina prevalente discute dell'abrogazione dell'art. 186, III l.fall. solo a partire dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5.

5. La disciplina normativa applicata alla declaratoria di fallimento

La questione è quella relativa al procedimento da seguire ai fini della dichiarazione di fallimento del debitore a seguito della risoluzione del concordato preventivo, considerato che si tratta della risoluzione *ex* art. 186 l.fall. di un concordato preventivo omologato prima dell'entrata in vigore del D.L. n. 35 (in vigore dal 16 marzo 2005) con procedimento instaurato dopo la vigenza del D.Lgs. n. 169 (in vigore dall'1 gennaio 2008). Il problema è risolto dalla corte d'Appello con il medesimo metodo (eclettico ma prudente) con il quale aveva affrontato il tema della normativa intertemporale applicabile al procedimento di risoluzione: indicazione delle diverse disposizioni (intertemporali) astrattamente applicabili e verifica (positiva) rispetto al caso concreto dell'esistenza degli elementi costituivi di ciascuna. A ben vedere il tema può essere impostato in questi termini: o si ritengono ri-proponibili anche rispetto a tale questione i medesimi orientamenti indicati con riferimento alla procedura di risoluzione del concordato preventivo dalle diverse corti di merito che sono state investite della questione (cioè distinguendo il contenuto dell'art. 186 l.fall. in disposizioni di natura processuale e di diritto sostanziale) cosicché nel caso in cui si dovesse propendere per una lettura in senso "sostanzialistico" dell'art. 186 l.fall. si dovrebbe concludere per l'applicazione della normativa vigente alla data dell'omologa. Oppure si considera stringente la lettera dell'art. 22 del D.Lgs. n. 169 e si ritiene che tra il procedimento di risoluzione del concordato e quello di fallimento vi sia uno iato prima ancora giuridico che temporale. Il processo di risoluzione non sarebbe allora nemmeno regolato dall'art. 22 del D.Lgs. n. 169 ma dall'art. 186 l.fall., affermandosi conclusivamente che a prescindere dalla data del provvedimento di omologa e della risoluzione del concordato preventivo comunque sarebbero le norme di cui al D.Lgs. n. 169 a regolare il procedimento per la dichiarazione di fallimento successivo alla risoluzione del concordato (42). Ci parrebbe senza dubbio preferibile quest'ultima impostazione; ad essa potrebbe però essere obiettato che in tal modo si indica una disciplina per il procedimento di risoluzione del concordato preventivo diversa da quella prevista per la dichiarazione di fallimento (43). Con l'ulteriore eccezione che ad applicare tali conclusioni alla fattispecie di cui alla corte d'Appello il procedimento di risoluzione andrebbe regolato dal testo dell'art. 186 l.fall. in vigore alla data dell'omologa mentre la declaratoria di fallimento dalla normativa introdotta dal D.Lgs. n. 169. In tal caso si porrebbe anche il problema della dichiarazione d'ufficio del fallimento nonostante la lettera del terzo comma dell'art. 186 l.fall. non fosse stata espressamente abrogata (nemmeno dal D.Lgs. n. 5 del 2006). Alla prima obiezione ci pare di poter replicare che tale conseguenza altro non è se non l'effet-

Note:

(40) Cfr. Racugno, *Profili di diritto sostanziale*, cit., 544; Vitiello, *Commento* sub *art. 186 l.f.*, cit., 1671.

(41) Cfr. Fauceglia, *Esecuzione, risoluzione e annullamento del concordato preventivo*, cit., 1771.

(42) A tal proposito occorre ricordare che seppure per regolare fattispecie concrete diverse è intervenuta ripetutamente la Suprema Corte; tra tutte ci pare significativa Cass. n. 6705 del 19 marzo 2010, in *Banca dati De Jure*, che ha evidenziato come la disciplina modificativa del decreto correttivo è destinata ad essere applicata da ogni punto di vista, sostanziale e formale, a tutti i procedimenti per dichiarazione di fallimento comunque pendenti alla data dell'1 gennaio 2008, «e ciò sia per la fase prefallimentare che si conclude con la sentenza di fallimento, sia per quest'ultima e per tutte le successive fasi d'impugnazione ivi compreso il ricorso per cassazione [...]».

(43) Ci pare in questo senso anche App. Torino 17 luglio 2008, con nota sostanzialmente adesiva di Genoviva, *Rigetto della proposta di concordato preventivo e e dichiarazione di fallimento: questioni di diritto processuale transitorio*, cit., 51-64.

to della necessaria divaricazione tra il procedimento di risoluzione e quello di fallimento, in perfetta coerenza con i diversi interessi che i procedimenti stessi sono deputati a tutelare. La seconda risulta forse superabile attraverso una interpretazione evolutiva del D.L. n. 35 abrogante il terzo comma dell'art. 186 l.fall. in vigore alla data del 16 marzo 2005 (44). Rispetto al procedimento per la dichiarazione di fallimento sono allora sostanzialmente da condividere le conclusioni della corte d'Appello, non tanto perché alla declaratoria di fallimento debba trovare applicazione la normativa in vigore al 16 marzo 2005, quanto perché la corte delinea l'itinerario logico-argomentativo del tribunale di Chieti come in grado di soddisfare anche i requisiti richiesti dal D.Lgs. n. 169, ed in linea con la sua interpretazione nettamente maggioritaria. Tale ricostruzione infatti evidenzia come lo svolgimento di una nuova attività processuale successivamente alla risoluzione del concordato sembra contrastare con il dettato normativo degli artt. 173 e 180 l.fall., applicabili analogicamente, i quali consentono al tribunale, in presenza di una precedente richiesta di fallimento e/o di una tale istanza contenuta nell'atto introduttivo del procedimento di risoluzione, di dichiarare il fallimento con sentenza emessa contestualmente all'accoglimento della risoluzione stessa.

Nota:

(44) Già a seguito della modifica dell'art. 111 Cost. autorevolissima dottrina aveva dubitato della compatibilità con il nuovo precetto costituzionale del potere officioso del Tribunale di dichiarare il fallimento all'esito del rigetto della proposta di concordato preventivo; cfr. G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, V ed., Milano, 2001, 215.

LIBRI

COLLANA: **Commentari**

Processo civile – formulario commentato

I procedimenti speciali – II ed.

con CD-Rom

Diretto da Claudio Consolo e Vincenzo Mariconda

Il volume, inserito all'interno della Collana "Commentari", contiene tutte le **formule** relative ai **procedimenti speciali** del processo civile:
- il procedimento di **ingiunzione**
- il procedimento per **convalida di sfratto**
- i procedimenti **cautelari** e **possessori**
- i procedimenti in materia di **famiglia** e di **stato delle persone**
- la **copia** e la **collazione** di atti pubblici
- i procedimenti relativi all'**apertura delle successioni**
- lo **scioglimento di comunioni**
- il processo di **liberazione** degli **immobili** dalle **ipoteche**
- l'**arbitrato**

Particolare attenzione è dedicata alle **novità** introdotte **dal d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150**, in materia di **riduzione** e **semplificazione** dei procedimenti civili di cognizione.

Ogni articolo di riferimento è strutturato in quattro "moduli": un **inquadramento funzionale** che rappresenta un ampio e utile commento d'autore; un breve paragrafo che suggerisce gli **errori da evitare**; la **formula** in senso stretto; una **rassegna della giurisprudenza** più significativa, di legittimità e di merito.

Il **Cd-Rom** allegato contiene oltre **300 formule**, utilizzabili con qualunque sistema di videoscrittura ed **adattabili al caso specifico**.

Ipsoa 2012, pagg. 2100, Euro 145,00

Per informazioni e acquisti
- ***Servizio Informazioni Commerciali*** *(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)*
- ***Agente Ipsoa di zona*** *(www.ipsoa.it/agenzie)*
- ***http://ipshop.ipsoa.it***

Prime applicazioni dell'art. 161, sesto comma, l.fall.

L'ammissione al concordato preventivo "con riserva"

Tribunale di Roma, 14 novembre 2012 - Pres. Vannucci - Vannucci - Ecosider S.r.l.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Gruppo di imprese - Competenza territoriale - Sede legale in luoghi diversi - Accertamento della sede effettiva - Pendenza di istanze di fallimento presso più tribunali - Irrilevanza

(legge fallimentare artt. 9 comma 1, 161 comma 1, 6 e 10)

In presenza di più domande di concordato con riserva collegate, depositate da società appartenenti ad un unico gruppo ed aventi la sede legale in luoghi diversi, sussiste la competenza territoriale del tribunale del luogo in cui esse dimostrano di avere in effetti la sede principale, nonostante la pendenza di procedimenti per dichiarazione di fallimento presso i tribunali nei quali si trovano le rispettive sedi legali.

Il Tribunale (omissis).
Che il ricorso recante la domanda di ammissione al concordato preventivo formulata dalla Ecosider S.r.l. si riferisce altresì a ulteriori sette domande, di identico contenuto, rispettivamente formulate da società appartenenti allo stesso gruppo (...); che al ricorso sono allegati i bilanci di Ecosider relativi agli ultimi tre esercizi, nonché la decisione assunta dall'amministratore unico di tale società (...) ai sensi dell'art. 152 l.fall. (i cui precetti sono richiamati dall'art. 161, quarto comma, l.fall.); (...) che, sempre dalle iscrizioni eseguite nei registri delle imprese, risulta del pari che anche le società (...) hanno sede in comuni non compresi nel circondario di questo tribunale; che, a ciò sollecitata da questo tribunale (decreto del 25 ottobre 2012), con memoria depositata il 2 novembre 2012 la ricorrente, al pari delle altre sette società sopra menzionate: (...) ha ribadito che, in contrasto con le iscrizioni eseguite nei registri delle imprese, in Roma si trovano le sedi effettive delle società Ecosider, Ecobonifiche, PB Oil, Finchemilab, Olchima - Oleochimica Maurizio, tutte assoggettate alla direzione coordinamento di Finambiente; che a sostegno di tale ultima asserzione sono stati depositati documenti riferibili a ciascuna delle società non aventi in Roma la propria "sede legale" (...); che, pertanto, alla luce di tali elementi indiziari di fatto, unitariamente considerati, deve affermarsi la competenza di questo tribunale a conoscere, oltre che della domanda dell'odierna ricorrente, anche delle istanze di ammissione a concordato preventivo rispettivamente presentate (con unico ricorso) dalle società Ecobonifiche, PB Oil, Finchemilab, Olchima - Oleochimica Maurizio; che, in funzione della determinazione del termine di cui all'art. 161, sesto comma, l.fall., si evidenzia che: presso questo tribunale pende istanza per la dichiarazione di fallimento di Finambiente; presso il tribunale di Sassari pende istanza per la dichiarazione di fallimento di PB Oil; presso il tribunale di Cagliari pende istanza per la dichiarazione di fallimento di Ecobonifiche; che, pertanto, si impone l'assegnazione a tutte le società del gruppo del medesimo termine di cui all'art. 161, ultimo comma, l.fall.; *(omissis)*.
(Omissis).

Tribunale di Napoli, 31 ottobre 2012 - Pres. Di Nosse - Rel. Campese - Astir S.p.a. in liquidazione

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Verifica dei presupposti processuali e delle condizioni soggettive ed oggettive della domanda - Obbligatorietà - Sussistenza

(legge fallimentare art. 161 comma 6)

In tema di concordato preventivo con riserva, il Tribunale, ancor prima di riscontrare se al ricorso siano allegati i bilanci degli ultimi tre esercizi e se il debitore non abbia già proposto nei due anni antecedenti analoga istanza, deve verificare la sua competenza territoriale, la legittimazione ad agire del proponente - sotto il profilo dei requisiti soggettivo ed oggettivo - e l'adempimento di cui all'art 152 l.fall.

Il Tribunale (omissis).
Il nuovo art. 161, sesto comma, l.fall. distingue tra momento di presentazione del ricorso (la domanda di ammissione) e momento di presentazione della proposta e del piano (modalità dell'accordo che si intende proposte ai creditori e contenuto del piano di risanamento), operando una separazione, un distinguo, tra aspetto più tipicamente giurisdizionale della procedura di ammissione (la presentazione del ricorso) ed aspetto negoziale (il piano di risanamento ed il programma ai creditori). Il ricorso rappresenta, così, l'atto introduttivo della procedura, l'unico atto giurisdizionale depositato dalla parte e che segna l'inizio della procedura stessa. In quanto tale esso deve avere la forma di un atto giurisdizionale, sindacabile già nella fase iniziale per quanto attiene ai profili di legittimità nei limiti della rilevabilità d'ufficio. Con la presentazione del ricorso, pertanto, il Tribunale, ancor prima di riscontrare se al primo siano allegati i bilanci degli ultimi tre esercizi e se il debitore non abbia già proposto nei due anni antecedenti analoga istanza, il potrà/dovrà verificare: la sua competenza territoriale; l'esistenza dei requisiti soggettivo ed oggettivo in capo al proponente al fine di riscontrarne la legittimazione ad agire; l'adempimento di cui all'art 152 l.fall. Una siffatta conclusione sembra, peraltro, avvalorata dal rilievo, di carattere letterale, che il nuovo sesto comma dell'art. 161 l.fall. consente all'imprenditore di riservarsi la produzione della documentazione prevista dai commi secondo e terzo, e non invece di quella necessaria al fine del riscontro della competenza e dei suddetti requisiti soggettivo e oggettivo (del resto, la previsione, introdotta in sede di conversione, che con la domanda devono essere presentati i bilanci, è evidentemente finalizzata proprio a consentire una siffatta verifica). Appare così maggiormente condivisibile, allo stato, l'opinione di chi ha affermato che il controllo del Tribunale, al fine di evitare una strumentalizzazione ed un potenziale abuso dell'istituto da parte di alcune categorie di debitori, non debba essere meramente formale (diretto, cioè, a verificare domanda, bilanci e condizione di ammissibilità della mancata presentazione di altra analoga istanza), e ciò in considerazione dell'automaticità degli effetti scaturenti dalla pubblicazione, nel Registro delle Imprese, della domanda di concordato: effetti, caratterizzati da rilevante importanza ed incisività, destinati a ripercuotersi in modo imponente su di un vasto ventaglio di soggetti estranei all'impresa.
(Omissis).

Tribunale di Pistoia, 30 ottobre 2012 - Pres. D'Amora - Rel. D'Amora - Studio Domus S.r.l.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Verifica dei presupposti processuali e delle condizioni soggettive ed oggettive della domanda - Adempimenti ex *art. 152 l.fall. - Necessità - Esclusione*

(legge fallimentare artt. 161 commi 4 e 6, 152)

In tema di concordato preventivo con riserva, l'ammissibilità della domanda non può essere condizionata alla produzione di documenti diversi da quelli espressamente previsti dalla legge (bilanci degli ultimi tre esercizi) o necessari per la verifica della competenza del tribunale adito (certificato del registro delle imprese) e prescinde sia dalla verifica del superamento delle soglie di non fallibilità di cui all'art. 1 l.fall., sia dalla osservanza degli adempimenti di cui all'art. 152 l.fall.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Contratti pendenti - Autorizzazione allo scioglimento - Ammissibilità - Esclusione - Autorizzazione alla sospensione - Ammissibilità

(legge fallimentare artt. 161 commi 4, 6 e 7, 169 bis*, 182* quinquies*, 182* sexies*)*

L'imprenditore commerciale che ha depositato domanda di concordato preventivo con riserva può essere autorizzato a sospendere l'esecuzione di contratti in corso, ma non anche a sciogliersi dagli stessi, potendosi l'art. 169 *bis* l.fall. applicare esclusivamente in presenza di una proposta e di un piano di concordato preventivo già depositati.

Il Tribunale (omissis)
Ritiene il Collegio che, oltre quello ovvio della competenza territoriale (certificato camerale storico) e quello di corredo documentale normativamente previsto (bilanci relativi agli ultimi tre esercizi), unico presupposto di accesso sia quello relativo alla legittimazione attiva. Ciò significa che il ricorrente deve essere imprenditore commerciale. La giurisprudenza nota allo stato richiede l'ulteriore prova del sovradimensionamento *ex* art. 1. La conclusione non pare al Collegio così scontata. (...) Nel procedimento *ex* art. 161, sesto comma, non è previsto il deposito della relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, né il tribunale può pretendere produzioni esorbitanti la previsione normativa. Ne consegue che, ove il sovradimensionamento non risulti dai bilanci, tale evidenza non sarà preclusiva alla fissazione del termine, ma la questione dovrà essere esaminata in sede di eventuale ammissione alla procedura di concordato. (...) Ulteriore e delicata questione è quella della documentazione delle formalità di

cui all'art. 152. (...) L'art. 152, dettato in materia di concordato fallimentare, presuppone l'allestimento di una proposta completa nel suo contenuto tant'è che il, secondo comma, richiama espressamente le "condizioni del concordato" e la rubrica della norma è "proposta di concordato". Tutto ciò è compatibile con la "domanda" di concordato preventivo *ex* artt. 160 e 161, primo comma, in quanto contenente la proposta sulla base del piano e, dunque, è indicativa delle "condizioni del concordato". Appare evidente, al contrario, l'estraneità di tale meccanismo alla domanda *ex*, sesto comma, dell'art. 161, che non contiene né proposta, né piano e, dunque, non prevede alcuna "condizione del concordato". Di più: la proposta non soltanto non è ancora presente, ma potrebbe non esserlo mai sia perché non verrà depositato alcunché, sia perché l'imprenditore sceglierà la strada di una procedura diversa (in particolare opterà per la domanda di omologa di un AdR, istituto che non richiama affatto l'art. 152). (...) È anche da osservare che la questione della pubblicità è, di fatto, superata dalla previsione della pubblicazione del ricorso ai sensi del quinto comma dell'art. 161, norma certamente applicabile anche alla domanda prenotativa come risulta dalla modifica dell'incipit dell'art. 166 (pubblicazione del ricorso). In conclusione, legittimato per le società a sottoscrivere e presentare la domanda *ex* art. 161, sesto comma, è il soggetto che rivesta la funzione di legale rappresentante (per le società di persone i soci rappresentativi della maggioranza assoluta del capitale); non necessita in questa fase la documentazione tramite verbale notarile; la pubblicità è quella di cui al quinto comma dell'art. 161 *(omissis)*.
Ciò che l'art. 169 *bis* dice o, meglio, non dice è che la regola debba applicarsi anche alla domanda ai sensi dell'art. 161, sesto comma e il silenzio è del tutto significativo in quanto il legislatore lo ha espressamente detto in caso contrario: emblematici sono i vicini esempi di cui all'art. 182 *quinquies*, primo comma, all'art. 182 *quinquies*, quarto comma, all'art. 182 *sexies*, primo comma. L'operazione ermeneutica di ritenere che solo nel caso di cui all'art. 169 *bis* il riferimento al "ricorso di cui all'art. 161" sia omnicomprensivo non regge per le evidenti asimmetrie che ne conseguirebbero (...) La ragionevolezza della estensione prevista dai commi 1 e 4 dell'art. 182 *quinquies* sta nel fatto che l'autorizzazione del tribunale presuppone l'attestazione del professionista designato dal debitore in ordine alla migliore soddisfazione dei creditori (...) Diversamente lo scioglimento dai contratti in corso *ex* art. 169 bis costituisce misura estrema d'incidenza sullo statuto del creditore (davvero di difficile declinazione con la privatizzazione del concordato e la sua pretesa visione in termini di pura contrattualità, visione per altro ulteriormente indebolita dal nuovo meccanismo di voto *ex* art. 178, quarto comma). (...) Non si vede, allora, quale elemento valutativo potrebbe essere fondante l'autorizzazione del tribunale in una fase antecedente al deposito della proposta e del piano. Inutile pretendere progressive *discovery* da parte del debitore fino al momento in cui non si è consolidata la proposta, potendo essa subire alterazioni successive fino alla decisione di non presentare proposta alcuna. Del resto, se dopo l'eventuale autorizzazione allo scioglimento dal contratto, nonostante le precedenti e diverse *discovery* (per nulla impegnative) l'imprenditore optasse per la soluzione AdR, ne discenderebbe allora la traslazione surrettizia dell'istituto concordatario dell'art. 169 bis anche nell'AdR, ove esso non risulta previsto. Né al Collegio sembra possibile riproporre la questione sotto il profilo dell'autorizzazione agli atti di straordinaria amministrazione *ex* comma 7 dell'art. 161 (ammesso e non concesso che si possa ravvisare un'urgenza tale da rendere l'atto non prospettabile nella fase successiva). (...) Inoltre, lo scioglimento dal contratto pendente non sembra costituire né atto di ordinaria, né di straordinaria amministrazione di gestione dell'impresa, ma istituto peculiare della procedura concordataria, che sfugge alla distinzione. Ove così non fosse, il debitore potrebbe sciogliersi *motu proprio*, né più né meno di come è in grado di porre in essere atti gestionali di qualsiasi genere, prima della procedura. In altri termini, l'autorizzazione allo scioglimento non incide sul piano degli effetti dell'atto (atto inefficace *ex* art. 167 o scrutinabile *ex* art. 173), ma sostanzia l'atto, creando l'istituto. (...) Da ultimo e proprio in riferimento alla sospensione, osserva il Collegio che quanto fin'ora detto in tema di scioglimento non sembra valere per il più limitato istituto della sospensione. La regola di cui primo periodo del primo comma dell'art. 169 *bis* ("il debitore nel ricorso di cui all'art. 161 può chiedere...") sembra espressamente posta in riferimento all'istituto di carattere sostanziale ovvero lo scioglimento, mentre per quello di tipo procedimentale descritto al periodo secondo la formulazione sembra più generica ed omnicomprensiva. In definitiva, la "richiesta" del debitore sembra poter pervenire in qualunque momento e soprattutto in vista del congelamento dello *status quo* finalizzato alla predisposizione della proposta, nella fase in cui, non essendo ancora predisposto il piano, non è dato conoscere la sorte del contratto in corso, che potrebbe essere come non essere funzionale alla futura proposta.
(Omissis).

Tribunale di Salerno, 25 ottobre 2012 - Pres. Russo - Rel. Jachia - I.S.C. S.p.a.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Contratti pendenti - Autorizzazione allo scioglimento - Ammissibilità - Sindacato del tribunale - Insussistenza

(legge fallimentare art. 161 comma 6 e 169 bis*)*

Il debitore può chiedere al tribunale, con la domanda di concordato preventivo con riserva, l'autorizzazione allo scioglimento da contratti pendenti, in quanto, in assenza di criteri cui parametrare l'autorizzazione *ex* art. 169

***bis* l.fall., la stessa può configurarsi anche come una presa d'atto, da parte del tribunale, di un diritto potestativo del debitore, il quale a maggior ragione va riconosciuto laddove questi espliciti le ragioni di convenienza dello scioglimento rispetto all'interesse futuro dei creditori.**

Il Tribunale (omissis)
letta la successiva istanza volta a richiedere al Collegio l'autorizzazione allo scioglimento del contratto di affitto di ramo di azienda stipulato con Brl S.r.l. in data 6 luglio 2012 con atto autenticato dal notaio Pietro Ferrara, rep. 54025, racc. 7945; rilevato che la norma non indica un criterio in base al quale parametrare questo genere di autorizzazioni potendosi anche ritenere che si tratti di una mera presa d'atto di un diritto potestativo del debitore che sceglie di sciogliersi da un determinato rapporto giuridico nell'ambito di un proprio disegno imprenditoriale che nel caso del pre-concordato non è obbligatorio comunicare al Tribunale chiamato ad attendere il deposito del piano; rilevato che però nel caso concreto la parte abbia data una spiegazione forte della convenienza ad assumere l'atto inerente all'inopportunità di continuare tale rapporto giuridico perché non più conveniente (per difficoltà nella riscossione dei canoni) e perché reputa più conveniente l'esercizio diretto dell'azienda; rilevato che emerge "ictu oculi" che il giudizio di convenienza (di spettanza in futuro dei creditori in ordine al piano) avrà come parametro il confronto tra l'ipotetica liquidazione fallimentare in cui tale bene, previo esercizio della revocatoria fallimentare, sarebbe parte del patrimonio attivo ed tra il piano di concordato preventivo in cui è del tutto opportuno che il bene sia anch'esso parte immediata dell'attivo e non mediata attraverso un contratto di affitto di azienda; rilevato peraltro che potrebbe sorgere anche una problematica inerente la responsabilità civile e penale di chi ha affittato a terzi rami di azienda (nonché di chi ha con costui interagito) individuando un contraente inaffidabile, problematica che, pur rimanendo aperta trova comunque una sua delimitazione temporale con questa autorizzazione allo scioglimento di un contratto che potrebbe essere ritenuto produttivo di una lesione al patrimonio del debitore a danno dei creditori;
(Omissis).

Tribunale di La Spezia, 25 ottobre 2012 - Pres. Gherardi - Rel. Farina - Mes S.a.s. di Mes Real Estate S.r.l.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Contratti pendenti - Autorizzazione allo scioglimento - Ammissibilità - Condizioni - Interesse della massa dei creditori - Necessità

(legge fallimentare art. 161 comma 6 e 169 bis*; art. 68 c.p.c.)*

In tema di concordato con riserva, presupposto per l'applicazione dell'art. 169 bis, l.fall. è che lo scioglimento dai contratti pendenti di cui si chiede autorizzazione al tribunale sia funzionale al miglior esito del concordato preventivo nell'interesse della massa dei creditori, non anche che esso sia necessario ai fini della sua stessa proponibilità, in quanto sarebbe inammissibile uno scioglimento da contratti ritenuti non più "convenienti" non seguito dalla proposizione della domanda definitiva di concordato.

Il Tribunale (omissis)
Dato atto che in data 1 ottobre 2012 Mes S.a.s. di Mes Real Estate S.r.l. ha depositato ricorso *ex* art. 161, sesto comma, l.fall., alla quale è stata ammessa da codesto Tribunale in data 10 ottobre 2012; dato atto che in data 15 ottobre 2012 la ricorrente ha depositato istanza *ex* art. 169 *bis* l.fall. al fine di ottenere lo scioglimento dal contratto di affitto d'azienda stipulato con la società Mes srl, successivamente integrata in data 17 e 23 ottobre 2012; dato atto altresì delle informative depositate dall'ausiliario nominato *ex* art. 68 c.p.c.; ritenuto che l'art. 169 *bis* l.fall. sia inapplicabile al caso di specie, in quanto la richiesta di scioglimento formulata dalla ricorrente condiziona - secondo quanto dalla medesima affermato - la stessa proponibilità e/o fattibilità del concordato. La richianata norma viceversa, è volta unicamente a migliorare la possibilità di riuscita della procedura concordataria a favore della massa dei creditori, la cui proponibilità tuttavia prescinde dallo scioglimento o meno dei contratti in essere; diversamente opinando e soprattutto nell'ipotesi quale quella di specie, di ricorso *ex* art. 161, sesto comma, l.fall., si arriverebbe a consentire un uso strumentale della fattispecie, laddove l'imprenditore, al solo scopo di "sciogliersi" da contratti regolarmente stipulati, ma non più ritenuti convenienti, depositasse ricorso per l'ammissione al "preconcordato", ottenesse lo scioglimento dei medesimi e non facesse seguito al deposito di domanda di concordato, con evidente nocumento per le controparti contrattuali. Alla luce di quanto esposto l'istanza deve essere rigettata *(omissis)*.
(Omissis).

Tribunale di La Spezia, 24 ottobre 2012 - Pres. Farina - Rel. Farina - Gestioni Ambientali S.n.c. di Termo Energia Calabria S.p.a.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Contratti pendenti - Autorizzazione allo scioglimento - Ammissibilità - Condizioni - Interesse della massa dei creditori - Necessità

(legge fallimentare art. 161 comma 6 e 169 bis*)*

In caso di domanda di concordato preventivo con riserva *ex* art. 161, sesto comma, l.fall., l'autorizzazione allo scioglimento dei contratti pendenti, ai sensi dell'art. 169 *bis*, l.fall., può essere autorizzato, anche prima del deposito della proposta, del piano e della documentazione prescritta dall'art. 161, commi 2 e 3, l.fall., allorquando possa valutarsi in via prognostica - anche alla luce del parere espresso dagli ausiliari nominati con il decreto di fissazione del termine - la non convenienza della prosecuzione dell'attività contrattuale ai fini del concordato, sia per la mancanza di risorse da parte dell'imprenditore, sia per l'assenza di manifestazioni di interesse al subentro nel contratto.

Il Tribunale (omissis)
Vista l'istanza dep. 17 ottobre 2012 - integrata in data 22 ottobre 2012 - dalla società ammessa alla procedura di concordato preventivo con riserva *ex* art. 161, sesto comma, l.fall. con la quale si chiede autorizzazione *ex* art. 169 *bis* l.fall. a sciogliersi da tutti i rapporti in corso di esecuzione per la gestione degli impianti di risanamento RSU del c.d. sistema Calabria Sud, mediante scioglimento della convenzione stipulata in data 17 ottobre 2000 con il Commissaro delegato per l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani nella Regione Calabria; considerato che fino ad oggi l'attività oggetto della convenzione è continuata - sia pure senza effettuazione di operazioni di manutenzione e con mera copertura dei costi - al solo scopo di consentire la continuità del servizio sulla base di modalità operative concordate tra società e Commissario per l'emergenza rifiuti; osservato tuttavia che l'assenza di operazioni di manutenzione hanno recentemente fatto emergere situazioni di pericolo ambientale e per la sicurezza dei lavoratori dell'impianto per rimediare alle quali occorrono risorse di cui la società concordataria non dispone; considerato altresì che la contnuità dell'attività, oltre che rischiosa e fonte di pericolo per l'ambiente di lavoro, non appare più un obbiettivo possibile per la procedura, posto che non sussistono ad oggi manifestazioni di interesse al subentro; ritenuto dunque che la prosecuzione dell'attività di cui alla predetta convenzione appare non più possibile sotto il profilo della funzionalità, pericolosa per l'ambiente e per i lavoratori che vi sono addetti, non conveniente per le sorti del concordato; osservato che la restituzione dovrà tuttavia avvenire garantendo alla gestione del Commissario straordinario per l'emergenza rifiuti della Regione Calabria la disponibilità di un termine per adottare le misure necessarie ad effettuare un nuovo affidamento del servizio di smaltimento dei rifiuti, termine che - tenuto conto de fatto che solo una parte assai ridotta dei rifiuti è attualmente destinata all'incenerimento, essendo la maggior parte già da ora destinata a discarica - si stima congruo indicare in trenta giorni; rilevato che la società proponente il concordato ha previsto di formare apposita classe per il credito derivante dal diritto all'indennizzo *ex* art. 169 *bis*, secondo comma, l.fall.; visto il parere degli ausiliari nominati con decreto del 25 settembre 2012; visto l'art. 169 *bis* l.fall. autorizza la società Gestioni Ambientali S.n.c. di Termo Eneegia Calabria S.p.a. a sciogliersi dalla convenzione stipulata in data 17 ottobre 2000 con il Commissaro delegato per l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani nella Regione Calabria a decorrere dal giorno 23 novembre 2012.
(Omissis).

Tribunale di Milano, 24 ottobre 2012 - Pres. Lamanna - Rel. Lupo - Camuzzi S.p.a. in liquidazione

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Verifica dei presupposti soggettivi ed oggettivi della domanda - Obbligatorietà - Limiti - Fissazione del termine per il deposito di proposta, piano e documentazione - Termine massimo - Necessità di motivazione della richiesta - Sussistenza

(legge fallimentare artt. 161 commi 6, 9 e 10, 162 e 168)

Qualora il tribunale ritenga inammissibile, per motivi di merito, la domanda di concordato preventivo ordinario presentata in pendenza di un procedimento per dichiarazione di fallimento, e conseguentemente convochi il debitore in camera di consiglio, con assegnazione di termine *ex* art. 162 l.fall. per il deposito di integrazioni, è inammissibile la rinuncia alla predetta domanda, in funzione della proposizione di una nuova domanda di concordato preventivo con riserva, in quanto ciò realizza uno sviamento abusivo dell'iter processuale, in pregiudizio del diritto del creditore istante per il fallimento.

Il Tribunale (omissis)
Non è dubbio del resto che, nel caso in cui, come accade nella presente fattispecie, la società ricorrente, dopo essere stata convocata dal tribunale sul presupposto della inammissibilità del concordato sulla base dei rilievi critici formulati a proposta e piano, anziché rendere conto dei profili di inammissibilità (eventualmente modificando la proposta), rinunci *tout court* alla domanda ma contestualmente proponga nuovo ricorso contenente altra domanda di pre-concordato, si verifichi uno sviamento abusivo dell'*iter* processuale con conseguente ingiustificato pregiudizio del diritto del creditore istante, titolare a sua volta di un interesse giuridicamente tutelato alla declaratoria di fallimento in assenza delle condizioni di ammissibilità del concordato originariamente proposto. L'effetto distorsivo che si realizza in tal modo è innegabile: la debitrice ricorrente, calibrando i tempi di presentazione prima della domanda di concordato (definitiva), poi della revoca della stessa, e infine do una nuova domanda di pre-concordato, da un lato mira a paralizzare *ad libitum* l'istanza di fallimento del creditore, dall'altro ad evitare *sine die* di rendere i chiarimenti e le integrazioni documentali di volta in volta richiesti dal tribunale a pena di inammissibilità della originaria domanda. Con riferimento al caso di specie, poi, è ancor più evidente tale deviazione funzionale, avendo la C. già presentato in data 3 febbraio 2012 una domanda inibitoria *ex* art. 182 *bis*, sesto comma, l.fall. senza farne poi seguire la presentazione dell'accordo di ristrutturazione (con conseguente cessazione degli effetti derivanti dall'inibitoria come da provvedimento in data 24 maggio 2012). Ha quindi presentato in data 30 giugno 2012 (e dunque appena 19 giorni dopo il deposito dell'istanza di fallimento da parte di BFin) la domanda di concordato preventivo poi rinunciata; ha infine presentato la nuova domanda di pre-concordato in data 1° ottobre 2012; così facendo non soltanto ha moltiplicato gli effetti dilatori, ma anche quelli protettivi secondo uno schema programmatorio certamente abusivo rispetto alla tutela che il legislatore ha reputato legittimo accordare all'imprenditore in crisi attribuendogli la facoltà di proporre una domanda di concordato o di omologa di un accordo di ristrutturazione. (...) Peraltro, non è dubbio che anche nell'area degli strumenti di composizione della crisi aziendale possa ravvisarsi abuso del diritto qualora gli istituti creati dal legislatore per far fronte alla crisi d'impresa vengano deviati dalla loro funzione tipica (...). Questa domanda di pre-concordato è peraltro inammissibile "quando il debitore nei due anni precedenti ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma (VI) alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione". Da tale norma si evince con chiarezza la tutela che il legislatore vuole comunque accordare all'interesse del creditore istante ad una pronta decisione da rendere comunque in tempi ragionevoli; e ciò, sia attraverso la fissazione del termine di 60 gg. sia attraverso la non reiterabilità a breve della medesima domanda. *(omissis)*.
***(Omissis)*.**

Tribunale di Siena, 23 ottobre 2012 - Pres. Bellini - Rel. Serrao

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Verifica dei presupposti processuali e delle condizioni soggettive ed oggettive della domanda - Obbligatorietà - Sussistenza

(legge fallimentare artt. 1, 161 commi 6, 9 e 10)

In tema di concordato preventivo con riserva, il Tribunale, dopo aver verificato che il debitore non abbia già proposto nei due anni antecedenti analoga istanza cui non abbia fatto seguito l'ammissione al concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, deve verificare la propria competenza territoriale nonché la sussistenza dei presupposti soggettivi, *ex* art. 1 l.fall., e del requisito oggettivo dello stato di crisi.

Il Tribunale (omissis)
Condizione prima di ammissibilità, prevista dalla norma, è che il debitore non abbia, nei due anni precedenti, presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione della procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. (...) Tuttavia, ritiene il Collegio che il ricorso non possa risolversi in una semplice istanza ma debba contenere, se non lo schema della proposta, gli elementi minimi per consentire al tribunale in primo luogo il controllo sulla propria competenza territoriale nonché la sussistenza, in capo al debitore, dei requisiti soggettivi (art. 1 l.fall.) e del requisito oggettivo (stato d'insolvenza o stato di crisi). Il ricorso proposto supera il vaglio di ammissibilità e regolarità. La domanda è stata approvata *ex* art. 152 l.fall. la società ha depositato misura camerale dalla quale risulta la competenza territoriale del Tribunale di Siena. I bilanci depositati consentono di ritenere sussistenti i requisiti soggettivi essendo la società al disopra di tutti i parametri. Quanto alla sussistenza dello stato di crisi, indicato dalla società ricorrente nella perdurante crisi dei consumi del settore (produzione cucine), essa può rilevarsi dalla documentazione allegata (messa in liquidazione, ricorso alla cassa integrazione guadagni, notevole esposizione debito-

ria - circa cinque milioni di euro - nei confronti di banche, fornitori ed erario). Può pertanto assegnarsi il termine richiesto, che non potrà essere superiore a giorni 60, stante la pendenza di un'istanza di fallimento.
(Omissis).

Tribunale di Ancona, 15 ottobre 2012 - Pres. Ragaglia - Rel. Ragaglia - Bocchini S.p.a. in liquidazione

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Verifica dei presupposti processuali e delle condizioni soggettive ed oggettive della domanda - Difetto di legittimazione - Concessione del termine ex *art. 162 l.fall. e 182 c.p.c. - Ammissibilità*

(legge fallimentare artt. 161 commi 6 e 9, 162 comma 1; art. 182 c.p.c.)

In tema di concordato preventivo con riserva, è applicabile il primo comma dell'art 162 l.fall., che consente al tribunale di concedere un termine per il deposito della documentazione integrativa ritenuta necessaria, ai fini della valutazione della domanda. In particolare, in ipotesi di difetto di legittimazione del soggetto che ha sottoscritto la domanda, la concessione di un termine per la sanatoria è imposta dall'art. 182 c.p.c., di cui l'art. 162 l.fall. rappresenta una specifica applicazione in sede concorsuale.

Il Tribunale (omissis)
Il tribunale deve verificare: che siano depositati con la domanda i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi; che sia posto in essere l'adempimento di cui all'art 152, secondo comma, l.fall.; che il debitore nei due anni precedenti non abbia presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato o l'omologazione di un accordo di ristrutturazione; nonché: la competenza del tribunale adito; che il ricorso sia sottoscritto dal soggetto legittimato, nonché che siano rispettate le formalità di cui all'art 152 l.fall.; la presenza del requisito soggettivo ed oggettivo per essere ammesso ad una procedura di negoziazione dello stato di crisi. Ciò posto, nel caso in esame è dato rilevare il difetto di legittimazione attiva in capo al proponete; ed invero (...) ove il ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo, ancorché con riserva di presentazione del piano, sia depositato dal liquidatore prima che sia stata iscritta al registro delle imprese la delibera di scioglimento della società e la messa in liquidazione, nonché prima dell'iscrizione della nomina del liquidatore, ancorché la delibera conferisca al liquidatore il potere di presentare la domanda di concordato, il liquidatore non può ritenersi legittimato ad agire in ragione del carattere costitutivo della iscrizione della nomina al registri imprese; che pertanto nel caso si configura un caso di difetto di legittimazione processuale (in quanto la presentazione di un ricorso per l'ammissione al concordato preventivo, pur in bianco, ha natura giurisdizionale) da parte di un soggetto che non aveva (ancora) la legale rappresentanza della società; che può trovare applicazione nel caso in esame la previsione di cui all'art 182 c.p.c., in ragione della pendenza di un giudizio, costituendo a tal fine la previsione di cui all'art. 162 l.fall. un'applicazione del principio più generale alle procedure concorsuali; che l'articolo 182, secondo comma, c.p.c, lì ove prevede che il giudice "può" assegnare un termine per la regolarizzazione della costituzione in giudizio, deve essere interpretato, anche alla luce delle modifiche apportate dall'art. 46, secondo comma, L. n. 69/2009, nel senso che il giudice "deve" promuovere la sanatoria, in qualsiasi fase e grado del giudizio e indipendentemente dalle cause del predetto difetto, assegnando un termine alla parte che non vi abbia già provveduto di sua iniziativa, con effetti *ex tunc* senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze processuali (Cass SSUU n. 9217/2010); (...) che si rende, pertanto, necessario che la parte provveda a sanare il rilevato difetto di legittimazione, procedendo alla ratifica con nuova delibera assembleare, in cui la società (il soggetto rappresentato) faccia propria la precedente decisione assunta *sine titulo* da colui che al momento del deposito del ricorso non poteva considerarsi rappresentante della società (...); che può pertanto trovare applicazione l'art. 162, primo comma, l.fall., all'uopo considerato, da un lato, che tale norma consente oltre che di integrare il piano concordatario, anche di produrre nuovi documenti nel termine concesso dal tribunale, e, dall'altro che la sanzione prevista dal 9° comma dell'art. 161 per l'ipotesi in cui la presentazione di un ricorso a mente del precedente comma 6° non faccia seguito l'ammissione al concordato, risulterebbe sproporzionata ove la declaratoria di inammissibilità della prima domanda conseguisse a carenze meramente formali suscettibile di essere sanate.
(Omissis).

Tribunale di Tortona, 8 ottobre 2012 - Pres. Delucchi - Rel. Bianchi - Praticar S.r.l. in liquidazione

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Astratta ammissibilità - Necessità - Sussistenza

(legge fallimentare artt. 111, 161 commi 6 e 7, 168 e 169 bis*)*

In tema di concordato preventivo con riserva, il Tribunale, ancor prima di fissare il termine richiesto per il deposito di proposta, piano e documentazione, deve valutare l'astratta ammissibilità dell'annunciata domanda definitiva, attraverso una delibazione sul *fumus* della non strumentalità del ricorso.

Il Tribunale (omissis)
Ritenuto che con il deposito e pubblicazione del ricorso si attiva immediatamente quell'effetto di *automatic stay ex* art. 168 l.fall. costituito dal divieto di prosecuzione e instaurazione di alcune iniziative giudiziali individuali promuovibili da parte dei singoli creditori; che inoltre il mero deposito del ricorso comporta - tra l'altro - la possibilità (di cui al nuovo comma 7 dell'art. 161 l.fall.) da parte del debitore di compiere atti di amministrazione ordinaria e straordinaria (questi ultimi previa autorizzazione del Tribunale) con collocazione dei debiti corrispondenti in prededuzione, quale debito della massa *ex* art. 111 l.fall., nonché di ottenere dal Tribunale la risoluzione da contratti in corso o la sospensione temporanea dall'esecuzione degli stessi (art. 169 *bis* l.fall.); che al fine di scongiurare che il debitore strumentalizzi l'istituto al fine di conseguire indebiti vantaggi ben lontani dalla finalità perseguita dal legislatore (e cioè la soluzione concordata della crisi aziendale), appare opportuno - senza contraddire lo spirito della riforma - affidare al Tribunale una qualche modalità di controllo preliminare di ammissibilità dell'iniziativa del debitore, controllo da effettuare prima di fissare i termini per il deposito della proposta; che quindi appare doveroso che il Tribunale valuti - seppure sommariamente - quantomeno l'astratta possibilità giuridica che il debitore possa vedere ammessa l'annunciata proposta di concordato preventivo; ciò può avvenire soltanto affidando al Tribunale una prima delibazione sul *fumus* della non strumentalità dello stesso; che quindi nel caso di specie il Collegio ritiene di imporre al ricorrente - prima della concessione dei termini per il deposito della proposta e dei documenti di cui all'art. 161 Legge fall. - l'onere di indicare: 1. eventuali impegni negoziali di terzi o altre circostanze costituenti il presupposto indefettibile o principale della fattibilità della successiva proposta; 2. la percentuale approssimativa che si intende riconoscere ai chirografari, al fine di escludere la simbolicità del pagamento offerto; 3. l'eventuale falcidia dei creditori privilegiati e la formulazione indicativa dei criteri del conseguente classamento *ex* art. 163, primo comma, l.fall.; 4. gli atti negoziali di ordinaria amministrazione e dei relativi costi che verosimilmente andranno a sorgere nel periodo intercorrente tra il ricorso e l'apertura del concordato;
(Omissis).

Tribunale di Perugia, 4 ottobre 2012 - Pres. Rana - Rel. Rana - Manifatture Boschi S.r.l.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Verifica dei presupposti soggettivi ed oggettivi della domanda - Obbligatorietà - Limiti - Fissazione del termine per il deposito di proposta, piano e documentazione - Termine massimo - Necessità di motivazione della richiesta - Sussistenza

(legge fallimentare artt. 161 commi 6, 9 e 10, 168)

In tema di concordato preventivo con riserva di deposito, ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l.fall., di proposta, piano e documentazione, il tribunale deve verificare, oltre alla propria competenza territoriale, la legittimazione ad agire del ricorrente, il deposito della documentazione prevista dalla norma, la astratta fallibilità soggettiva del debitore e la mancata presentazione di altra analoga domanda nel biennio. Ove l'imprenditore intenda ottenere la fissazione del termine massimo di centoventi giorni, deve presentare un'istanza congruamente motivata, con riferimento alla complessità della proposta o del piano, non essendo a tal fine sufficiente la mera allegazione della non pendenza di procedimenti per dichiarazione di fallimento.

Il Tribunale (omissis)
Ritenuta la competenza territoriale *ex* artt. 9 e 161 l.fall., (...); rilevata la regolarità formale della domanda, avendo allegato al ricorso un'aggiornata misura camerale, i bilanci degli ultimi tre esercizi e comprovato i poteri del legale rapp.te; preso atto della comunicazione del ricorso al P.M. ed al registro delle Imprese, nonché del fatto che la ricorrente nel biennio antecedente non risulta aver presentato domanda di c.p. né a suo carico risultano presentate istanze di fallimento; ritenuta la ricorrente soggetto astrattamente fallibile, in quanto svolge attività commerciale (costruzione di edifici) ed è in possesso dei requisiti dimensionali richiesti dall'art. 1 l.fall.; (...) ritenuto che la richiesta di un termine più lungo rispetto al

termine minimo di gg. 60 deve essere congruamente motivata dall'istante in considerazione del pregnante effetto inibitorio all'esercizio di azioni esecutive e cautelari che il novellato art. 168 l.fall. anticipa al momento della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese; rilevato che, nel caso in esame, la ricorrente chiede concedersi il termine massimo in quanto "non dovrebbero risultare pendenti domande dei creditori per la declaratoria di fallimento"; che detta motivazione non appare conferente in quanto la giustificazione di un termine superiore al minimo deve risiedere in aspetti particolarmente complessi della proposta concordataria e/o del piano e non nella insussistenza di istanze di fallimento posto che se pendono istanze di fallimento il termine non può essere superiore a giorni 60 mentre la loro insussistenza non legittima, di per sé sola, la concessione del termine massimo; (...) ritenuto, per quanto innanzi esposto, di concedere termine di giorni sessanta da calcolarsi con decorrenza dalla data di pubblicazione del ricorso al registro delle imprese in coerenza con la previsione legislativa dell'art. 168 l.fall.; fissa *ex* art. 161, sesto comma, l.fall. termine di giorni sessanta decorrenti dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese per presentare la proposta, il piano e la documentazione indicata ai commi secondo e terzo dell'art. 161 l.fall. (...) avverte la ricorrente che dalla data di deposito del ricorso sino al decreto di ammissione *ex* art. 163 l.fall. potrà compiere gli atti di ordinaria amministrazione mentre per il compimento degli atti urgenti di straordinaria amministrazione dovrà premunirsi di autorizzazione del tribunale *(omissis)*.
(Omissis).

Tribunale di Palermo, 2 ottobre 2012 - Pres. Novara - Rel. Nonno - Dott. Giuseppe Lapis S.a.s. di Giuseppe Lapis

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Verifica dei presupposti soggettivi ed oggettivi della domanda - Obbligatorietà - Limiti - Fissazione del termine per il deposito di proposta, piano e documentazione - Termine massimo - Necessità di motivazione della richiesta - Sussistenza

(legge fallimentare art. 161, commi 6, 9 e 10, 168)

Il termine per il deposito della proposta, del piano di concordato e della documentazione che il tribunale deve concedere ai sensi dell'art. 161, sesto comma, l.fall. decorre dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e, in assenza di elementi indiziari idonei, il cui onere di allegazione grava sulla parte ricorrente, non può che essere concesso nella misura minima di sessanta giorni prevista dalla legge, soprattutto in pendenza di un procedimento per la dichiarazione di fallimento.

Il Tribunale (omissis)
Ritenuto che, sebbene il Tribunale non sia immediatamente chiamato a verificare i presupposti di ammissibilità della proposta, tuttavia ciò non toglie che debba compiere il necessario controllo sulla validità della domanda e, dunque, in ordine alla sussistenza della propria competenza, della legittimazione ad agire del ricorrente e del deposito della documentazione prevista dalla norma, nonché alla presenza dei requisiti soggettivo ed oggettivo per essere ammesso ad una procedura di concordato preventivo o di accordo di ristrutturazione dei debiti e alla inesistenza del presupposto negativo di cui all'art. 161, nono comma, l.fall. (cfr. Trib. Cagliari, 20 settembre 2012; Trib. Velletri, 18 settembre 2012; Trib. Ancona, 17 settembre 2012); considerato che, alla luce della documentazione prodotta dal ricorrente, possono senz'altro ritenersi la competenza per territorio di questo Tribunale e la legittimazione del socio accomandatario a proporre la domanda di concordato preventivo, essendo questi autorizzato dalla maggioranza dei soci, giusta delibera assembleare ricevuta da notaio del 17 settembre 2012 e pubblicata nel registro delle imprese, nonché la condizione di imprenditore commerciale fallibile in stato di crisi in cui versa la società debitrice; ritenuto, infine, che, per quanto concerne l'ultimo requisito, sebbene la società ricorrente non abbia formalmente dichiarato di trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 161, nono comma, l.fall., non risulta agli atti che la stessa abbia presentato altro ricorso di analogo tenore dichiarato inammissibile (...) ritenuto che, in assenza di elementi di valutazione in ordine alla complessità delle operazioni necessarie per la formulazione di una proposta, nonché per la predisposizione del piano (elementi che il ricorrente aveva l'onere di fornire unitamente al ricorso), il predetto termine non può che essere fissato da questo Tribunale nella misura minima prevista dalla legge in giorni sessanta, anche in considerazione della pendenza di un procedimento per dichiarazione di fallimento; considerato che, in assenza di altra indicazione normativa e avuto conto della *ratio legis* - che è sicuramente quella di anticipare la protezione e gli effetti del concordato (essenzialmente quelli previsti dall'art. 168 l.fall.) al momento della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese, consentendo al debitore di proporre un ricorso in tempi rapidi, in quanto privo dei suoi requisiti principali -, deve ritenersi che il termine per il deposito della proposta, del piano di concordato e della documentazione decorra appunto dalla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.
(Omissis).

Il controllo giudiziale sulla domanda di concordato preventivo "con riserva"

di Paola Vella *

L'esame di un'ampia selezione di decreti resi in tema di concordato preventivo cd. con riserva, all'indomani della sua introduzione nell'ordinamento concorsuale, consente all'Autore di delineare, sulla base delle soluzioni variamente praticate, i primi orientamenti della giurisprudenza di merito sul nuovo istituto, cui il legislatore sembra aver affidato - in sinergia con ulteriori innovazioni, prima fra tutte la modifica del meccanismo di voto *ex* art. 178, quarto comma, l.fall. - un ruolo di svolta nella implementazione della soluzione concordataria alla crisi di impresa.

1. I lineamenti del nuovo istituto

I primi decreti pronunciati dai tribunali italiani sulle domande di concordato preventivo proposte ai sensi del nuovo art. 161, comma 6 e ss., l.fall., a far tempo dall'11 settembre 2012 (1), offrono un panorama ermeneutico alquanto variegato, rispetto all'apparente univocità delle disposizioni normative sottese.

A dire il vero, una certa poliedricità si è da subito manifestata (complice la mancanza di una esplicita definizione legislativa) già a livello tassonomico, registrandosi una singolare "creatività" nelle espressioni coniate per denominare il nuovo istituto (2), che probabilmente mai altro prima era stato in grado di suscitare.

Per coerenza lessicale con il tessuto normativo dell'art. 161, sesto comma, l.fall. - prima ancora che per predilezione tra le denominazioni proposte - si ritiene preferibile l'espressione «concordato con riserva», quest'ultima riferita alla presentazione della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo, che la stessa norma espressamente prevede.

Come quasi tutti i provvedimenti scrutinati premettono - con una propensione didascalica probabilmente stimolata dalla deflagrante novità della riforma - l'art. 161, sesto comma, l.fall. consente dunque da pochi mesi, all'imprenditore in crisi (o insolvente), di proporre un semplice ricorso, anche lapidariamente formulato, per ottenere la fissazione di un termine entro cui proporre la vera e propria domanda di concordato preventivo, completa del corredo documentale necessario ai sensi dei primi tre commi dell'art. 161 l.fall.

Ovvero, e in alternativa - di qui l'ulteriore profilo di novità - un accordo di ristrutturazione dei debiti «ai sensi dell'art. 182 *bis*, primo comma» l.fall., con espressa «conservazione sino all'omologazione degli effetti prodotti dal ricorso» (ossia il blocco delle azioni esecutive e cautelari nonché dell'acquisizione di titoli di prelazione da parte dei creditori, previsto dall'art. 168 l.fall.).

L'esplicito riferimento al solo primo comma dell'art. 182 *bis* dovrebbe indurre ad escludere la possibilità che, alla scadenza del termine fissato, l'imprenditore depositi una semplice proposta di accordo di ristrutturazione, in pendenza di trattative, ai sensi del successivo comma 6, così procrastinando ulteriormente quelle - già pesanti - inibitorie.

In simile evenienza, infatti, al termine massimo accordabile (centottanta giorni) si dovrebbe aggiungere l'ulteriore termine di trenta giorni, entro cui il giudice dovrebbe fissare l'udienza *ex* art. 182 *bis*, comma 7, l.fall., e poi ancora il termine di sessanta giorni, assegnato in quella sede per il deposito dell'accordo definitivo e completo; con il nefando risultato che quella stasi forzata dei diritti di azione dei creditori trasmoderebbe in una durata di ben nove mesi, in attesa che il debitore "partorisca" la tanto attesa proposta di composizione della crisi (e sempre che la stessa non venga, infine, abortita).

Quale sanzione per il mancato deposito, entro il termine assegnato, della proposta definitiva di concordato (ovvero della domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti), l'art. 161, sesto comma, l.fall. prevede, con rinvio all'art. 162 com-

Note:

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

(1) La disposizione transitoria di cui all'art. 33, terzo comma, D.L. 22 giugno 2012, n. 83, convertito con modificazioni dalla L. 7 agosto 2012, n. 134, stabilisce che le innovazioni in materia di concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti e piani attestati di risanamento (di cui ai precedenti commi 1 e 2) si applicano ai procedimenti introdotti e ai piani elaborati dal trentesimo giorno successivo all'entrata in vigore della legge di conversione, intervenuta il giorno stesso della sua pubblicazione sulla G.U. n. 187 dell'11 agosto 2012 (suppl. ordinario 171).

(2) Concordato in bianco, pre-concordato, concordato con riserva, concordato al buio, concordato con prenotazione, riserva di concordato, prenotazione di concordato, domanda prenotativa di concordato.

mi 2 e 3 l.fall., la convocazione del debitore in camera di consiglio per la dichiarazione di inammissibilità della domanda ed eventualmente, su istanza di creditori o richiesta del pubblico ministero, del suo fallimento.

Al di là di possibili scenari patologici, il concordato preventivo con riserva rappresenta di certo il fulcro attorno a cui ruota l'asse dell'ultima riforma, e probabilmente la sua novità più eclatante (3): ispirandosi al noto modello statunitense del *Chapter 11* del *Bankruptcy Code*, con esso si consente infatti al debitore di ottenere, con una scarna domanda, la fissazione di un termine per elaborare, in tutta calma, un piano concordatario o di ristrutturazione dei debiti (*order for relief*), senza essere pressato dal timore di iniziative dei propri creditori (*automatic stay*).

Si tratta dunque di un potentissimo strumento protettivo consegnato nelle mani del debitore, il quale, con la semplice pubblicazione nel registro delle imprese (che il cancelliere deve curare, automaticamente (4), entro il giorno successivo al deposito in cancelleria del ricorso, *ex* art. 161, quinto comma, l.fall.), consegue non solo l'effetto inibitorio - sotto pena di «nullità» - di qualsivoglia iniziativa esecutiva o cautelare dei suoi creditori, così come l'inefficacia relativa di nuovi diritti di prelazione, ma ora anche (ennesima ed eclatante novità) l'inefficacia retroattiva delle ipoteche giudiziali iscritte nei novanta giorni precedenti la pubblicazione suddetta; il tutto, per il tramite dell'art. 168 l.fall., ritenuto pacificamente applicabile al sesto comma dell'art. 161 l.fall., anche in assenza di un esplicito richiamo.

Al rischio - denunciato subito dopo la pubblicazione del D.L. n. 83/12 (5) - di uno stallo ostruzionistico di eventuali procedimenti prefallimentari pendenti, il legislatore della legge di conversione n. 134/12 ha provvidenzialmente risposto con un'operazione di deciso *restyling (6)*, non solo riducendo da centottanta a centoventi giorni (sessanta, prorogabili di ulteriori sessanta) il termine massimo in quel caso concedibile (art. 161, decimo comma, l.fall.), ma anche introducendo una preclusione infrabiennale, rispetto ad analoghe domande non seguite da ammissione a concordato preventivo od omologazione dell'accordo di ristrutturazione (art. 161, nono comma, l.fall.) (7).

È stata inoltre dettata una più articolata regolamentazione dell'istituto, con l'obbligo -per il debitore- di depositare i bilanci degli ultimi tre esercizi, e il potere (8) -per il tribunale- di imporre specifici obblighi informativi (art. 161, ottavo comma, l.fall.) (9), la cui inosservanza è parimenti sanzionata (in forza del rinvio all'art. 162 commi 2 e 3, l.fall.) con l'arresto della procedura e l'eventuale dichiarazione di fallimento, sempre su istanza di parte.

In quel considerevole lasso di tempo, destinato alla predisposizione della proposta e del piano, l'eventuale continuazione dell'esercizio dell'impresa si avvantaggia - nei confronti dei creditori antagonisti - del blocco delle loro iniziative cautelari, esecutive o prelatizie, e - nei confronti dei terzi contraenti - della certezza dei rapporti negoziali, consegnata alla prededuzione dei relativi crediti (art. 161, settimo comma, l.fall.) e all'esenzione da revocatoria degli atti in quel periodo legalmente compiuti (art. 67, comma 3, lett. e), l.fall.).

Note:

(3) P. Vella, *Lo spettro delle fattibilità e il controllo giudiziale sulla prededuzione nel concordato preventivo riformato*, in *www.osservatorio-oci.org*, 32.

(4) Non ritenendosi compatibile con la stretta tempistica del procedimento una previa interlocuzione tra cancelleria e tribunale, ai fini di un preliminare vaglio di ritualità, invero non contemplato dalla norma.

(5) P. Vella, *Postergazione e finanziamenti societari nella crisi di impresa- Le modifiche normative in itinere*, Milano, 2012, 154 s.

(6) P. Vella, *op.ult.cit.*, cap. 7-*bis*, 3.

(7) Circa la portata di questa preclusione, i tribunali si stanno interrogando se essa coinvolga anche pronunce di inammissibilità del ricorso *ex* art. 161, sesto comma, l.fall. per motivi formali o di rito (in ragione dei gravi effetti che essa comunque produce, *ex* art. 168 l.fall.), ovvero se in tali ipotesi la domanda sia riproponibile anche entro il biennio. In questa seconda direzione si colloca Trib. Reggio Emilia, 9 novembre 2012, ined., secondo cui la norma, essendo diretta a sanzionare l'inerzia dell'imprenditore rispetto ad un primo ricorso, va intesa «nel senso che il secondo ricorso è inammissibile solo quando il debitore non abbia depositato nel termine assegnato la proposta, il piano e la documentazione di cui all'art. 161, commi 2 e 3 (né un ricorso per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione); al contrario, non è ostativa la dichiarazione di inammissibilità della prima istanza quando essa sia stata pronunciata, come è avvenuto nel caso di specie, per la mancanza della delibera prevista dall'art. 152 o per altro vizio di forma». L'opzione ermeneutica in questione si pone in rapporto inversamente proporzionale con quella relativa alla concedibilità o meno del termine di cui all'art. 162, primo comma, l.fall. (su cui si veda oltre, paragrafo 3), nel senso che, ad una lettura rigida dell'art. 161, comma 9, l.fall., dovrebbe corrispondere una maggiore elasticità nella concessione del termine per integrazioni e regolarizzazioni della domanda (e viceversa), onde evitare eccessivi impedimenti all'accesso al nuovo istituto.

(8) Sebbene il modo indicativo utilizzato nella norma («il tribunale dispone gli obblighi informativi periodici») possa indurre ad assumerne un tenore prescrittivo, non mancano letture di segno opposto, nel senso della facoltatività della prescrizione, con conseguente adozione sia di moduli provvedimentali che contemplano, sia di moduli provvedimentali che non contemplano detti obblighi informativi (si veda, nel primo senso, Trib. Milano 18 ottobre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Md. 169 e, nel secondo senso Trib. Milano 18 ottobre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Md. 168).

(9) Per tutte le questioni connesse agli obblighi informativi periodici si rinvia alla nota di L. Balestra, in questo stesso fascicolo, 106.

In ipotesi di mancato deposito della domanda di concordato (o della domanda *ex* art. 182 *bis* l.fall.), una prima stesura dello schema di D.L. prevedeva, più radicalmente, la cessazione retroattiva di ogni effetto protettivo del ricorso, a far data dal suo deposito; venuta meno quella chiara (e rigorosa) sanzione, nella sua stesura definitiva la norma si limita a prevedere, come visto, l'attivazione del procedimento *ex* art. 162, commi 2 e 3 l.fall., senz'altro aggiungere.

Il tema è delicato, e ravviva le problematiche già suscitate dalla fase anticipatoria/cautelare degli accordi di ristrutturazione dei debiti, introdotta nei commi 6 e seguenti dell'art. 182 *bis* l.fall. Anche lì ci si è chiesti, infatti, se al mancato deposito dell'accordo consegua la caducazione dei previsti divieti con effetti *ex nunc* oppure *ex tunc*, e dunque se le eventuali azioni irritualmente promosse dal creditore possano proseguire o debbano, comunque, essere riproposte; in particolare - e soprattutto - se le eventuali ipoteche giudiziali iscritte in violazione del divieto conservino o meno il loro grado, rispetto alle successive.

In giurisprudenza si registra, per quanto noto, un solo precedente di merito edito (in materia di accordi di ristrutturazione), favorevole alla caducazione *ex tunc* degli effetti protettivi (10); l'orientamento registra adesioni anche in dottrina (11), con la precisazione che, nell'ipotesi non già di non ammissione, ma di mancata omologazione dell'accordo, la caducazione di quegli effetti protettivi avverrebbe invece con effetto *ex nunc* (12).

È comunque evidente che, nel silenzio della legge, le riferite perplessità ermeneutiche permangano - anzi esacerbate - nel nuovo concordato preventivo, dopo l'ampliamento degli effetti protettivi e, soprattutto, la loro anticipazione ad un momento che può precedere di molti mesi il deposito di una domanda definitiva, completa di tutti i suoi elementi (13).

Resta da sottolineare come, a provvidenziale bilanciamento di un forse eccessivo *favor* per lo strumento concordatario - puntellato da una sorta di "inespugnabilità *ad tempus*" - il legislatore, dando invero continuità ad un caparbio orientamento giurisprudenzale (14), abbia codificato nell'art. 69 *bis*, secondo comma, l.fall. il principio della *consecutio procedurarum*, riconducendo espressamente la decorrenza dei termini di cui agli artt. 64, 65, 67 commi 1 e 2 e 69 l.fall. (15) alla «data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese» (16).

2. La domanda di concordato con riserva: struttura, condizioni e presupposti

La struttura del concordato preventivo con riserva, come delineata dall'art. 161, sesto comma, l.fall., presenta una scissione diacronica tra la prima fase (necessaria), di natura anticipatoria e tipicamente processuale - la richiesta di ammissione alla procedura di concordato preventivo -, ed una seconda fase (eventuale), posticipata e di natura più propriamente sostanziale - il deposito della proposta concordataria e del piano destinato a realizzarla (17) -, che non è dato invece rinvenire nel modello principale del concordato preventivo ordinario (18), in

Note:

(10) Trib. Novara 2 maggio 2011, in questa *Rivista*, 2011, 1220.

(11) M. Fabiani, *L'ulteriore upgrade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti nelle soluzioni concordate*, in *Fall.*, 2010, 903; A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir.fall.*, 2011, 29.

(12) G. Caramellino, *Riflessioni sul procedimento cautelare ex art. 182 bis, sesto comma*, in questa *Rivista*, 2011, 1227.

(13) P. Vella, *L'accrescimento dei controlli giudiziali di merito e degli strumenti protettivi nel nuovo concordato preventivo (dopo la legge n. 134/12)*, in *www.ilcaso.it*, sez. Dottrina e opinioni, doc. n. 320/2012, 44.

(14) V., da ultimo, Cass. 6 agosto 2010, n. 18437 (Rv. 614339).

(15) L'esclusione dell'art. 66 l.fall. sembra riconducibile al fatto che, non rientrando l'azione revocatoria ordinaria tra quelle precluse dall'art. 168 l.fall., i creditori possono esperirla anche in costanza di concordato preventivo.

(16) Peraltro con il conseguente riemergere della problematica relativa alle imprese irregolari, (ora) legittimate alla proposizione della domanda di concordato preventivo sebbene non iscritte nel registro delle imprese.

(17) In termini di distinzione «tra aspetto più tipicamente giurisdizionale della procedura di ammissione (la presentazione del ricorso) ed aspetto negoziale (il piano di risanamento ed il programma ai creditori)» si esprime Trib. Napoli 31 ottobre 2012, qui in commento, per affermare che «il ricorso rappresenta ... l'atto introduttivo della procedura, l'unico atto giurisdizionale depositato dalla parte e che segna l'inizio della procedura».

(18) Destinato però a divenire il modello recessivo, se verranno confermati - come pare presumibile - i dati del primo bimestre di applicazione della riforma, che intercettano un numero di concordati con riserva ben superiore, in media, ai concordati ordinari depositati in precedenza. Le prime ricognizioni ufficiose delle prassi segnalano ad esempio che, a fronte di circa 30 concordati ordinari depositati presso il Tribunale di Roma nei primi sei mesi dell'anno 2012, quelli con riserva erano già 97 ad appena un mese dall'entrata in vigore della riforma; ed analogamente che nel Tribunale di Milano, a fronte di una media di 100 concordati annui, quelli con riserva depositati nei primi due mesi della riforma erano già 50. Si tratta peraltro di un *trend* generalizzato, come mostrano gli ulteriori rilievi relativi ai medesimi periodi dell'anno 2012: Tribunale di Ancona, 30 concordati preventivi ordinari e 24 concordati con riserva; Tribunale di Benevento, 2 ordinari e 9 con riserva; Tribunale di Cagliari, 1 ordinario e 5 con riserva; Tribunale di La Spezia, 11 ordinari e 8 con riserva; Tribunale di Messina, 9 ordinari e 4 con riserva; Tribunale di Napoli 20 ordinari e 14 con riserva; Tribunale di Palermo, 3 ordinari e 6 con riserva; Tribunale di Pescara 7 ordinari e 5 con riserva; Tri-

(segue)

cui il secondo comma dell'art. 161 l.fall. contempla una indubbia sincronia tra ricorso, proposta e piano.

Ne segue una netta distinzione tra i presupposti della fase necessaria e di quella successiva, i primi - più ristretti - da verificare con immediatezza all'atto del deposito del ricorso, i secondi - più ampi ed articolati - da scrutinare al momento della presentazione della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 161 l.fall.

Su questa lunghezza d'onda, vi è chi, nei decreti in rassegna, per un verso esclude la sovrapposizione valutativa dei presupposti delle due diverse fasi (in quanto foriera di un duplice effetto pregiudizievole, ingiustamente dilatorio per i creditori e ingiustificatamente preclusivo per il debitore), per altro verso evidenzia che, mentre nel concordato con riserva l'esito negativo viene qualificato in termini di « inammissibilità della domanda» (come, testualmente, l'art. 161, nono comma, l.fall.), nel concordato ordinario *ex* art. 161, primo comma, l.fall. la statuizione è di « inammissibilità della proposta» (come, testualmente, rubrica e testo dell'art. 162 l.fall.) (19).

Pur muovendo per lo più da simili premesse, le conclusioni cui pervengono i vari tribunali qui censiti non sono, però, identiche (20).

Secondo Tribunale Napoli 31 ottobre 2012, ad esempio, la natura giurisdizionale del ricorso introduttivo (come tale «sindacabile già nella fase iniziale per quanto attiene ai profili di legittimità, nei limiti della rilevabilità d'ufficio») e la circoscrizione della riserva di produzione ai soli documenti di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 161 l.fall., rendono necessario un preliminare controllo giudiziale sulla competenza e sui requisiti soggettivo e oggettivo, con la conseguenza che, ancor prima di riscontrare se al ricorso siano allegati i bilanci degli ultimi tre esercizi e se il debitore non abbia già proposto nei due anni antecedenti analoga istanza, «il Tribunale potrà/dovrà verificare: la sua competenza territoriale; l'esistenza dei requisiti soggettivo ed oggettivo in capo al proponente al fine di riscontrarne la legittimazione ad agire; l'adempimento di cui all'art 152 l.fall.».

L'orientamento è in linea con quello espresso dalla maggior parte delle pronunce edite (21) e conforme a molti dei decreti qui in commento (come Tribunale Roma 14 novembre 2012, Tribunale Siena 23 ottobre 2012, Tribunale Ancona 15 ottobre 2012 e Tribunale Perugia 4 ottobre 2012), che più o meno esplicitamente richiamano la necessità di una verifica giudiziale - pur non espressamente contemplata - sulla competenza territoriale del tribunale adito (con riferimento agli artt. 9, primo comma, e 161, primo comma, l.fall.) (22), sulla legittimazione attiva del ricorrente sia sotto il profilo soggettivo (imprenditore commerciale in possesso dei requisiti dimensionali di cui all'art. 1 l.fall.) che sotto il profilo oggettivo (stato di crisi o di insolvenza, *ex* art. 160, secondo comma, l.fall.) ed infine sulla sua rappresentanza e autorizzazione ad agire (con richiamo all'art. 152 l.fall., per il tramite dell'art. 161, quarto comma, l.fall.).

La maggior parte dei tribunali, cioè, non si limita al riscontro dell'unica condizione espressamente con-

Note:
(segue nota 18)

bunale di Pistoia 16 ordinari e 13 con riserva; Tribunale di Terni, 5 ordinari e 9 con riserva; Tribunale di Torino 13 ordinari e 21 con riserva; Tribunale di Trento, 5 ordinari ed 8 con riserva; Tribunale di Velletri, 3 ordinari e 6 con riserva.

(19) Cfr. Trib. Pistoia 30 ottobre 2012, il cui testo integrale è consultabile in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 732.

(20) A livello di prassi operative, si registra già un contrasto tra gli ''orientamenti del plenum'' del Tribunale di Monza dell'ottobre 2012 (*ined.*) ove lapidariamente ''non si reputa necessaria l'assistenza di un legale'', e i primi orientamenti applicativi del Tribunale di Milano, che in forza della natura giurisdizionale del ricorso e della conseguente applicabilità del principio generale di cui all'art. 82 c.p.c., reputa che il patrocinio legale sia un presupposto di ammissibilità della domanda di preconcordato, anche perché gli importanti effetti che discendono dall'art. 161 l.fall. (e che si producono automaticamente, con la pubblicazione nel registro delle imprese) richiederebbero una idonea assistenza tecnica.

(21) Cfr., *ex ceteris*, Trib. Terni 8 ottobre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 708; Trib. Perugia 4 ottobre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 702, qui commentata; Trib. Palermo 2 ottobre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 698, parimenti qui commentata; Trib. Mantova 27 settembre 2012, in *www.ilcaso.it*; Trib. Benevento 26 settembre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 696; Trib. Bolzano 25 settembre, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 706; Trib. Oristano 25 settembre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 689; Trib. Cagliari 20 settembre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 686; Trib. Velletri 18 settembre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 678; Trib. Ancona 17 settembre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 687.

(22) In particolare, Tribunale Roma 14 novembre 2012, dopo aver premesso che, ai sensi dell'art. 9, comma 1 - ed anche dell'art. 161, comma 1 - l.fall., è territorialmente competente il tribunale del luogo in cui si trova la sede legale, che si presume coincidente con la sede effettiva (''sede principale''), salva la prova contraria di cui è onerata la parte interessata (cfr., da ultimo, Cass. 19 luglio 2012, n. 12557), richiama l'orientamento per cui «per sede effettiva deve intendersi il centro dell'attività direttiva, amministrativa ovvero organizzativa dell'impresa e di coordinamento dei fattori produttivi, senza che rilevi il luogo in cui si svolge l'attività di produzione, qualora non coincida con quello in cui svolge l'attività di organizzazione dell'impresa (in questo senso, fra le molte, Cass. 7 maggio 2012, n. 6886)» e così, una volta raccolti gli elementi di prova forniti dal ricorrente (sotto i profili del luogo in cui si svolge l'attività di direzione e coordinamento, si intrattengono i rapporti con gli istituti di credito, sono recapitate le fatture per le utenze e si tengono le assemblee), afferma la propria competenza in relazione a tutti i ricorsi presentati da varie società di un unico gruppo.

templata dall'art. 161, sesto comma, (deposito dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi) né dell'unica preclusione sancita dal successivo comma 9 (mancato deposito infrabiennale di analoga domanda, non seguita dall'ammissione alla procedura di concordato preventivo ovvero dall'omologazione dell'accordo di ristrutturazione), ma estende la verifica giudiziale a presupposti e condizioni dell'azione, per evitare che essa possa essere strumentalizzata, con conseguente abuso dell'istituto, grazie all'automaticità degli effetti che scaturiscono dalla pubblicazione della domanda nel registro delle imprese; effetti fortemente incisivi sui diritti di un'ampia platea di controinteressati, nei confronti dei quali non è invero contemplata alcuna forma di contraddittorio (salva l'ipotesi della concomitante pendenza di un procedimento per la dichiarazione di fallimento).

Non mancano, peraltro, dichiarate dissonanze.

Tribunale Pistoia 30 ottobre 2012 (23), ad esempio, mette in dubbio la stessa appartenenza dell'istituto del concordato con riserva al *genus* concordatario (premessa da cui discenderebbe *de plano* l'applicazione del relativo paradigma di controllo), dal momento che, con la domanda *ex* art. 161, sesto comma, l.fall., l'imprenditore prenota una duplice possibilità, di presentare alternativamente un concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione dei debiti.

E, muovendo da questa constatazione, ritiene:

– necessaria la verifica della competenza territoriale e del corredo documentale espressamente previsto;

– dubbia l'applicabilità del presupposto soggettivo della natura commerciale dell'impresa, in quanto la proponibilità alternativa di un accordo di ristrutturazione dei debiti potrebbe (attraverso interpretazioni costituzionalmente orientate) dischiudere il concordato con riserva anche all'imprenditore agricolo, di recente ammesso agli istituti dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e della transazione fiscale (art. 23, comma 43, D.L. luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla L. 15 luglio 2011, n. 111);

– assai discutibile il controllo dei parametri dimensionali *ex* art. 1, secondo comma, lett. a), b) e c), l.fall. (24), che nel procedimento per dichiarazione di fallimento avviene sulla base delle produzioni di cui all'art. 15, quarto comma, l.fall., se non altro per l'impossibilità di un completo riscontro della soglia dei debiti anche non scaduti (lett. c), lì consegnato alla relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria aggiornata all'attualità, che invece qui non è richiesta, a differenza dei bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, invece destinati a rappresentare un «filtro di serietà» dell'iniziativa;

– non necessario il rispetto delle formalità di cui all'art. 152 l.fall., in ragione: a) della collocazione topografica del quarto comma dell'art. 161 l.fall., da riferire solo alla domanda di concordato ordinario di cui al primo comma e non anche quello con riserva di cui al successivo sesto comma) (25); b) dei riferimenti espliciti della norma, dettata per il concordato fallimentare, alla «proposta di concordato» ed alle relative «condizioni», elementi estranei alla domanda di concordato con riserva; c) della proponibilità, in via alternativa, di un accordo di ristrutturazione dei debiti, in cui il richiamo dell'art. 152 l.fall. è completamente assente; d) dell'incompatibilità di siffatti oneri pubblicitari e formali con una mera intenzione o manifestazione di volontà, a contenuto variabile; e) dell'assolvimento degli oneri pubblicitari con la pubblicazione del ricorso, ai sensi del quinto comma dell'art. 161 l.fall. (26)

Pertanto, in ragione delle caratteristiche di fluidità, flessibilità ed urgenza dell'istituto, secondo il tribunale toscano sarebbero legittimati a sottoscrivere e presentare la domanda *ex* art. 161, sesto comma, l.fall. il legale rappresentante delle società di capitali e, per le società di persone, i soci rappresentanti la maggioranza assoluta del capitale, senza alcuna necessità del verbale notarile.

Sul punto va segnalato che il Tribunale di Milano, dopo aver inizialmente aderito all'orientamento maggioritario (che reputa necessari gli adempimenti *ex* art. 152, terzo comma, l.fall., in considerazione degli importanti effetti della domanda) (27), ha

Note:

(23) In *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 736.

(24) Non dovrebbero in realtà esservi dubbi sul presupposto soggettivo in questione, poiché l'art. 1 l.fall. include anche il concordato prevenivo quando fa riferimento, nel primo comma, agli «imprenditori che esercitano una attività commerciale» e, nel secondo comma, alle soglie dimensionali. Il fatto poi che l'art. 162, secondo comma, l.fall. preveda, per il passaggio dal concordato al fallimento, anche l'accertamento del presupposto di cui all'art. 1 l.fall., può leggersi come semplice verifica confermativa. D'altro canto, la mancata previsione, nell'art. 161 comma 1 l.fall., dell'obbligo di produrre i bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, ben si giustifica per la sua superfluità, stanti le corpose produzioni già imposte a corredo della domanda di concordato (compresa la relazione aggiornata sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa, ai sensi del comma 2, lett. a).

(25) Argomento che però dovrebbe valere, coerentemente, anche per la pubblicità prescritta dal comma 5, sulla quale invece lo stesso tribunale non nutre dubbi.

(26) V. nota che precede.

(27) Orientamento da ultimo ribadito da Trib. Modena 30 novembre 2012 (ric. Nova s.r.l.), in *www.ilcaso.it*, laddove si concede breve termine per la produzione, *ex* art. 152, terzo comma, l.fall., del «verbale redatto da notaio attestante l'avvenuta deli-

(segue)

successivamente mutato indirizzo, restringendo il controllo al solo presupposto dell'art. 152, primo comma, l.fall. (sottoscrizione della domanda da parte del soggetto munito della rappresentanza sociale), con possibile acquisizione delle delibere assembleari (al fine di verificare possibili conflitti d'interesse che le renderebbero annullabili) ma non anche dei verbali di cui all'art. 152, terzo comma, l.fall. (delibera assembleare o «determina» dell'organo amministrativo, anche monocratico, con cui si autorizza o decide la presentazione della proposta di concordato), anche per prevenire future contestazioni sull'oggetto della delibera, formulata in un momento talmente anticipato da poter risultare eccessivamente generica, o non adeguatamente motivata sul tipo di proposta da autorizzare (28).

In posizione fortemente distonica, rispetto al portante giurisprudenziale sin qui sedimentato in tema di concordato con riserva, si pone Tribunale Tortona 8 ottobre 2012, che, esaltando all'opposto i poteri giudiziali di controllo sulla serietà della domanda, in considerazione dei dirompenti effetti che ne derivano automaticamente, *ex* art. 168 l.fall. e art. 161, settimo comma, l.fall. (e dunque «al fine di scongiurare che il debitore strumentalizzi l'istituto al fine di conseguire indebiti vantaggi ben lontani dalla finalità perseguita dal legislatore»), reputa opportuno affidare al tribunale un vaglio preliminare di ammissibilità dell'iniziativa del debitore, da effettuare «prima di fissare i termini per il deposito della proposta».

Tale controllo viene ancorato ad «una prima delibazione sul *fumus* della non strumentalità» del ricorso, e poi attuato con l'assegnazione di un termine per il deposito di una memoria contenente una serie di informazioni, relative anche alla fattibilità della futura domanda; senza però considerare che, in quel momento, tutti o alcuni degli elementi richiesti potrebbero anche non essere stati ancora - e ammissibilmente - individuati.

3. La fissazione del termine

Secondo l'art. 161, sesto comma, l.fall., il deposito della proposta, del piano e della documentazione deve avvenire «entro un termine fissato dal giudice compreso fra sessanta e centoventi giorni» - ma vincolato alla durata minima di sessanta giorni ove penda procedimento per la dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 161, decimo comma, l.fall. - «e prorogabile, per giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni».

Il participio adottato dal legislatore - «fissato», piuttosto che «concesso» - e la lessicalità anodina della formula normativa («entro un termine»), lasciano arguire che si tratti di una sorta di automatismo, funzionale all'esercizio di un diritto, a fronte di un potere giudiziale vincolato, che conserva margini di discrezionalità solo all'interno di una forbice temporale predeterminata.

Accanto all'argomento lessicale, milita a favore dell'obbligatorietà anche quello sistematico, poiché l'attivazione del procedimento di cui all'art. 162, commi 2 e 3, l.fall. (convocazione del debitore in camera di consiglio per la declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato ed eventuale fallimento, su istanza di parte), avviene espressamente ed esclusivamente dopo l'infruttuosa scadenza del termine medesimo, in caso di mancato deposito della proposta completa di concordato (o dell'accordo di ristrutturazione dei debiti).

Si è però riferito della divergente lettura data dal Tribunale di Tortona, che, nell'ammettere un preventivo vaglio giudiziale di ammissibilità sul merito della domanda (serietà), implicitamente afferma la natura discrezionale della concessione del termine in questione.

In questa latitudine, ci si può semmai interrogare se il Tribunale possa rifiutare d'ufficio la concessione del termine qualora emergano situazioni di particolare gravità, magari con evidenti implicazioni di carattere penale; il dubbio è alimentato dal fatto che il quinto comma dell'art. 161 l.fall. prevede (senza dubbio anche per il ricorso di cui al sesto comma) non solo la pubblicazione della « domanda di concordato» nel registro delle imprese, ma anche la sua comunicazione «al pubblico ministero»; dal quale potrebbe dunque pervenire un'apposita segnalazio-

Note:
(segue nota 27)

berazione della domanda di concordato», adempimento ritenuto necessario anche nel concordato preventivo con riserva, tenuto conto «della *ratio* della disposizione che è quella di garantire che un passo importante quale è quello dell'accesso al concordato debba essere oggetto di specifica deliberazione quasi a rimarcarne l'eccezionale rilievo per le conseguenze che può avere», trattandosi di domanda «la cui proposizione comporta l'esteriorizzazione dello stato di crisi e una modifica del regime del rapporto tra le diverse categorie di creditori, oltre al rischio di innescare una procedura fallimentare».

(28) Si vedano le istruzioni impartite dal *plenum* della sezione fallimentare del Tribunale di Milano, con circolare del 18 ottobre 2012, in www.*osservatorio-oci.org*, 2012, Md. 165; cfr. Trib. Milano 18 ottobre 2012, in www.*osservatorio-oci.org*, 2012, Md. 165. In senso (sia pure solo implicitamente) conforme, si vedano gli ''orientamenti del plenum'' del Tribunale di Monza, *ined.*, dove si fa riferimento alla necessità di prova del solo «*iter* di formazione della volontà del soggetto collettivo, ovvero la legittimazione del richiedente».

ne, se non addirittura una richiesta di fallimento *ex* art. 7 l.fall. (29)
Quanto alla discrezionalità sulla estensione del termine, si ritiene che il tribunale possa assumere la decisione non solo valutando gli elementi allegati al ricorso, ma anche - secondo un modulo organizzativo del procedimento non previsto ma nemmeno vietato, ed anzi compatibile con l'esercizio di un potere discrezionale - acquisendo ulteriori informazioni o produzioni documentali.
Sul punto, Tribunale di Perugia 4 ottobre 2012, qui in commento, si esprime chiaramente - e condivisibilmente - sia nel senso che la richiesta di un termine più lungo rispetto a quello minimo previsto deve essere congruamente motivata dall'istante («in considerazione del pregnante effetto inibitorio all'esercizio di azioni esecutive e cautelari, che il novellato art. 168 l.fall. anticipa al momento della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese»), sia nel senso che a quel fine non è sufficiente l'allegazione della mancata pendenza di un procedimento per la declaratoria di fallimento (che semmai imporrebbe la fissazione del termine minimo), «in quanto la giustificazione di un termine superiore al minimo deve risiedere in aspetti particolarmente complessi della proposta concordataria e/o del piano».
Al riguardo, anche Tribunale Palermo 2 ottobre 2012, incluso tra i provvedimenti selezionati, afferma - sia pure in un caso in cui la pendenza di istruttoria prefallimentare non avrebbe consentito margini di discrezionalità - che, «in assenza di elementi di valutazione in ordine alla complessità delle operazioni necessarie per la formulazione di una proposta, nonché per la predisposizione del piano» (che è onere del ricorrente allegare), il termine non può che essere fissato nella misura minima di legge.
Quanto al *dies a quo* del termine in questione, entrambi i tribunali suddetti assumono che, in difetto di specifica previsione normativa ed in linea con la *ratio legis*, esso debba coincidere con la stessa decorrenza degli effetti della domanda di concordato, che l'art. 168 l.fall. ancora alla data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese.
Si tratta di una soluzione che ha il pregio di neutralizzare i tempi di decisione del tribunale, fungendo altresì da "contrappeso" - in chiave responsabilizzante - alla robusta anticipazione degli effetti protettivi allestita dall'ordinamento a favore del percorso concordatario.
Essa consente inoltre, sia pure indirettamente, di depotenziare le divergenze ermeneutiche emerse in ordine all'applicabilità o meno, al concordato con riserva, dell'art. 162, primo comma, l.fall., per cui il tribunale può «concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti».
Sul punto, Tribunale Ancona 15 ottobre 2012, in rassegna, ha sostenuto che la sua mancata applicazione determinerebbe una «eccessiva sproporzione» della sanzione contemplata dall'art. 161, sesto comma, l.fall. (con rinvio all'art. 162 commi 2 e 3 l.fall.), rispetto a carenze meramente formali.
E così nel caso di specie, a fronte della mancanza di legittimazione attiva del ricorrente (non risultando ancora iscritta nel registro delle imprese, con effetto costitutivo, la delibera con cui l'assemblea straordinaria lo aveva nominato liquidatore della società contestualmente messa in liquidazione, conferendogli anche il potere di presentare domanda di concordato), il tribunale del capoluogo marchigiano ha concesso un termine per la regolarizzazione della costituzione in giudizio, in forza del principio generale di cui all'art 182, secondo comma, c.p.c. (esteso dal difetto di rappresentanza volontaria fra soggetti privati al difetto di rappresentanza organica), che obbliga il giudice a consentire la sanatoria, con effetti *ex tunc* e senza il limite delle preclusioni derivanti da decadenze processuali (30).
Un orientamento analogo emerge anche dal contesto motivazionale di Tribunale Roma 14 novembre 2012, da cui si evince che, prima di decidere, il collegio capitolino aveva concesso termine per il deposito di chiarimenti e documenti integrativi, in ordine alle criticità del «concordato di gruppo» (31) e della propria competenza territoriale.

Note:

(29) In ordine alle interferenze tra i due procedimenti, si rinvia ampiamente al paragrafo che segue.

(30) Con esplicito richiamo a Cass. SSUU n. 9217/2010 e Cass. n. 11743/2012, nel senso che «il difetto di legittimazione processuale della persona fisica che agisca in giudizio in rappresentanza di un ente può essere sanato, in qualunque stato e grado del giudizio, con efficacia retroattiva e con riferimento a tutti gli atti processuali già compiuti, per effetto della costituzione in giudizio del soggetto dotato della effettiva rappresentanza dell'ente stesso, il quale manifesti la volontà, anche tacita, di ratificare la precedente condotta difensiva del ''*falsus procurator*'', specificandosi che tanto la ratifica, quanto la conseguente sanatoria, devono ritenersi ammissibili anche in relazione ad eventuali vizi inficianti la procura originariamente conferita al difensore da soggetto non abilitato a rappresentare la società in giudizio, trattandosi di atto soltanto inefficace e non anche invalido per vizi formali o sostanziali, attinenti a violazioni degli artt. 83 e 125 c.p.c.». Per l'applicazione analogica dell'art. 182 c.p.c., con concessione di un breve termine per la sanatoria della mancanza degli adempimenti *ex* art. 152, terzo comma, l.fall., si veda anche Trib. Modena 30 novembre 2012, in *www.ilcaso.it*, già citato in nota 25.

(31) A fronte della precisazione che si sarebbe trattato di una «proposta unitaria di una pluralità di concordati fra loro intrinse-

(segue)

Altri invece (32), partendo dalla elementarità delle produzioni richieste per la domanda di concordato preventivo con riserva, e dal mancato richiamo del primo comma dell'art. 162 l.fall. (a differenza dei commi 2 e 3), ha sostenuto che, a fronte di simili carenze, il tribunale non potrebbe dichiararne l'inammissibilità *de plano* - pena la violazione del principio del contraddittorio - ma nemmeno concedere un ulteriore termine interlocutorio per integrazioni, in quanto non previsto, dovendo invece convocare il debitore in camera di consiglio per l'adozione dei provvedimenti di cui all'art. 162, secondo comma, l.fall.; fatta salva, però, la possibilità di una tempestiva e rituale sanatoria in quella sede, a salvaguardia del principio di economia processuale.
Una posizione apparentemente simile (ma sotto altra angolatura e in *obiter dictum*) si rinviene in Tribunale di Pistoia sopra citato, laddove, a fronte della mancanza della relazione patrimoniale economica e finanziaria aggiornata all'attualità, viene esclusa sia la declaratoria immediata di inammissibilità, sia la possibilità di concedere apposito termine per la relativa integrazione, in quanto i relativi «tempi tecnici di predisposizione snaturerebbero la funzione e i limiti dell'istituto», pregiudicandone «l'insita celerità ed urgenza».
Resta comunque l'opportunità di conciliare la necessità di una tempistica non esorbitante dai già ampi margini concessi dalla norma, con la possibilità di una regolarizzazione della (pur elementare) documentazione prescritta dall'art. 161, sesto comma, l.fall.
Ebbene, come anticipato, siffatta conciliazione risulta agevolata dall'adesione alla tesi della decorrenza degli effetti preclusivi di cui all'art. 168 l.fall. non già dal decreto giudiziale di fissazione del termine, bensì dalla pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese; in tal caso, infatti, la concessione di un termine per eventuali regolarizzazioni non dilaterebbe lo *spatium deliberandi* fissato, all'esito, dal tribunale, e dunque non arrecherebbe alcun pregiudizio alle ragioni dei creditori; di conseguenza, l'orientamento più rigoroso potrebbe giustificarsi solo in forza del crisma di serietà che la giurisprudenza di merito sta mostrando di voler imprimere al nuovo istituto, anche per prevenirne possibili abusi.

4. L'interferenza tra concordato con riserva e procedimento prefallimentare

La pronuncia di Tribunale Milano 24 ottobre 2012 offre interessanti spunti di riflessione sul tema - ancora vivamente dibattuto - delle reciproche interferenze tra procedimento per dichiarazione di fallimento e procedimento di concordato preventivo (33); dibattito anzi rinvigorito dall'introduzione del concordato preventivo con riserva.
Nel pregresso panorama di merito, vi era stato chi aveva ritenuto prevalente il modulo concordatario (con improcedibilità della domanda di fallimento) solo se conservativo, ovvero liquidatorio ma economicamente più conveniente per i creditori (34); chi aveva invece ritenuto comunque preliminare l'esame della domanda di concordato, anche se proposta in pendenza di istruttoria prefallimentare (35), previa eventuale riunione per connessione dei due procedimenti (36); chi infine, in tema di accordi di ristrutturazione, aveva ritenuto necessaria la riunione e la trattazione congiunta delle due procedure, dando accesso alla declaratoria di improcedibilità della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione solo ove si fosse dimostrata la sua idoneità «a superare lo stato di crisi aziendale o la vera e propria insolvenza» (37).
In un più recente arresto di merito (38), una volta ribadita l'insussistenza di un'ipotesi di pregiudizialità in senso tecnico (con conseguente esclusione della sospensione necessaria del procedimento prefallimentare, *ex* art. 295 c.p.c.), si è ritenuto necessario in concreto un coordinamento tra le due pro-

Note:
(segue nota 31)

camente e necessariamente collegati», il tribunale romano ha chiarito che «l'esistenza di un (nel caso concreto innegabile) rapporto di gruppo in senso stretto fra le diverse società non determina il venir meno della autonoma personalità giuridica e dell'autonoma qualità di imprenditore di ciascuna società che solo con il proprio patrimonio risponde esclusivamente dei propri debiti; con la conseguenza che l'accertamento dello stato di insolvenza non può che riferirsi alla sola situazione economica della società nei confronti della quale lo stesso è sollecitato, nonostante il controllo cui la stessa è assoggettata (cfr., *ex multis*, Cass. 18 novembre 2010, n. 23344)».

(32) Trib. Terni 16 ottobre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 724.

(33) Sul tema in generale si vedano in dottrina, *ex multis*: M. Ferro, *La legge fallimentare*, *Sub art. 162*, Padova, 2011, 1862 ss.; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 190; P. Liccardo, *Commento sub artt. 161, 162 e 163 l.fall.*, in A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro (a cura di), *La legge fallimentare riformata*, 3, Torino, 2010, 2051 ss.; S. Bonfatti - P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare - Appendice*, Padova, 2008, 81.

(34) Trib. Perugia 4 novembre 2009, in *www.osservatorio-oci.org* 2010, Ms. 353.

(35) Trib. Roma 20 aprile 2010, in *De Jure*

(36) Trib. Milano 10 novembre 2009, in questa *Rivista*, 2010, 195, in tema di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti.

(37) Trib. Udine 30 marzo 2012 in *www.unijuris.it* e, già in precedenza, Trib. Udine 22 giugno 2007, in questa *Rivista*, 2008, 701.

(38) Trib. Terni 18 luglio 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 749, e in *www.ilcaso.it*, I, 8041, pubbl. 5/11/2012.

cedure, attraverso il bilanciamento degli interessi in competizione, parimenti tutelati dall'ordinamento positivo (39); e dunque si è sostenuto che il giudice potrebbe dare precedenza all'istanza di fallimento, precludendo la prospettiva concordataria, solo in tre gruppi di ipotesi: 1) ove la domanda di ammissione al concordato preventivo non sia rituale e completa, ai sensi degli artt. 160 e 161 l.fall.; 2) ove essa configuri un'evidente forma di abuso dello strumento concordatario (magari per il tramite di condotte penalmente rilevanti, specie di bancarotta); 3) ove essa pregiudichi evidentemente e irrimediabilmente una più proficua liquidazione fallimentare, in danno della massa dei creditori (ad es. per il consolidamento di un'ipoteca, o la prescrizione di possibili azioni di massa).

Da ultimo anche la Suprema Corte (40), richiamando propri precedenti (41) in tema di concordato preventivo ordinario, ha affermato:

– che, venuta meno la previsione per cui l'imprenditore poteva proporre il concordato preventivo «fino a che il suo fallimento non sia dichiarato» (vecchio testo art. 160 l.fall.), non sarebbe giustificabile una «sospensione anomala o impropria del procedimento per dichiarazione di fallimento», né in forza dell'art. 168 l.fall., né in forza del generico *favor* per le soluzioni concordate della crisi di impresa (altrimenti legittimandosi il debitore a continue interruzioni dell'istruttoria prefallimentare, «dilatando *ad libitum* i tempi per la dichiarazione del suo fallimento»);

– che tra concordato preventivo e fallimento esiste un rapporto non di pregiudizialità, con sospensione necessaria *ex* art. 295 c.p.c., ma di consequenzialità (del fallimento, in caso di esito negativo del concordato) ovvero di assorbimento (dei vizi dell'inammissibilità del concordato in motivi di impugnazione del fallimento), esistendo perciò «una mera esigenza di coordinamento tra i due procedimenti» (42);

– che «il nesso di indubbia consequenzialità logica tra la procedura di concordato e quella più radicale che sfocia nel fallimento non si traduce nella consequenzialità procedimentale» tra prima e seconda;

– che la facoltà accordata al debitore di proporre una procedura concorsuale alternativa al fallimento non rappresenta né un fatto impeditivo alla pronuncia di fallimento, né un fatto costitutivo del relativo procedimento, bensì esplicazione di un mero diritto di difesa, non certo di un diritto potestativo di condizionare i tempi del procedimento prefallimentare (43);

– che il giudice è chiamato a verificare, in concreto, il rapporto di priorità tra le procedure, «dando precedenza all'una ovvero all'altra», purché nel rispetto indefettibile delle garanzie di difesa del debitore (nel procedimento prefallimentare) e dei creditori (nel procedimento per concordato), comunque verificando che la proposta pattizia non abbia un intento meramente dilatorio, e perciò abusivo.

In realtà, la centralità della preclusione procedimentale di cui all'art. 168 l.fall. non pare di poco conto.

Se è vero, infatti, che essa concerne solo le azioni esecutive e cautelari (44) - mentre il procedimento per dichiarazione di fallimento è pacificamente declinato come giudizio di cognizione, sia pure speciale e sommario (45) -, tuttavia è pur vero che detto procedimento, in caso di accoglimento della domanda, assume la connotazione di una vera e propria esecuzione (collettiva).

Inoltre, quella norma esprime un indubitabile *favor* per la soluzione concordataria, imponendo una protezione del patrimonio del debitore in tutto il periodo intercorrente tra la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e la definitività dell'omologazione del concordato, dunque per tutto quel lasso di tempo strettamente necessario (v. art. 181 l.fall.) a valutare ritualità, legittimità, fattibilità e convenienza della proposta concordataria per il ceto creditorio, attraverso un vaglio in parte eteronomo, in parte rimesso all'autonomia negoziale, secondo un modello consensuale maggioritario temperato dalla possibilità del giudizio di c.d. *cram down* da parte del tribunale (v. art. 180, quarto comma, l.fall.).

D'altro canto, quella forma di protezione non preclude azioni individuali di cognizione e di condanna, così realizzando essa stessa un bilanciamento di

Note:

(39) Quello del creditore, a promuovere l'esecuzione concorsuale contro il debitore in stato di insolvenza; e quello del debitore, ad accedere agli strumenti alternativi di soluzione della crisi; interesse, quest'ultimo, indubbiamente rafforzato dalle recenti riforme, tutte protese a stimolare composizioni concordate della crisi, ritenute preferibili rispetto all'estremo esito fallimentare.

(40) Cass. 24 ottobre 2012, I sez., n. 18190.

(41) Cass. ord. n. 3059/11; Cass. n. 19214/09; Cass. S.U. n. 14670/03.

(42) v. Cass. sez. VI, ord. 8 febbraio 2011, n. 3059

(43) v. Cass. 4 settembre 2009, n. 19214, in *Fall.*, 2012, 427 ss.

(44) Peraltro, si noti, nei confronti dei soli ''creditori per titolo o causa anteriore'', sicché potrebbe anche assumersi non solo che siffatto divieto non riguardi i creditori successivi, ma anche che esso non concerna l'iniziativa del pubblico ministero per la dichiarazione di fallimento, ai sensi dell'art. 7 l.fall.

(45) V., da ultimo, Cass. 28 maggio 2012 n. 8432, che afferma la natura cognitiva e non esecutiva della procedura prefallimentare, al fine di escluderne la soggezione alla sospensione di cui all'art. 20 co. 4 L.n. 44/99 in tema di misure in favore delle vittime dell'usura.

interessi tra creditori e debitore, che si completa con lo spossessamento attenuato del debitore, *ex* art. 167 l.fall. - ora esteso al concordato con riserva dall'art. 161, settimo comma, l.fall. - ed il controllo su eventuali atti di frode da parte del commissario giudiziale, *ex* art. 173 l.fall.

Ebbene, proprio in questo tormentato contesto ermeneutico, si inserisce la pronuncia del Tribunale di Milano qui in commento, che per la prima volta affronta il tema proprio con riferimento alla domanda di concordato preventivo con riserva.

Nel caso esaminato (emblematico delle distorsioni paventate, e che potrebbe diventare un pericoloso *refrain*), il debitore aveva dapprima presentato domanda inibitoria in pendenza di trattative *ex* art. 182 *bis*, sesto comma, l.fall., senza poi presentare alla scadenza il preannunziato accordo di ristrutturazione; quindi, pochi giorni dopo l'istanza di fallimento, aveva depositato una domanda di concordato preventivo, cui il tribunale aveva dato la precedenza, per la «pregiudizialità che si instaura tra domanda di concordato e istanza di fallimento pendente»; infine, una volta convocato per la dichiarazione di inammissibilità, *ex* art. 162, secondo comma, l.fall., aveva rinunziato a tale domanda, però in funzione del deposito di un nuovo ricorso di concordato preventivo, stavolta con riserva, con il quale confidava di bloccare nuovamente l'istanza di fallimento.

Il collegio meneghino ravvisa in quell'operazione un palese «intento elusivo», ed uno «sviamento abusivo dell'*iter* processuale» (46); al tempo stesso, ritiene inconcepibile un potere del debitore di «paralizzare *ad libitum* l'istanza di fallimento del creditore», evitando «*sine die* di rendere i chiarimenti e le integrazioni documentali di volta in volta richiesti dal tribunale, a pena di inammissibilità della originaria domanda», il tutto attraverso un callido allestimento tempistico di una serie di domande, pur consentite dall'ordinamento.

A sostegno della consequenziale ed articolata decisione (inammissibilità della domanda di pre-concordato; inammissibilità ed inefficacia della revoca della originaria domanda di concordato ordinario; inammissibilità anche di quest'ultima domanda; separata decisione sull'istanza di fallimento), il tribunale lombardo richiama consolidati principi generali dell'ordinamento (come la correttezza e la buona fede in senso oggettivo), in uno al concetto di abuso del diritto (47), ma propone anche una lettura teleologica ed analogica dell'art. 161, nono comma, l.fall., laddove preclude l'accesso al "beneficio" del concordato con riserva nel caso in cui ad un'analoga domanda infrabiennale del debitore non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura richiesta, a testimonianza di una esigenza di serietà della condotta del debitore, quale presupposto implicito di acceso al nuovo istituto.

Un ulteriore spunto sull'interferenza tra procedura prefallimentare e concordato con riserva si rinviene in Tribunale Roma 14 novembre 2012, con riferimento a più domande presentate da varie società di un gruppo, aventi sede legale in diverse città, sulle quali il tribunale capitolino ha riconosciuto la propria competenza territoriale (secondo il criterio della sede principale effettiva), e fissato per tutte il termine di sessanta giorni *ex* art. 161, decimo comma, l.fall., nonostante la precedente pendenza dei procedimenti prefallimentari dinanzi ad altri tribunali.

Qui la problematica è, evidentemente, duplice.

Da un lato, fino a che punto il collegamento di società appartenenti ad un unico gruppo, ma aventi sedi principali in luoghi diversi, consenta il deposito della domanda presso la sede della società controllante (o, comunque, presso la sede di una di esse), ovvero - come sembra preferibile, in mancanza di apposite disposizioni legislative - sia inidoneo a superare il criterio di competenza territoriale fissato, per ciascuna società, dall'art. 161, primo comma, l.fall. (48)

Dall'altro lato, se in simili ipotesi possa darsi applicazione del criterio della prevenzione, come avviene nel procedimento prefallimentare, in caso di conflitto positivo di competenza (art. 9 *ter* l.fall.); e

Note:

(46) Aggiungendo: «con conseguente ingiustificato pregiudizio del diritto del creditore istante, titolare di un interesse giuridicamente tutelato alla declaratoria di fallimento, in assenza delle condizioni di ammissibilità del concordato originariamente proposto».

(47) Che ricorda essere ampiamente praticato in numerose pronunce, anche di legittimità, «in materia contrattuale, societaria e finanche concorsuale» (Cass. S.U. 23 ottobre 2008, nn. 30055, 30056, 30057 e da ultimo Cass. 28 giugno 2012, n. 10807).

(48) In tal senso, Trib. Milano 22 novembre 2012 (ric. centro Metalli s.p.a.), ined., secondo cui «al collegamento tra diverse società di un gruppo non viene attribuito alcun effetto ai fini del superamento del requisito della competenza per territorio, essendo questo stabilito dall'art. 161, comma 1, l.fall., con sterilizzazione del trasferimento della sede legale infrannuale, criterio - questo - identico a quello previsto dalla legge fallimentare. Né la legge riconosce rilievo giuridico (quanto meno in relazione al criterio della competenza per territorio) al gruppo di società, né nel fallimento, né nel concordato preventivo, né nella disciplina dell'amministrazione straordinaria ex d.lg. 270/99, laddove la procedura di estensione dell'amministrazione straordinaria si radica presso il tribunale ove l'impresa collegata ha la propria sede principale ex art. 82 d. lg. cit. Norma alla quale fa eccezione (espressa) la sola disciplina dell'amministrazione straordinaria speciale ''Marzano'' (l. 39/04 e s.m.), secondo cui il Tribunale competente per l'apertura della procedura ''madre'' (a termini dell'art. 80, primo comma, lett. a) D.Lgs. 270/99) è altresì competente per le procedure delle società del gruppo a termini dell'art. 3, terzo comma, D.L. 347/03, conv. in L. 39/04.»

se possano applicarsi le regole previste dall'art. 9 *bis* l.fall. per la *translatio judici* davanti al tribunale ritenuto competente (49).
Infine, occorre considerare anche la portata dell'ultimo comma del novellato art. 161 l.fall., il quale, nel prendere in esame il caso in cui il ricorso per concordato con riserva sia presentato in pendenza di procedimento per dichiarazione di fallimento, non si limita a prevedere la durata minima obbligatoria del termine per il deposito della domanda completa, ma chiarisce, in premessa, «fermo quanto disposto dall'articolo 22, primo comma».
L'interpretazione di tale frase incidentale si è rivelata non del tutto agevole. Essa può significare alternativamente che, in caso di pendenza di procedimento prefallimentare: A) il termine può essere concesso solo previa adozione del provvedimento di rigetto *ex* art. 22, primo comma, l.fall.; B) può essere concesso un termine superiore a quello minimo di sessanta giorni solo in caso di rigetto dell'istanza *ex* art. 22, primo comma, l.fall. (ed anche in pendenza di reclamo *ex* art. 22, secondo comma, l.fall.).
La soluzione preferibile sembra essere quella *sub* B), sia in forza dello specifico richiamo al solo primo comma dell'art. 22 l.fall., sia perché verrebbe conferita a quest'ultima disposizione una portata impeditiva esorbitante rispetto a quanto già previsto da ben altrimenti consolidate norme dell'ordinamento concorsuale (come gli artt. 168 e 162 l.fall.).
Dunque, può ritenersi che la preclusione della concessione di un termine superiore a sessanta giorni in pendenza di istruttoria prefallimentare venga meno (con riespansione della discrezionalità giudiziale fino al termine massimo di centoventi giorni) laddove il tribunale abbia rigettato la domanda di fallimento, a prescindere dalla pendenza di reclamo avverso tale decisione.
Ove poi quel reclamo venisse accolto, sarebbe il tribunale - cui la corte d'appello rimette gli atti per la dichiarazione di fallimento, *ex* art. 22, quarto comma, l.fall. - a dover valutare l'incidenza della presentazione della domanda di concordato preventivo, ai sensi dell'art. 168 l.fall., secondo i canoni sopra illustrati.
Al riguardo si può sostenere che, una volta concesso il termine *ex* art. 161, sesto comma, l.fall., se non emergono vizi del procedimento di concordato, la declaratoria di fallimento richiesta dalla corte di appello debba essere messa in *stand-by*, fino a che non si completi il giudizio di verifica su ammissibilità e procedibilità del concordato; per riprendere efficacia in caso di esito negativo di quel giudizio.
Ma si potrebbe anche distinguere, secondo un criterio cronologico, se i presupposti per addivenire alla dichiarazione di fallimento fossero già presenti al momento del rigetto (nel qual caso la successiva domanda di concordato non sarebbe idonea a precludere quella declaratoria, con conseguente revoca del termine concesso *ex* art. 161, sesto comma, l.fall.), ovvero siano sopravvenuti a quella domanda (che quindi conserverebbe il suo effetto preclusivo).
Resta infine da chiedersi se il termine concesso dal tribunale sia in ipotesi modificabile o revocabile.
Salvo il caso della revoca implicita del termine, in caso di attivazione della procedura sanzionatoria di cui all'art. 162, secondo comma, l.fall., potrebbe ipotizzarsi che, in caso di concessione di un termine superiore a sessanta giorni grazie al rigetto dell'istanza di fallimento, il sopravvenuto accoglimento del reclamo imponga la modifica del termine (da ricondurre al minimo legale), ferme restando le ulteriori valutazioni sulla ammissibilità e procedibilità del concordato, mancando le quali dovrebbe procedersi alla dichiarazione di fallimento indicata dal giudice del reclamo.

5. Domanda di concordato con riserva e scadenza dell'anno *ex* art. 10 l.fall.

Un ulteriore profilo di interferenza tra i due procedimenti si colloca nel perimetro interpretativo dell'art. 10 l.fall., non essendo chiaro come debba procedersi ove la domanda di concordato con riserva sia presentata in pendenza di procedimento prefallimentare e nell'imminente scadenza del relativo ter-

Nota:

(49) In senso favorevole si veda Tribunale Milano 22 novembre 2012 (ric. Advertising e Building s.r.l.), ined., secondo cui «l'omessa pronuncia nel merito da parte del tribunale in caso di incompetenza non può pregiudicare gli effetti sostanziali e processuali della domanda», in quanto, «ove non segua alla declaratoria di incompetenza una trasmissione degli atti al tribunale dichiarato competente, sarebbe precluso detto esame da parte del tribunale dichiarato competente con pregiudizio degli effetti prodotti dalla domanda di concordato», dovendo perciò «ritenersi applicabile in via estensiva la disciplina prevista in materia fallimentare in materia di incompetenza, allo scopo di assicurare sopravvivenza agli effetti di natura sostanziale e processuale connessi alla proposizione di una domanda di concordato, né potendosi arrestare la procedura concordataria in caso di mancata riassunzione ad impulso di parte davanti al giudice indicato come competente, come previsto dall'art. 50 c.p.c. (come in un caso analogo affermato implicitamente da Cass., Sez. I, 6 dicembre 1999, n. 13606)». In senso contrario Trib. Pavia 28 novembre 2012 (ric. Scapa Italia spa), ined., per il quale l'art. 9 *bis* l.fall., dettato solo per disciplinare le questioni di competenza in materia fallimentare, non sarebbe suscettibile di applicazione estensiva o analogica in ambito concordatario, ove resterebbe ferma la regola generale dell'onere di riassunzione del procedimento davanti al giudice dichiarato competente, ai sensi degli artt. 37 - 50 c.p.c.

mine annuale. I percorsi ermeneutici prospettabili per la soluzione del quesito sono tre (50):
1) precludere il rilievo dell'ultrannualità dopo il deposito della domanda di concordato preventivo;
2) escludere l'ammissibilità di una domanda di concordato preventivo da parte di un imprenditore cancellato dal registro delle imprese;
3) ritenere inapplicabile la preclusione di cui all'art. 10 l.fall. nel procedimento per dichiarazione di fallimento conseguente alla dichiarazione di inammissibilità del concordato (art. 162, secondo comma, l.fall.).
La prima ipotesi poggia sul principio della *consecutio procedurarum* (di recente ribadito da Cass. n. 18437/10) e subisce indubbiamente la seduzione del nuovo art. 69 *bis* l.fall., però dettato a tutt'altro fine. Essa sconta inoltre la difficile conciliazione con il disposto dell'art. 22, quinto comma, l.fall., che consente il decorso del termine annuale di cui all'art. 10 l.fall. addirittura fino al deposito del decreto della corte d'appello in sede di reclamo. Appare dunque sistematicamente debole l'idea che la domanda di concordato preventivo possa precludere il rilievo dell'ultrannualità, quando nemmeno l'istanza di fallimento e la decisione del tribunale comportano né sospensione né interruzione del decorso di quel termine.
La seconda ipotesi attinge agli effetti della cancellazione dal registro delle imprese (dichiarativa per gli imprenditori individuali e le società di persone, costituiva per le società di capitali), nel senso che non sarebbero praticabili gli adempimenti di cui all'art. 161, quarto comma, e 152 l.fall. (approvazione e sottoscrizione della domanda) ovvero quelli di cui all'art. 161, secondo comma, lett. a (deposito documentazione necessaria), da parte di un soggetto imprenditoriale colpito da una presunzione semplice di estinzione, ovvero radicalmente estinto (art. 2495, secondo comma, c.c.). Con la conseguenza che l'imprenditore cancellato dal registro delle imprese non sarebbe legittimato a proporre domanda di concordato preventivo.
Si potrebbe replicare che l'art. 10 l.fall., in quanto norma speciale dettata in tema di fallimento (a differenza dell'art. 1, volto all'individuazione delle «imprese soggette al fallimento e al concordato preventivo») e diretta alla tutela dell'imprenditore che sia soggetto passivo di un ricorso proposto dai creditori o dal p.m., non sarebbe applicabile nel caso in cui sia invece l'imprenditore ad agire, per ottenere il beneficio dell'ammissione al concordato preventivo. In ogni caso, resterebbe da verificare la possibile analogia con il ricorso per autofallimento, *ex* art. 14 l.fall., da parte dell'imprenditore cancellato dal registro delle imprese.
Infine, la terza ipotesi valorizza il dato testuale dell'art. 162, secondo comma, l.fall., che descrive un procedimento per dichiarazione di fallimento semplificato rispetto all'art. 15 l.fall., quale appendice di una procedura di concordato preventivo non andata a buon fine. In esso, infatti, il richiamo all'accertamento dei (soli) «presupposti di cui agli articoli 1 e 5» potrebbe indurre a pensare che la sovrapposizione del procedimento di concordato preventivo inibisca l'applicabilità (anche) dell'art. 10 l.fall.
Senonché, è proprio nella formulazione della norma che si annida la debolezza di una simile tesi, in quanto l'*incipit* del secondo comma («all'esito del procedimento») colloca la valutazione di inammissibilità del concordato (da cui deriva la possibilità di dichiarare il fallimento, su istanza di parte) in un momento necessariamente successivo alla scadenza del termine fissato dal tribunale per il deposito della domanda.
Per concludere, sembra che il secondo percorso ermeneutico presenti minori frizioni con la tesi della obbligatorietà della concessione del termine di cui all'art. 161, sesto comma, l.fall. (la quale, a dire il vero, traspare da ogni interstizio della *voluntas legis* ispiratrice del recente intervento legislativo); e, soprattutto, sia idoneo a scongiurare che, nell'imminente scadenza dell'anno *ex* art. 10 l.fall., l'imprenditore depositi una domanda di concordato preventivo con riserva per evitare la dichiarazione di fallimento.

6. Il regime degli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione: finanziamenti, pagamento di crediti anteriori e scioglimento (o sospensione) dai contratti pendenti

Molti dei decreti in rassegna, verosimilmente per quella stessa propensione didascalica cui si accennava nel primo paragrafo, tendono ad esplicitare in dispositivo le conseguenze e gli effetti della concessione del termine rispetto alla gestione dell'impresa. E così, risulta frequente il richiamo al disposto dell'art. 161, settimo comma, l.fall., nel senso che «dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'art. 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni»; ed inoltre che, nel medesimo periodo, «il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione»; con l'ulteriore, fondamentale,

Nota:

(50) P. Vella. *Concordato preventivo con riserva e termine annuale di fallibilità (brevi note su un possibile abuso),* in *www.osservatorio-oci.org.*

specificazione che «i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'art. 111» (oltre che esenti da revocatoria fallimentare, ai sensi dell'art. 67, terzo comma, lett. e) l.fall.).

Questa disposizione ha in effetti colmato lo iato esistente tra la fase antecedente il deposito della domanda - caratterizzata dalla normalità degli atti di gestione dell'imprenditore *in bonis* - e la fase successiva all'apertura della procedura (art. 163 l.fall.), disciplinata dall'art. 167 l.fall., sia con riferimento alla conservazione dell'amministrazione dei beni e dell'esercizio dell'impresa da parte del debitore concordatario, sia pure sotto la vigilanza (51) del commissario giudiziale (primo comma), sia con riferimento al regime autorizzatorio - lì di competenza del giudice delegato - per «mutui, transazioni, compromessi, alienazioni immobiliari, concessioni di ipoteche o pegni, fideiussioni, rinunzie alle liti, ricognizioni di diritti di terzi, cancellazioni di ipoteche, restituzioni di pegni, accettazioni di eredità e donazioni e, in generale, di tutti gli atti di straordinaria amministrazione» (secondo comma).

Restava infatti scoperta proprio la fase intermedia, una sorta di "limbo" in cui il compimento di atti negoziali era ingessato da comprensibili timori su quale ne sarebbe stato, poi, il trattamento; fase ora peraltro destinata a dilatarsi oltremodo, dopo l'introduzione del concordato con riserva, potendo durare anche sino a sei mesi (massimo centoventi giorni prorogabili per giustificati motivi di ulteriori sessanta giorni).

Il legislatore ha così voluto fornire rassicurazioni sulla validità ed efficacia dei traffici negoziali intrattenuti con l'imprenditore prima dell'apertura del concordato preventivo, svincolando da ogni controllo giudiziale il compimento degli atti di ordinaria amministrazione e prevedendo un'apposito regime autorizzatorio - sulla base delle sommarie informazioni eventualmente assunte - per i soli atti urgenti di straordinaria amministrazione (52), lì di competenza del tribunale (la nomina del giudice delegato avvenendo formalmente solo con l'apertura della procedura *ex* art. 163, secondo comma, n. 1, l.fall.).

Resta invece chiaramente esclusa la possibilità di compiere atti di straordinaria amministrazione che non siano connotati dal requisito dell'urgenza.

Due ulteriori disposizioni completano il regime degli atti compiuti in pendenza del termine *ex* art. 161, sesto comma, l.fall.

Innanzitutto l'art. 182 *quinquies*, primo comma, l.fall., che consente all'imprenditore che depositi domanda di concordato preventivo, anche con riserva (ovvero domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, compresa la relativa domanda cautelare), di chiedere al tribunale - sempre previa eventuale assunzione di sommarie informazioni - l'autorizzazione a contrarre finanziamenti, anch'essi dichiarati «prededucibili ai sensi dell'art. 111» l.fall., a condizione però che un professionista designato dal debitore, in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), l.fall., dopo aver verificato il complessivo fabbisogno finanziario dell'impresa, sino all'omologazione, attesti che tali finanziamenti sono funzionali alla migliore soddisfazione dei creditori (53).

L'autorizzazione si può estendere anche a «finanziamenti individuati solo per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative» (secondo comma), e comprendere la concessione di «pegno o ipoteca a garanzia di detti finanziamenti» (terzo comma).

In secondo luogo, l'art. 182 *quinquies*, quarto comma, l.fall. contempla l'innovativa facoltà, per il debitore che presenta domanda di ammissione al concordato, anche con riserva, di chiedere al tribunale - il quale ancora una volta provvede previa eventuale assunzione di sommarie informazioni - di essere autorizzato al pagamento di crediti anteriori per prestazioni di beni o servizi (54).

Anche in tal caso, l'autorizzazione è subordinata all'attestazione, da parte di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), l.fall., «che tali prestazioni sono essenziali per la prosecuzione della attività di impresa e funzionali ad assicurare la migliore soddisfazione dei creditori». Al contrario, l'attestazione non è necessaria ove si tratti di pagamenti effettuati con «nuove risorse finanziarie che vengano apportate al debitore senza obbligo di restituzione o con obbligo di restituzione postergato alla soddisfazione dei creditori» (c.d. nuova finanza, con rinuncia o postergazione del relativo credito restitutorio).

Il punto più dolente, già emerso - peraltro con soluzioni contrastanti - in alcuni dei provvedimenti in

Note:

(51) Ormai destinata solo alla eventuale emersione di atti di frode *ex* art. 173 l.fall.

(52) Individuabili sulla base del tradizionale formante dottrinale e giurisprudenziale relativo all'art. 167, secondo comma, l.fall.

(53) Si tratta di uno strumento ispirato al modello statunitense dei ''*first day orders*'' e destinato a risolvere la problematica della cd. finanza interinale.

(54) Nel presupposto che si tratti di creditori cd. strategici, da pagare perciò «per intero, al di fuori del riparto e della graduazione dei privilegi» Trib. Rimini 23 novembre 2012 (ric. Aeradria spa), *ined.* sostiene che detta norma debba essere «di stretta interpretazione», avendo «portata derogatoria rispetto agli ordinari principi concorsuali».

rassegna, attiene all'applicabilità o meno dell'art. 169 *bis*, primo comma, l.fall., che contempla la facoltà per il debitore di chiedere al tribunale, «nel ricorso di cui all'art. 161», l'autorizzazione allo scioglimento dai contratti in corso di esecuzione «alla data della presentazione del ricorso» (fatta salva la clausola compromissoria in essi eventualmente contenuta), ovvero la loro sospensione, per un termine non superiore a sessanta giorni, prorogabile per una sola volta. Nessuna disposizione è dettata riguardo all'istruttoria, non essendo qui prevista né la possibilità di assumere sommarie informazioni (che però non sembra doversi ritenere esclusa), né la previa attestazione di un professionista indipendente circa gli effetti dell'eventuale scioglimento (o sospensione), con l'usuale riferimento alla migliore soddisfazione dei creditori. Il secondo comma contempla il diritto dell'altro contraente ad un «indennizzo equivalente al risarcimento del danno da mancato adempimento» (55), da soddisfare però non in prededuzione, bensì «come credito anteriore al concordato» (56).
Restano espressamente escluse dalla facoltà di scioglimento o sospensione alcune figure contrattuali nelle quali evidentemente la controparte è ritenuta meritevole di particolare protezione, quali: il rapporto di lavoro subordinato; il contratto di locazione immobiliare in cui il debitore concordatario sia il locatore; i contratti preliminari di vendita trascritti *ex* art. 2645 *bis* c.c. aventi ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado; i contratti preliminari di vendita trascritti aventi ad oggetto un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività d'impresa dell'acquirente; i contratti di cui all'art. 72 *ter* l.fall. (finanziamenti destinati ad uno specifico affare).
Ebbene, chiamati a pronunciarsi sulla richiesta di scioglimento o sospensione da alcuni contratti pendenti, formulata nel ricorso *ex* art. 161, sesto comma, l.fall., i tribunali scrutinati hanno fornito risposte alquanto diversificate.
La prima pronuncia edita è quella del Tribunale di La Spezia 24 ottobre 2012 (57), che, dopo aver assunto il parere degli ausiliari nominati (58), ha autorizzato il debitore a sciogliersi da una convenzione stipulata con il commissaro delegato per l'emergenza nel settore dello smaltimento dei rifiuti solidi urbani nella Regione Calabria, assegnando un termine dilatorio per consentire il nuovo affidamento del servizio, e dando atto dell'avvenuta creazione di apposita classe per il credito derivante dal diritto all'indennizzo.
Sotto il profilo motivazionale, il tribunale ligure ha valorizzato due aspetti: a) l'indisponibilità di risorse da parte della società concordataria, per far fronte a situazioni di pericolo ambientale e per la sicurezza dei lavoratori dell'impianto; b) l'impossibilità della continuazione dell'attività, in mancanza di manifestazioni di interesse al subentro nella stessa.
Sennonché, con una pronuncia di appena un giorno successiva, lo stesso tribunale (59) (ma in diversa composizione), sempre sulla base delle informative depositate dall'ausiliario nominato *ex* art. 68 c.p.c., ha invece rigettato analoga richiesta, ritenendo inapplicabile al caso di specie l'art. 169 *bis* l.fall., in quanto lo scioglimento era destinato non già a «migliorare la possibilità di riuscita della procedura concordataria a favore della massa dei creditori», bensì - e inammissibilmente - a garantire «la stessa proponibilità e/o fattibilità del concordato».
Il collegio ha così chiarito che si avrebbe un uso strumentale di quella facoltà, ove «l'imprenditore, al solo scopo di sciogliersi da contratti regolarmente stipulati, ma non più ritenuti convenienti, depositasse ricorso per l'ammissione al preconcordato, ottenesse lo scioglimento dei medesimi e non facesse seguito al deposito di domanda di concordato, con evidente nocumento per le controparti contrattuali».
Una soluzione diametralmente opposta è stata assunta, paradossalmente lo stesso giorno, dal Tribunale di Salerno (60), il quale ha addirittura osser-

Note:

(55) L'espressione crea una singolare crasi tra mancato adempimento e risarcimento, rispetto alla diversa previsione dettata in generale, nel fallimento, dall'art. 72 comma 4 l.fall., per cui, «in caso di scioglimento, il contraente ha diritto di far valere nel passivo il credito conseguente al mancato adempimento, senza che gli sia dovuto risarcimento del danno».

(56) Diversamente, per alcuni rapporti pendenti nel fallimento l'indennizzo in caso di scioglimento viene corrisposto in prededuzione: si vedano l'art. 80 l.fall., per lo scioglimento dal contratto di locazione di immobili (in caso di fallimento tanto del locatore quanto del conduttore) e l'art, 79 l.fall., per il recesso dal contratto di affitto d'azienda.

(57) Consultabile in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 728.

(58) Si sono pronunziati a favore della possibilità di nomina, *ex* art. 68 c.p.c., di uno o più ausiliari deputati a coadiuvare il tribunale nello scrutinio degli obblighi informativi imposti, ed anche ai fini delle attività autorizzatorie degli atti di straordinaria amministrazione previste dall'art. 161, comma 7, l.fall.: Trib. La Spezia 25 settembre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 688; Trib. Benevento 26 settembre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 536; Trib. Bologna 5 ottobre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 715; Trib. Pistoia 10 ottobre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 717; cfr. Trib. Rimini 23 novembre 2012 (ric. Aeradria spa), ined.

(59) Trib. La Spezia 25 ottobre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 735.

(60) Trib. Salerno 25 ottobre 2012, in www.osservatorio-oci.rg. Ms. n. 737.

vato che, non indicando l'art. 169 *bis* l.fall. «un criterio in base al quale parametrare questo genere di autorizzazioni», le stesse ben possono ritenersi «una mera presa d'atto di un diritto potestativo del debitore, che sceglie di sciogliersi da un determinato rapporto giuridico nell'ambito di un proprio disegno imprenditoriale, che nel caso del pre-concordato non è obbligatorio comunicare al tribunale, chiamato ad attendere il deposito del piano».
In concreto, peraltro, il tribunale campano ha dato atto che era stata fornita la prova della convenienza dello scioglimento da un contratto di affitto di ramo d'azienda posto in essere poco prima del ricorso *ex* art. 161, sesto comma, l.fall., sia per la difficoltà nella riscossione dei canoni, sia per la maggiore utilità di un esercizio diretto dell'azienda, al contempo osservando come il futuro giudizio di convenienza, spettante ai creditori, avrebbe dovuto misurarsi con le alternative praticabili in sede fallimentare (all'esito della eventuale riacquisizione del bene all'attivo, su esperimento di azione revocatoria fallimentare).
A distanza di pochi giorni, il Tribunale di Pistoia (61) ha assunto una posizione intermedia, ritenenedo possibile nel concordato con riserva solo la sospensione - non anche lo scioglimento - dai contratti in corso di esecuzione.
L'argomento principale su cui fa leva il collegio toscano, per motivare l'interessante ed approfondita decisione, è l'assenza nell'art. 169 *bis* l.fall. (a differenza che nell'art. 182 *quinquies*, primo e quarto comma, l.fall.), di un esplicito riferimento al ricorso *ex* art. 161, sesto comma, l.fall.
L'argomento, però, per un verso prova troppo - poiché analoga conclusione dovrebbe altrimenti trarsi anche rispetto all'art. 168 l.fall., invece pacificamente ritenuto applicabile anche al concordato con riserva - e per altro verso appare incoerente con riferimento alla sospensione, contenuta nello stesso comma del medesimo articolo, eppure ritenuta applicabile al concordato con riserva.
Giustamente, invece, il collegio sottolinea la mancata previsione di una relazione attestativa, capace di rendere l'atto autorizzato tendenzialmente neutro rispetto agli interessi del ceto creditorio, come nel caso dei finanziamenti interinali e del pagamento di crediti anteriori, consentiti solo ove l'esperto in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), l.fall., ne attesti la essenzialità per la prosecuzione dell'attività di impresa e/o la funzionalità alla migliore soddisfazione dei creditori.
Inoltre, esso evidenzia come lo scioglimento dai contratti pendenti sia una «misura estrema d'incidenza sullo statuto del creditore», razionalizzabile solo in funzione della concreta ed effettiva tipologia della proposta concordataria, non adeguatamente anticipabile da mere «discovery» intermedie, stante la fluidità della proposta fino alla sua definitiva formulazione (peraltro tramutabile in un accordo di ristrutturazione dei debiti, all'interno del cui sistema nemmeno esiste disposizione analoga all'art. 169 *bis* l.fall.).
Infine, il tribunale toscano esclude anche il riferimento all'ambito autorizzatorio degli atti di straordinaria amministrazione *ex* art. 161, settimo comma, l.fall. (tanto più essendo difficilmente ipotizzabile un'urgenza tale da rendere l'atto non procrastinabile alla fase successiva del deposito della proposta e del piano), osservando che «l'autorizzazione allo scioglimento non incide sul piano degli effetti dell'atto (atto inefficace *ex* art. 167 o scrutinabile *ex* art. 173), ma sostanzia l'atto, creando l'istituto».
Il tema è alquanto scivoloso, forse anche per un difetto di chiarezza e completezza del legislatore.
Sotto il profilo sistematico, si è già anticipato come non risulti decisivo (per quanto suggestivo) il mancato riferimento, nel corpo della norma, al concordato con riserva. D'altro canto, e restando su un piano meramente lessicale, l'art. 169 *bis* l.fall. fa testuale riferimento al «ricorso di cui all'art. 161», e tale formalmente è anche quello di cui al sesto comma (62).
Sul piano fattuale, poi, sorge spontaneo chiedersi quali sarebbero in concreto le conseguenze se, prima del ricorso, il debitore si rendesse inadempiente, con un recesso unilaterale (ad es. da un contratto di fornitura) pattuito *ex* art. 1373 c.c.: egli si esporrebbe verosimilmente ad un'azione di risarcimento danni della controparte, ingenerando un debito chirografario a carico della massa; il che è sostanzialmente quanto avverrebbe in caso di scioglimento autorizzato dal tribunale, cui seguirebbe, in mancanza di accordo tra le parti in ordine alla misura dell'indennizzo equivalente al risarcimento del danno da mancato adempimento, la necessità di un ap-

Note:

(61) Trib. Pistoia 30 ottobre 2012, in *www.osservatorio-oci.org*, 2012, Ms. n. 732.

(62) In questo senso si veda, da ultimo, Trib. Modena 30 novembre 2012 (ric. Edilgenerali S.r.l.), in *www.ilcaso.it*, laddove si sostiene che tanto la lettera quanto la *ratio* dell'art. 169-bis l.fall. inducono a ritenerlo applicabile anche al concordato con riserva, «posto che da un lato proprio l'incertezza sulla soluzione definitiva consiglia la sospensione dei contratti in attesa di decidere quali sono funzionali alla opzione finale e dall'altro quando la soluzione è comunque individuata (ad esempio la liquidazione dei beni) ma debbono essere messi a punto il piano e la proposta ben può essere certo quali contratti non debbano essere comunque continuati e quindi consigliabile evitare di sostenere ulteriori spese in prededuzione o proseguire iniziative destinate comunque a non essere portate a termine».

posito giudizio dinanzi al giudice ordinario (non già fallimentare).
Inoltre, non va sottovalutato come la stessa norma contempli una serie di esclusioni, dettate a tutela di specifiche parti contrattuali, probabilmente proprio quelle che potrebbero essere più interessate ad un'azione di adempimento contrattuale, piuttosto che di risoluzione per inadempimento (entrambe alternativamente possibili, *ex* art. 1453 c.c.).
D'altro canto, ha senso, nella prospettiva della soluzione della crisi di impresa, precludere lo scioglimento da un contratto per il cui adempimento l'imprenditore, che si accinge a predisporre una proposta concordataria o un accordo di ristrutturazione dei debiti, non disponga di risorse sufficienti? O non è forse meglio consentire, specie nella prospettiva di un concordato in continuità, una - sia pur congrumente motivata - rivisitazione degli impegni negoziali, al fine di preservare solo quelli utili al miglior soddisfacimento della massa dei creditori (tenuto conto che il mancato scioglimento ingenera una prededuzione endoconcordataria), anche a scapito di alcuno di essi (che conserva il diritto risarcitorio)?
Nel rispondere a tali spinosi quesiti, sembra potersi affermare che, in mancanza di forti argomenti letterali contrari all'applicazione dell'art. 169 *bis* l.fall. anche al concordato con riserva, la vasta discrezionalità dischiusa dalla formulazione della norma (che non richiama né le sommarie informazioni, né le onnipresenti attestazioni concordatarie *ex* art. 67, terzo comma, lett. d) l.fall.) debba essere prudentemente colmata dal giudice, il quale potrà: pretendere una maggiore ed adeguata allegazione di fatti, documenti e circostanze da parte del debitore, anche in ordine alla tipologia di proposta e di piano che si accinge ad allestire; avvalersi (ove necessario) dell'ausilio di esperti d'ufficio, per valutare comparativamente l'impatto dello scioglimento sulla proposta concordataria *in fieri*; suscitare il contradditorio con la controparte interessata, a tutela del diritto di difesa ma anche per acquisire una migliore cognizione della fattispecie; escludere comunque l'autorizzazione, in mancanza di sufficienti elementi per valutarne la fondatezza; accedere semmai alla meno drastica misura della sospensione, conciliandone la durata (al massimo sessanta giorni) con la progressiva evoluzione della proposta *in fieri*, e magari consentendo alla scadenza il passaggio a scioglimento, sempre che ne ricorrano i presupposti giustificativi.
Adottanto scrupolosamente le predette accortezze, e con il prudente ed oggettivo supporto delle esclusioni *ex lege*, potrà ben evitarsi che si addivenga allo scioglimento dei contratti se non nei casi di effettiva e concreta funzionalità alla migliore soluzione della crisi, e a vantaggio della massa dei creditori (come deciso, ad esempio, da Tribunale La Spezia 25 ottobre 2012).
Il tutto, senza subire il condizionamento della indubbia magmaticità della proposta, tale da poter preludere ad un concordato vero e proprio, ovvero ad un accordo di ristrutturazione dei debiti, se non addirittura alla mancanza di qualsivoglia atto di composizione della crisi di impresa.
Infatti, la facoltà alternativa del deposito di un accordo di ristrutturazione dei debiti non toglie che si navighi pur sempre all'interno del concordato preventivo (come attestano rubriche e collocazione sistematica delle norme implicate) (63); del resto, ove dal concordato si passasse all'accordo di ristrutturazione, l'eventuale dissenso dei creditori che avessero subito lo scioglimento del contratto li renderebbe creditori estranei all'accordo, in quanto tali da soddisfare integralmente.
Ove invece alla riserva non facesse seguito alcun deposito, si attiverebbe il meccanismo di inammissibilità del concordato ed eventuale fallimento di cui all'art. 162, secondo comma, l.fall., esattamente come all'interno di un percorso concordatario ordinario.

7. Conclusioni

Si è già avuta occasione di evidenziare (64) come le più recenti evoluzioni del diritto concorsuale abbiano lasciato, alle spalle di quello che poteva (almeno un tempo) considerarsi l'avamposto della concorsualità - il concordato preventivo - un limbo simultaneamente frequentato da vere e proprie procedure (come gli accordi di ristrutturazione dei debiti e la composizione della crisi da sovraindebitamento), da accordi che il solo esito negativo è in grado di far emergere nella sfera della concorsualità (come i piani attestati di risanamento, intercettati da una minuscola disposizione sulla revocatoria fallimentare, l'art. 67, terzo comma, lett. d) l.fall.) e infine da accordi stragiudiziali tra debitore e creditori, la cui latenza costituisce riprova del loro successo; con la conseguente impossibilità di definire,

Note:

(63) V. Trib. Modena 30 novembre 2012 da ultimo cit., il quale reputa che la conseguente applicazione, di fatto, dell'istituto dello scioglimento coattivo dai contratti in corso anche all'accordo di ristrutturazione dei debiti ben potrebbe essere stata tenuta in considerazione dallo stesso legislatore, concludendo che «spetta in ogni caso al prudente apprezzamento del tribunale valutare la richiesta alla luce della probabile opzione finale».

(64) P. Vella, *Postergazione e finanziamenti societari nella crisi di impresa*, Milano, 2012, 123.

oggi, la concorsualità in positivo, prestandosi essa piuttosto ad essere declinata e perimetrata *a contrario*, rispetto, in primo luogo, all'esecuzione individuale, procedura che tradizionalmente incarna la singolarità, contrapposta alla collettività tipica del momento concorsuale.

Si è perciò detto che la concorsualità sembra essersi gradualmente ridotta (per differenza) ad un solo aspetto imprescindibile e perciò essenziale, ossia la necessaria - e non spontaneistica - partecipazione di tutti i creditori alla definizione, più o meno concordata, della crisi di impresa; fosse anche solo per assumere, formalmente e pubblicamente, la posizione di soggetti estranei a detta regolamentazione negoziata (come i creditori estranei, nell'accordo di ristrutturazione e nella procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento) che, pure, ne subiscono gli effetti, in relazione al c.d. *automatic stay* ed ora anche alla moratoria forzosa quadrimestrale introdotta nell'art. 182 *bis* l.fall. dalla L. n. 134/12.

Con le ultime riforme, poi - anche in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento (65) -, si è assistito ad un «progressivo accostamento tra le varie "placche tettoniche" di cui si compone il sistema di regolamentazione dell'insolvenza, in uno all'espansione del modulo concorsuale», con una contestuale proiezione dei vari strumenti di soluzione della crisi verso un unico ambito procedurale, destinato ad ospitare, coordinandoli, i momenti di autonomia negoziale ed eteronomia giudiziale (66).

Questo percorso sembra aver trovato eclatante conferma proprio nel D.L. n. 83/12, che nell'ambito del concordato preventivo con riserva ha previsto quella "clamorosa interscambiabilità" tra piano concordatario e domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.fall., quali possibili esiti alternativi di un unico procedimento, allo scadere del termine assegnato dal giudice; ma anche - e specularmente - la facoltà per il debitore di depositare, entro il termine di sessanta giorni assegnatogli dal giudice *ex* art. 182 *bis*, settimo comma, l.fall., non già l'accordo di ristrutturazione dei debiti, bensì una domanda di concordato preventivo (art. 182 *bis*, ottavo comma, l.fall.), in entrambi i casi con conservazione degli effetti protettivi originariamente conseguiti.

Una sorta di "corrispondenza biunivoca" tra i due procedimenti che in qualche modo scardina la tesi, sinora prevalente, della natura non concorsuale degli accordi di ristrutturazione (67).

Quanto al concordato con riserva, il relativo paradigma temporale fa sì che la valutazione della sua concreta efficacia nel panorma concorsuale, quale strumento innovativo, fluido e versatile, richiederà un tempo di osservazione ancora lungo. Di certo, l'impatto quantitativo è stato forse anche superiore alle aspettative, vista la mole di ricorsi *ex* art. 161, sesto comma, l.fall. che si è riversata su pressoché tutti i tribunali italiani, compresi quelli nei quali la soluzione concordataria era rimasta, sinora, sostanzialmente impraticata; a testimonianza della rinnovata curiosità strategica destata dall'istituto.

I punti di maggiore frizione si registreranno nei casi in cui l'imprenditore, accedendo al beneficio già in stato di insolvenza - e quindi tradendone la vocazione anticipatoria dell'emersione della crisi - si scontrerà con l'interesse contrapposto dei creditori alla sua dichiarazione di fallimento.

In quell'evenienza, mancando un criterio oggettivo e generale per dirimere il conflitto inter-procedimentale, sarà rimesso al prudente apprezzamento del giudice dare la precedenza all'una o all'altra delle procedure pendenti, con innegabile preferenza per quella concordataria, come è nello spirito - prima ancora che nel testo - delle norme attualmente in vigore.

Anche un sapiente dosaggio degli obblighi informativi imposti all'imprenditore che acceda al concordato preventivo con riserva potrà consentire di monitorarne la serietà degli intenti.

L'unico - ma persistente - timore, è che nelle compromesse condizioni in cui versa l'intera economia, la stasi forzata delle azioni esperibili a tutela dei diritti di credito di soggetti che sono spesso, a loro volta, imprenditori, possa indurre fenomeni di crisi "a catena", con il risultato di una grottesca eterogenesi dei fini del legislatore delle ultime riforme concorsuali.

Note:

(65) Le stesse modifiche alla legge 27 gennaio 2012 n. 3 (recante ''*Disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione delle crisi da sovraindebitamento*''), apportate dal D.L. n. 179/12, attualmente in corso di conversione, ridipingono gli ''accordi'', relativi al sovraindebitamento di imprese sotto soglia, ed ora anche dei consumatori insolventi, nell'alveo della concorsualità, imponendo ipotesi di falcidia su base non volontaria ed introducendo l'istituto dell'esdebitazione.

(66) P. Vella, *La formazione dell'accordo e i suoi effetti*, in *Sovraindebitamento e usura*, a cura di M. Ferro, Milano, 2012, 165 s.

(67) P. Vella, *Le modifiche normative in itinere*, in *Postergazione e finanziamenti societari*, cit., 156.

Art. 161, comma 8 l.fall.

Gli obblighi informativi di cui al comma 8 dell'art. 161 l.fall.

Tribunale di Terni, 12 ottobre 2012 - Pres. Vella - Rel. Montanaro

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Atti di ordinaria e straordinaria amministrazione - Estremi

(legge fallimentare art. 161, commi 6, 7 e 8)

Devono ritenersi di ordinaria amministrazione gli atti di comune gestione dell'azienda, strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del suo patrimonio e quelli che - ancorché comportanti una spesa elevata - lo migliorino o anche solo lo conservino, mentre ricadono nell'area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Termine - Durata massima di centoventi giorni - Presupposti

(legge fallimentare art. 161, commi 6, 7 e 8)

La richiesta del termine nella misura massima di centoventi giorni per integrare la domanda può trovare accoglimento in virtù dell'oggettiva complessità della vicenda e degli adempimenti necessari a consentire la compiuta formulazione di una proposta unitaria proveniente da quattro società facenti parte dello stesso gruppo.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Obblighi informativi periodici - Estremi

(legge fallimentare art. 161, commi 6, 7 e 8)

Il Tribunale può disporre che l'adempimento degli obblighi informativi di cui all'art. 161, comma 8, l.fall., abbia luogo mediante il deposito, con cadenza mensile, di un *report* a firma del professionista designato dal debitore e in possesso dei requisiti previsti dall'art. 67, comma 3, lett. d), l. fall., in cui si dia conto delle attività e delle verifiche in corso di svolgimento ai fini della redazione della relazione attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano concordatario in corso di predisposizione ovvero dell'attuabilità dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, nonché mediante il deposito di una relazione riepilogativa ed illustrativa sui contratti in corso di esecuzione.

Il Tribunale (omissis).
– che sussiste la competenza territoriale, ai sensi dell'art. 161 comma 1, l.fall., trattandosi di imprese le cui sedi legali (fino a prova contraria coincidenti con le sedi principali) insistono in comune ricompreso all'interno del circondario dell'adito tribunale;
– che ricorrono i presupposti soggettivi per l'ammissione delle società ricorrenti alla procedura di concordato preventivo con riserva, trattandosi in tutti i casi di imprenditore commerciale che supera ampiamente i parametri minimi di attivo patrimoniale, ricavi lordi e debiti di cui all'art. 1, comma 2, lett. a), b) e e) l.fall., dunque in possesso del profilo dimensionale corrispondente al paradigma normativo;
– che lo stato di crisi in cui le società ricorrenti dichiarano di versare risulta compiutamente illustrato e motivato nel paragrafo n. 3 dei ricorsi, relativo alle «cause della crisi", sostanzialmente riassumibili in "un significativo aumento dei costi, cui non è corrisposto un equivalente incremento dei volumi di produzione e dei margini di guadagno»;
– che le domande risultano deliberate e sottoscritte in conformità a quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 152 e 161, comma 1 e comma 4, l.fall.;

– che i debitori non risultano aver presentato, nei due anni precedenti, altra analoga domanda cui non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato o l'omologazione di un accordo di ristrutturazione;
– che non risultano pendenti istanze di fallimento a carico delle società ricorrenti;
– che appare fondata e motivata la richiesta di fissazione del termine *ex* art. 161 comma 6 l.fall. nella misura massima di 120 giorni, tenuto conto della oggettiva complessità della vicenda e degli adempimenti necessari, ai sensi dell'art. 161, commi 2 e 3, l.fall., per la compiuta formulazione di una proposta unitaria relativa alle quattro società del gruppo;
– che di tutto quanto precede occorre tener conto anche ai fini degli obblighi informativi periodici, riferibili anche alla gestione finanziaria dell'impresa, che il tribunale si accinge a disporre *ex* art. 161 comma 8, l.fall., la cui violazione determina l'applicazione degli artt. 162 commi 2 e 3 l.fall.;
– che le ricorrenti chiedono altresì darsi atto che la prosecuzione dei contratti strategici all'attività aziendale è attività di ordinaria amministrazione, non bisognevole di autorizzazione del tribunale *ex* art. 161 comma 7 l.fall., e che le operazioni di anticipo o sconto fatture, "con sottostante eventuale cessione dei crediti anticipati", effettuate presso istituti bancari o di factoring, rappresentano atti di ordinaria amministrazione legalmente compiuti dalla società, ai fini del regime di prededuzione che assiste gli eventuali crediti da essi insorgenti, solo in subordine chiedendo "confermare e/o autorizzare la prosecuzione dei contratti in essere volti alla copertura del fabbisogno generato dalla gestione ordinaria dell'impresa, riconoscendo in favore delle rispettive controparti negoziali la prededucibilità dei crediti rinveniente dai medesimi contratti successivamente al deposito del presente ricorso";
– che, riguardo a questo capo di domanda, il tribunale rileva come, ai sensi dell'attuale art. 169 *bis*, comma 1, l.fall., nel nuovo concordato preventivo la regola è la continuazione dei contratti in corso di esecuzione, se è vero che per potersene sciogliere il debitore è tenuto a chiedere, nel ricorso *ex* art. 161 l.fall., specifica autorizzazione del tribunale (fatte salve le eccezioni di cui ai successivi commi 3 e 4);
– che in ogni caso, sul tema della distinzione tra atti di ordinaria amministrazione (che il debitore dopo il deposito del ricorso può regolarmente compiere) ed "atti urgenti di straordinaria amministrazione" (che egli può compiere solo previa autorizzazione del tribunale, ai sensi dell'art. 161 comma 7 l.fall.), va richiamato uno specifico precedente di legittimità, maturato *ante* riforma sull'analoga questione implicata dall'art. 167 l.fall. (Cass. civ., Sez. I, 20 ottobre 2005, n. 20291), per cui «In tema di concordato preventivo, la valutazione in ordine al carattere di ordinaria o straordinaria amministrazione dell'atto posto in essere dal debitore senza autorizzazione del giudice delegato, ai fini della eventuale dichiarazione di inefficacia dell'atto stesso ai sensi dell'art. 167 l.fall., deve essere compiuta dal giudice di merito tenendo conto che il carattere di atto di straordinaria amministrazione dipende dalla sua idoneità ad incidere negativamente sul patrimonio del debitore, pregiudicandone la consistenza o compromettendone la capacità a soddisfare le ragioni dei creditori, in quanto ne determina la riduzione, ovvero lo grava di vincoli e di pesi cui non corrisponde l'acquisizione di utilità reali prevalenti su questi ultimi (Nella specie, la S.C. ha cassato con rinvio la sentenza di merito che aveva dichiarato inefficace una cessione di credito effettuata dall'imprenditore assoggettato a concordato preventivo, non autorizzata dal g.d., valorizzando esclusivamente l'importo del credito, senza considerare la possibilità di qualificarla come atto di ordinaria amministrazione, in quanto mezzo di pagamento di una fornitura di materiale resasi necessaria per l'esecuzione di un precedente contratto di appalto, che permetteva di acquisire alla massa il relativo corrispettivo)»;
– che dunque, conformemente all'orientamento espressamente richiamato nell'arresto citato, devono ritenersi di ordinaria amministrazione gli atti di comune gestione dell'azienda, strettamente aderenti alle finalità e dimensioni del suo patrimonio e quelli che - ancorché comportanti una spesa elevata (Cass. civ. n. 9262/00) - lo migliorino o anche solo lo conservino, mentre ricadono nell'area della straordinaria amministrazione gli atti suscettibili di ridurlo o gravarlo di pesi o vincoli cui non corrispondano acquisizioni di utilità reali su di essi prevalenti (cfr., *ex multis*, Cass. civ. nn. 45/1979; 599/1982; 1357/1990);
– che, alla luce dei principi sopra espressi, e fermo restando il disposto di cui all'art. 169-bis, si reputa che le operazioni di anticipo o sconto fatture effettuate presso istituti bancari o di factoring, con sottostante cessione dei crediti anticipati, già in corso di esecuzione alla data di deposito dei ricorsi, configurino degli atti di ordinaria amministrazione, non solo per l'uso pregresso che ne hanno fatto le società interessate, ma anche perché si tratta delle operazioni più diffuse nelle prassi commerciali, che consentono lo smobilizzo dei crediti d'impresa in funzione cd. «autoliquidante»;
– che, sotto il diverso profilo degli effetti dei contratti in essere e della loro interrelazione con il concordato preventivo, occorre invece tener conto che la Corte di Legittimità ha ritenuto non compensabili, ai sensi del combinato disposto degli artt. 169 e 56 l.f., i crediti vantati dalla banca mandataria all'incasso verso il debitore concordatario con le somme riscosse dopo il deposito della domanda di concordato (Cass. n. 10548/09; cfr. Cass. civ. nn. 9030/95 e 11988/90), salva l'ipotesi in cui vi sia uno specifico patto di compensazione (detto anche "di annotazione ed elisione") relativo alla cessione del credito anteriore all'apertura della procedura, in base al quale la banca sia legittimata a riscuotere il credito cedutole anteriormente, non già come mandataria (ossia per conto del mandante), ma come vera e propria cessionaria; infatti, a differenza della cessione del credito, il mandato all'incasso non determina il trasferimento del credito in favore del mandatario, ma comporta l'obbligo di costui di restituire al mandante la somma riscossa, obbligo che sorge non al momento del conferimento del mandato, ma all'atto della riscossione del credito medesimo, con la conseguenza che, se avvenuto in epoca suc-

cessiva al deposito della domanda di concordato preventivo, non è idoneo a soddisfare il presupposto della preesistenza di entrambi i crediti contrapposti alla procedura, necessario - in uno alla reciprocità (ossia al fatto di riguardare gli stessi soggetti) - ai fini della compensazione in sede concorsuale (cfr. Cass. SS.UU. n. 7751/99 e App. Torino 20 gennaio 2010);
– che peraltro, con specifico riferimento alle operazioni di anticipo su fatture regolata in conto corrente, e di incasso da parte della banca mandataria dei crediti anticipati in epoca successiva alla data di ammissione alla procedura di concordato preventivo, si è ritenuto in giurisprudenza che, ferma restando la prosecuzione del rapporto, la banca abbia il diritto di compensare il proprio debito restitutorio delle somme incassate con il credito vantato verso il correntista - ancorché quest'ultimo sia anteriore all'ammissione alla procedura e il debito sia sorto invece successivamente - sol che ciò sia stato previsto nella convenzione conclusa tra le parti (Trib. Roma 21 aprile 2010; cfr. Cass. civ. nn. 4205/01; 2359/98; 7194/97; 6870/94);
– che dunque di questi aspetti le parti dovranno tener conto, ai fini della regolamentazione degli effetti che discendono dalla continuazione dei contratti in corso di esecuzione, per i quali non si ravvisa allo stato necessità di autorizzazione, in quanto atti di ordinaria amministrazione;
(Omissis).

Tribunale di Crotone, 4 ottobre 2012 - Pres. Mingrone - Rel. Mussa - S. S.p.a.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Obblighi informativi periodici - Estremi

(legge fallimentare art. 161, commi 6 e 8)

La parte ricorrente che depositi una domanda *ex* art. 161, comma 6, l.fall. è tenuta al rispetto degli obblighi informativi imposti dal Tribunale.

Il Tribunale (omissis).
– ritenuto per i motivi esposti la competenza del Tribunale adito;
– rilevato che non risultano presentate nei due anni antecedenti altre domande ai sensi dell'art. 161 comma 6 l.fall. alle quali non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione;
– rilevato che risulta pendente procedimento per la dichiarazione di fallimento n. 31/2012;
– rilevato che la domanda presentata è volta alla predisposizione di una proposta di concordato con cessione dei beni ai creditori volto "alla patrimonializzazione della società debitrice" e "al risanamento oggettivo dell'impresa";
– rilevato che, allo stato, la domanda di concordato e la documentazione prodotta dalla ricorrente risultano soddisfare, per completezza e regolarità, le prescrizioni disposte dall'art. 161 comma 6 l.fall.;
– ritenuto, pertanto, di concedere il termine di 60 giorni con decorrenza del deposito del ricorso entro il quale il ricorrente potrà presentare proposta di concordato, piano e documentazione prevista dall'art. 161 commi 2 e 3 l.fall. a pena di dichiarazione di inammissibilità *ex* art. 162 l.fall.;
– ritenuto, altresì, di disporre che il ricorrente depositi ogni 15 giorni una relazione informativa sulla gestione finanziaria e patrimoniale dell'impresa;
(Omissis).

Tribunale di Mantova, 27 settembre 2012 - Pres. Villani - Rel. De Simone - Pr. C. S.r.l.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Termine - determinazione - Criteri

(legge fallimentare artt. 161, commi 6 e 8 e 169 bis*)*

La richiesta di un termine superiore a sessanta giorni per integrare la domanda può trovare accoglimento quando l'attività di ricognizione e quantificazione di una parte dell'attivo si presenti complessa.

Concordato preventivo - Effetti sui rapporti giuridici preesistenti - Locazione finanziaria - Richiesta di sospensione - Presupposti - Estremi

(legge fallimentare artt. 161, commi 6 e 8 e 169 bis*)*

La richiesta volta ad essere autorizzati alla sospensione dei contratti di locazione finanziaria in corso per la durata di sessanta giorni non può trovare applicazione allorquando non sia stato delineato il tipo di concordato che sarà proposto nonché l'incidenza dei canoni in relazione alla gestione ordinaria della società.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Obblighi informativi periodici - Estremi

(legge fallimentare artt. 161, commi 6 e 8 e 169 bis*)*

A tutela dei creditori è opportuno disporre obblighi informativi a carico della ricorrente relativamente alla gestione dell'impresa nel tempo richiesto per l'integrazione della domanda.

Il Tribunale (omissis).
considerato che la società ha chiesto la concessione di un termine superiore a sessanta giorni per l'integrazione della domanda, attesa la complessa attività di ricognizione e quantificazione monetaria di una parte significativa dell'attivo costituita da attrezzature di cantiere, oltre immobilizzazioni materiali e rimanenze finali (per oltre complessivi € 6.000.000,00) e l'istanza può essere accolta trovando riscontro il dato espresso nel bilancio al 31 dicembre 2011 in atti;
osservato che la ricorrente ha altresì richiesto ai sensi dell'art. 169 *bis* l.fall. di essere autorizzata alla sospensione dei contratti di locazione finanziaria in corso per la durata di giorni sessanta, ma la richiesta non può trovare accoglimento non essendo neppure stato delineato dal proponente il tipo di concordato che sarà proposto, e l'incidenza dei canoni di leasing in essere nella gestione ordinaria della società;
tenuto conto che, a tutela dei creditori, appare opportuno disporre obblighi informativi a carico della proponente, relativamente alla gestione dell'impresa nel tempo richiesto per l'integrazione della domanda; (*omissis*).
Concede alla Pr. C. S.r.l. in liquidazione termine di giorni novanta decorrenti dal deposito del presente provvedimento per la presentazione della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi secondo e terzo dell'art. 161 l.fall.;
rigetta l'istanza di sospensione proposta *ex* art. 169 *bis* l.fall.
dispone che la società depositi dopo sessanta giorni dalla data del presente provvedimento nonché al momento dell'integrazione della domanda un'aggiornata relazione economica e finanziaria sull'attività compiuta dall'impresa nel periodo.
(Omissis).

Tribunale di La Spezia, 25 settembre 2012 - Pres. d'Avossa - Rel. Farina - G.A. S.n.c., T.E.C. S.p.a., T.E.V. S.p.a, V.S.A.T. S.p.a., V.S.A.I. S.r.l., V.E. S.r.l.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Obblighi informativi periodici - Estremi

(legge fallimentare art. 161, commi 6 e 8)

La parte ricorrente che depositi una domanda *ex* art. 161, comma 6 l.fall. è tenuta al rispetto degli obblighi informativi imposti dal Tribunale.

Il Tribunale (omissis).
Dispone che il debitore adempia agli obblighi informativi periodici depositando agli ausiliari del Tribunale sotto indicati, con cadenza settimanale, relazione scritta sugli atti di amministrazione compiuti e sulla gestione finanziaria dell'impresa;
Valutata la complessità della presente procedura, in fatto coinvolgente l'attività di n. 6 società, e ritenuta la necessità di delegare gli adempimenti che non siano di stretta competenza collegiale ad un componente del collegio da individuarsi nell'attuale giudice relatore, nonché di nominare due ausiliari che collaborino con il Tribunale sotto il profilo tecnico delle necessità della presente fase antecedente il deposito della proposta concordataria;
visto l'art. 68 c.p.c., nomina (*omissis*).
(Omissis).

Tribunale di Bolzano, 25 settembre 2012 - Pres. Busato - Rel. Bortolotti - E. S.r.l.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Verifica dei requisiti formali e di legittimità

(legge fallimentare art. 161, commi 6 e 8)

Il Tribunale, in caso di deposito della domanda *ex* art. 161, comma 6 l.fall., è tenuto a verificare i requisiti formali e di legittimità della domanda, la cui assenza impone una declaratoria di inammissibilità del ricorso.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Pendenza di richiesta di fallimento - Termine - Discrezionalità - Insussistenza

(legge fallimentare art. 161, commi 6 e 8)

In relazione ad una domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva la concessione del termine è obbligatoria e, nel caso di pendenza di pendenza di procedimento per la dichiarazione di fallimento, il Tribunale non ha alcuna discrezionalità per la concessione del termine che è fisso, prorogabile di non altri sessanta giorni in presenza di giustificati motivi.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Obblighi informativi periodici - Finalità

(legge fallimentare art. 161, commi 6 e 8)

L'adempimento degli obblighi informativi a carico dell'imprenditore è volto a monitorare, da un lato, l'andamento dell'impresa e, dall'altro, la serietà della richiesta.

Il Tribunale (omissis).
III. Ciò premesso si passa ad esaminare la sussistenza dei requisiti formali e di legittimità, la cui assenza imporrebbe da subito una declaratoria di inammissibilità del ricorso.
Dagli atti del procedimento emerge
1. la competenza del tribunale adito;
2. che il ricorso è stato sottoscritto dal legale rappresentante della società;
3. che alla domanda sono stati allegati i bilanci degli ultimi tre esercizi, da cui si ricavano
4. il requisito soggettivo (imprenditore commerciale fallibile) e quello oggettivo (stato di crisi/insolvenza), necessari per essere ammessi alla procedura;
5. che la domanda è stata approvata e sottoscritta a norma dell'art. 152 (art. 161, c. 5) l.fall.;
6. che il debitore nei due anni precedenti non ha presentato altra domanda ai sensi del medesimo comma, alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti. Sussistono pertanto tutti i requisiti formali e di legittimità.
(*omissis*)
Nella fattispecie in esame la domanda è stata presentata in pendenza di procedura per la dichiarazione di fallimento. In tale caso il Tribunale non ha alcuna discrezionalità a decidere sul periodo di moratoria da concedere, visto che il comma I prevede un termine secco di 60 giorni (eventualmente prorogabile in presenza di giustificati motivi).
Si ritiene che il *dies a quo* ai fini della decorrenza del termine debba essere individuato nel giorno di deposito del provvedimento collegiale e non in quello in cui il ricorso viene depositato o pubblicato (detto adempimento deve seguire il deposito entro il giorno successivo).
(*omissis*)
V. Quanto agli obblighi informativi periodici si osserva quanto segue:
L'adempimento degli obblighi informativi a carico dell'imprenditore che presenta un'istanza di concordato in bianco è stato introdotto dalla legge di conversione ed è evidentemente volto a monitorare, da un lato, l'andamento dell'impresa, dall'altro la serietà della stessa richiesta. La previsione di tali obblighi parrebbe nascere dall'esigenza di controllare il comportamento dell'imprenditore nel periodo di "stasi", ossia se questi si adoperi ed attivi effettivamente con tutti gli strumenti a sua disposizione per la presentazione di una proposta concordataria, ovvero se tale richiesta sia dettata solamente dall'esigenza di ritardare semplicemente le azioni esecutive e cautelari, nonché i pagamenti da lui dovuti ai suoi creditori. Dette valutazioni troveranno poi ingresso nella successiva fase di esame da parte del collegio del piano, della proposta e della documentazione.
(*omissis*)
Alla luce di queste circostanze si impone alla società debitrice di relazionare al Tribunale ogni 20 giorni in merito
a) allo stato delle trattative in corso con il/i soggetto/i interessati all'acquisto del/degli immobile/i;
b) allo stato della procedura di recupero del credito IVA ed ai possibili tempi di realizzo dello stesso;
c) alla situazione economico e finanziaria aggiornata alla data del 15 settembre 2012:
d) ai flussi di cassa in entrata ed in uscita nel periodo interessato dalla relazione.
(Omissis).

Tribunale di Asti, 24 settembre 2012 - Pres. e Rel. Donato - Se. S.r.l., Sp. S.r.l., Ex. S.p.a

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Gruppo di imprese - Obblighi informativi periodici - Estremi

(legge fallimentare art. 161, commi 6 e 8)

Con riferimento ad una domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva da parte di un gruppo di

imprese, ciascuna società può fare riferimento ad un piano unitario e ad una proposta unitaria rivolta a tutti i creditori delle tre società, salva poi la separazione di ciascuna massa e l'approvazione separata da parte dei creditori di ciascuna società, con obbligo dell'osservanza degli obblighi informativi imposti dal Tribunale.

Il Tribunale (omissis).
Si riserva in prosieguo di valutare l'ammissibilità di un concordato preventivo di gruppo (ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti di gruppo) osservando sin d'ora che nulla osta a che ciascuna società faccia riferimento ad un piano unitario ed a una proposta unitaria che sia rivolta a tutti i creditori delle tre società, salva poi la separazione di ciascuna massa e l'approvazione separata da parte dei creditori di ciascuna società.
Tenuto conto degli adempimenti che sono necessari alla ristrutturazione dei debiti delle tre società e alla compiuta formulazione di una proposta unitaria, oltre che alla predisposizione dei mezzi, il Tribunale ritiene congruo il termine massimo di 120 giorni dal deposito dei ricorsi.
Gli atti urgenti di straordinaria amministrazione non potranno essere eseguiti se non previamente autorizzati dal Tribunale.
Le ricorrenti sono tenute a depositare, con cadenza mensile ad iniziare dal trentesimo giorno dopo il deposito del decreto, una relazione avente ad oggetto l'aggiornamento della situazione patrimoniale, economica e finanziaria delle imprese.
(Omissis).

Tribunale di Pisa, 19 settembre 2012 - Pres. Sammarco - Rel. Picardi - C.D.C.P. S.p.a.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Obblighi informativi periodici - Estremi

(legge fallimentare art. 161, commi 6 e 8)

La parte ricorrente che depositi una domanda *ex* art. 161, comma 6 l.fall. è onerata al rispetto degli obblighi informativi imposti dal Tribunale.

Il Tribunale (omissis).
assegna un termine di 120 giorni per la presentazione del piano e l'integrazione della documentazione, onerando il proponente di presentare in cancelleria ogni 30 giorni un riepilogo delle operazioni poste in essere e l'elenco dei crediti che ne sono sorti, con indicazione del nominativo del creditore e l'importo del credito.
(Omissis).

Tribunale di Velletri, 18 settembre 2012 - Pres. e Rel. La Malfa - I. S.r.l.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Delibazione sui presupposti di validità della domanda

(legge fallimentare art. 161, commi 6 e 8)

Con riferimento alla domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva, in conseguenza dell'automaticità degli effetti derivanti dall'iscrizione nel registro delle imprese, non può escludersi una delibazione sui presupposti di validità della domanda.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Obblighi informativi periodici - Estremi

(legge fallimentare art. 161, commi 6 e 8)

Gli obblighi informativi periodici di cui al comma ottavo dell'art. 161 l.fall., in assenza di indicazioni normative, sono rivolti principalmente ai creditori nel quadro del carattere privatistico che la procedura concordataria ha assunto, pur non escludendosi la presenza di specifici connotati pubblicistici e perciò una ventaglio d'interessati più ampio ricomprendente certamente il Tribunale e soprattutto il P.M.

Il Tribunale (omissis).
la lettera del sesto comma chiarisce che l'imprenditore può presentare la "domanda di concordato" con riserva; sembra potersi affermare che la funzione del nuovo istituto sia quella di consentire di anticipare la presentazione della proposta di concordato attraverso il deposito

della domanda in oggetto, con l'effetto di determinare fin da subito gli effetti che derivano dalla proposta di concordato, pur in assenza della stessa, allo scopo di preservare le aspettative di salvataggio dell'impresa nella more della redazione del piano, quando le eventuali iniziative dei creditori potrebbero pregiudicare il tentativo di salvataggio pur se viene presentata la domanda di concordato e pur se scattano gli effetti previsti dagli artt. 167 ss. l.fall., quindi, il tribunale non è immediatamente chiamato a verificare i presupposti della proposta ai fini dell'ammissione della proposta di concordato "piena" ai sensi degli artt. 162 e seguenti l.fall. che è rimessa ad un momento successivo alla presentazione della proposta e della integrale documentazione;
tuttavia, l'automaticità degli effetti scaturenti dall'iscrizione nel registro delle imprese non esclude la necessità della delibazione sui presupposti di validità della domanda;
questa conclusione è avvalorata sia dall'importanza ed incisività degli effetti che scaturiscono, destinati a ripercuotersi in modo imponente su un vasto ventaglio di soggetti estranei all'impresa che presuppone una verifica di legittimità della procedura, sia anche dal dato testuale che il IX comma prevede esplicitamente la possibilità di dichiarare l'inammissibilità della domanda in caso di pregressa presentazione di domanda di concordato non seguita dalla proposta;
va rilevato comunque che la norma, in caso di valutazione positiva, prevede che gli effetti si producano automaticamente, senza che sia emessa una pronuncia espressa di ammissibilità, mentre una pronuncia formale è necessaria per l'inammissibilità;
consegue altresì che deve ritenersi ammissibile una eventuale attività istruttoria, sia pur limitata all'acquisizione di documenti e informazioni pertinenti con l'accertamento da compiere (ove occorrano, produzione del certificato camerale, informazioni ed altri atti utili per valutare la richiesta di un termine maggiore), come confermato dal fatto che il comma VII autorizza espressamente l'acquisizione di informazioni al fine di autorizzare il compimento degli atti di straordinaria amministrazione;
nel caso in esame la domanda, secondo quanto prescritto, è presentata da società avente la sede legale nel circondario del tribunale di Velletri ed è corredata dai bilanci approvati degli esercizi 2010, 2009 e 2008, nonché dalla determinazione notarile dell'organo amministrativo;
inoltre, non risulta, ai sensi del IX comma della norma sopra citata che la società abbia presentato altra domanda di concordato alla quale non abbia fatto seguito l'ammissione alla procedura o l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti;
poiché nel caso di specie pende contro la INSIDE S.r.l. istanza di fallimento, il termine ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 161 l.fall. è fissato *ex lege* in 60 giorni e non è concesso al tribunale di ampliarlo ai sensi del sesto comma;
con provvedimento a parte si provvederà in via organizzatoria sulla procedura prefallimentare che subisce la propedeuticità della vicenda concordataria, anche nella versione anticipata;
gli obblighi informativi periodici di cui al comma VIII, in assenza di indicazioni normative, sono rivolti principalmente ai creditori nel quadro del maggior carattere privatistico che la procedura concordataria ha assunto, pur se l'assenza di strumenti di reazione di questi ultimi riguardo agli effetti dell'istituto in oggetto lasci ritenere la presenza di specifici connotati pubblicistici e perciò una ventaglio d'interessati più ampio ricomprendente certamente il Tribunale e soprattutto il P.M.;
ciò premesso, tenuto conto della tipologia e dell'importanza dell'impresa, nonché delle passività e attività risultanti dai bilanci, si ritiene di disporre il deposito nella cancelleria del tribunale, alla scadenza del trentesimo giorno di una aggiornata relazione economico e finanziaria sull'andamento delle attività d'impresa e l'indicazione di tutti gli atti di straordinaria amministrazione, di pagamenti d'importo superiore ad € 50.000, delle eventuali istanze di fallimento o delle richieste di pignoramento pervenute; dovrà essere depositato inoltre, non appena approvato e depositato, il bilancio dell'anno 2011;
(Omissis).

Tribunale di Modena, 14 settembre 2012 - Pres. De Marco - Rel. Pasquariello - S.p.a Gruppo C.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Domanda con riserva - Atti di ordinaria amministrazione - Obblighi informativi periodici

(legge fallimentare art. 161, commi 6, 7 e 8)

Con riferimento ad una domanda di ammissione al concordato preventivo con riserva gli atti di ordinaria amministrazione che il debitore può compiere sono quelli attinenti alla ordinaria gestione aziendale.

Il Tribunale (omissis).
assegna, ai fini suindicati, termine alla ricorrente.
Dà atto della avvenuta pubblicazione del ricorso nel competente Registro imprese, a cura del cancelliere di questo ufficio, per gli effetti posti dall'art. 168 l.fall.
Riserva al Tribunale ogni successiva e specifica autorizzazione per il compimento di atti di straordinaria amministrazione, quali definiti dall'art. 167, c. 2, l.fall., nonché per l'eventuale pagamento di debiti anteriori al deposito del ricorso (trattandosi di concordato in continuità) *ex*

art. 161, c. 7, l.fall., dovendosi intendere atti di ordinaria amministrazione, non necessitanti di autorizzazione quelli attinenti alla ordinaria gestione caratteristica aziendale.
Dispone che, nelle more del decorso del termine sopra indicato, la parte ricorrente rispetti i seguenti obblighi informativi, depositando mensilmente, a partire dal 10 ottobre p.v.:

– prospetto, aggiornato al 30 del mese precedente, delle operazioni, attive e passive, di importo unitario superiore ad € 10.000 effettuate o maturate nel periodo, relative alla ordinaria amministrazione nella continuità aziendale, come prospettata in ricorso, nonché degli oneri finanziari maturati nel periodo.
(Omissis).

Gli obblighi informativi periodici nel c.d. preconcordato

di Luigi Balestra *

I provvedimenti in commento risultano di particolare interesse sotto il profilo degli obblighi informativi sanciti in sede di conversione del decreto sviluppo dall'art. 161, comma 7, l.fall. L'Autore riflette sulla periodicità e sul contenuto dell'informativa in una prospettiva tesa a bilanciare le finalità perseguite attraverso l'introduzione della previsione legislativa con esigenze parimenti meritevoli di tutela.

1. Preconcordato e cautele

Nell'ambito dell'art. 161 l.fall., ampiamente innovato, spicca l'introduzione al comma 6, della possibilità per l'imprenditore di depositare il ricorso di ammissione al concordato preventivo, con riserva di allegazione entro un termine fissato dal Tribunale della proposta, del piano e degli altri documenti previsti ai commi 2 e 3 della stessa disposizione (1).
Il dichiarato modello di riferimento cui l'Esecutivo si è ispirato è il *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* statunitense: in particolare, la *Banckruptcy Court*, laddove accoglie una domanda di riorganizzazione, emana un *order for relief*, che, nel determinare l'avvio della procedura, sospende tutte le azioni poste in essere dai creditori (*automatic stay*), in attesa che, entro i successivi 120 giorni, il debitore predisponga il piano.
La segmentazione dei momenti in cui avviene il deposito della domanda e quello, successivo, in cui la proposta, il piano e i documenti di cui all'art. 161, commi 2 e 3, vengono depositati - e, quindi, la dilatazione della procedura che, durante un periodo minimo di 60 giorni sino a un massimo di 240 giorni, da un lato, congela le pretese e le iniziative creditorie e, dall'altro, non fornisce se non minime informazioni ai creditori in ordine ai contenuti della soluzione concordata della crisi d'impresa che il debitore ha in animo di proporre - ha generato riserve critiche sia in ordine all'opportunità di una siffatta dilatazione, sia con riferimento ai possibili abusi cui l'adozione del c.d. preconcordato potrebbe dar luogo.
La previsione della possibilità di presentare un domanda di concordato con riserva e l'operatività degli effetti protettivi ricollegati alla presentazione di una domanda di ammissione al concordato preventivo anche in relazione ad una domanda con riserva, risponde, nel disegno elaborato dall'esecutivo, ad un ben preciso obiettivo: consentire al debitore di beneficiare dei predetti effetti in via anticipata, evitando che i tempi tecnici di preparazione della proposta, del piano e dell'ulteriore documentazione indicata dall'art. 161, commi 2 e 3, l.fall., possano risolversi a suo sfavore, aggravando la situazione di crisi sino a generare un vero e proprio stato di insolvenza (2). Anche in questo caso, la finalità ulti-

Note:

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

(1) All'esito della riforma introdotta con il Decreto Sviluppo, l'art. 161, comma 2, l.fall., nell'elencare i documenti che debbono essere presentati dal debitore che depositi una domanda di ammissione al concordato preventivo, menziona oggi espressamente il piano, altresì prevedendo che esso deve contenere «la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta» (lett. *e*): per un approfondimento sul punto, si v. Ambrosini, *Contenuti e fattibilità del piano di concordato preventivo alla luce della riforma del 2012*, in *Ilcaso.it*, II, 306/2012, 2 ss.; Sottoriva, *Il contenuto del piano* ex *art. 161, comma 2, lettera e), l.fall. nell'ambito della proposta concordataria*, in *www.ilfallimentarista.it*. L'art. 162, comma 3, l.fall., fa ulteriore riferimento alla necessità di presentare la relazione di un professionista designato dal debitore e in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, comma 3, lett. *e*) - così come oggi modificati ed integrati - attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano. È nuova la precisazione secondo cui analoga relazione dovrà essere presentata in caso di «modifiche sostanziali» della proposta o del piano. Alla luce di quanto previsto dall'art. 161, comma 1, l.fall. in merito alla domanda per l'ammissione del concordato preventivo, si desume che il ricorso contenente la domanda di ammissione al concordato con riserva dovrà essere sottoscritta dal debitore ricorrente.

(2) Cfr., in proposito, quanto si legge nella Relazione al disegno di legge per la conversione del Decreto Sviluppo. Sul punto, si v. Lamanna, *Il c.d. Decreto Sviluppo: primo commento sulle no-*
(segue)

ma è allora, ancora una volta, quella di favorire l'emersione quanto più tempestiva della situazione di crisi (3). L'intenzione è quindi senz'altro lodevole, ancorché già nei primi commenti al Decreto Sviluppo non si fosse mancato di mettere in luce il rischio di un utilizzo distorto dello strumento, mediante il deposito di domande del tutto vaghe e prive di effettiva serietà, finalizzate unicamente a prendere tempo contro le iniziative dei creditori, ottenendone il blocco (4).
L'introduzione in sede di conversione in legge del Decreto di alcune cautele (obblighi informativi periodici posti nelle more a carico del debitore ricorrente; inammissibilità della domanda presentata con riserva, se, nei due anni precedenti, altra analoga domanda non fosse stata ammessa; riduzione al minimo - 60 giorni - del termine accordabile dal Tribunale ove penda il procedimento per la dichiarazione di fallimento) è senza alcun dubbio indicativa della volontà del legislatore di provare a contrastare un simile rischio: nel tempo, l'applicazione pratica consentirà di verificare se si tratti effettivamente di correttivi sufficienti ad evitare utilizzi distorti delle nuove norme.

2. Gli obblighi informativi periodici

Una delle cautele più significative al riguardo è quella contenuta nell'art. 161, comma 8, l.fall. (introdotto in sede di conversione), alla stregua della quale il Tribunale, nel decreto in cui fissa il termine entro cui dovranno essere presentati gli allegati mancanti, dispone altresì gli obblighi informativi periodici, anche relativi alla gestione finanziaria dell'impresa, che il debitore richiedente dovrà assolvere fino alla scadenza del termine accordato. La disposizione è apprezzabile, nella misura in cui consente allo stesso Tribunale di operare un "monitoraggio intermedio" sull'andamento dell'impresa (5). Qualora

Note:
(segue nota 2)

vità in materia concorsuale, in *www.ilfallimentarista.it*, 10 ss., il quale rileva che la previsione è certamente utile, andando a colmare una precedente lacuna, dovuta al fatto che spesso l'imprenditore in difficoltà non riusciva a predisporre tempestivamente misure di superamento della crisi per via della pressione cui veniva sottoposto da parte dei creditori più aggressivi; l'A. fa riferimento alla prassi dei Tribunali di accordare di norma ai debitori, nell'ambito dei procedimenti prefallimentari, un termine per depositare le domande di concordato o le proposte di accordo che essi non fossero stati in grado di predisporre in precedenza, ma tale possibilità, in difetto di apposita previsione in tal senso, non poteva certo accompagnarsi a misure di protezione anticipata del patrimonio del debitore. Al tempo stesso, peraltro, lo stesso A. stigmatizza la scelta del legislatore di non introdurre anche meccanismi di allerta, idonei a consentire l'emersione tempestiva della crisi di impresa, nonché l'indiscriminata applicazione della protezione anticipata a tutti i tipi di concordato, ivi compresi quelli meramente liquidatori, in contrasto con la finalità della crescita sostenibile che si pone alla base del Decreto. Il tema è riproposto e approfondito dal medesimo A. nella successiva monografia *La legge fallimentare dopo il ''Decreto Sviluppo''*, Milano, 2012, 1 ss. e 41 ss., ove ripercorre in chiave critica l'*iter* che ha condotto all'emanazione delle nuove disposizioni.

(3) Lamanna, *Il c.d. Decreto sviluppo*, cit., 9.

(4) Lamanna, *Il c.d. Decreto sviluppo*, cit., 12-13; Rolfi, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, in *www.ilfallimentarista.it*, 6.

(5) Rolfi, *La generale intensificazione dell'authomatic stay*, cit., 10; nonché Panzani, *Il concordato in bianco*, in *www.ilfallimentarista.it*, 11, il quale rileva che le informazioni che il Tribunale può acquisire e che il debitore ricorrente è tenuto a fornire non saranno in grado di illuminare il giudice in difetto della benché minima informazione sul piano che si intende formulare unitamente alla proposta: sulla base di questa premessa, l'A. citato finisce per rinvenire, nella previsione di cui all'art. 161, comma 8, l.fall., uno degli argomenti per fondare l'obbligo per il debitore che presenti una domanda con riserva di offrire qualche indicazione, sia pur generica e non vincolante, in merito ai contenuti del piano che ha intenzione di presentare. Analogamente Fabiani, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa (appunti sul d.l. 83/2012 e sulla legge di conversione)*, in *Ilcaso.it*, II, 303/2012, 10 ss., il quale osserva che il vuoto della domanda in bianco fondata sulla sola richiesta di concordato stride in maniera non facilmente risolvibile con i poteri attribuiti al Tribunale, sia a livello informativo, sia a livello autorizzativo. L'esigenza di offrire al Tribunale indicazioni integrative utili (relative ad esempio alla storia dell'impresa, alle cause della crisi, nonché a tutto quanto sia funzionale a consentire una prima delibazione sull'ammissibilità dell'impresa richiedente al concordato), viene sottolineata dall'A. citato anche nel successivo scritto *Vedemecum per la domanda ''prenotativa di concordato preventivo*, cit., 4 ss., ove si esprime per l'ammissibilità e legittimità di una domanda secca solo a fronte di una situazione in cui il debitore non abbia necessità di ottenere particolari autorizzazioni. Nell'enunciare poi una serie di comportamenti virtuosi da associare alla presentazione di una domanda con riserva, l'A. in questione fa in particolare riferimento: alla necessità che il debitore motivi adeguatamente l'entità del termine, più o meno lungo, richiesto nell'ambito della forbice compresa fra 60 e 120 giorni, cosicché, in presenza di giustificati motivi potrà essere concesso il termine massimo, mentre in assenza di motivi o in presenza di motivi chiaramente incongrui il Tribunale potrà limitarsi ad accordare il termine minimo; alla necessità che il debitore, ogni volta in cui si rivolga al Tribunale dopo il deposito della domanda con riserva al fine di ottenere una particolare autorizzazione, motivi la richiesta così formulata, offrendo una sommaria indicazione del piano e della proposta. A suo parere, in ultima analisi, quanto più il debitore intenda fare uso delle potenzialità offerte dalle nuove norme, tanto più dovrà necessariamente predisporre una domanda o successive provvisorie integrazioni atte a consentire al Tribunale di intervenire con consapevolezza. La necessità di fornire quelle indicazioni che permettano al giudice di valutare i motivi che spingono il debitore a richiedere un termine superiore a quello minimo, è messa in luce anche da Guiotto, *L'anticipazione degli effetti protettivi del concordato preventivo e il trattamento dei debiti nella gestione dell'impresa nell'interim*, in *La riforma del fallimento, Italia Oggi*, serie speciale, n. 20, 27-28, il quale peraltro afferma altresì che il ricorso potrà limitarsi a contenere la sola domanda di concordato senza fornire alcuna indicazione in merito alla proposta concordataria e alla tipologia di concordato che il debitore intenderà adottare, nonché sulle modalità della sua esecuzione, che formeranno oggetto del contenuto del piano da depositare successivamente. Le prime prassi condivise elaborate dai Tribunali evidenziano un approccio piuttosto elastico in merito alla questione relativa alla necessità o meno che il debitore che presenti una domanda con riserva operi una sia pur generica anticipazione dei termini della proposta.

i predetti obblighi informativi dovessero essere violati, troverà espressa applicazione l'art. 162, commi 2 e 3, l.fall., con conseguente necessaria declaratoria di inammissibilità della domanda (6). È stata inoltre posta la questione se, in virtù degli obblighi informativi periodici, sia possibile addivenire ad un'abbreviazione del termine accordato ovvero, addirittura, all'arresto anticipato della procedura, ogni volta in cui risulti evidente l'assenza o il sopravvenuto venire meno di ogni possibilità di dare efficacemente corso ad una procedura di concordato preventivo o ad un accordo di ristrutturazione (7).

Ciò posto, diventa assai delicata la concreta identificazione ad opera del Tribunale degli obblighi informativi periodici, posto che, se da un lato, in un'ottica di garanzia e di tutela dei creditori si potrebbe essere indotti a contemplare obblighi estesi ed analitici, dall'altro lato, occorre far i conti sia con le concrete possibilità dei Tribunali di analizzare la documentazione all'uopo predisposta dal debitore sia con l'esigenza di non intralciare eccessivamente l'attività del debitore, ancorché in una situazione di crisi e in una prospettiva - qual è quella del concordato - di salvaguardia dei valori aziendali a tutela dei creditori.

I provvedimenti in commento adottano, in ragione della formulazione assai elastica della previsione, soluzioni differenti e in alcuni casi in conflitto con l'esigenza di contemperamento dianzi segnalata.

Il provvedimento del Tribunale di Modena ha imposto al ricorrente, a mezzo del deposito di un prospetto mensile sul punto, un'informativa avente ad oggetto l'indicazione delle operazioni, attive e passive, di importo unitario superiore a 10.000 Euro, effettuate o maturate nel periodo, relative alla ordinaria amministrazione nella continuazione dell'attività aziendale - espressamente prospettata nel ricorso, ove era stato inserito il riferimento ad un concordato in continuità aziendale - nonché degli oneri finanziari maturati nel periodo.

Il Tribunale di Velletri ha disposto il deposito alla scadenza del trentesimo giorno di un'aggiornata relazione economico e finanziaria sull'andamento delle attività di impresa e dell'indicazione di tutti gli atti di straordinaria amministrazione, dei pagamenti di importo superiore ad € 50.000, delle eventuali istanze di fallimento o delle richieste di pignoramento pervenute.

Il Tribunale di Asti ha previsto l'obbligo di depositare, con cadenza mensile e con inizio dal trentesimo giorno dal deposito del decreto, una relazione avente ad oggetto l'aggiornamento della situazione patrimoniale, finanziaria ed economica delle imprese.

Il Tribunale de La Spezia ha previsto l'obbligo di depositare con cadenza settimanale una relazione sugli atti di amministrazione compiuti e sulla gestione finanziaria delle imprese.

Il Tribunale di Bolzano ha stabilito l'obbligo di deposito, con cadenza periodica di venti giorni, di una relazione riepilogativa concernente lo stato delle trattative concernenti la vendita di un immobile, lo stato delle procedure di recupero del credito IVA e dei tempi di realizzazione, della situazione economico finanziaria aggiornata, dei flussi di cassa in entrata ed in uscita nel periodo interessato dalla relazione.

Il Tribunale di Pisa ha sancito l'obbligo (nel provvedimento si parla di onere) di depositare ogni trenta giorni un riepilogo delle operazioni poste in essere e l'elenco dei crediti che ne sono sorti, con l'indicazione del nominativo del creditore e dell'importo del credito.

Il Tribunale di Mantova, infine, ha stabilito l'obbligo di depositare dopo sessanta giorni dalla data del provvedimento del tribunale nonché al momento

Note:

(6) Il predetto rinvio impone infatti al Tribunale, sentito il debitore il camera di consiglio, di dichiarare, con decreto non soggetto a reclamo, l'inammissibilità della proposta di concordato. In tal caso, lo stesso Tribunale, su istanza di un creditore o del pubblico ministero, dopo aver accertato la sussistenza dei presupposti di cui agli artt. 1 e 5 l.fall., dichiarerà il fallimento del debitore (art. 162, comma 2). Avverso la sentenza dichiarativa di fallimento sarà possibile presentare reclamo a norma dell'art. 18 l.fall. (art. 162, comma 3).

(7) Cfr. Rolfi, *La generale intensificazione dell'automatic stay*, cit., 10, che si esprime per la soluzione positiva, ritenendo però che il Tribunale, lungi dal poter provvedere in tal senso d'ufficio, possa farlo su apposita istanza del pubblico ministero ovvero di singoli creditori, a cominciare da quelli che abbiano già eventualmente presentato istanza di fallimento, cui dovrebbe essere riconosciuto il diritto di accedere alle informative periodiche e di presentare un ricorso volto ad ottenere, previa convocazione del debitore, l'immediata declaratoria di inammissibilità della domanda; per la soluzione positiva anche Lamanna, *La legge fallimentare dopo il ''Decreto Sviluppo''*, cit., 45, a parere del quale, per contro, il Tribunale ben potrebbe anche intervenire d'ufficio, ogni volta in cui le ragioni del suo intervento emergano dalle stesse relazioni periodiche depositate dall'imprenditore; Panzani, *Il concordato in bianco*, cit., 11 ss., il quale parimenti si esprime in senso favorevole, ritenendo che possano esservi spazi per l'applicazione analogica dell'art. 173, comma 3, l.fall., rilevando che sarebbe assurdo imporre obblighi informativi periodici a carico del debitore se dall'adempimento di tali obblighi non fosse possibile far derivare alcuna conseguenza. Per la soluzione negativa, invece, si esprime Fabiani, *Vedemecum per la domanda ''prenotativa di concordato preventivo*, cit., 13-14, alla stregua della considerazione secondo cui prima della formulazione di una proposta non si può stabilire in via preventiva che sia impossibile presentarla; non fosse altro per il fatto che l'assoluta flessibilità della proposta consente anche, quale *extrema ratio*, di ipotizzare un concordato ove si preveda il soddisfacimento integrale solo di qualche creditore, proposta peraltro - quest'ultima - verosimilmente poco appetibile e che assai probabilmente non sarà approvata dai creditori.

dell'integrazione della domanda un'aggiornata relazione economico finanziaria sull'attività compiuta dall'impresa nel periodo.
Il Tribunale di Crotone ha previsto l'obbligo di deposito ogni quindici giorni di una relazione informativa sulla gestione finanziaria e patrimoniale dell'impresa.
Infine, il provvedimento del Tribunale di Terni ha previsto il deposito di un *report*, con cadenza mensile, a cura del professionista designato dal debitore ai sensi dell'art. 67, comma 3 lett. d), l.fall., concernente le attività e le verifiche in corso di svolgimento ai fini della redazione della relazione attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano ovvero l'attuabilità dell'accordo nonché il deposito di una relazione riepilogativa ed illustrativa dei contratti in corso. Il decreto del Tribunale di Terni riveste un notevole interesse, oltre che per aver investito degli obblighi informativi l'attestatore (sulla qual cosa nondimeno possono avanzarsi serie perplessità, posto che il destinatario della previsione normativa è il debitore) (8), in relazione a due ulteriori profili: la verifica dei presupposti, per così dire di ammissibilità della domanda di concordato in bianco nonché la distinzione, di notevole importanza soprattutto in un'ottica di prosecuzione dell'attività imprenditoriale, tra atti di ordinaria amministrazione e atti di straordinaria amministrazione che viene tracciata alla stregua di elaborazioni comunemente acquisite.
Dai provvedimenti in questione emerge, per quel che concerne gli obblighi informativi, una gamma di contenuti che, se da un lato, pongono in luce la discrezionalità che deve necessariamente caratterizzare l'adozione di ogni statuizione al riguardo (e ciò tenuto conto delle specifiche caratteristiche e dimensioni dell'impresa), dall'altro devono indurre a riflettere sull'esigenza che dette statuizioni non incidano irrimediabilmente sul corretto svolgimento della procedura concorsuale. Pare a chi scrive che, tenendo conto delle specifiche caratteristiche dell'impresa, del rilievo del concordato nonché del fatto che si tratti di un concordato in continuità, occorra prestare attenzione a una serie di elementi: periodicità, contenuti ed analiticità.
La continuità informativa non deve risolversi in un pesante fardello per il debitore, per cui deve escludersi, in linea di principio, che risponda alle esigenze perseguite dalla norma una periodicità settimanale o quindicinale.
I contenuti devono essere mirati, sicché possono avanzarsi riserve in ordine alla statuizione di obblighi informativi che concernano l'intera situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa.
Per quel che concerne l'analiticità, non par dubbio che si debba trattare di brevi e sintetiche informative. Solo in tal modo potrà dirsi raggiunto l'obiettivo perseguito dal legislatore - per l'appunto introdurre una cautela a fronte di un'iniziativa dagli effetti dirompenti ancorché dagli esiti quanto mai incerti - senza che ciò determini, per i modi in cui l'informativa viene concretamente concepita, il rischio di una vanificazione dell'obiettivo.
A tal riguardo, i Giudici della sezione fallimentare del Tribunale di Milano, constatato, da un lato, l'assenza di un organo tecnico in grado di valutare criticamente la documentazione e, dall'altro, l'incertezza in ordine alle sanzioni applicabili in caso di violazione dell'obbligo informativo, hanno reputato in modo pragmatico opportuno disporre obblighi d'informativa periodica «solo quando si tratti di concordati preventivi di grande rilievo o, negli altri casi, quando siano fatte richieste particolari (finanziamenti, pagamenti, atti di straordinaria amministrazione, ecc.) e soprattutto se si tratti di concordati in continuità o di concordati che intervengono senza la previa pendenza di un'istanza di fallimento in cui il debitore sia stato già sentito dando contezza della situazione patrimoniale e finanziaria». Ora al di là di ogni considerazione circa il fatto che la norma di legge pare imporre in ogni caso di c.d. preconcordato la previsione di obblighi informativi, non v'è dubbio che l'anzidetta presa di posizione rifletta una precisa preoccupazione da parte dei Giudici: impedire che la cautela si trasformi in un vero e proprio fardello sia per il debitore sia per i destinatari dell'informativa. Emblematica, a tal riguardo, quanto sottolineato circa la snellezza che deve caratterizzare le informative: «quando poi le informative vengono imposte, devono essere redatte nella forma di brevi atti esplicativi che (solo) i legali dovranno stilare descrivendo sinteticamente le attività *medio tempore* compiute dal debitore e allegando solo documentazione di carattere riassuntivo (elenco pagamenti superiori ad una certa soglia, elenco atti negoziali di rilievo ecc.)» (9).

Nota:

(8) Senza poi contare che il provvedimento in questione ha disposto il deposito tempestivo dell'atto di designazione del professionista attestatore di cui all'art. 161, comma 3 l.fall. ovvero di cui all'art. 182 *bis*, comma 1, l.fall., così sancendo l'obbligo di scelta del nominativo che, se certamente deve essere tempestiva ai fini del corretto adempimento dei compiti demandati al professionista, non pare possa imporsi nei tempi di cui al predetto provvedimento.

(9) Verbale della riunione del 20 settembre 2012 della seconda sezione del Tribunale di Milano, *Concordato preventivo post ''Decreto Sviluppo'' il Tribunale di Milano detta una prassi condivisa.*

Disciplina del patrimonio netto

Disciplina della riduzione del capitale per perdite e concordato preventivo

Tribunale di Ancona, sez. II, 12 aprile 2012 - Pres. Ragaglia - Est. Ragaglia

Concordato preventivo - Ammissione - Procedimento - Presentazione domanda - Effetti - Sospensione della causa di scioglimento ex *art. 2484, n. 4, c.c.*

(Artt. 160 e 182 sexies *l.fall.; art. 2446, 2447, 2482* bis, *2482* ter, *2484, 2485, 2486 c.c.)*

In tema di concordato preventivo, la presentazione della domanda di concordato comporta il differimento dell'obbligo di intervenire sul capitale e determina la necessità di verifica della permanenza della causa di scioglimento solo all'esito della procedura di concordato.

Concordato preventivo - Ammissione - Procedimento - Presentazione domanda - Sospensione della causa di scioglimento ex *art. 2484, n. 4, c.c. - Omologazione - Utilizzo della sopravvenienza attiva*

(Artt. 160 e 182 sexies *l.fall.; art. 2446, 2447, 2482* bis, *2482* ter, *2484, 2485, 2486 c.c.)*

In tema di concordato preventivo, la riduzione dell'ammontare dei debiti per effetto della ristrutturazione proposta a seguito dell'omologa del concordato è suscettibile di determinare una sopravvenienza attiva nel patrimonio sociale necessariamente destinata ad essere utilizzata per abbattere la perdita maturata prima dell'ingresso della società in procedura, e può essere idonea alla ricostituzione del capitale.

Il Tribunale (omissis).
Ai fini della valutazione di ammissibilità il Tribunale non può esimersi dal rilevare che nel caso in esame la società Novedil ha proposto un piano di ristrutturazione che prevede la prosecuzione dell'attività aziendale, il ricorso a nuova finanza, l'aumento dell'indebitamento, pur presentando al momento della presentazione della domanda un patrimonio netto negativo, che ha già interamente eroso il capitale sociale in ragione delle gravi perdite di esercizio. A tal fine si rende necessario riscontrare se vi siano interazioni fra la disciplina societaria e quella concorsuale in relazione agli obblighi imposti agli artt. 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c., nonché verificare se per effetto della presentazione della domanda di concordato preventivo, posto che l'ordinamento lo consente oggi alle società in crisi (addirittura anche ove insolventi) di superare la congiuntura negativa attraverso un piano di risanamento attraverso la ristrutturazione dei debiti libero nelle forme con possibilità di prevedere la prosecuzione di attività, possa ritenersi che la presentazione di una domanda di concordato operi la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c. e comporti anche la sospensione degli obblighi gravanti in capo agli amministratori, ivi incluso l'obbligo di convocare l'assemblea, e conseguentemente impedisca il perfezionarsi della causa di scioglimento di cui all'art, 2484, comma I, n. 4) c.c.". Al contrario, se debba ritenersi che sia precluso alla società che già presenti una causa di scioglimento operare una ristrutturazione diversa da quella con finalità meramente liquidatorie in assenza di una delibera che preveda la ricostituzione del capitale sociale.
A tal fine in precedente situazione, il Tribunale adito aderendo formalmente alla tesi interpretativa più restrittiva ha ritenuto che, in mancanza di una norma specifica, non possa sospendersi l'applicazione degli articoli 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c. in presenza di procedure concorsuali, ritenendo che non fosse possibile l'ammissione ad un procedura di risanamento non avente carattere liquidatorio in presenza di una causa di scioglimento della società, stante l'operatività dell'art 2484 n. 4 c.c., considerando vincolante la previsione normativa, richiedendo a tal fine che la società adottasse la delibera di ricostituzione del capitale sociale, pur differendone gli effetti al momento dell'omologa. Era stato così espressamente previsto che «l'operazione dì ricostituzione del capitale deve ritenersi necessaria e pregiudiziale all'ammissione ad una procedura di concordalo ove il piano proposto operi la prospettata ristrutturazione attraverso un programma

non meramente liquidatorio, e quindi in tutti i casi in cui la ristrutturazione del debito prevede la continuazione dell'attività di impresa e la realizzazione di operazioni non inquadrabili in quelle finalizzate alla mera conservazione e alla non dispersione dei valori dell'impresa, cui fa riferimento espresso all'art 2487 lettera c); che l'operatività della società è confliggente con la presenza della condizione di scioglimento di cui all'art. 2484 comma 1 n. 3 c.c.,» così Trib. Ancona, Concordato Rosolarli decreto di ammissione.
Ad una più attenta lettura delle norme, approfondendo l'argomento, in ragioni delle argomentazioni, delle considerazione e conclusione esposte nel parere allegato al presente ricorso, preso atto di precedenti giurisprudenziali di merito pronunciatisi sull'argomento, così Tribunale di Vicenza e Tribunale di Firenze, ritiene oggi di poter diversamente concludere che poiché il verificarsi dei presupposti della causa di scioglimento logicamente precedono il momento in cui tale scioglimento diviene efficace, prevedendo a tal fine l'articolo 2484 terzo comma c.c., che gli effetti dello scioglimento si determinano nelle ipotesi previste dei numeri 1, 2, 3, 4 e 5 del primo comma, solo alla data dell'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa; che la previsione di un differimento temporale tra il momento in cui si verificano i presupposti della causa dì scioglimento rispetto al perfezionarsi della stessa, non appare incompatibile con la considerazione che la presentazione di una domanda di concordato preventivo operi un effetto sospensivo dell'obbligo degli amministratori di procedere ai sensi degli artt. 2482 *bis* e *ter* c.c., operando come condizione sospensiva della causa di scioglimento, in ragione del fallo che la proposta di concordato che ha per oggetto la ristrutturazione dei debiti sociali già esaurisce in sé le funzioni proprie della disciplina che gli articoli citati sono chiamati a tutelare, sia con riguardo ai creditori sociali il cui interesse è tutelato dal regime di controllo degli organi nelle procedure di concordato sulla società, effettuata nelle forme previste dalla legge fallimentare; sia l'interesse dei soci alla coerente tempestiva rappresentazione della situazione patrimoniale della società effettuata con il concordato dal possibile risultato utile della procedura medesima;
che la considerazione che la riduzione dell'ammontare dei debiti per effetto della ristrutturazione proposta a seguito dell'omologa del concordato è suscettibile di determinare una sopravvenienza attiva nel patrimonio sociale necessariamente destinata ad essere utilizzata per abbattere la perdita maturata prima dell'ingresso della società in procedura, e può essere idonea alla ricostituzione del capitale;
che la riforma del diritto fallimentare ha reso concretamente possibile procedure di concordato con continuazione aziendale non ponendo limiti di organizzazione;
che il concordato determina una situazione di temporanea di inesigibilità dei crediti che se pur non vale ad escludere la sussistenza delle perdite, tuttavia ne sospende in un certo senso gli effetti, in attesa della decurtazione del passivo che in prospettiva è destinata a modificare sensibilmente la situazione patrimoniale della società;
che la funzione dì assicurare il rispetto del principio della di corrispondenza fra capitale nominale e capitale reale, serve a ricondurre il primo alla misura del secondo e appunto per questo esercita per sua natura una duplice influenza: da un lato nella sfera soggettiva dei soci in specie incidendo sul loro interesse alla distribuzione degli utili, da un lato, dall'altro, all'esterno della compagine sociale, influendo sulla garanzia dei creditori sociali offerte tra loro dall'integrità del capitale (Cass. 2 aprile 2007, n. 8221)
sono argomentazioni valide che consentono di poter ritenere coerente con il sistema il differimento dell'obbligo di intervenire sul capitale e di verifica la permanenza della causa di scioglimento solo all'esito della procedura di concordato ove permangano le condizioni negative che e giustifichino l'intervento.
Che pertanto il Tribunale dovrà verificare sulla base del piano proposto l'idoneità dello stesso a realizzare la prevista ristrutturazione anche sotto il profilo del corretto mantenimento o ricostituzione del capitale sociale, ammettendo comunque alla procedura ove il piano fornisca adeguato e motivata garanzia di ripianamento delle perdite, anche quelle società in cui opera una causa di scioglimento, presentandosi, come diverso ed ulteriore problema quello dì stabilire quale sia il procedimento per deliberare in pendenza di un concordato preventivo o nella sua esecuzione la coperture delle perdite, solo ove il piano lo abbia espressamente previsto come elemento attuativo dello stesso. Poiché nel caso in esame, contrariamente a quanto si era verificato nel precedente del tribunale citato, siffatta operazione non è stata prevista, valutato per quanto sopra detto, e per quanto in questa fase è possibile accertare, la capacità del piano presentato, in ragione della coerenza attendibilità e sostenibilità finanziaria, di annullare la perdita per effetto della falcidia concordataria, la società va ammessa alla procedura secondo il piano proposto, nonostante si trovi temporaneamente ad operare con una situazione di patrimonio netto negativo.
(omissis).

Disciplina della riduzione del capitale per perdite in caso di presentazione di domanda di concordato preventivo (*)

di Tommaso Ariani **

Il decreto del Tribunale di Ancona qui in commento affronta un argomento di grande interesse e su cui è da ultimo intervenuto il legislatore con l'introduzione del nuovo art. 182 *sexies* l.fall. L'articolo, dopo aver commentato la posizione espressa nel decreto qui in esame dal Tribunale di Ancona relativa alla sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c. in caso di deposito di una domanda di concordato preventivo, esamina le seguenti questioni, alla luce dell'introduzione dell'art. 182 *sexies* l.fall.: a) quali siano le interrelazioni fra la disciplina societaria e quella concorsuale in merito agli obblighi di riduzione del capitale e di ricapitalizzazione della società di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. per le S.p.a. e 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c. per le S.r.l.; b) quali effetti determini il deposito della domanda di concordato preventivo sulla disciplina della riduzione del capitale per perdite; c) a partire da quale data si verifichino gli effetti sospensivi della disciplina della riduzione del capitale per perdite; d) se la produzione di sopravvenienze attive a seguito dell'omologazione del concordato possa andare a copertura di perdite pregresse.

1. Premessa

Il decreto emesso dal Tribunale di Ancona qui riportato affronta il delicato tema dell'interrelazione fra la disciplina del patrimonio netto e quella del concordato preventivo. Esso giunge ad una soluzione della questione giuridica condivisibile, tanto che essa è stata adesso "codificata" dal legislatore, che l'ha altresì estesa alla "fase giudiziale" dell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.fall. (ivi compresa la proposta di cui al comma 6 dell'art. 182 *bis* l.fall.). Il nuovo art. 182 *sexies* l.fall., infatti, detta una disciplina chiara nelle sue linee politiche, che necessita tuttavia di essere ben compresa nei suoi risvolti applicativi. A dare un contributo in questo senso mirano le riflessioni che seguono.

Come è noto, con la riforma della normativa fallimentare avvenuta a più riprese fra il 2005 e il 2007, si è assistito a quello che è stato definito «un fenomeno di detipizzazione del concordato preventivo» (1), tanto che oggi il debitore ha la più ampia flessibilità nella formulazione della proposta di concordato. Infatti, da un lato, il concordato può prevedere la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti anche per mezzo della mera continuazione dell'attività aziendale (2), dall'altro, il debitore può conservare la titolarità e la gestione dell'impresa non solo nel corso della procedura, ma anche al termine della stessa, a seguito dell'omologazione del concordato preventivo (3).

La facoltà di continuare l'esercizio di un'impresa in crisi in pendenza di procedura pone il problema di regolare i rapporti intercorrenti fra disciplina societaria e concorsuale in relazione agli obblighi di riduzione del capitale e di ricapitalizzazione della società di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. per le S.p.a. e 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c. per le S.r.l., dato che:

(i) nella maggior parte dei casi - per non dire sempre - le società in crisi (o insolventi) che presentano una domanda di concordato preventivo hanno anche un patrimonio netto negativo;

(ii) il mantenimento della continuità aziendale in capo al medesimo soggetto presuppone non tanto e non solo la continuazione dell'attività d'impresa da parte del medesimo debitore, pendente la procedura concorsuale, ma anche la permanenza in capo al debitore dei poteri strumentali all'esecuzione di quanto previsto nel piano di concordato. In particolare, dato che il piano di concordato può richiedere il compimento di atti che sono funzionali alla continuazione dell'attività d'impresa (senza finalità liquidatoria) e perfino al riavvio della stessa (in esecuzione di quanto previsto nel piano di concordato stesso) è possibile che l'adempimento di quanto

Note:

(*) Desidero qui ringraziare, senza naturalmente renderli in alcun modo responsabili degli eventuali errori e della correttezza delle soluzioni prospettate, Lorenzo Scarpelli, Lorenzo Stanghellini e Andrea Zorzi.

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

(1) M. Fabiani, *Diritto Fallimentare - Un profilo organico*, Bologna, 2011, p. 610.

(2) In astratto anche in passato era possibile la prosecuzione dell'attività d'impresa durante la procedura di concordato, ma ciò richiedeva necessariamente il rilascio di una garanzia esterna (al patrimonio del debitore) da parte di terzi.

(3) È la forma concordataria che M. Fabiani, *Diritto Fallimentare*, p. 612 definisce "*concordato con continuità imprenditoriale*". Si veda anche anche I. Pagni-L. Stanghellini-A. Zorzi, *Concordato con affitto e cessione a terzi dell'azienda e concordato con continuità aziendale: due modelli a confronto*, in Aa. Vv., *Il concordato di risanamento con continuità aziendale*, Atti del corso di perfezionamento, Università di Firenze, 12 maggio 2010, a cura di I. Pagni-L. Stanghellini, con la collaborazione di A. Zorzi, I-1 ss.

previsto nel piano di concordato, da una parte, non possa essere realizzato se la società è in liquidazione e, dall'altra, possa comportare il compimento di atti non consentiti dagli artt. 2486 e 2487 c.c., in quanto non funzionali alla mera «conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale» (4);
(iii) il mantenimento del capitale sociale nei minimi anche in pendenza di un concordato di risanamento potrebbe comportare l'obbligo di immettere capitale di rischio, per un verso, «in misura maggiore di quella eventualmente richiesta dal piano finanziario» (5) e, per altro verso, «prima di quando sia eventualmente richiesto dal piano finanziario, in un momento in cui non è chiaro se la procedura avrà successo o meno» (6), in entrambi i casi rendendo più difficile l'attuazione del piano di concordato;
(iv) l'eventuale apertura della fase di liquidazione a carico della società in concordato (o che intende accedervi) potrebbe inoltre comportare delle ricadute negative sull'immagine della società in concordato, tali da pregiudicare il buon esito del concordato (7).
A dare certezza alla materia è infine intervenuto il decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito con l. 7 agosto 2012, n. 134, che all'art. 33 ha introdotto nella legge fallimentare un nuovo art. 182 *sexies* (8).
Il presente lavoro, analizzando il quadro normativo prima e dopo l'introduzione dell'art. 182 *sexies* l.fall., tenta di rispondere ai seguenti quesiti:
a) quali siano le interrelazioni fra la disciplina societaria e quella concorsuale in ordine agli obblighi di riduzione del capitale e di ricapitalizzazione della società di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. per le S.p.a. e 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c. per le S.r.l.;
b) in che misura il deposito della domanda di concordato preventivo sospenda gli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. per le S.p.a. e 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c. per le S.r.l.;
c) quali siano i doveri degli amministratori e le conseguenti responsabilità degli amministratori in presenza di una perdita rilevante ai sensi degli articoli predetti;
d) se la produzione di sopravvenienze attive a seguito dell'omologazione del concordato possa andare a copertura di perdite pregresse.
Resta invece estraneo al tema del presente lavoro il diverso problema di quale sia il procedimento per deliberare, in pendenza di concordato preventivo o in sua esecuzione, un aumento di capitale, qualora il piano di concordato lo preveda quale suo elemento attuativo (9).

2. Il quadro normativo anteriore al d.l. 22 giugno 2012, n. 83 e le tesi a confronto

Al fine di meglio comprendere la *ratio*, le innovazioni introdotte e la portata del nuovo art. 182-*sexies* l.fall., pare utile ripercorrere il quadro normativo antecedente all'approvazione del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, sul quale si è pronunciato il Tribunale di Ancona.
Precedentemente all'introduzione dell'art. 182 *sexies* l.fall., non vi era alcuna disposizione normativa che disciplinasse espressamente la questione oggetto del presente lavoro (10). In dottrina vi erano quindi due diverse posizioni interpretative.

Note:

(4) In merito si veda da ultimo nel senso di escludere un'incompatibilità fra stato di liquidazione, poteri gestori dell'organo amministrativo societario e continuazione dell'attività d'impresa in pendenza di concordato Trib. Varese 30 giugno 2012, in *www.ilcaso.it.*

(5) L. Stanghellini, *Il problema del patrimonio netto e l'art. 2447 (e 2482-ter) c.c.*, in Aa. Vv., *Il concordato di risanamento con continuità aziendale*, Atti del corso di perfezionamento, Università di Firenze, 12 maggio 2010, a cura di I. Pagni-L. Stanghellini, I-15 ss., I-16

(6) *Ibidem*.

(7) *Ibidem*.

(8) L'art. 33, comma 3, del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, dispone che: «Le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 si applicano ai procedimenti di concordato preventivo e per l'omologazione di accordi di ristrutturazione dei debiti introdotti dal trentesimo giorno successivo a quello di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto». La l. 7 agosto 2012, n. 134, è stata pubblicata in G.U. n. 187 in data 11 agosto 2012 ed è entrata in vigore il giorno successivo. Ne consegue che le disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'art. 33 del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, trovano applicazione fin dal 11 settembre 2012.

(9) In argomento si veda F. Guerrera-M. Maltoni, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, in *Riv. soc.*, 2008, *ivi*, 64 ss.

(10) A ben vedere, ancorché la questione oggi si ponga in forme affatto diverse da come era posta in passato, tuttavia essa si è presentata ogniqualvolta la disciplina concorsuale ha presupposto la continuazione dell'attività aziendale in procedura. Il riferimento qui è a tutti quei casi in cui in passato il legislatore ha previsto delle discipline speciali volte a risolvere la crisi di singole imprese prevedendo, da una parte, una specifica disciplina concorsuale e, dall'altra, la continuazione dell'attività aziendale nelle more della procedura. In particolare, due casi offrono spunti storici interessanti nella materia che qui interessa: la procedura prevista per la liquidazione dell'Egam, che prevedeva la sospensione degli obblighi *ex* art. 2447 c.c., e la procedura per la liquidazione dell'EFIM, che prevedeva la sospensione *tout court* degli obblighi di cui agli artt. 2446 e 2447 c.c. (l'art. 7, comma 2 della l. 17 febbraio 1993, n. 33, con cui è stato convertito il d.l. 19 dicembre 1992, n. 487, relativo alla ''*Soppressione dell'Ente partecipazioni e finanziamento industria manifatturiera (EFIM)*'' prevedeva anche che «nei confronti delle società controllate l'applicazione del disposto degli articoli 2446 e 2447 del codice civile è sospesa fino all'attuazione del programma di cui all'articolo 2, comma 2, e dei progetti di cui all'articolo 3, comma 2'')». Nella normativa varata al fine di ''gestire'' il dissesto del gruppo Egam era stata prevista con il d.l. 31 dicembre 1976, n.

(segue)

Secondo una dottrina minoritaria, la procedura di concordato preventivo non avrebbe sospeso gli obblighi di mantenimento del patrimonio netto, gravanti in capo alla società, con la conseguenza che la società, al fine di evitare la liquidazione, avrebbe dovuto ridurre il proprio capitale sociale ed eventualmente reintegrarlo anche in costanza di procedura (11).

La *ratio* sottesa a questa posizione interpretativa consisteva semplicemente nell'argomentazione secondo la quale non potesse prevedersi la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c. in mancanza di un'espressa disposizione normativa in tal senso.

Secondo una diversa posizione interpretativa (fatta propria dal Tribunale di Ancona), prevalente in dottrina (12) e che trovava conforto anche in alcuni (recenti) precedenti giurisprudenziali (13), l'apertura della procedura di concordato preventivo avrebbe invece operato come condizione sospensiva degli obblighi di ricapitalizzazione e della pur esistente causa di scioglimento della società e la società avrebbe pertanto dovuto procedere agli adempimenti previsti dalle norme sull'integrazione del capitale sociale solo all'esito della procedura concorsuale e, beninteso, ove ne sussistessero ancora i relativi presupposti. Quest'ultima teoria interpretativa si fondava sui seguenti argomenti:

(i) da una parte, la proposta di concordato preventivo ha ad oggetto la ristrutturazione dei debiti sociali e la sua eventuale omologazione comporta l'estinzione (parziale o totale) di tali debiti, dall'altra, l'ammissione della società alla procedura di concordato preventivo produce l'inesigibilità dei crediti per titolo e causa anteriori alla proposta di concordato (14);

(ii) l'interesse dei creditori sociali protetto dalla disciplina di cui agli 2447 e 2482 *ter* c.c. sarebbe adeguatamente tutelato dal regime dei controlli degli organi della procedura di concordato sulla società, effettuato nelle forme previste dalla legge fallimentare (15);

(iii) l'ammissione della società in procedura impedirebbe il verificarsi dei presupposti della causa di scioglimento e, dato che questi logicamente precedono il momento in cui tale scioglimento diviene efficace, la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c. (per effetto della presentazione della domanda di concordato preventivo) comporta anche la sospensione degli obblighi gravanti in capo agli amministratori e conseguentemente impedisce anche il perfezionarsi della causa di scioglimento.

Note:

(segue nota 10)

877, convertito in legge 26 febbraio 1977, n. 48, la sospensione dei soli obblighi di cui all'art. 2447 c.c. (ma non di quelli gravanti sugli amministratori *ex* art. 2446 c.c.) con il risultato dell'applicazione della disciplina della riduzione del capitale per perdite. Così G. Rossi, *La sospensione dell'art. 2447 cod. civ.: le sviste del legislatore e gli affari del giurista*, in *Riv. soc.*, 1976, 1178 ss.. Si noti che in sede di conversione del D.L. 31 maggio 2010, n. 78, (convertito poi, con modificazioni, con legge 30 luglio 2010, n. 122), era stato proposto un emendamento (poi non approvato) del testo di legge che opportunamente prevedeva l'espressa sospensione della disciplina di cui agli artt. 2446-2447 c.c. nel caso di ammissione della società a procedura di concordato preventivo, in termini sostanzialmente identici a quelli dell'art. 182 *sexies* l.fall.

(11) C. Montagnani, *Deliberazioni assembleari e procedure liquidatorie*, Milano, 1999, 150-152; e forse anche L. Boggio, *Amministrazione e controllo delle società di capitali in concordato preventivo (dalla domanda all'omologazione)*, in Aa. Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum *Antonio Piras*, Torino, 2010, 852 ss., *ivi*, 865, nota 38.

(12) Si vedano in tal senso, B. Quatraro-S. D'amora-R. Israel-G. Quatraro, *Trattato teorico-pratico delle operazioni sul capitale*, II ed., Milano, 2001, 788; A. Nigro, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato della società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1993, Vol. 9**, 209 ss., 337; Id., *Diritto societario e procedure concorsuali*, in *Il nuovo diritto delle società*, Liber Amicorum Gian Franco Campobasso, Torino, 2006, 1, 191; R. Nobili-M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale*, in *Trattato della società per azioni*, a cura di G.E. Colombo-G.B. Portale, Torino, 1993, Vol. 6*, 330; A. Maisano, *Il Concordato preventivo delle società*, Milano, 1980, 68, nota 57; F. Guerrera-M. Maltoni, *Concordati giudiziali e operazioni societarie di «riorganizzazione»*, in *Riv. soc.*, 2008, 64 (studio del Consiglio Nazionale del Notariato - Studio n. 77-2007/I); N. Atlante-S. Mariconda, *La riduzione del capitale per perdite*, in *Riv. not.*, 2002, I, 64 (studio del Consiglio Nazionale del Notariato - Studio n. 3658/2001); M. Macchia, *Delibera di ricapitalizzazione delle società dopo l'omologa del concordato preventivo con cessione dei beni*, in *Fall.*, 1991, 173 ss.; S. Tersilla, *La tesi della sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione in pendenza del concordato di ristrutturazione*, in materiali del *''Corso di perfezionamento ''il nuovo diritto fallimentare'' Firenze*, 12 maggio 2010, *ivi*, I-27 ss.; F. Platania, *Le operazioni sul capitale nelle società in concordato preventivo*, in *Fall.*, 2011, 487 ss., *ivi*, 489-490; Consiglio Notarile di Firenze, orientamento in corso di elaborazione presentato al convegno del 6 giugno 2012.

(13) In particolare, il riferimento è al Trib. di Vicenza in relazione alla procedura che ha interessato la società Socotherm s.p.a. (su cui si veda Aa.Vv., *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di F. Bonelli, Milano, 2011, *ivi*, 966 ss., 1036 ss. e 1059 ss.) e al Trib. di Firenze in relazione ad una procedura che si è conclusa con l'omologazione del concordato in data 9 maggio 2012 (di cui si veda il provvedimento di omologazione su *www.ilcaso.it*). Nel primo e nel secondo caso la società versava nelle condizioni di cui all'art. 2447 c.c., ma in entrambi i casi i debitori sono prima stati ammessi alla procedura di concordato preventivo, senza che vi sia stata la necessità di porre la società in liquidazione, e successivamente il concordato da essi promosso è stato omologato da parte dei rispettivi Tribunali.

(14) Si veda in questo senso A. Maisano, *Il Concordato preventivo delle società*, 68, nota 57; A. Nigro, *La società per azioni nelle procedure concorsuali*, 337 e soprattutto nota 75; Id., *Diritto societario e procedure concorsuali*, 191.

(15) R. Nobili-M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale*, 329.

Questa seconda tesi, sposata dal Tribunale di Ancona, con ampia motivazione, è sorretta da argomentazioni condivisibili.
In primo luogo, la disciplina dettata in materia di concordato preventivo esaurisce tutte le funzioni che la disciplina di cui agli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c. è chiamata a tutelare (16). Infatti:
(a) la tutela dei soci è garantita dal fatto che, in caso di omologazione della proposta di concordato preventivo, i soci parteciperanno agli eventuali benefici che il concordato produrrà sul patrimonio della società. Inoltre, l'informazione è loro garantita dal sistema dei controlli cui la società è sottoposta per l'effetto dell'ingresso della stessa nella procedura di concordato preventivo;
(b) la tutela dei creditori sociali e dei terzi è invece garantita non tanto dall'integrità del capitale sociale e dal procedimento *ex* artt. 2447 e 2482 *ter* c.c., quanto piuttosto dallo strumento concordatario, e dal regime dei controlli del tribunale e del commissario giudiziale sull'attività della società (17);
(c) la tutela dell'informazione dei terzi (e del mercato) e dell'affidamento dei nuovi creditori è d'altra parte assicurata perché, da una parte, la tutela all'informazione (dei soci, dei creditori, dei terzi più in generale e del mercato) sull'esistenza della crisi societaria è offerta dalla pubblicazione ai sensi dell'art. 166 l.fall. nel registro delle imprese del decreto di ammissione della società alla procedura di concordato preventivo (ora anche dalla pubblicazione della domanda, a seguito della riforma dell'art. 161, comma 5, l.fall.); dall'altra, i creditori e i terzi che dovessero instaurare rapporti con la società in procedura possono usufruire del beneficio della prededuzione.
In secondo luogo, chiarito che l'applicazione delle norme in materia di obblighi di ricapitalizzazione non pareva *necessaria*, occorre ora esaminare se tale applicazione poteva *confliggere* con gli obiettivi della procedura di concordato preventivo (soprattutto in relazione alle modalità di esercizio dell'impresa). Solo in questo caso, infatti, si sarebbe giustificata la loro disapplicazione in via interpretativa.
In questo senso, pare decisivo l'argomento (di carattere sistematico) secondo cui se la disciplina di cui agli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c. non avesse operato come condizione sospensiva della causa di scioglimento della società (e della piena applicazione delle norme in materia di mantenimento del patrimonio netto minimo), essa sarebbe difficilmente risultata compatibile con la disciplina dell'art. 160 l.fall. nella parte in cui quest'ultima disposizione normativa, da una parte, consente alle società di presentare una proposta di concordato preventivo con ristrutturazione dei debiti, mantenendo la continuità aziendale, e, dall'altra, non prevede alcuna distinzione fra società che hanno un capitale minimo e società che hanno perduto tale capitale minimo (18).
In particolare, se così non fosse stato, la praticabilità di una soluzione concordataria (in regime di continuità aziendale) alla crisi d'impresa sarebbe dipesa da circostanze estranee alla valutazione di convenienza del concordato preventivo, quali, ad esempio, la sussistenza o meno delle condizioni di cui agli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c.. Soluzioni parimenti vantaggiose per i creditori (la conservazione dell'avviamento aziendale e la sua messa a disposizione dei creditori nelle forme previste dal piano) avrebbero potuto essere o non essere praticate a seconda di circostanze che poco avevano a che fare con le finalità della procedura.

3. Gli effetti del nuovo art. 182 *sexies* l.fall.

Se era dunque condivisibile la posizione interpretativa espressa dal Tribunale di Ancona (che ha avuto il merito di analizzare per primo *funditus* la questione), deve essere accolta con favore l'innovazione legislativa che sostanzialmente conferma quella tesi. In particolare il primo comma dell'art. 182 *sexies* l.fall. dispone: «[d]alla data del deposito della domanda per l'ammissione al concordato preventivo, della domanda per l'omologazione dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182 bis ovvero della proposta di accordo a norma del sesto comma di quest'ultimo articolo e sino all'omologazione non si applicano gli articoli 2446, commi secondo

Note:

(16) Infatti, come affermato dalla Corte di Cassazione anche di recente (cfr. Cass. 2 aprile 2007, n. 8221, in *Giur. comm.*, 2008, II, 963 ss., con nota critica di N. De Luca; Cass. 13 gennaio 2006, n. 543, in *ibidem*), la disciplina di riduzione del capitale per perdite è volta alla tutela sia della posizione dei soci, sia dei terzi, e specificamente dei creditori sociali. Nel dibattito dottrinale, non vi è unanimità di vedute circa la funzione che la disciplina della riduzione del capitale per perdite è chiamata a svolgere: cfr. per un sunto dei termini del dibattito R. Nobili-M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale*, 284-285; per la posizione per cui la disciplina della riduzione del capitale per perdite sia volta a disciplinare il solo interesse dei soci, in diversa prospettiva cfr. G. Ferri jr, *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2008, 741 ss. e N. De Luca, *Riduzione del capitale ed interessi protetti. Un'analisi comparatistica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 559 ss.

(17) Così R. Nobili-M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale*, 329.

(18) In questo senso S. Tersilla, *La tesi della sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione in pendenza del concordato di ristrutturazione*, I-29.

e terzo, 2447, 2482 - bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482 - ter del codice civile. Per lo stesso periodo non opera la causa di scioglimento della società per riduzione o perdita del capitale sociale di cui agli articoli 2484, n. 4, e 2545 duodecies del codice civile».

L'art. 182 *sexies* l.fall. è quindi norma dal contenuto complesso e sfaccettato, la cui *ratio* può però essere ricondotta alla posizione interpretativa espressa dalla dottrina prevalente prima dell'introduzione della disposizione normativa in esame e fatta propria dal Tribunale di Ancona nel provvedimento qui in commento. Ciò premesso, di seguito, si esamineranno i seguenti aspetti di tale disposizione normativa:

(i) l'ambito di operatività della sospensione degli obblighi di cui agli articoli 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482 - bis, commi 4, 5 e 6, e 2482 - ter c.c.;

(ii) il momento dal quale e fino al quale si producono gli effetti sospensivi introdotti dall'art. 182 *sexies* l.fall.;

(iii) il regime di responsabilità degli amministratori in caso di perdita del capitale e presentazione di una domanda di concordato preventivo (ovvero di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.fall., oppure di una proposta di accordo ai sensi dell'art. 182 *bis*, comma 6, l.fall.).

4. *(Segue)* La sospensione degli obblighi *ex* artt. 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482 *bis*, commi 4, 5 e 6, e 2482 *ter* c.c.

Nel caso di presentazione di domanda di concordato preventivo (anche ai sensi dell'art. 161, comma 6, l. fall.), in base al disposto del nuovo articolo 182 *sexies* l.fall., non si applicano gli articoli 2446, commi 2 e 3, 2447, 2482 - bis, commi 4, 5 e 6, e 2482 - ter c.c. Continuano dunque ad applicarsi l'art. 2446, comma 1, c.c. per le S.p.a., e l'art. 2482 *bis*, commi 1, 2 e 3, c.c. per le S.r.l. che impongono la convocazione dell'assemblea «senza indugio» (19) per la sottoposizione ad essa (e l'approvazione) di una situazione patrimoniale aggiornata (da cui emerga una perdita rilevante) ed eventualmente per l'adozione degli opportuni provvedimenti (20).

Fra gli opportuni provvedimenti di cui all'art. 2446 c.c., sembrano doversi annoverare non solo quelli inerenti all'"investimento" dei soci nella società (21), ma, a seguito dell'innovazione legislativa, anche le soluzioni concordate della crisi d'impresa e in particolare la domanda di concordato preventivo e la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti (oppure la proposta di accordo di cui all'art. 182 *bis*, comma 6, l.fall.) (22).

Resta inteso che gli amministratori hanno la facoltà - e forse anche il dovere, qualora la scelta di ricorrere al concordato preventivo (o all'accordo di ristrutturazione *ex* art. 182 *bis* l.fall.) rappresenti la soluzione più efficiente per risolvere la crisi dell'impresa o comunque per garantire la conservazione dell'integrità del patrimonio sociale - di presentare la relativa domanda anche prima della convocazione dell'assemblea *ex* art. 2446 c.c., salvo che lo statuto preveda la competenza dell'assemblea in ordine all'approvazione della proposta e delle condizioni del concordato.

5. *(Segue)* Momento dal quale e fino al quale si producono gli effetti sospensivi

L'art. 182 *sexies* l.fall. dispone anche che dalla data

Note:

(19) Si noti che l'art. 2631 c.c. sanziona gli amministratori se essi non convocano (ovvero non effettuano la convocazione del)-l'assemblea entro trenta giorni da quando è sorto l'obbligo che impone la convocazione dell'assemblea stessa. In mancanza di tempestiva convocazione, inoltre, la società non si scioglie, ma gli amministratori rispondono dei danni causati dal proprio ritardo *ex* art. 2485 c.c.

(20) Si noti che il nuovo regime è conforme all'art. 17 della II direttiva comunitaria in materia di società per azioni n. 77/91 laddove essa prevede: «In caso di perdita grave del capitale sottoscritto, l'assemblea deve essere convocata nel termine previsto dalla legislazione degli Stati membri, per esaminare se sia necessario sciogliere la società o prendere altri provvedimenti». La disciplina comunitaria richiede la mera convocazione dell'assemblea al fine di fornire ai soci le informazioni sull'andamento societario (cfr. M. Miola, *La tutela dei creditori ed il capitale sociale: realtà e prospettive*, in *Riv. soc.*, 2012, 237 ss., 295). L'ordinamento italiano prevede la convocazione dell'assemblea *ex* art. 2446 c.c. senza indugio. La legislazione nazionale sarebbe probabilmente risultata conforme alla direttiva anche qualora avesse previsto la convocazione dell'assemblea al termine della procedura di concordato preventivo.

(21) Cfr. G. Ferri jr, *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, 755 per il quale la perdita del capitale sociale rappresenta l'espressione della crisi dell'investimento dei soci nella società.

(22) Probabilmente, vista l'ampia interpretazione della norma nel previgente regime, anche prima si poteva sostenere che la domanda di concordato preventivo potesse essere uno degli opportuni provvedimenti di cui all'art. 2446 c.c. Residua il problema se all'ordine del giorno debba essere inserita l'approvazione della domanda di concordato preventivo da parte dell'assemblea, laddove lo statuto, ai sensi dell'art. 152 l.fall., preveda la competenza dell'assemblea medesima per la definizione della proposta e delle condizioni del concordato. Se la domanda di concordato preventivo, come credo, rientra fra gli opportuni provvedimenti di cui all'art. 2446 c.c. sarebbe sufficiente la dizione «provvedimenti *ex* art. 2446». Cfr. R. Nobili-M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale*, 387. Qualora invece vi sia un ordine del giorno che predetermina uno specifico rimedio, allora mi pare che il concordato preventivo non possa essere approvato. In mancanza di una disposizione statutaria che deroghi all'art. 152, gli amministratori potranno presentare la domanda di concordato preventivo anche prima dell'eventuale assemblea dei soci.

di deposito della domanda di concordato preventivo (o della domanda di omologazione dell'accordo di ristrutturazione *ex* art. 182 *bis* l.fall. o della proposta di cui all'art. 182 *bis*, comma 6, l.fall.) non opera la causa di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4 c.c..

Quindi, la disposizione normativa in esame, da una parte, determina la disapplicazione degli obblighi di cui agli artt. 2446, commi secondo e terzo, 2447, 2482 - bis, commi quarto, quinto e sesto, e 2482 - ter c.c., e, dall'altra, qualora la causa di scioglimento si sia già perfezionata prima del deposito della domanda di concordato preventivo (o del deposito della domanda di omologazione di un accordo *ex* art. 182 *bis* l.fall. oppure della proposta di cui all'art. 182 *bis*, comma 6, l.fall.), rende inoperativa la causa di scioglimento stessa, ma solo dal momento della presentazione della domanda.

Il primo periodo del comma primo della disposizione in esame disponendo, dunque, la sospensione degli obblighi di cui agli artt. 2446, commi 2 e 3, e 2447 (e 2482 *ter*) c.c. con la presentazione della domanda di concordato preventivo (o dell'accordo di ristrutturazione), impedisce (logicamente) il venire ad esistenza dei presupposti stessi che imporrebbero agli amministratori di iscrivere nel registro delle imprese l'accertamento del verificarsi della causa di scioglimento di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4, c.c.. Infatti, l'art. 2484, comma 1, n. 4, c.c. dispone che: «le società [di capitali] (..) si sciolgono (..) 4) per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dagli articoli 2447 e 2482-ter» e la dottrina prevalente (23), tenuto anche conto del disposto dell'art. 2484, comma 3, c.c. secondo il quale: «gli effetti dello scioglimento si determinano, nelle ipotesi previste dai numeri 1), 2), 3), 4) e 5) del primo comma, alla data dell'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese della dichiarazione con cui gli amministratori ne accertano la causa», ritiene che gli amministratori debbano iscrivere la causa di scioglimento nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2484, comma 3, c.c. solo dopo che l'assemblea non abbia proceduto alla ricapitalizzazione o alla trasformazione della società ai sensi degli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c. Dato che, nel caso di presentazione di una domanda di concordato preventivo (o del deposito della domanda di omologazione di un accordo ex art. 182 *bis* l.fall. oppure della proposta di accordo di cui all'art. 182 *bis*, comma 6, l.fall.), gli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c. sono disapplicati, l'inoperatività della causa di scioglimento non è altro che la logica conseguenza della disapplicazione dei predetti articoli (disapplicazione che impedisce l'emersione della causa di scioglimento).

Il secondo periodo del comma 1 non è tuttavia una disposizione ridondante, perché, per un verso, conferma la lettura del primo periodo appena offerta, e per altro verso, è destinato a regolare quelle ipotesi in cui la causa di scioglimento (24) si sia verificata prima della presentazione della domanda di concordato preventivo, ma essa non sia ancora stata iscritta ai sensi dell'art. 2484, comma 3, c.c.. In tale eventualità, la presentazione della domanda di concordato (o della domanda di omologazione di un accordo *ex* art. 182 *bis* l.fall. oppure della proposta di accordo di cui all'art. 182 *bis*, comma 6, l.fall.), rende inoperante la causa di scioglimento. Ritengo, tuttavia, che, qualora la causa di scioglimento sia già stata iscritta nel registro delle imprese ai sensi dell'art. 2484, comma 3, c.c., non sia possibile evitare lo scioglimento della società (25). Pertanto la

Note:

(23) In particolare, dopo la riforma del diritto societario, vista l'attuale formulazione dei commi I, n. 4, e III dell'art. 2484 c.c. la dottrina prevalente è orientata in favore della tesi per cui «lo scioglimento per la perdita del capitale sia sospensivamente condizionato alla mancata adozione delle (..) delibere [di trasformazione o riduzione del capitale sociale e aumento dello stesso ad un ammontare superiore al minimo legale], o di quegli altri provvedimenti che siano ritenuti idonei per eliminare la perdita» e comunque produce effetto nei confronti dei terzi solo dopo l'iscrizione di cui all'art. 2484, comma 3, c.c.. Così M. Sarale, *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, in Aa. Vv., *Il nuovo diritto societario nella dottrina e nella giurisprudenza: 2003-2009*, a cura di G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, Bologna, 2009, 1183 ss., 1194. Nello stesso senso, R. Rordorf, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. per operazioni successive alla perdita del capitale*, in *Soc.*, 2009, 277 ss., 279; D. Corrado, *Commento all'art. 2482-ter*, in *Commentario alla riforma delle società - Società a responsabilità limitata*, a cura di L.A. Bianchi, Milano, 2008, pp. 1313 ss., *ivi*, 1321-1322; A. Maffei Alberti, *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2011, 1331; A. Bartalena, *Commento all'art. 2482-ter*, in Aa. Vv., *Società di capitali - Commentario*, Vol. III, a cura di G. Niccolini-A. Stagno di Alcontres, Napoli 2004, 1685 ss.,1687; I. Demuro, *Riduzione del capitale*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 763 ss., 764; M. Vaira, *Commento all'art. 2484*, in Aa. Vv., *Il nuovo diritto societario*, a cura di G. Cottino-G. Bonfante-O. Cagnasso-P. Montalenti, Bologna, 2004, 2017 ss., *ivi*, 2037-2038; C. Pasquariello, *Commento all'art. 2484*, in Aa. Vv., *Il nuovo diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, Padova, 2005, 2141 ss., 2154; L. Mandrioli, *Le cause di scioglimento*, in Aa. Vv., *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, a cura di M. Pollio, Milano, 2004, 1 ss., 13.

(24) La causa di scioglimento si verifica quando: (i) l'assemblea chiamata per prendere le delibere di cui all'art. 2484, comma 1, n. 4 c.c. non le abbia prese o abbia comunque deliberato lo scioglimento della società; (ii) l'assemblea chiamata per prendere le delibere di cui all'art. 2482, comma 1, n. 4 c.c., abbia deliberato la ricapitalizzazione della società, ma sia inutilmente decorso il termine per la sottoscrizione dello stesso.

(25) In posizione parzialmente difforme G. D'Attorre, *I limiti alla disciplina societaria sulla perdita del capitale*, in *www.ilfallimen-*

(segue)

domanda di concordato preventivo e quella di omologazione dell'accordo ex art. 182 *bis* l.fall. (oppure la proposta di cui all'art. 182 *bis*, comma 6, l.fall.) non impediranno la liquidazione della società, salva chiaramente la revoca della liquidazione con le modalità e con le conseguenze indicate dalla legge (art. 2487 *ter* c.c.).

In ogni caso, dal punto di vista pratico, la questione sembrerebbe essere stata depotenziata - se non addirittura eliminata - dalla facoltà del debitore di presentare domande di concordato preventivo "con riserva" (così consentendo l'anticipazione degli effetti di cui all'art. 182 *sexies* l.fall.). Permane tuttavia la possibilità di configurare una responsabilità degli amministratori, per violazione degli artt. 2485 e 2486 c.c., qualora lo iato temporale intercorrente fra il momento in cui si è verificata la causa di scioglimento e la data di presentazione della domanda di concordato preventivo sia significativo. E ciò perché il nuovo art. 182 *sexies* l.fall. non consente certamente che, in presenza di una perdita rilevante, gli amministratori proseguano *sine die* la gestione sociale (26).

Conclusa la procedura (27), la società torna ad essere sottoposta alla disciplina del codice civile, con il conseguente obbligo di mantenimento del capitale minimo legale e la riemersione degli obblighi di cui agli artt. 2485 e 2486 c.c. in capo agli amministratori (28).

L'intervento del legislatore in materia quindi non incide tanto sul piano degli effetti nei confronti della società, dato che, anche prima dell'introduzione dell'art. 182 *sexies* l.fall. lo scioglimento non si sarebbe comunque verificato fino a quando la causa di scioglimento non fosse stata iscritta da parte degli amministratori ai sensi dell'art. 2484, comma 3, c.c., quanto piuttosto sul piano della responsabilità degli amministratori i quali in precedenza sarebbero stati in ogni caso chiamati ad iscrivere immediatamente la causa di scioglimento non appena questa si fosse verificata per adempiere a quanto prescritto dall'art. 2485 c.c., mentre oggi, alla luce del nuovo art. 182 *sexies* l.fall., essi non debbono iscrivere la causa di scioglimento, qualora presentino una domanda di concordato preventivo (ovvero una domanda volta all'omologazione di un accordo di ristrutturazione *ex* art. 182 *bis* l. fall oppure la proposta di cui all'art. 182 *bis*, comma 6, l.fall.). Sarà dunque nel quadro di questo nuovo sistema di norme che dovrà essere valutata la diligenza nella gestione da parte degli amministratori.

6. *(Segue)* Il regime di responsabilità degli amministratori e la portata del secondo comma dell'art. 182 *sexies* l.fall.

Il nuovo art. 182 *sexies* l.fall. interviene sul regime di responsabilità degli amministratori, nel caso di deposito di domanda di concordato preventivo in presenza di perdite rilevanti ai sensi degli artt. 2446 e 2447 c.c. (o 2482 *bis* e 2482 *ter* c.c.), sia indirettamente, per mezzo delle disposizioni di cui al primo comma dell'articolo medesimo, sia direttamente per effetto del secondo comma che dispone: «[r]esta ferma, per il periodo anteriore al deposito delle do-

Note:
(segue nota 25)

tarista.it, 4 per il quale, qualora l'accesso alla procedura avvenga dopo l'iscrizione di cui all'art. 2484, comma 3, c.c., ma prima della nomina dei liquidatori, l'art. 182 *sexies* l.fall. farebbe venir meno l'obbligo di procedere alla nomina dei liquidatori e rimuoverebbe altresì i limiti ai poteri degli amministratori di cui all'art. 2486 c.c. Non condividerei la posizione interpretativa dell'Autore che, ancorché sia più coerente con la *ratio* dell'art. 182 *sexies* l.fall., mi pare si ponga in contrasto con il disposto del testo legislativo laddove quest'ultimo prevede che la causa di scioglimento operi (anche) nei confronti dei terzi fin dall'iscrizione di cui all'art. 2484, comma 3, c.c. e non solo dall'assemblea di cui all'art. 2487 c.c. In altre parole, a seguito e proprio per effetto dell'iscrizione di cui all'art. 2484, comma 3, c.c. la società entra in stato di liquidazione e pertanto l'effetto di rendere inoperante la causa di scioglimento di cui all'art. 182 *sexies* l.fall. non può più impedire la liquidazione della stessa.

(26) Nel sistema previgente, il problema si poneva in termini diversi, dato che lo scioglimento si verificava fin dall'accertamento da parte degli amministratori della presenza di perdite superiori al terzo del capitale sociale e della riduzione dello stesso al di sotto del minimo legale, mentre la ricapitalizzazione operava quale condizione risolutiva dell'avvenuta causa di scioglimento. Si veda in questo senso: in dottrina, *ex multis*, R. Nobili-M.S. Spolidoro, *La riduzione*, 380; in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. 28 giugno 1980, n. 4089, in *Riv. dir. comm.*, 1981, II, 51 ss. e in *Giur. comm.*, 1983, II, 250 ss. con nota di S.M. Cesqui; Cass. 29 ottobre 1994, n. 8928, in *Soc.*, 1995, 359 con nota di S. Taurini, in *Soc.*, 1995, 233 con nota di N. Atlante; e in *Giur. comm.*, 1996, II, 32 ss. con nota di J. Sodi; Cass. 5 maggio 1995, n. 4923, in *Giur. comm.*, 1996, II, 354 ss., con nota di R. Papetti e in *Riv. dir. comm.*, 1997, II, 1 ss., con nota di F. Carbonetti; App. Firenze 11 giugno 1993, in *Giur. comm.*, 1994, II, 429 ss., con nota di F. D'Angelo. La *ratio* di tale interpretazione giuridica stava proprio nella volontà di evitare che l'inerzia degli amministratori potesse frustrare gli interessi tutelati dall'apertura della fase di liquidazione in caso di perdita rilevante. Oggi, mutata la prospettiva, il legislatore ha ridotto l'area di applicazione della disciplina dello scioglimento in caso di perdite e ha contemporaneamente ampliato l'area di responsabilità degli amministratori, in caso di violazione degli obblighi imposti dagli artt. 2485 e 2486 c.c.

(27) E ciò sia in caso di omologazione della domanda di concordato preventivo (o di omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.fall.), sia in caso di rigetto della domanda di concordato preventivo, anche ai sensi degli artt. 162 e 173 l.fall., o di rigetto dell'accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.fall.

(28) Così anche G. D'Attorre, *I limiti alla disciplina societaria sulla perdita di capitale*, *cit.*, 5.

mande e della proposta di cui al primo comma, l'applicazione dell'articolo 2486 del codice civile».
Se, per un verso, quest'ultima disposizione normativa non fa che ribadire l'applicazione dell'art. 2486 c.c. fin dal momento in cui si verifica la causa di scioglimento della società, per altro verso, essa sembra limitarne l'applicazione al solo periodo anteriore al deposito della domanda di concordato preventivo con l'effetto, da un lato, di confermare la non perfetta coincidenza della «conservazione dell'integrità e del valore del patrimonio sociale» con l'attività che può essere realizzata in pendenza della procedura di concordato e, dall'altro, in definitiva di consentire agli amministratori di realizzare, nel rispetto dei limiti e dei controlli di cui agli artt. 167 ss. l.fall., quanto previsto nel piano di concordato (ivi comprese le nuove iniziative imprenditoriali esorbitanti la mera conservazione dell'integrità del patrimonio sociale).
A seguito della presentazione della domanda di concordato preventivo, gli amministratori - i quali, di regola, in presenza di una perdita rilevante *ex* artt. 2447 o 2482 *ter* c.c., devono rispettare quanto previsto negli artt. 2485 e 2486 c.c. -, allorché il concordato non abbia successo, non potrebbero essere considerati responsabili *ex post* ai sensi degli artt. 2485 e 2486 c.c. per aver posto in essere un'attività d'impresa coerente con il piano di concordato, purché quest'ultimo sia nel miglior interesse dei creditori e la gestione in pendenza della procedura sia effettuata nel rispetto dell'art. 167 l.fall. E ciò perché, pendente la procedura, da una parte, la causa di scioglimento (nei limiti sopra indicati) non è più operante e, dall'altra, la gestione dell'impresa avviene sotto il controllo degli organi della procedura.
Il problema della responsabilità degli amministratori potrebbe invece porsi in relazione alla gestione dell'impresa in pendenza dell'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti *ex* art. 182 *bis* l.fall. (ovvero nel caso di cui all'art. 182 *bis*, comma 6, l.fall.), qualora quest'ultimo non venga infine omologato. In tal caso, infatti, l'impresa verrebbe esercitata senza vigilanza da parte degli organi della procedura. Tuttavia, anche questo pare essere un falso problema, dato che in questa ipotesi soccorrono i principi generali: nell'eventualità in cui l'accordo di ristrutturazione dei debiti non sia omologato, in tanto gli amministratori non potranno *ex post* essere ritenuti responsabili per la gestione non conservativa avvenuta in pendenza dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione stesso, in quanto essi abbiano gestito la società in conformità a quanto previsto nel piano sottostante all'accordo di ristrutturazione, e purché il contenuto del suddetto piano fosse non solo nel miglior interesse dei creditori sociali, ma anche realizzabile secondo un giudizio di ragionevolezza formulato *ex ante* (29).

7. L'utilizzo delle sopravvenienze patrimoniali attive emerse a seguito dell'omologazione del concordato a copertura di perdite pregresse

Tenuto conto che il deposito della domanda di concordato preventivo sospende gli obblighi di cui agli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c., rimane da affrontare la questione relativa all'utilizzo delle sopravvenienze attive (eventualmente prodottesi nel patrimonio sociale per effetto dell'omologazione del concordato), a copertura di perdite pregresse.
Una volta omologato il concordato da parte del Tribunale e tornata la società *in bonis*, viene meno l'effetto sospensivo di cui all'art. 182 *sexies* l.fall. e pertanto la società dovrà redigere una nuova situazione patrimoniale (aggiornata alla data dell'omologazione del concordato preventivo) che recepisca gli effetti prodotti dalla falcidia concorsuale sull'attivo e sul passivo, al fine di verificare l'esatta consistenza del patrimonio netto a quella data ed eventualmente adottare i provvedimenti conseguenti a tale accertamento (30). In genere, il piano di concordato conterrà le previsioni circa l'importo della falcidia e gli effetti di questa sul patrimonio della società in concordato e conseguentemente l'indicazione degli adempimenti (anche societari) che la società dovrà porre in essere all'esito della procedura. In particolare:
(i) nell'eventualità in cui continuino a ricorrere le condizioni di cui agli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c., la società, se vuole evitare lo scioglimento, dovrà rispettivamente procedere agli adempimenti di cui agli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c. medesimi, oppure ridurre il capitale ed aumentarlo fino ad un ammontare almeno pari al minimo legale (31);
(ii) qualora invece non ricorrano (più) le condizioni di cui agli artt. 2447 e 2482 *ter* c.c., la società potrà senz'altro proseguire la propria attività d'im-

Note:

(29) Cfr. P. Montalenti, *La gestione dell'impresa di fonte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, in Riv. dir. soc., 2011, 820 ss., 824 ss.

(30) Cfr. Consiglio Notarile di Firenze, orientamento in corso di elaborazione presentato al convegno del 6 giugno 2012

(31) Cfr. R. Nobili-M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale*, 330; A. Maisano, *Il Concordato preventivo delle società*, 68, nota 57.

presa, salva la necessità di procedere alla riduzione del capitale sociale *ex* art. 2446 (o 2482 *bis*), qualora vi siano delle perdite residue che non intacchino il minimo legale.
In ogni caso, la sopravvenienza attiva derivante dalla ristrutturazione dei debiti deve essere computata al fine di calcolare l'esatto valore del patrimonio netto della società ed eventualmente l'ammontare delle perdite residue (32), coerentemente al principio espresso dalla Suprema Corte in tema di utilizzabilità degli utili di periodo per la determinazione dell'entità delle perdite (33).

8. Conclusioni

La lettura del decreto del Tribunale di Ancona è quindi molto utile per comprendere appieno la *ratio* del nuovo art. 182 *sexies* l.fall. In particolare, per un verso, la procedura di concordato preventivo è idonea a tutelare tutti gli interessi che sono tutelati dalla disciplina della riduzione del capitale sociale in presenza di perdite e, per altro verso, l'applicazione di quest'ultima disciplina potrebbe confliggere con gli obiettivi della procedura di concordato, finanche compromettendo la miglior soddisfazione dei creditori sociali.
Ma la portata innovativa dell'art. 182 *sexies* l.fall. potrebbe essere ben maggiore laddove si consideri, per un verso, il rapporto intercorrente fra la disciplina della riduzione del capitale per perdite e quella delle procedure concorsuali e, per altro verso, gli interessi che tali discipline sono chiamate a tutelare. In particolare, prima dell'introduzione dell'art. 182 *sexies* l.fall. si poteva correttamente affermare che, ancorché la disciplina della riduzione del capitale per perdite e le procedure concorsuali fossero di fatto interconnesse (anche solo per la coincidenza statistica delle due situazioni), esse comunque operassero su due piani concettualmente ben distinti (34), quanto ai presupposti e quanto agli effetti. Diversamente, oggi, il legislatore, prendendo atto di quella interferenza (prima rilevante solo sul piano fattuale), ha finito per considerare prevalente il regime delle procedure concorsuali (*rectius* degli strumenti per la regolazione della crisi d'impresa) (35), e quindi, in definitiva, nel caso di società in crisi che abbiano perso il proprio capitale sociale, ha scelto di preferire la tutela degli interessi dei creditori sociali rispetto agli interessi dei soci della società, almeno fintanto che la crisi (finanziaria) dell'impresa non sia stata risolta per mezzo di uno degli strumenti offerti dall'ordinamento. A tal fine ha disposto la disapplicazione (temporanea) della disciplina della riduzione del capitale per perdite allorché uno degli strumenti di regolazione della crisi d'impresa venga effettivamente utilizzato.
Su un diverso piano, e sotto un secondo profilo, il legislatore ha di fatto incrementato i poteri gestionali spettanti agli amministratori di fronte alla crisi d'impresa. Infatti, il nuovo art. 182 *sexies* l.fall. se, per un verso, ha lasciato immutato lo stato della normativa preesistente nella misura in cui la decisione di ricorrere ad una procedura concorsuale rappresentava e continua a rappresentare una forma di scelta gestionale (e, come tale, spettante agli amministratori), per altro verso, ora consente agli amministratori stessi, optando per la regolazione della crisi dell'impresa attraverso il ricorso ad uno degli strumenti predisposti dall'ordinamento, di evitare (almeno temporaneamente) l'applicazione della disci-

Note:

(32) Cfr. R. Nobili-M.S. Spolidoro, *La riduzione del capitale*, 330, nota 124; L. Boggio, *Amministrazione e controllo delle società di capitali in concordato preventivo (dalla domanda all'omologazione)*, 867, nota 48; F. Platania, *Le operazioni sul capitale nelle società in concordato preventivo*, 489; S. Tersilla, *La tesi della sospensione degli obblighi di ricapitalizzazione in pendenza del concordato di ristrutturazione*, I-29; G. D'Attorre, *I limiti alla disciplina societaria sulla perdita di capitale, cit., ivi*, 5-6; e mi pare anche M. Fabiani, *Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa*, in *Il Caso.it*, II, 303/2012, 22.

(33) Cass. 23 marzo 2004, n. 5740, in *Soc.*, 2004, 1511 ss., con nota adesiva di E.L. Ntuk, in *Riv. not.*, 2004, II, 1254 ss., con nota adesiva di N.A. Toscano, *La Cassazione si è finalmente espressa sul calcolo degli utili di periodo nella procedura di riduzione del capitale per perdite*; e in *Riv. dott. comm.*, 2005, 502 ss., con nota adesiva di M. Erede, *La rilevanza degli ''utili di periodo'' nel procedimento di riduzione del capitale per perdite*; *adde* in giurisprudenza, App. Milano, 19 settembre 2000, in *Giur. it.* 2001, 1202 ss.; Trib. Roma, 7 ottobre 2005, in *Riv. not.*, 2006, II, 1101 ss. con nota adesiva di D. Cupini; Trib. Napoli, 27 aprile 2000, in *Not.*, 2000, 560, con nota adesiva di A. Nigro, *In tema di inutilizzabilità degli utili di periodo per il ripianamento delle perdite*; App. Milano 19 gennaio 1999, in *Soc.*, 2000, 724, con nota di V. Salafia e in *Not.*,1999, 243 con nota di A. Nigro, *Note in tema di impiego di utili di periodo a copertura delle perdite*; Trib. Napoli 23 marzo 1999 in *Not.* 1999, 244, con nota di A. Nigro. Cfr. anche Cons. Notarile Milano, *Massima n. 68 - 22 novembre 2005*, in *Massime notarili in materia societaria*, III ed., Milano, 2007, 206-207. *Adde* Comitato Interregionale Dei Consigli Notarili Del Triveneto, *Massima H.G.9.* in *Orientamenti*, 70-71. In dottrina, G.F. Campobasso, *Diritto Commerciale*, 514-515; G.E. Colombo, *Pretesa non iscrivibilità di utili di periodo nella situazione patrimoniale ai sensi dell'art. 2446 c.c.*, in *Soc.* 2000, 748 ss.

(34) G. Ferri jr, *Struttura finanziaria dell'impresa e funzioni del capitale sociale*, 754 ss.; Id., *La riduzione del capitale per perdite*, in *Riv. dir. impr.*, 2009, 3 ss., 11; L. Stanghellini, *Le crisi di impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, 144 ss.; A. Mazzoni, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, in *La società per azioni oggi. Tradizione, attualità e prospettive*, a cura di P. Balzarini-G. Carcano-M. Ventoruzzo, I, Milano, 2007, 529 ss., 532.

(35) L'espressione «strumento per la regolazione della crisi d'impresa» è mutuata da M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, *passim* di cui si condivide l'impostazione.

plina di riduzione del capitale per perdite (e del corrispondente regime di responsabilità) (36), in questo modo aumentando la discrezionalità gestoria in capo agli amministratori medesimi, purché essi la indirizzino verso una maggior tutela dei creditori sociali.
Così facendo, mi pare che le decisioni degli amministratori su come affrontare la crisi d'impresa (e sulla conservazione della continuità aziendale) siano divenute sindacabili *ex post*, almeno in prima battuta, solo in base allo *standard* generale di corretta gestione della società (37), e non più sulla base delle singole *rules* (38) esistenti, e beninteso solo nella misura in cui possa rinvenirsi una colpa nella continuazione dell'attività d'impresa anche in pendenza di una procedura concorsuale, oppure nella scelta di uno degli strumenti per la regolazione della crisi d'impresa (39).

Note:

(36) A. Mazzoni, *Capitale sociale, indebitamento e circolazione atipica del controllo*, 533 che, in relazione alla disciplina previgente all'entrata in vigore dell'art. 182 *sexies* l.fall., correttamente riferisce come la continuazione dell'attività d'impresa di società sottocapitalizzata (in mancanza di una prospettiva di continuità aziendale) rappresentasse una vera e propria attività *contra legem*.

(37) Cfr. la posizione di A. Mazzoni, *La responsabilità gestoria per scorretto esercizio dell'impresa priva della prospettiva di continuità aziendale*, in Aa. Vv., *Amministrazione e controllo nel diritto delle società*. Liber amicorum *Antonio Piras*, Torino, 2010, 813 ss.; si veda anche P. Montalenti, *La gestione dell'impresa di fonte alla crisi tra diritto societario e diritto concorsuale*, 826-827.

(38) Fra le quali le principali in materia sono gli artt. 2485 e 2486 c.c.

(39) Sono questi i casi, per esempio, in cui il piano di concordato non sia nel miglior interesse dei creditori, ma abbia solo finalità dilatorie o in cui la presentazione di una domanda di concordato rappresenti un abuso del diritto.

RIVISTE

Famiglia e diritto

Rivista mensile di dottrina e giurisprudenza

Direzione scientifica: *Piero Schlesinger*

Comitato scientifico: *Vincenzo Carbone, Massimo Dogliotti, Michele Sesta, Ferruccio Tommaseo, Mario Trimarchi*

Periodicità: *mensile*

La Rivista offre un panorama completo del diritto di famiglia esaminato alla luce dell'**evoluzione giurisprudenziale** e delle **novità legislative**. Tutte le sentenze più innovative della giurisprudenza di legittimità e di merito trovano ampio spazio e sono corredate da **commenti autorevoli**.
La selezione dei provvedimenti mira a privilegiare questioni nuove nonché opzioni interpretative originali, così da fornire all'operatore spunti da utilizzare nel lavoro quotidiano. Grande attenzione è dedicata ai profili processuali in materia.
La Rivista, che da sempre ha dato spazio ai **profili internazionalistici** del diritto di famiglia, offre ora ai lettori un'apposita **rubrica quadrimestrale**: "**Panorama sovrannazionale**". La rubrica prenderà in considerazione il diritto internazionale privato, il diritto internazionale e il diritto comunitario.
Il **servizio online**, compreso nel prezzo e riservato esclusivamente agli abbonati è consultabile all'indirizzo ***www.dottrinaediritto.it***.
Il servizio oltre ad integrare e completare l'informazione offerta dalla rivista cartacea, consente di consultare in anteprima e prelevare l'ultimo numero di "Famiglia e diritto".

NOVITÀ
In aggiunta alle tradizionali Sezioni della Rivista sono state introdotte:
- **Novità legislative ed amministrative**;
- **Itinerari della giurisprudenza**.

Inoltre la Rivista è stata rinnovata attraverso:
- una **grafica innovativa** per copertina e interni;
- una **nuova impostazione** del **Sommario**: per individuare con immediatezza i contributi d'interesse;
- **tabelle di sintesi** degli **orientamenti giurisprudenziali**.

Abbonamento annuale: € 204,00

Per informazioni e acquisti
- ***Servizio Informazioni Commerciali*** *(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)*
- ***Agente Ipsoa di zona*** *(www.ipsoa.it/agenzie)*
- ***http://ipshop.ipsoa.it***

Massimario di legittimità

Legge fallimentare

Art. 24

Cass. Civ., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 3672 - Pres. Salme' - Est. Rordorf - P.M. Carestia (Conf.) - Fall. Euro S.r.l. c. Curatela Fallimento Fashion S.r.l.

1. Il combinato disposto degli artt. 24 e 52 l.fall. implica che il tribunale da cui è stato dichiarato il fallimento del debitore che ha compiuto l'atto pregiudizievole ai creditori, per il quale si prospetti un'azione di revoca *ex* art. 67 l.fall., resta il solo competente a decidere l'inefficacia o meno dell'atto, mentre le successive e consequenziali pronunzie di restituzione competono al tribunale che ha dichiarato il fallimento del beneficiario del pagamento revocato, secondo le modalità stabilite per l'accertamento del passivo e dei diritti dei terzi; in ogni caso, la cristallizzazione della massa passiva alla data di apertura del concorso ed il carattere costitutivo dell'azione revocatoria non ne permettono l'esperimento contro un fallimento, dopo la sua pronuncia, conseguendone l'annullamento della eventuale ammissione al passivo in cui la domanda si sia trasfusa.

Vedi Cass. 12 maggio 2011, n. 10486; Cass. 30 agosto 1994, n. 7583.

Art. 53

Cass. Civ., sez. I, 2 marzo 2012, n. 3335 - Pres. Fioretti - P.M. Capasso - Regione Veneto c. Fallimento Bic Adriatico Consortile a r.l. C.E.I.I.

1. L'art. 9, quinto comma, del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 123, in materia razionalizzazione degli interventi di sostegno pubblico alle imprese, nel prevedere la revoca del beneficio e disporre il privilegio in favore del credito alle restituzioni, subordina tale prelazione alla circostanza che la precedente erogazione, di cui si sollecita la restituzione, sia stata effettuata ''ai sensi del presente decreto legislativo'', vale a dire nell'ambito degli interventi di sostegno pubblico per lo sviluppo delle attività produttive già in atto, e non, invece, meramente rivolti alla formazione di realtà imprenditoriali soltanto potenziali e future, pur quando il finanziamento sia stato erogato in seguito ad intervento finanziario di derivazione comunitaria.

Art. 67 (primo comma)

Cass. Civ., sez. I, 1° marzo 2012, n. 3232 - Pres. Fioretti - P.M. Capasso - Equitalia Romagna S.p.a. c. Fallimento Calzaturificio Galassi Giorgia

1. L'iscrizione di ipoteca ai sensi dell'art. 77 del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 602 sugli immobili del debitore e dei coobbligati al pagamento dell'imposta, non è riconducibile all'ipoteca legale prevista dall'art. 2817 c.c., né è ad essa assimilabile, mancando un preesistente atto negoziale, il cui adempimento il legislatore abbia inteso garantire; essa, peraltro, neppure può accostarsi all'ipoteca giudiziale, prevista dall'art. 2818 c.c. con lo scopo di rafforzare l'adempimento di una generica obbligazione pecuniaria ed avente titolo in un provvedimento del giudice, in quanto quella in esame si fonda su di un provvedimento amministrativo. Ne deriva che, non rientrando nel disposto dell'art. 67, primo comma, n. 4 l.fall., l'ipoteca in questione non è suscettibile di revocatoria fallimentare, limitata a quelle volontarie e giudiziali.

Vedi Cass. 9 aprile 1999, n. 3462; Cass. 22 febbraio 2010, n. 4077.

Art. 99

Cass. Civ., sez. VI, 8 marzo 2012, n. 3672 - Pres. Salme' - Est. Rordorf - P.M. Carestia (Conf.) - Fall. Euro S.r.l. c. Curatela Fallimento Fashion S.r.l.

In materia di impugnazioni, il principio cosiddetto di apparenza e affidabilità comporta necessariamente un'indagine sugli atti, al fine di accertare se l'adozione da parte del giudice di merito di quella determinata forma del provvedimento decisorio sia stata o meno il risultato di una consapevole scelta, ancorché non esplicitata con motivazione ''ad hoc'', nel qual caso decisiva rilevanza va attribuita alle concrete modalità con le quali si è svolto il procedimento; pertanto, è ammissibile il ricorso diretto per cassazione avverso la ''sentenza'' che decide all'esito di un procedimento azionato con ricorso per opposizione allo stato passivo, svoltosi con modalità corrispondenti al procedimento *ex* art. 99 l.fall., qualora la forma del provvedimento non sembri frutto di una meditata valutazione del decidente.

Vedi Cass. 30 maggio 1997, n. 4866; Cass. 11 gennaio 2011, n. 390.

Art. 101

Cass. Civ., sez. I, 19 marzo 2012, n. 4310 - Pres. Fioretti - Est. Di Virgilio - P.M. Russo - D.R. c. Curatela del fallimento Mirko Menconi marmi S.r.l.

1. Ai fini dell'ammissibilità della domanda tardiva di ammissione del credito ai sensi dell'ultimo comma dell'art. 101 legge fall. (cd. supertardiva), il mancato avviso al creditore da parte del curatore del fallimento, previsto dall'art. 92 legge fall., integra la causa non imputabile del ritardo da parte del creditore; peraltro, il curatore ha facoltà di provare, ai fini dell'inammissibilità della domanda, che il creditore abbia avuto notizia del fallimento, indipendentemente dalla ricezione dell'avviso predetto.

Vedi Cass. 22 dicembre 2011, n. 28443.

Art. 104

Cass. Civ., sez. I, 19 marzo 2012, n. 4303 - Pres. Fioretti - Est. Didone - P.M. Capasso - Vivigas S.p.a. c. Fallimento Luigi Tosi & c. Di Giuseppe Tosi & C. S.a.s.

In caso di contratti ad esecuzione continuata o periodica (nella specie somministrazione) pendenti al momento del-

la dichiarazione di fallimento ed in presenza di esercizio provvisorio dell'impresa fallita, disposto *ex* art. 104 l.fall., i relativi crediti maturati ''ante'' fallimento, sono o meno prededucibili, a seconda che, al termine dell'esercizio provvisorio, il curatore abbia scelto di subentrare o sciogliersi dal contratto, mentre solo quelli maturati in pendenza di esercizio provvisorio sono sempre prededucibili, al pari di quelli, successivi al termine dell'esercizio provvisorio, in caso di subentro nel contratto da parte del curatore; infatti, l'eccezionalità delle disposizioni dettate dalla legge fallimentare per i contratti di durata, *ex* artt. 74 e 82 l.fall., in ragione dell'indivisibilità delle prestazioni, con il diritto alla prededuzione dei crediti anche preesistenti va contemperata con la ''ratio'' della disciplina dell'esercizio provvisorio, che limita la stessa prededucibilità quando la prosecuzione del rapporto è l'effetto diretto del provvedimento giudiziale, non della scelta del curatore.

Vedi Cass. 12 gennaio 2001, n. 396; 18 maggio 2006, n. 11855; Cass. 22 maggio 1996, n. 4715.

Art. 107

Cass. Civ., sez. I, 5 marzo 2012, n. 3405 - Pres. Fioretti - Est. Cultrera - P.M. Capasso - Superarchivio S.r.l. c. Curatela del fallimento n. (omissis)

In tema di liquidazione dell'attivo fallimentare, qualora, dopo una prima aggiudicazione provvisoria, un diverso offerente in aumento sia rimasto inadempiente per non aver versato il saldo del prezzo nel termine stabilito, deve essere disposta, da parte del giudice delegato, la condanna nei confronti dell'offerente, aggiudicatario decaduto, al pagamento della differenza tra il prezzo inferiore, ricavato in successivo incanto, e quello da lui proposto in aumento, oltre all'incameramento della cauzione, così come stabilito nell'art. 587 c.p.c., non potendo essere assunto come termine di comparazione il prezzo della prima aggiudicazione provvisoria, in quanto il procedimento di espropriazione deve ritenersi unico e retto dall'unica ordinanza di vendita che si conclude con l'aggiudicazione all'ultimo offerente.

Vedi Cass. 6 settembre 2006, n. 19142.

Art. 111

Cass. Civ., sez. I, 5 marzo 2012, n. 3402 - Pres. Fioretti - Est. Cultrera - P.M. Capasso - SO.TEL Società Telecomunicazioni S.r.l. c. Fallimento Enterprise Digital Architects S.p.a.

1. Ai fini della prededucibilità dei crediti nel fallimento, il necessario collegamento occasionale o funzionale con la procedura concorsuale, ora menzionato dall'art. 111 l.fall., va inteso non soltanto con riferimento al nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura, ma anche con riguardo alla circostanza che il pagamento del credito, ancorché avente natura concorsuale, rientri negli interessi della massa e dunque risponda agli scopi della procedura stessa, in quanto utile alla gestione fallimentare. Invero, la prededuzione attua un meccanismo satisfattorio destinato a regolare non solo le obbligazioni della massa sorte al suo interno, ma anche tutte quelle che interferiscono con l'amministrazione fallimentare ed influiscono sugli interessi dell'intero ceto creditorio. (Nella specie, è stato ammesso in prededuzione il credito, sorto in periodo anteriore al fallimento, relativo al corrispettivo di un subappalto concluso con il gruppo della società fallita, cui le opere erano state appaltate da un ente pubblico, sussistendo il nesso di strumentalità tra il pagamento del credito del subappaltatore, da eseguire con detta preferenza e seppur a seguito di riparto, e la soddisfazione del credito della fallita, tenuto conto che il pagamento di quest'ultimo risulta sospeso, ai sensi dell'art. 118, comma 3, del D.Lgs. n. 163 del 2006, da parte della stazione appaltante, ed invece può essere adempiuto se consti il pagamento al predetto subappaltatore).

Art. 173

Cass. Civ., sez. I, 16 marzo 2012, n. 4209 - Pres. Fioretti - Est. Didone - P.M. Capasso - Adriauto S.r.l. c. Curatela del fallimento Adriauto S.r.l.

1. Il P.M. è legittimato a formulare la richiesta di fallimento a seguito della comunicazione del decreto con il quale il tribunale abbia revocato l'ammissione al concordato preventivo, essendo egli, nel sistema della legge, informato sia della domanda di concordato ai fini dell'intervento nella procedura e dell'eventuale richiesta di fallimento (art. 161 l.fall.), sia della procedura d'ufficio per la revoca dell'ammissione al concordato (art. 173 l.fall.), onde è anche il naturale e legittimo destinatario della comunicazione dell'esito di tale procedimento.

Vedi Cass. 26 febbraio 2009, n. 4632.

Art. 182

Cass. Civ., sez. I, 1° marzo 2012, n. 3225 - Pres. Plenteda - Est. Cultrera - P.M. Apice - Leonmobili S.r.l. c. Ianus S.r.l.

1. In tema di liquidazione nel concordato preventivo, il diritto di prelazione previsto dall'art. 3 della L. 23 luglio 1991, n. 223 spetta all'affittuario dell'azienda sottoposta alla procedura concorsuale, soltanto se l'impresa debitrice sia in possesso, alla data della stipula del contratto d'affitto, del requisito dimensionale, necessario per usufruire dell'intervento straordinario di cassa integrazione, come previsto dal primo comma della disposizione.

Vedi Cass. 27 apriel 2006, n. 9694; Cass. 22 giugno 2009, n. 14546.

Art. 183

Cass. Civ., sez. I, 19 marzo 2012, n. 4304 - Pres. Fioretti - Est. Didone - P.M. Capasso - Dalkia France S.C.A. (t.v.a) c. Commissario Giudiziale del concordato preventivo dalle Hygiene Production s.a.

1. Il reclamo alla corte d'appello avverso il decreto con il quale il tribunale abbia provveduto sull'omologazione (accordandola o negandola) del concordato preventivo, ai sensi dell'art. 183 l.fall., va proposto entro il termine di trenta giorni, in quanto la circostanza che con lo stesso reclamo, proponibile contro il decreto che pronuncia sull'omologazione del concordato preventivo, possa essere impugnata anche la eventuale sentenza dichiarativa di fallimento impone, per una lettura costituzionalmente orientata della norma, di reputare applicabile il medesimo termine previsto dall'art. 18 l.fall.

Vedi Cass. 4 novembre 2011, n. 22932.

Massimario di merito

a cura di **Federica Commisso** e **Edoardo Staunovo-Polacco**

Legge fallimentare

Art. 1

Trib. Udine 21 settembre 2012, decr. - Pres. Bottan - Est. Pellizzoni - B c. Azienda Agricola B

1. Non è assoggettabile a fallimento la società agricola che non esercita più direttamente l'attività avendo concesso in affitto i terreni, i fabbricati agricoli e le attrezzature, senza peraltro aver mutato il proprio oggetto sociale.

Art. 9

App. Roma 3 luglio 2012 - Pres. Pandolfi - Est. Zannella - Dharma Holdings S.A. c. Fall. Dharma Holdings S.A.

1. Sussiste la giurisdizione del giudice italiano a dichiarare il fallimento di una società che, pur avendo sede legale in Lussemburgo, abbia in Italia il centro principale degli interessi e l'amministrazione, assumendo in quest'ultimo luogo le scelte imprenditoriali e strategiche, ed ivi essendo tenuti i rapporti con i clienti e con le principali banche.

Art. 18

App. Napoli 15 novembre 2012 - Pres. Fralliciardi - Est. Celentano - DCN S.p.a. c. Fall. DCN S.p.a.

1. L'interesse idoneo a fondare la legittimazione a proporre reclamo *ex* art. 18 l.fall. deve essere proprio del reclamante, concreto, cioè effettivamente sussistente, e meritevole di tutela giuridica (nel caso di specie non è stato riconosciuto l'interesse in capo alla vedova dell'amministratore della società fallita a vedere tutelata l'immagine e l'onorabilità del marito, avendo la stessa comunque insistito per la sottoposizione della società ad una diversa procedura concorsuale).

App. Napoli 15 novembre 2012 - Pres. Fralliciardi - Est. Celentano - DCN S.p.a. c. Fall. DCN S.p.a.

2. Il reclamo *ex* art. 18 l. fall. ha una funzione sostitutiva, non già esclusivamente rescindente, della decisione impugnata, con la sola eccezione delle tassative ipotesi di cui agli artt. 353 e 354 c.p.c., sicché soltanto in queste ultime ipotesi la sentenza dichiarativa di fallimento può essere impugnata per vizi di rito, senza far valere anche vizi di merito.

Art. 72

Trib. Venezia 10 maggio 2012 (data della decisione), decr. - Pres. Farini - Est. Fidanzia - M. S.p.a. c. Fall. L. S.r.l.

1. Il mutuo fondiario è nullo per violazione di norme imperative qualora la banca, nel concederlo, abbia superato il limite di finanziabilità di cui al combinato disposto dell'art. 38, comma 2, T.U.B. e della delibera CICR del 22.4.1995; ai fini del rispetto di tale limite è necessario verificare che la valutazione degli immobili all'epoca della concessione del finanziamento sia avvenuta in base ad un prudente apprezzamento della futura negoziabilità degli stessi tenendo conto degli aspetti durevoli a lungo termine, delle condizioni normali e locali del mercato, dell'uso corrente degli immobili stessi e dei loro appropriati usi alternativi.

Art. 108

Trib. Ivrea 11 ottobre 2012, decr. - Pres. Peila - Est. Buffoni - P. S.a.s. c. Fall. I. S.a.s.

1. Ai fini dell'esercizio del potere del giudice delegato di sospendere la vendita fallimentare quando il prezzo offerto risulti notevolmente inferiore a quello giusto, tenuto conto delle condizioni di mercato, ai sensi dell'art. 108 l.fall., la nozione di giusto prezzo non coincide con il valore di stima del bene, ma con il prezzo di mercato determinato dal gioco delle offerte al rialzo una volta che tutti gli interessati in offerta ed in aumento abbiano avuto la possibilità di esprimersi; il suddetto potere può essere esercitato in particolare in caso di effettuazione di una nuova offerta, anche se tardiva, qualora, valutata congiuntamente ad ogni altra circostanza, essa sia tale da evidenziare che il prezzo di aggiudicazione è notevolmente inferiore a quello giusto.

Art. 111

Trib. Reggio Emilia, 14 giugno 2012, decr. - Pres. Savastano - Est. Gattuso - S.B. c. Fall. Olmark S.p.A.

1. Al credito del professionista che ha prestato assistenza all'imprenditore nel procedimento di omologazione del concordato preventivo va riconosciuta natura prededucibile nel successivo fallimento, trattandosi di credito sorto ''in occasione'' della procedura concorsuale.

Art. 146

Trib. Verona 20 novembre 2012 (data della decisione), ord. - Est. Vaccari - Fall. S. c. Z. ed altri

1. Nell'ipotesi in cui una complessa operazione di scissione parziale proporzionale sia stata posta in essere al fine di recare pregiudizio ai creditori sociali, impedendo loro di soddisfarsi sul patrimonio scisso, gli amministratori sono responsabili del danno arrecato in misura pari alla diminuzione patrimoniale cagionata alla società e di conseguenza ai creditori; l'articolata condotta elusiva, sintomatica della particolare pervicacia nel persegui-

mento del fine, può costituire oltre al *fumus boni iuris* per la concessione di misure cautelari in funzione dell'azione di responsabilità anche il fondamento del *periculum in mora*, sia pure in assenza di atti dispositivi dei patrimoni personali da parte degli amministratori.

Art. 147

Trib. Venezia 11 ottobre 2012 (data della decisione), ord. Pres. ed Est. Farini - Fall. G. ed altri c. P. ed altri

1. È ammissibile la dichiarazione di fallimento della *holding* costituita da una società occulta fra persone fisiche e dei componenti della predetta società quali soci illimitatamente responsabili; a tal fine devono sussistere elementi sintomatici quali la detenzione da parte di tali soggetti di quote societarie, lo svolgimento da parte loro di ruoli preponderanti nell'amministrazione delle medesime, la coincidenza tra le attività e l'organizzazione delle società di capitali, controllate attraverso flussi costanti di direttive; lo svolgimento dell'attività d'impresa in locali anche parzialmente coincidenti e l'esistenza di ricavi derivanti soprattutto da fatturati *intercompany*.

Art. 160

Trib. Perugia 16 luglio 2012, decr. - Pres. Rana - Est. De Martino - IDP Industria Dolciaria S.r.l.

1. Il Tribunale deve verificare esclusivamente la correttezza dei criteri utilizzati dall'imprenditore per la suddivisione dei creditori in classi e non può svolgere valutazioni di merito circa l'opportunità della collocazione di un creditore in una classe piuttosto che nell'altra.

Art. 180

Trib. Latina 18 ottobre 2012, decr. - Pres. Cerasoli - Est. Amatore - Società Italcraft S.r.l.

1. In tema di concordato preventivo, il tribunale ha un potere di controllo della fattibilità giuridica ed economica del piano sia nella fase di ammissione sia nella fase di omologazione, e pur in assenza di opposizioni.

Art. 182 *bis*

Trib. Udine 2 agosto 2012 - Pres. ed est. Pellizzoni

1. Pendente istanza per la dichiarazione di fallimento, il Tribunale può concedere un ulteriore termine, *ex* art. 182 *bis* sesto e settimo comma l.fall., per il perfezionamento dell'accordo di ristrutturazione, soltanto se ritenga che l'accordo sia effettivamente in grado di rimuovere l'insolvenza.

Art. 182 *ter*

Trib. Varese 30 giugno 2012, decr. - Pres. Santangelo - Est. Cosentino - GE Impianti S.r.l.

Trib. Perugia 16 luglio 2012, decr. - Pres. Rana - Est. De Martino - IDP Industria Dolciaria S.r.l.

1. Il principio dell'intangibilità dell'IVA, espressamente previsto per il caso di concordato preventivo ùùnel cui ambito venga proposta anche una transazione fiscale, non trova applicazione nell'ambito di un concordato nel quale quest'ultima non sia prevista.

Leggi diverse

Amministrazione straordinaria

Trib. Roma 7 novembre 2012, decr. - G.U.P. Passamonti - M. ed altri

1. I commissari straordinari sono legittimati alla costituzione di parte civile nel processo penale per i reati di bancarotta, posto che la società in procedura risulta certamente danneggiata dalle condotte degli amministratori e dunque titolare del diritto al risarcimento del danno; tuttavia, in base al combinato disposto degli artt, 95 e 97 D.Lgs. n. 270/1999 e 240 l.fall., tale legittimazione è limitata ai reati di cui al titolo VI della legge fallimentare e, di conseguenza, non sussiste in relazione al reato di manipolazione del mercato (per il quale, nel caso di specie, sono stati ritenuti legittimati gli investitori ed i risparmiatori), né in relazione ad eventuali delitti comuni commessi dagli amministratori, ancorché ne risultino danneggiati uno o più creditori insinuati al passivo, perché solo questi sono legittimati a proporre la domanda di risarcimento del danno e ciò in virtù della natura straordinaria della legittimazione dell'organo concorsuale a costituirsi parte civile, che trova la sua disciplina esclusivamente nella disposizione di carattere eccezionale dell'art. 240 l.fall., la quale consente l'azione solo nelle ipotesi previste, in cui quindi si proceda per un reato fallimentare.

Trib. Roma 7 novembre 2012, decr. - G.U.P. Passamonti - M. ed altri

2. I creditori della società insolvente - nella specie, obbligazionisti - sono legittimati alla costituzione di parte civile nel processo penale per bancarotta fraudolenta nei confronti degli amministratori ai sensi dell'art. 240, secondo comma, l. fall., in concorso con i commissari straordinari, al fine di fare valere un titolo di azione propria personale; tale legittimazione sussiste anche relativamente al danno patrimoniale recato dalle condotte delittuose degli amministratori e si fonda sul disposto dell'art. 2395 c.c., mentre per quanto riguarda gli azionisti essi trovano legittimazione alla costituzione di parte civile al di fuori dell'art. 240 l.fall., atteso che il curatore o il commissario straordinario non hanno funzioni rappresentative degli azionisti o dei soci, per i quali dunque si applica la norma generale di cui all'art. 74 c.p.p. che conferisce legittimazione a chiunque abbia risentito un danno da reato.

Osservatorio sull'Unione europea e sugli altri Stati

a cura di **Patrizia De Cesari** e **Galeazzo Montella**

Giurisprudenza

Tango Bond: c'è un giudice a New York... forse

Sentenza dell'United States District Court - Southern District of New York del 21 novembre 2012 - NML Capital c. Repubblica argentina

Tutti conosciamo nelle sue grandi linee la telenovela (che per molti risparmiatori è stata invece un dramma) dei c.d. ***Tango Bond***: nel 2001 l'**Argentina** dichiarava **default** nel rimborso dei propri titoli di Stato. Nel 2005, e poi ancora nel 2010, il Governo di quel Paese proponeva però una **ristrutturazione del debito** consistente nel rimpiazzo dei titoli impagati con altri dello stesso valore nominale, ma offerti ai sottoscrittori con uno sconto del 70% . Più del 90% dei portatori di vecchi titoli accettava.
Sui titoli residui si apriva però una gigantesca speculazione: molti operatori finanziari acquistavano infatti a prezzo bassissimo bond non ristrutturati e si davano da fare in via giudiziaria per ottenerne il rimborso integrale.
Il 23 febbraio 2012 un giudice distrettuale di New York, su istanza di tale NML Capital portatore di bond non ristrutturati per 1,3 miliardi di dollari, aveva ordinato al Governo argentino il rimborso integrale; il 26 ottobre 2012 tale decisione veniva poi confermata in appello.
In immediata successione (22 novembre 2012), lo stesso giudice distrettuale che si era pronunciato a febbraio ha interpretato alcuni punti poco chiari della decisione di secondo grado esplicitando che questa **vietava al Governo di Buenos Aires di pagare gli interessi sui bond ristrutturati** sino a quando non fossero stati rimborsati interamente (capitale più interessi) i bond non ristrutturati. Inoltre l'Argentina dovrebbe immettere quanto dovuto sui bond in possesso di NML Capital in un deposito vincolato prima di effettuare qualsiasi pagamento sui titoli ristrutturati: la urgenza di tale cautela veniva motivata tra l'altro ricordando che il presidente argentino, la signora Kirchner, aveva dichiarato pubblicamente che neppure un dollaro sarebbe stato pagato ai «*vultures*» (avvoltoi) e cioè a quegli speculatori che avevano fatto incetta di titoli non ristrutturati pagandoli a prezzi stracciati e ora ne pretendono il pagamento per intero.
In presenza di un provvedimento giudiziario di tal fatta sembra del resto escluso che qualcuno degli operatori statunitensi cui l'Argentina ha affidato il pagamento degli interessi sui titoli ristrutturati si presti a ciò, e in effetti proprio questo è sinora successo: ne è derivata la quasi **paralisi della attività con la quale l'Argentina si sforza di reperire finanziamenti sul mercato internazionale**, visto che in base alla sentenza di novembre i sottoscrittori dei titoli di nuova emissione non avrebbero certezza di sorta di vedersi pagare anche solo gli interessi alle rispettive scadenze.
Il principio informatore è espresso con la affermazione, contenuta nella prima decisione della serie, che «l'interesse pubblico a imporre l'esecuzione dei contratti e a far valere la *rule of law* è alla base di questo ordine, particolarmente qui dove i creditori della Repubblica (argentina) **non hanno alcun ricorso a regimi fallimentari** per proteggere i loro interessi e devono affidarsi alle Corti per ottenere l'adempimento delle promesse contrattuali. Non meno di qualunque altro ente che entra in un accordo negoziale c'è un forte pubblico interesse nel costringere la Repubblica ai suoi obblighi contrattuali (1)».
Il Governo argentino ha subito interposto appello avverso la ordinanza del 21 novembre, ottenendo a sua volta (28 novembre 2012) la sospensiva della decisione di primo grado: la pronuncia di merito si avrà, a quanto pare, nel prossimo febbraio.
Questa serie di pronunce di novembre, quale che sia l'esito finale della impugnazione, possiede comunque tutti i numeri per costituire **un caso nel diritto anche internazionale pubblico**: come si vede, infatti, un giudice nazionale ha emesso una decisione con la quale si vuol «costringere» un Governo estero ad un dato comportamento, pena certe sanzioni nell'ordinamento interno dello Stato al quale quel giudice appartiene, e tale costrizione viene adottata in un campo, quello della finanza pubblica, che costituisce uno degli aspetti tipici dell'**attività sovrana di qualsiasi Stato**. In altre parole, si incide in misura inattesa e pervasiva sul principio della **immunità degli Stati rispetto alla giurisdizione altrui**. Si spiega così come questa decisione sia stata oggetto di critiche molto vivaci, in particolare e tra l'altro da quanti osservano che essa è incompatibile, anzitutto con il diritto internazionale consuetudinario, e poi anche con il diritto positivo sui rapporti tra gli USA e gli altri Stati, e cioè con l'***United States Foreign Sovereign Immunities Act*** **del 1976**.Va però anche riconosciuto che è in corso in tutto il mondo una tendenza ad un certo ridimensionamento della immunità degli Stati esteri: per il nostro Paese, si veda in tal senso da ultimo Cass. civ., sez. un., 26 gennaio 2011, n. 1774 (2).
Del resto che si tratti di questione scottante ed incerta è confermato anche dalla circostanza che la stessa NML Capital aveva avviato anche in **Inghilterra** una causa in tutto analoga a quella di New York, ottenendo il 29 gennaio 2009 un successo in primo grado da parte della High Court Queen's Bench Division (Commercial), per poi però vedersi dar torto in appello dalla **High Court of Justice - Court of appeal**, la quale con sentenza del 2 aprile 2010 ha dichiarato la appellante Repubblica argentina immune dalla giurisdizione locale.
Sul piano strettamente concorsuale sembra comunque che questa vicenda americana dei Tango Bond evidenzi la necessità sempre più prepotente di un **allargamento degli oriz-**

Note:

(1) Passo riportato e tradotto da G. Rossi, in *Argentina e Grecia, l'eclissi delle regole*, in *Il Sole 24 Ore* del 25 novembre 2012.

(2) In *Foro it.*, 2012, I, 1883.

zonti del diritto della insolvenza così da ricomprendervi non solo i soggetti di diritto interno degli Stati, ma anche gli Stati stessi e comunque i soggetti di diritto internazionale, e cioè la c.d. **insolvenza sovrana**. È ormai evidente, cioè, la impellenza della costruzione, magari anche solo per via interpretativa, (come, sia pure un po' goffamente, stanno tentando di fare i giudici di New York) di un sistema di regole che contemperi il principio tradizionale della immunità giurisdizionale degli Stati in relazione alla loro **attività di imperio** con la tutela dei soggetti privati che con tale attività hanno a che fare, magari anche solo per fidarsi della parola e dell'impegno di un Governo straniero (esattamente come hanno fatto i sottoscrittori di titoli argentini, ma prima di essi, per esempio, quelli messicani poi scottati dal *default* di quel Paese nel 1992). Del resto, noi italiani-europei dovremmo riflettere che, se l'Atlantico è largo, il canale di Otranto è assai più stretto: la Grecia è vicina.

Novità dalla Corte di giustizia dell'Unione europea: una sentenza e due questioni pregiudiziali sul Regolamento n. 1346/2000

Sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea dell'8 novembre 2012, C-461/11

La Corte di giustizia dell'Unione europea, con sentenza dell'8 novembre 2012, C-461/11 ***Radziejewski*** (3), ha stabilito l'incompatibilità con l'**art. 45 del TFUE Trattato sul funzionamento dell'Unione europea**, di una normativa nazionale (nella specie, svedese) che subordini un provvedimento di **cancellazione dei debiti** al requisito della **residenza** del debitore nello Stato membro interessato.
Come si sa, l'art. 45 TFUE garantisce la **libera circolazione** dei lavoratori all'interno dell'Unione: secondo la Corte l'esigenza, posta dalla legge nazionale di un dato Stato membro, di controllare la situazione patrimoniale del debitore che chiede la liberazione dai propri debiti può essere garantita anche se il debitore risiede o si è trasferito in un altro Stato: ritenere altrimenti confliggerebbe, infatti, con la libertà di circolazione.
In realtà la decisione della Corte ci pare fosse già *ab origine* prevedibile, quasi scontata, e infatti c'è da chiedersi se veramente sussistesse la necessità, per il giudice nazionale, di sollevare la questione pregiudiziale su un quesito siffatto.
Dal punto di vista strettamente concorsuale, e italiano, la decisione presenta comunque un certo interesse, più che altro in quanto nella specie si trattava non di **esdebitazione** ad esito di una procedura di insolvenza in senso stretto, bensì di una **cancellazione dei debiti** prevista da una normativa svedese a quanto pare più o meno analoga a quella sul **sovrindebitamento**, di cui alla nostra **L. n. 3/2012**: e la Corte ha affermato, in motivazione, che l'anziedetta procedura svedese non può definirsi di insolvenza, come tale rientrante nell'art. 1 del R**egolamento n 1346/2000**, così stabilendo un principio che sembra possa attagliarsi anche alla citata normativa italiana.
Nel corso del 2012 sono pervenute alla Corte di giustizia due richieste di **pronuncia pregiudiziale** relative al **Regolamento n. 1346/2000**: con la prima il Tribunale di commercio di Bruxelles ha chiesto (causa C-251/12) quale sia l'interpretazione da attribuirsi alla locuzione «**obbligazione a favore del debitore»** contenuta nell'**art. 24 del Regolamento**. In particolare si richiede se tale locuzione debba essere interpretata come comprensiva di un pagamento effettuato da un terzo a favore di un creditore del debitore fallito, su richiesta di quest'ultimo, qualora la parte che ha eseguito detto pagamento lo abbia fatto ignorando l'esistenza di una procedura di insolvenza aperta nei confronti del debitore in un altro Stato membro.
Ricordiamo che l'art. 24 del Regolamento, al suo primo comma, dispone che «colui che in uno Stato membro adempie un'obbligazione a favore del debitore assoggettato a una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro, laddove avrebbe dovuto eseguirla a favore del curatore della procedura, è liberato se non era informato dell'apertura della procedura». Come si vede, dunque, la fattispecie concreta all'origine della questione sollevata dal giudice belga sembrerebbe differire da quella astratta dell'art. 24, in quanto il *solvens* aveva effettuato il pagamento in favore non di un proprio creditore assoggettato a procedura, bensì di un terzo, a sua volta creditore del fallito. Non siamo, purtroppo, riusciti a ricostruire nella sua interezza la fattispecie concreta: osserviamo comunque che, a rigore, se il caso fosse sorto in Italia la questione non si sarebbe forse posta, visto che, come si sa, il pagamento effettuato da un terzo (di solito, il fideiussore) di un debito del fallito è in linea di principio irrilevante per la procedura (salvo che poi il *solvens* abbia esercitato la rivalsa, ma questo è un altro problema, e comunque lo è solo per l'*accipiens*, che subisce il rischio della revoca).
Inoltre, (causa C-328712) il ***Bundesgerichtshof*** (la Cassazione tedesca) ha sollevato la questione se, per **l'art. 3, comma primo, del Regolamento n. 1346**, i giudici dello Stato membro nel cui territorio è stata aperta la procedura di insolvenza siano competenti su una **azione revocatoria** contro un **convenuto la cui residenza o sede statutaria non siano situate in un altro Stato membro** (ed evidentemente, aggiungiamo noi, neppure nello Stato di apertura della procedura).
Ricordiamo che a rigore l'art. 3 del Regolamento tratta solo della **competenza internazionale ad aprire la procedura di insolvenza**, e non anche di quella sulle azioni che dalla procedura derivano, tra le quali tipicamente quella revocatoria. Tuttavia la Corte di giustizia nella sua sentenza del 12 febbraio 2009, C-339/07 *Seagon* (4) aveva colmato tale lacuna, affermando una sorta di ***vis attractiva europea***, per la quale la competenza internazionale sulla revocatoria spetta ai giudici dello Stato di apertura della procedura. Tale conclusione sembra del resto difficilmente influenzabile dalla circostanza che il soggetto revocato sia o no residente in uno Stato non facente parte dell'Unione: riteniamo quindi essere abbastanza facili profeti se ipotizziamo che la Corte darà al quesito risposta negativa.
Per inciso, ricordiamo che questo caso costituisce per un certo verso un curioso *déja vu*: infatti anche la questione *Seagon* era stata sollevata proprio dallo stesso *Bundesgerichtshof*.

Legislazione

La Commissione europea e la crisi degli enti creditizi: una proposta di direttiva

6 giugno 2012: proposta di «Direttiva del Parlamento eu-

Note:

(3) Il testo completo è In *curia.europa.eu*.

(4) In questa *Rivista*, 2009, 666.

ropeo e del Consiglio europeo che istituisce un quadro di risanamento e di risoluzione delle crisi degli enti creditizi e delle imprese di investimento» (5)

L'iniziativa della **Commissione dell'Unione europea** si inserisce a sua volta nel processo «verso un'autentica unione economica e monetaria» sul quale si sono impegnati il Consiglio dell'Unione, l'Eurogruppo e la BCE in vista della creazione di una «architettura rafforzata» dell'Unione economica e monetaria nella quale sarà chiamata a svolgere un ruolo essenziale anche la c.d. Unione bancaria. L'Unione bancaria a sua volta si reggerebbe su tre pilastri: un meccanismo unico di vigilanza, un sistema «armonizzato» di assicurazione dei depositi, e un sistema «comune» di risoluzione delle crisi bancarie, sostenuto, quest'ultimo, se del caso da un «appropriato back stop finanziario».
Su ciò, un importante risultato si è raggiunto a livello di **Ecofin** il 13 dicembre 2012 con l'**accordo sulla vigilanza unica** da affidare alla BCE e che dovrebbe diventare operativa entro il 1° marzo 2014.
Dal canto suo, la Commissione aveva reso pubblica, il 6 giugno 2012, una proposta di direttiva per un **sistema comune di risoluzione delle crisi bancarie**.
La filosofia generale dell'intervento della Commissione è che in linea di principio non si dovrebbero mai immettere in una banca in crisi risorse finanziarie statali destinate a salvare gli azionisti e i creditori: un simile approccio, infatti, non farebbe che favorire l'azzardo (il c.d. ''**azzardo morale**'' nel linguaggio dell'Unione) nella gestione della attività bancaria («...tanto, alla peggio interviene lo Stato!»). Ogni trasferimento di denaro a banche in crisi dovrebbe quindi essere utilizzato non per coprire le perdite, bensì per costituire un **sostegno finanziario temporaneo**, così da dare il tempo per i necessari processi di ristrutturazione: in sostanza dunque il modello, più o meno inconfessato, è costituito dal ***Troubled Assets Relief Program - TARP*** adottato - si direbbe con un certo successo - dal Governo USA nell'ottobre 2008 per il salvataggio di alcune banche e altre istituzioni finanziarie, dopo la brutta sorpresa di Lehman Bros.
La Commissione propone, con un documento di enorme complessità (il testo si sviluppa ir ben 177 pagine), la creazione di un quadro giuridico europeo mediante strumenti comuni di prevenzione, primo tra i quali l'elaborazione obbligatoria e preventiva, da parte di ciascun ente, di un determinato «***recovery and resolution plan***» da aggiornarsi di anno in anno, nonché la previsione di un intervento precoce («***early intervention***») destinato a scattare in certi casi anche automaticamente in presenza di date situazioni indici di difficoltà con conseguente adozione di strumenti appropriati di risoluzione della crisi (*bridge bank*, vendita di attivi, strumenti di *bail-in*).
Comunque, la gestione dei processi di risoluzione della crisi sarebbe lasciata quasi interamente alle **autorità nazionali**, così come nazionali sarebbero i fondi che dovrebbero servire per il sostegno delle ristrutturazioni aziendali. Non solo, ma la scelta, il contenuto e la forma anche giuridica di tali interventi sono lasciati all'iniziativa dei singoli Stati: e di qui la proposta, da parte della Commissione, dello **strumento della direttiva** e non del regolamento.
Qui dunque sta la perplessità maggiore espressa da quanti osservano che si ragiona per ora solo in termini di armonizzazione dei sistemi nazionali, invece che di creazione di un sistema unico europeo per la gestione delle crisi: questi critici osservano infatti che lasciare l'iniziativa alle autorità nazionali comporta il rischio della mancata risoluzione del problema dell'azzardo morale, visto che tali stesse autorità saranno tentate di proteggere, con interventi finanziari non provvisori e magari anzi addirittura a fondo perduto, le proprie banche maggiori, e cioè quelle *too big to fail*, La soluzione starebbe invece, secondo gli stessi critici, nell'attribuire ad autorità europee di vigilanza, ovvero alla BCE, anche poteri diretti di intervento sulla e nella gestione della crisi (poteri diretti che secondo il progetto di direttiva dovrebbero invece essere limitati solo all'intervento precoce): in altre parole, si dovrebbe per tale via lasciare alle autorità nazionali nulla più che poteri residuali, tali da rendere praticamente ininfluenti, anche in un quadro di concorrenza europea (ricordiamoci del divieto di aiuti di Stato), gli eventuali «**perdoni di vigilanza»**.
Un dibattito dunque, come si vede, che impinge nella struttura stessa della attività bancaria e finanziaria dell'Unione, e tanto più attuale nell'Italia di questi giorni, dove, come tutti sappiamo, il Governo si trova ad affrontare la crisi di una delle Banche più importanti dell'intero sistema nazionale (e i passi sinora attuati non sembrano certo troppo compatibili con quelle tendenze della politica dell'Unione in materia bancaria delle quali anche questa proposta di direttiva costituisce certo un frutto significativo, quali che ne saranno gli sviluppi).

Nota:

(5) In *eur-lex.europa.eu.*

INDICE ANALITICO - ALFABETICO

Concordato preventivo

Ammissione

Procedimento

Presentazione domanda - Effetti - Sospensione della causa di scioglimento *ex* art. 2484, n. 4, c.c.
(Tribunale di Ancona, sez. II, 12 aprile 2012) **110**

Presentazione domanda - Sospensione della causa di scioglimento *ex* art. 2484, n. 4, c.c. - Omologazione - Utilizzo della sopravvenienza attiva
(Tribunale di Ancona, sez. II, 12 aprile 2012) **110**

Proposta

Domanda con riserva - Atti di ordinaria amministrazione - Obblighi informativi periodici
(Tribunale di Modena, 14 settembre 2012) **105**

Domanda con riserva - Astratta ammissibilità - Necessità - Sussistenza
(Tribunale di Tortona, 8 ottobre 2012) **80**

Domanda con riserva - Atti di ordinaria e straordinaria amministrazione - Estremi
(Tribunale di Terni, 12 ottobre 2012) **99**

Domanda con riserva - Contratti pendenti - Autorizzazione allo scioglimento - Ammissibilità - Esclusione - Autorizzazione alla sospensione - Ammissibilità
(Tribunale di Pistoia, 30 ottobre 2012) **74**

Domanda con riserva - Contratti pendenti - Autorizzazione allo scioglimento - Ammissibilità - Sindacato del tribunale - Insussistenza
(Tribunale di Salerno, 25 ottobre 2012) **75**

Domanda con riserva - Contratti pendenti - Autorizzazione allo scioglimento - Ammissibilità - Condizioni - Interesse della massa dei creditori - Necessità
(Tribunale di La Spezia, 25 ottobre 2012) **76**

Domanda con riserva - Contratti pendenti - Autorizzazione allo scioglimento - Ammissibilità - Condizioni - Interesse della massa dei creditori - Necessità
(Tribunale di La Spezia, 24 ottobre 2012) **77**

Domanda con riserva - Delibazione sui presupposti di validità della domanda
(Tribunale di Velletri, 18 settembre 2012) **104**

Domanda con riserva - Gruppo di imprese - Obblighi informativi periodici - Estremi
(Tribunale di Asti, 24 settembre 2012) **103**

Domanda con riserva - Gruppo di imprese - Competenza territoriale - Sede legale in luoghi diversi - Accertamento della sede effettiva - Pendenza di istanze di fallimento presso più tribunali - Irrilevanza
(Tribunale di Roma, 14 novembre 2012) **73**

Domanda con riserva - Obblighi informativi periodici - Estremi
(Tribunale di Terni, 12 ottobre 2012) **99**

Domanda con riserva - Obblighi informativi periodici - Estremi
(Tribunale di Crotone, 4 ottobre 2012) **101**

Domanda con riserva - Obblighi informativi periodici - Estremi
(Tribunale di Mantova, 27 settembre 2012) **102**

Domanda con riserva - Obblighi informativi periodici - Estremi
(Tribunale di La Spezia, 25 settembre 2012) **102**

Domanda con riserva - Obblighi informativi periodici - Estremi
(Tribunale di Pisa, 19 settembre 2012) **104**

Domanda con riserva - Obblighi informativi periodici - Estremi
(Tribunale di Velletri, 18 settembre 2012) **104**

Domanda con riserva - Obblighi informativi periodici - Finalità
(Tribunale di Bolzano, 25 settembre 2012) **103**

Domanda con riserva - Pendenza di richiesta di fallimento - Termine - Discrezionalità - Insussistenza
(Tribunale di Bolzano, 25 settembre 2012) **102**

Domanda con riserva - Termine - Durata massima di centoventi giorni - Presupposti
(Tribunale di Terni, 12 ottobre 2012) **99**

Domanda con riserva - Termine - determinazione - Criteri
(Tribunale di Mantova, 27 settembre 2012) **101**

Domanda con riserva - Verifica dei presupposti processuali e delle condizioni soggettive ed oggettive della domanda - Obbligatorietà - Sussistenza
(Tribunale di Napoli, 31 ottobre 2012) **73**

Domanda con riserva - Verifica dei presupposti processuali e delle condizioni soggettive ed oggettive della domanda - Adempimenti *ex* art. 152 l.fall. - Necessità - Esclusione
(Tribunale di Pistoia, 30 ottobre 2012) **74**

Domanda con riserva - Verifica dei presupposti soggettivi ed oggettivi della domanda - Obbligatorietà - Limiti - Fissazione del termine per il deposito di proposta, piano e documentazione - Termine massimo - Necessità di motivazione della richiesta - Sussistenza
(Tribunale di Milano, 24 ottobre 2012) **77**

Domanda con riserva - Verifica dei presupposti processuali e delle condizioni soggettive ed oggettive della domanda - Obbligatorietà - Sussistenza
(Tribunale di Siena, 23 ottobre 2012) **78**

Domanda con riserva - Verifica dei presupposti processuali e delle condizioni soggettive ed oggettive della domanda - Difetto di legittimazione - Concessione del termine *ex* art. 162 l.fall. e 182 c.p.c. - Ammissibilità
(Tribunale di Ancona, 15 ottobre 2012) **79**

Domanda con riserva - Verifica dei presupposti soggettivi ed oggettivi della domanda - Obbligatorietà - Limiti - Fissazione del termine per il deposito di proposta, piano e documentazione - Termine massimo - Necessità di motivazione della richiesta - Sussistenza
(Tribunale di Perugia, 4 ottobre 2012) **80**

Domanda con riserva - Verifica dei presupposti soggettivi ed oggettivi della domanda - Obbligatorietà - Limiti - Fissazione del termine per il deposito di proposta, piano e documentazione - Termine massimo - Necessità di motivazione della richiesta - Sussistenza
(Tribunale di Palermo, 2 ottobre 2012) **81**

Domanda con riserva - Verifica dei requisiti formali e di legittimità
(Tribunale di Bolzano, 25 settembre 2012) **102**

Effetti sui rapporti giuridici preesistenti

Locazione finanziaria

Richiesta di sospensione - Presupposti - Estremi
(Tribunale di Mantova, 27 settembre 2012) **101**

Risoluzione

Procedimento

Iniziativa anticipata - Legittimità - Presupposti
(Corte d'Appello di L'Aquila, 31 maggio 2012) **59**

Ricorso omologato prima del 18 gennaio 2008 - Richiesta nella vigenza del D.Lgs. 169/2007 - Udienza prefallimentare - Esclusione - Provvedimento unico
(Corte d'Appello di L'Aquila, 31 maggio 2012) **59**

Ricorso presentato nella vigenza del D.Lgs. n. 169/2007 - Applicabilità della disciplina anteriore
(Corte d'Appello di L'Aquila, 31 maggio 2012) **59**

Fallimento

Accertamento del passivo

Crediti tributari

Amministrazione finanziaria - Domanda di ammissione - Iscrizione a ruolo e notifica della cartella di pagamento - Necessità - Esclusione
(Cassazione Civile, Sez. Un., 15 marzo 2012, n. 4126) **45**

Concessionario - Legittimazione - Azione diretta dell'amministrazione finanziaria - Ammissibilita
(Cassazione Civile, Sez. Un., 15 marzo 2012, n. 4126) **45**

Attivo

Liquidazione

Sospensione delle vendite forzate *ex* art. 20, comma 4, L. n. 44/1999 - Applicabilità anche alle vendite fallimentari
(Cassazione Civile, sez. I, 28 maggio 2012, n. 8434) **30**

Dichiarazione

Presupposti

Insolvenza - Accertamento - Proroga dei termini di pagamento prevista dall'art. 20, comma 1, e 3 L. n. 44/1999 - Effetti - Moratoria generalizzata del pagamento dei debiti del beneficiario - Esclusione
(Cassazione Civile, sez. I, 28 maggio 2012, n. 8432) **28**

Procedimento

Natura cognitiva e non esecutiva - Conseguenze - Sospensione dei procedimenti esecutivi ai sensi dell'art. 20, comma 4, L. n. 44/1999 - Applicabilità al procedimento per la dichiarazione di fallimento - Esclusione
(Cassazione Civile, sez. I, 28 maggio 2012, n. 8432) **28**

Presupposti - Limiti dimensionali - Accertamento - Investimenti nell'azienda - Riferimento ai valori dell'attivo patrimoniale - Necessità - Sussistenza
(Cassazione Civile, Sez. I, 23 marzo 2012, n. 4378) . **41**

Sospensione dei procedimenti esecutivi ai sensi dell'art. 20, comma 4, della legge n. 44/1999 - Valutazione del giudice innanzi al quale pende il procedimento di cui è chiesta la sospensione - Necessità - Pareri del prefetto e del presidente del tribunale - Efficacia vincolante - Esclusione
(Cassazione Civile, sez. I, 4 giugno 2012, n. 8940) .. **26**

Sospensione dei procedimenti esecutivi *ex* art. 20, comma 4, L. n. 44/1999 in favore delle vittime dell'usura o di attività estorsive - Applicabilità - Esclusione - Potere di sospensione dell'autorità amministrativa - Preclusione
(Cassazione, Sez. I, 9 novembre 2012, n. 19464) **25**

db Consulting s.r.l.

EVENTS & ADVERTISING

www.db-consult.it

- Readership qualificata
- Lead generation
- Target mirati

IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

LEGGI D'ITALIA
Gruppo Wolters Kluwer

ARTESTAMPA, Galliate Lombardo (VA)

LET THE WORLD KNOW YOU

FastFinance
GruppoBancaIFIS

ACQUISIZIONE DI CREDITI FISCALI DA PROCEDURE CONCORSUALI.

Fast Finance è la divisione di Banca IFIS dedicata ai servizi alle Procedure Concorsuali. Propone una **soluzione operativa trasparente, semplice e all'avanguardia**. Inoltre l'alto grado di competenza tecnica acquisita grazie alla lunga esperienza in questo settore, permette a Fast Finance di offrire ai suoi clienti un'**assistenza qualificata e la massima efficienza nella gestione delle operazioni**.

Gruppo Banca IFIS: diamo valore al tuo lavoro.

FastFinance - Via Farini, 6 - 40124 - Bologna, Italy - **T** +39 051 2750271 - **F** +39 051 2915133 - **www.bancaifis.it**