

il Fallimento

e le altre procedure concorsuali

Mensile di giurisprudenza e dottrina

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

4 2012

www.ipsoa.it/ilfallimento

**Accordi di ristrutturazione
e transazione fiscale**

**Crediti privilegiati
nel concordato preventivo**

**Versamenti di quote
di capitale sociale**



Ipsoa,
una tradizione
di innovazione.
Da 40 anni.

DIRETTORE SCIENTIFICO
Giovanni Lo Cascio

COMITATO DI DIREZIONE
Massimo Fabiani
Giovanni Lo Cascio
Adriano Patti

COMITATO SCIENTIFICO
Luigi Abete, Umberto Apice,
Giuseppe Bozza, Aldo Ceccherini,
Antonino Dimundo, Corrado Ferri,
Luciano Panzani, Cesare Proto,
Giorgio Tarzia



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

IPSOA, UNA TRADIZIONE DI INNOVAZIONE. DA 40 ANNI.

Gentile Abbonato,

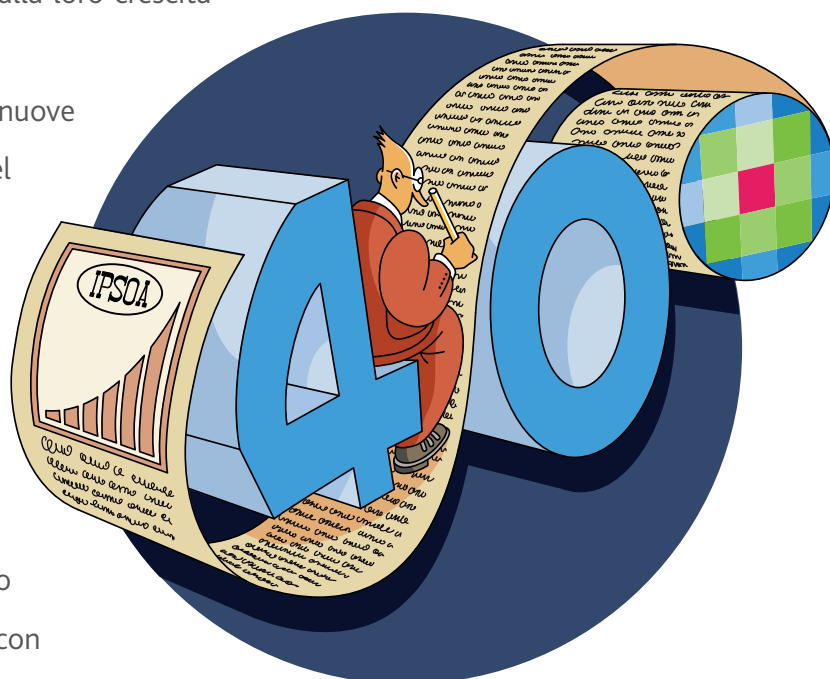
oggi Ipsoa festeggia 40 anni durante i quali ha accompagnato l'attività di migliaia di professionisti e manager supportandoli con l'aggiornamento tempestivo e l'approfondimento d'autore, con l'efficienza di soluzioni software evolute e contribuendo alla loro crescita professionale con la formazione.

In questo percorso ha interpretato le nuove esigenze, spesso anticipandole, come nel caso del passaggio dalle schede mobili alle banche dati e, con l'introduzione e la diffusione di strumenti innovativi, ha contribuito più di altri all'evoluzione e modernizzazione della professione.

Per celebrare l'anniversario abbiamo chiesto a Emanuele Lamedica, storico illustratore del Corriere Tributario, di creare con il suo inconfondibile stile anche lo speciale logo per i 40 anni.

Un logo per ricordare a noi tutti le radici del successo di Ipsoa, a partire dalle sue prime e apprezzate riviste, ritrovando i segnali di quella attenzione al cliente e capacità di essere all'avanguardia che la contraddistinguono e che oggi si concretizzano nelle moderne Suite di prodotto, "uffici virtuali" integrati e accessibili anche in mobilità, nei servizi on line evoluti e nelle innovative soluzioni software.

40 anni ben radicati nel presente e già proiettati verso il futuro, al vostro fianco.



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

SOMMARIO

OPINIONI		
Concordato preventivo	IL TRATTAMENTO DEI CREDITI PRIVILEGIATI NEL CONCORDATO PREVENTIVO di <i>Giuseppe Bozza</i>	377
IN ITINERE: NOVITÀ GIURISPRUDENZIALI		
	a cura di <i>Massimo Ferro</i>	395
GIURISPRUDENZA		
Fallimento	ANCORA SULLA DISCIPLINA TRANSITORIA DELL'ESDEBITAZIONE Corte Cost. 7 marzo 2012, n. 49, ord.	399
Legittimità		
	SOTTOSCRIZIONE DELL'AUMENTO DI CAPITALE E DIRITTO DEL CURATORE DI PRETENDERE L'ADEMPIMENTO DEI SOCI Cass. 1° dicembre 2011, n. 25731	401
	Commento di <i>Valerio Sangiovanni</i>	402
	L'AMMINISTRATORE GIUDIZIARIO PENALE PUÒ RECLAMARE LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO Cass. 22 settembre 2011, n. 22800	413
	Commento di <i>Giuseppe Minutoli</i>	415
	DIRITTO DI DIFESA E CONTRADDITTORIO NEL PROCEDIMENTO PER LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO Cass. 13 settembre 2011, n. 18762	421
	Osservazioni di <i>Anna Chiara Marrollo</i>	422
	ISTANZA DI RICONOSCIMENTO DI PRIVILEGIO PRESENTATA DOPO IL DEPOSITO DEL PROGETTO DI STATO PASSIVO Cassazione 15 luglio 2011 n. 15702	427
	Commento di <i>Giuseppe Trisorio Liuzzi</i>	430
Merito		
Concordato preventivo	PROFILI DELLA DISCIPLINA DEL CONCORDATO PREVENTIVO E CONTENUTO DEL CONTROLLO GIUDIZIARIO Corte d'Appello di Genova 23 gennaio 2012	437
	Osservazioni di <i>Luigi Salvato</i>	445
Fallimento	NOTE IN TEMA DI INSINUAZIONE C.D. "ULTRATARDIVA" O "SUPERTARDIVA" Tribunale di Treviso 9 dicembre 2011	451
	Commento di <i>Antonio Didone</i>	453
Accordi di ristrutturazione	ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE: COMPETENZA, PIANO E TRANSAZIONE FISCALE Tribunale di Milano 15 novembre 2011, decr.	457
	Commento di <i>Carlo Trentini</i>	463
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)	473
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)	476

ITINERARI DELLA GIURISPRUDENZA

L'ESDEBITAZIONE

a cura di *Gianfranco Pellizzoni*

479

OSSERVATORIO TRIBUTARIO

A cura di *Enrico Stasi*

489

INDICE

Indice analitico-alfabetico

494

COMITATO PER LA VALUTAZIONE

S. Ambrosini, M. Arato, G. Cavalli, P. F. Censoni, P. De Cesari, F. De Santis, L. Guglielmucci, F. Macario, M. Montanari, I. Pagni, G. Presti, 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/fallimento>

DIRETTORE RESPONSABILE

Giulietta Lemmi

REDAZIONE

Isabella Viscardi, 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.

FOTOCOPOSIZIONE

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:

dbConsulting
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/fallimento>

ITALIA

Abbonamento annuale: € 235,00
Abbonamento annuale + Quaderni: € 306,00
Prezzo raccoglitore: € 31,00

ESTERO

Abbonamento annuale: € 470,00

MAGISTRATI e EDITORI 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: € 23,00
Arretrati: prezzo dell'anno in corso
all'atto della richiesta

**Sono disponibili le annate arretrate rilegate
al prezzo di € 230,00**

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-Pal-
lazzo 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 riguarda-
no per finalità amministrative e contabili. I Suoi recapiti
postali e il Suo indirizzo di posta elettronica saranno utiliz-
zabili, 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 da-
ti ai fini di invio di materiale pubblicitario, vendita diretta
e comunicazioni commerciali e di richiedere l'elenco ag-
giornato dei responsabili del trattamento, mediante co-
municazione 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 nu-
mero: 02.82476.403.

Crediti privilegiati e transazione fiscale

Il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato preventivo

di **Giuseppe Bozza**

L'Autore, prendendo spunto dalle recenti sentenze della Cassazione sulla facoltatività o obbligatorietà della transazione fiscale nel concordato preventivo, svolge una indagine sul trattamento dei crediti privilegiati in tale procedura, cercando di individuare il ruolo che, sotto questo profilo, assume la norma di cui all'art. 182 *ter* l.fall. L'indagine porta alla affermazione della eccezionalità di tale norma e alla inammissibilità di una interpretazione estensiva che consenta la riduzione dei crediti fiscali e la intangibilità del credito Iva in mancanza del ricorso alla transazione fiscale.

1. Il principio della inalterabilità dell'ordine delle cause di prelazione

Le recenti sentenze n. 22931 e n. 22932 del 4 novembre 2011 (di identico contenuto), trattando della facoltatività o meno della transazione fiscale, forniscono preziose indicazioni sul trattamento dei crediti tributari privilegiati nel concordato preventivo, che offrono lo spunto per una indagine più generale sulla disciplina che il legislatore ha riservato alla categoria dei crediti privilegiati in tale procedura. Indagine che non può che prendere le mosse dai principi generali della responsabilità patrimoniale, per poi valutare se la normativa concordataria, tra cui è compreso l'art. 182 *ter*, abbia apportato alterazioni agli stessi, cercando di segnare i confini.

I principi fondamentali della responsabilità patrimoniale sono sanciti, in primo luogo, nell'art. 2740 c.c., la cui funzione, superata la concezione che identificava nella responsabilità patrimoniale un elemento costitutivo della struttura del rapporto obbligatorio, è collegata al fenomeno dell'inadempimento e alle sue conseguenze. Mentre, cioè, la soluzione fisiologica di ogni rapporto obbligatorio consiste nell'adempimento spontaneo della prestazione da parte del debitore, quella patologica, conseguente all'inadempimento, comporta la soggezione del patrimonio del debitore alle iniziative che la legge consente al creditore per conseguire sopra di esso la realizzazione delle proprie ragioni di credito; a questo principio si salda l'altro contenuto nell'art.

2741 c.c. della posizione di parità di tutti i creditori, "salve le cause legittime di prelazione", che attuano, nel loro insieme, la regola fondamentale della *par condicio creditorum*.

Posto, infatti, che il patrimonio del debitore costituisce la garanzia generica per l'adempimento di tutte, indistintamente, le sue obbligazioni (art. 2740), la seconda norma citata afferma il duplice principio che a tutti indistintamente i creditori è attribuita la uguale possibilità di espropriare, in caso di inadempimento, i beni formanti il suo patrimonio e che, una volta aperto il concorso sui beni del debitore, questo deve svolgersi su base paritaria, indipendentemente dal dato cronologico riferito all'insorgenza delle obbligazioni, a meno che i crediti non siano assistiti da cause legittime di prelazione, che la stessa norma identifica nel privilegio, nel pignone e nell'ipoteca (1).

Nota:

(1) La norma giustamente non parla delle prededuzioni, sia perché questo è un fenomeno tipico del concorso fallimentare (ora esteso anche a quello concordatario), sia perché la prededuzione non è una causa di prelazione e, in particolare, pur nell'affinità con il privilegio per la comune fonte legale, non è un superprivilegio attribuito dalla legge ad alcuni crediti. La prededuzione, invero, designa una qualità procedurale, per la quale alcuni crediti (quelli di massa da individuare secondo i criteri dettati dal secondo comma dell'art. 111) vanno soddisfatti con priorità rispetto ad altri, nel mentre i privilegi costituiscono una qualità sostanziale dei crediti (siano essi di massa o concorrenti) e, rappresentando un'eccezione alla regola della *par condicio creditorum*, esprimono il titolo di preferenza che essi hanno rispetto agli altri

(segue)

La disciplina articolata e tipizzata della responsabilità patrimoniale si estrinseca poi nel concorso con la regolamentazione del rapporto tra crediti prededucibili, crediti preferenziali, crediti chirografari (e postergati), contenuta nell'art. 111 l.fall., per poi passare alla regolamentazione del rapporto tra le diverse cause di prelazione (ipoteca, pegno e privilegi, sia generali che speciali) affidata all'art. 2748 c.c., salva diversa disposizione di legge, e terminare in quella dell'ordine all'interno di ciascuna causa di prelazione, cui è dedicata la disciplina normativa sull'ipoteca, sul pegno e sui privilegi, per la quale la priorità di un creditore rispetto ad un altro è data dalla priorità dell'iscrizione o del possesso a seconda che si tratti di ipoteca o pegno, ovvero dalla graduatoria fissata dalla legge per i privilegi.

Mentre per l'ipoteca, come per il pegno, non è mai stata messa in discussione l'inalterabilità della graduazione stabilita dall'ordine di iscrizione o dalla priorità del possesso (2), eguale rigore non vige quando si parla di privilegi, per i quali la graduazione prefissata dalla legge sarebbe non tassativa e manipolabile dal debitore concordatario, come finiscono per ammettere le citate sentenze da cui si sono prese le mosse, quanto meno con riferimento ai crediti tributari. Eppure, la rilevanza riconosciuta dalla legge a determinati crediti esclusivamente in base alla loro causa, e non già al tempo o all'oggetto della garanzia, determina che anche la priorità di un privilegio rispetto all'altro debba essere determinata dalla legge, in ragione della meritevolezza della tutela che intende accordare, per cui se il legislatore ha ritenuto meritevole di tutela il lavoratore subordinato più di un professionista attribuendo al primo nella scala della tassativa graduazione una posizione prioritaria, vuol dire che il dipendente deve essere soddisfatto prima del secondo e deve essere soddisfatto per intero prima di poter passare, ove vi siano ancora disponibilità, al pagamento del professionista, altrimenti si lascerebbe ai privati la possibilità di sovrapporre una propria valutazione a quella fatta dal legislatore in ragione della causa del credito.

Una tale conclusione ha trovato piena conferma nell'art. 111 *quater*, introdotto dalla riforma del 2006, per il quale i crediti assistiti da privilegio generale hanno diritto di prelazione sul ricavato «dalla liquidazione del patrimonio mobiliare, sul quale concorrono in un'unica graduatoria con i crediti garantiti da privilegio speciale mobiliare, secondo il grado previsto dalla legge» ed i crediti garantiti da ipoteca e pegno e assistiti da privilegio speciale hanno diritto di prelazione «sul ricavato dai beni vincolati alla loro garanzia e concorrono, per quan-

to ancora loro dovuto, con i crediti chirografari nelle ripartizioni del resto dell'attivo». Come si vede, le nuove disposizioni regolatrici delle modalità della realizzazione dei crediti sono chiare e inequivoche nel riaffermare la duplicità delle masse - una mobiliare ed una immobiliare - nonché la tassatività delle cause di prelazione e la unicità della graduatoria tra le prelazioni - sia tra loro eterogenee che all'interno di una di esse - che su ciascuna massa possono esercitarsi.

La combinazione di questi concetti sta a significare che tanto i crediti assistiti da privilegio generale, quanto quelli assistiti da privilegio speciale o pegno sui mobili, ovvero da ipoteca o privilegio speciale sugli immobili, concorrono sul patrimonio, rispettivamente mobiliare e immobiliare, del debitore in un'unica graduatoria, secondo la collocazione ed il grado previsti dalla legge per ciascuna massa. Di conseguenza la graduazione segna l'ordine da seguire al momento della soddisfazione e la unicità della graduatoria comporta che non è possibile utilizzare criteri diversi da quello indicato dalla legge; non è possibile, cioè, soddisfare, neppure in via parziale, chi viene dopo nella graduatoria se non è stato soddisfatto integralmente chi viene prima. Non avrebbe senso, infatti, una volta affermata la unicità e tassatività della graduatoria per ciascuna categoria di beni mobili o immobili, disconoscere che il rispetto di quella graduatoria richiede che non si possa passare al creditore di grado successivo se non

Note:

(segue nota 1)

crediti della medesima categoria, sia dentro che fuori il processo fallimentare. La prededuzione, quindi, rappresenta uno specifico trattamento di preferenza nel processo fallimentare (ed, infatti, i crediti prededucibili sono collocati al primo posto nella graduatoria contenuta nell'art. 111 l.fall.), che non corrisponde affatto ad una nuova prelazione, comune a tutti e novativa di quella eventualmente loro spettante *ab origine*; tant'è che il nuovo art. 111 *bis* chiarisce che se l'attivo è presumibilmente insufficiente a soddisfare tutti i titolari di crediti verso la massa, «la distribuzione deve avvenire secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge», proprio perché i crediti prededucibili, nei rapporti interni alla categoria, non perdono gli ordinari titoli di prelazione da cui siano eventualmente assistiti per la loro natura.

Speculare alla prededuzione è la postergazione in quanto essa caratterizza quei crediti - e si parla dei postergati legali - che scontano il rischio dell'insolvenza del debitore in modo differente dagli altri creditori, la cui soddisfazione è necessariamente antergata (D. Galletti, *Classi obbligatorie? No, grazie*, in *Giur. comm.*, 2010, 2, 343); i creditori postergati *ex art.* 2467 c.c. possono, infatti, concorrere al riparto soltanto in presenza di attribuzioni patrimoniali esterne, regola che subisce un'eccezione a seguito dell'introduzione dell'art. 182 *quater* l.fall.

(2) Per cui, ad esempio, un creditore ipotecario di secondo grado certamente non può essere pagato se non è stato integralmente soddisfatto quello di primo sullo stesso bene.

dopo aver integralmente soddisfatto quello di grado precedente.

Il descritto sistema trova completa attuazione nell'esecuzione individuale e nel concorso fallimentare, ma non può non trovare altrettanta piena attuazione nel concordato preventivo, sia esso liquidatorio, nel quale si ripetono gli schemi dell'esecuzione in favore di una massa di creditori, sia esso lato sensu di ristrutturazione, ove la soddisfazione dei creditori prescinde dalla liquidazione e ripartizione di un patrimonio, ma rimane l'esistenza di un concorso tra creditori tra i quali ripartire i sacrifici determinati dalla crisi in cui versa il debitore; e, l'unico criterio per attuale tale ripartizione rimane quello del rispetto delle situazioni di preminenza di cui i creditori godono, altrimenti non vi sarebbe alcun criterio da seguire nel loro trattamento. Anche nei concordati strettamente di ristrutturazione, nei quali si cerca di attuare il recupero della capacità economica e finanziaria dell'impresa, il fine ultimo, infatti, è sempre costituito dalla composizione del debito; sicché quell'attività ristrutturatoria costituisce lo strumento che consente, attraverso la generazione di flussi di cassa o altro, la soddisfazione dei creditori, il rapporto con i quali, anche se sia stata proposta soltanto una moratoria (per chi l'ammette), necessariamente subisce delle variazioni peggiorative rispetto a quello originario (3).

È questa rigidità che segna la differenza del concordato - procedura concorsuale - dagli accordi di ristrutturazione, che sono fondati sulla base di libere pattuizioni negoziali con i creditori, con obbligo di soddisfare integralmente i creditori non aderenti non operando il principio della maggioranza. In questi non fa parte dell'accordo il rispetto della par condicio e dell'ordine delle preferenze in quanto il consenso dei creditori interessati supera ogni vincolo trattandosi di diritti disponibili e gli altri non consenzienti non subiscono alcun svantaggio (4); lì dove, invece, come nel concordato, si attua un concorso tra creditori e l'approvazione da parte della maggioranza vincola anche la minoranza dissenziente, i creditori concorrono sulla base del principio di parità, salve le cause di prelazione, sicché, qualunque tipo di concordato proponga, il sacrificio che esso implica per i creditori non può che essere ripartito seguendo l'ordine delle prelazione.

Ed, infatti, è stato riaffermato nell'art. 160, come meglio si vedrà dopo, il principio, operante in qualsiasi tipologia di concordato, che attraverso la formazione delle classi non può essere alterato l'ordine delle cause di prelazione; il che dimostra che il legislatore, pur lasciando libero il debitore di organizza-

re la crisi della propria impresa, ha posto dei paletti infissi nel terreno dell'esistenza e del rispetto dell'ordine delle cause di prelazione. È rimasta, sempre per tutti i concordati, la discriminante tra creditori preferenziali e chirografari, tanto che i primi, quando rinunciano alla preferenza ovvero non possono essere soddisfatti integralmente per incapienza, vengono dall'art. 177 assimilati ai creditori chirografari per la parte del credito non coperta dalla garanzia; il che significa che i chirografari non possono mai ottenere un trattamento preferenziale rispetto ai creditori ipotecari, pignorati e privilegiati.

Nello stesso senso va anche la nuova disposizione di cui alla seconda parte del quarto comma dell'art. 180 per il quale un creditore facente parte di una classe dissenziente può chiedere, attraverso l'opposizione alla omologazione, il giudizio di convenienza nell'interesse non più dell'intera classe alla soddisfazione concordataria rispetto a quelle alternative possibili, ma solo nel suo interesse. Questa ultima versione del *cram down* nostrano disponendo che anche un solo creditore preferenziale dissenziente può, in quanto trattato in modo peggiore rispetto ad un creditore di posizione inferiore, impedire l'omologazione del concordato (sebbene questo sia stato approvato dai creditori con le maggioranze richieste) perché in una eventuale procedura fallimentare sarebbe trattato meglio, fa capire che i criteri che reggono la graduazione nel concorso fallimentare debbono valere anche in quello concordatario, di modo che unico deve essere il sistema di graduazione delle cause di prelazione nell'una e come nell'altra procedura.

Ed, infatti, a norma del novellato art. 67, non sono, nell'eventuale fallimento successivo, revocabili, tra gli altri, i pagamenti posti in essere in esecuzione

Note:

(3) È chiaro che il discorso che si sta svolgendo presuppone che, con qualunque mezzo l'originaria obbligazione venga soddisfatta, i creditori privilegiati non ricevano una integrale soddisfazione per una delle qualsiasi modalità con cui può articolarsi l'adempimento, altrimenti non si porrebbe in radice il problema del trattamento di questa categoria di creditori.

(4) La libertà è ancora maggiore nei piani attestati di cui all'art. 67, comma terzo, lett. d), l.fall., carenti di qualsiasi copertura giurisdizionale, tant'è che essi non si articolano attraverso un procedimento né danno luogo ad una procedura concorsuale e configurabili come un atto unilaterale dell'imprenditore, il cui utilizzo non è subordinato alla presenza di determinati requisiti oggettivi quali lo stato di crisi o di insolvenza né ad un accordo con i creditori, sebbene questi facciano quasi sempre da corredo ad un piano; è sufficiente che il piano appaia idoneo a consentire il risanamento della esposizione debitoria dell'impresa e ad assicurare il riequilibrio della sua situazione finanziaria e la cui ragionevolezza sia attestata da un professionista avente determinati requisiti.

del concordato preventivo. Se nel concordato il debitore potesse non rispettare l'ordine delle preferenze, la stessa alterazione si riprodurrebbe anche nel fallimento successivo, data l'intoccabilità dei pagamenti fatti in esecuzione del concordato sebbene secondo un ordine che non è quello legale da rispettare nella procedura maggiore, ove non sono previste deroghe.

Rapporto tra fallimento e concordato evidenziato anche dal nuovo secondo comma dell'art. 160, che ha eliminato, come meglio si vedrà, quella asimmetria tra le due procedure, per la quale nella procedura maggiore la soddisfazione dei creditori prelati era, ed è, vincolata al valore dei beni gravati nel mentre in quella minore tali crediti dovevano, ed ora non più, essere soddisfatti integralmente.

2. La formazione delle classi come ipotetico strumento di alterazione della graduazione

Posto che il rispetto dell'ordine delle preferenze è un principio immanente in ogni tipo di concorso giudiziario essendo la sua funzione proprio quella di assicurare al creditore che ne è beneficiario una posizione di preminenza nel concorso, e, quindi, di determinare una maggiore intensità dell'azione esecutiva e un rafforzamento del vincolo obbligatorio e della garanzia patrimoniale, la domanda da farsi è se nel concordato, a differenza del fallimento ove la legge non consente alterazione di questa regola, sia attribuito al debitore che propone il concordato la possibilità di sovvertire il sistema delineato dai principi generali della responsabilità patrimoniale.

Uno strumento ipotizzabile a tale scopo potrebbe essere la formazione delle classi che consente trattamenti differenziati, ma questa eventualità si scontra con la chiara dizione del secondo comma dell'art. 160, che, nel prevedere la possibilità di pagamento parziale dei creditori muniti di privilegio, pegno e ipoteca, chiarisce, nell'ultima parte, che "il trattamento stabilito per ciascuna classe non può aver l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione".

Questa disposizione è stata introdotta con il decreto correttivo n. 169 del 2007, ma, in realtà, non costituisce una vera e propria novità, in quanto non fa che ribadire che il debitore che propone il concordato non può interferire sulla graduazione che la disciplina legislativa ha predisposto tra le varie cause di prelazione e all'interno di ciascuna di esse, salvo che una norma espressamente non lo consenta. Ed il fatto che il legislatore abbia escluso la possibilità

della alterabilità dell'ordine delle cause di prelazione solo con riferimento alla formazione delle classi non significa che l'abbia ammessa in mancanza di classamento. È fin troppo ovvio, infatti, che, in mancanza di formazione delle classi, valgono i principi generali di cui si è parlato, incentrati sul rispetto della graduazione di legge, per cui il legislatore solo nel caso di formazione delle classi aveva interesse a chiarire che questo strumento, che attribuisce al debitore una ampia libertà di organizzare la soluzione della crisi, non poteva essere utilizzato in contrasto con i capisaldi della disciplina della responsabilità patrimoniale.

Non vi è bisogno, quindi, per attribuire un significato alla disposizione in esame, ipotizzare che il legislatore abbia voluto con essa porre il principio che, nel formulare le classi di privilegiati, l'ordine delle prelazioni è rispettato anche se viene attribuito ai creditori di una classe comprendente creditori di grado inferiore un trattamento falcidiato che non sia superiore a quello garantito alla classe di creditori di livello potiore (5). Questo argomento sarà ripreso in seguito trattando dell'art. 182 *ter*, qui basta ricordare che se è vero che, anche prima dell'intervento del correttivo, era impensabile che il legislatore, attraverso la facoltà di dividere i creditori in classi, avesse attribuito ad una parte la libertà di sovvertire la graduazione legale senza fare neanche un accenno alla disciplina codicistica in materia di soluzione dei conflitti tra cause di prelazione e senza dettare una qualche disciplina che organizzasse nuove graduazioni, secondo criteri di tipicità, è anche vero che un chiarimento normativo è servito ad eliminare i residui dubbi in proposito che pur permanevano.

Né la superfluità della disposizione può essere desunta dal fatto che già la restante parte del secondo comma dell'art. 160 collega l'importo minimo da garantire ai privilegiati al valore dei beni gravati perché i livelli di operatività delle due disposizioni sono diversi. Nel successivo paragrafo si parlerà del rapporto del grado di soddisfazione dei crediti prelati con i beni su cui la prelazione si esercita; qui va anticipato che qualunque soluzione si scelga circa l'obbligatorietà o meno di classare i creditori preferenziali non integralmente soddisfatti in ragione

Nota:

(5) V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino 2010, 164-165; P.G. De Marchi, *Il concordato preventivo alla luce del decreto correttivo*, in *Le nuove procedure concorsuali* a cura di S. Ambrosini, Bologna 2008, 495-496; S. Ambrosini, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di dir. comm.*, diretto da Cottino, XI, Padova 2008, 288.

della in capienza, l'ordine della graduazione non può essere alterato, che siano o non i creditori interessati dalla falcidia inclusi in una apposita classe.

In realtà, il fermo posto dal legislatore all'autonomia privata dall'ult. parte del secondo comma dell'art. 160 è principio di base del sistema perché comporta che il trattamento giuridico dei creditori non può essere svincolato dall'ordine dato dallo stesso legislatore, che ha già provveduto a creare varie categorie (o classi) di creditori o in ragione della libertà data alle parti di costituire garanzie tipiche (quali pegno e ipoteca) o in ragione della causa del credito (come i privilegi), con la categoria residuale dei chirografari; con la ovvia conseguenza che, in linea di principio (in seguito si vedranno se e quali sono eventuali eccezioni), la formazione delle classi può interessare soltanto la categoria dei creditori chirografari, tra i quali possono essere favoriti determinati gruppi rispetto ad altri in ragione della omogeneità economica intercorrente tra i partecipanti.

Per costoro, infatti, il differenziato trattamento che la legge permetta possa essere fatto tra classi diverse (e che giustifica la formazione delle classi) interviene sul principio della parità di trattamento, dato che nella soddisfazione dei loro crediti i chirografari sono tutti giuridicamente collocati nella stessa posizione, tanto che il pagamento di tali crediti nel concorso fallimentare va effettuato in proporzione al loro ammontare. Di conseguenza, la possibilità di suddividere i chirografari in classi con trattamenti differenziati non entra in conflitto con il principio della inalterabilità della graduazione, proprio perché in questa categoria non sono stabilite priorità tra i creditori che si trovano tutti sullo stesso piano, di modo che il legislatore, quando consente al debitore concordatario di formare classi con trattamento differenziato, ammette che possa essere alterato il principio di parità, ma non il principio della graduazione, che è concetto estraneo alla categoria dei chirografari.

3. Il secondo comma dell'art. 160 l.fall. come ipotetico strumento di alterazione della graduazione

Posto che l'omogeneità sotto il profilo giuridico è già sufficientemente delineata e predeterminata dalla legge attraverso una disciplina articolata e tipizzata, che non può essere intaccata dalla formazione delle classi (sicché la verifica dell'omogeneità giuridica da parte del tribunale si trasforma in un controllo del rispetto dell'ordine delle prelazioni), biso-

gna vedere se vi sia altra norma che consenta di sovvertire tale disciplina permettendo di pagare i creditori prelati non secondo l'ordine di legge ma secondo altri criteri.

Questa funzione potrebbe apparentemente attribuirsi alla nuova disposizione contenuta nel secondo comma dell'art. 160, come novellato con il decreto correttivo, che ha introdotto la possibilità di soddisfare (anche) nel concordato preventivo i creditori prelati in misura parziale corrispondente al valore dei beni gravati accertato mediante una stima (6); ma, a ben vedere, tale norma non costituisce affatto una eccezione al sistema, bensì una conferma della omogeneità di trattamento riservato ai creditori nel concordato e nel fallimento, e, quindi, una conferma del rispetto dell'ordine di graduazione.

Come già accennato, infatti, con questa disposizione il legislatore ha inteso eliminare quell'ingiustificato contrasto con i principi dettati per l'esecuzione individuale e collettiva, ove il soddisfacimento dei crediti con prelazione è previsto solo nei limiti della capienza dei beni gravati dalle garanzie specifiche o dall'intero patrimonio mobiliare per i privilegi generali, nel mentre, secondo la prevalente opinione, gli stessi crediti andavano soddisfatti per intero nel concordato, sia preventivo che fallimentare, potendo la falcidia concordataria interessare soltanto i chirografari. Di modo che i creditori assistiti da prelazione, che secondo il pregresso indirizzo dovevano essere integralmente soddisfatti nel concordato, indipendentemente dal valore o dal ricavo dei beni del debitore, ora possono essere soddisfatti parzialmente, a condizione peraltro che costoro non ricevano un trattamento peggiore rispetto a quanto potrebbero percepire in caso di liquidazione dei beni oggetto della prelazione, da accertare con modalità che non interessano in questa sede.

Soddisfazione dei creditori preferenziali circoscritta all'ipotesi di sfavorevole raffronto del credito vantato alle concrete prospettive di suo effettivo recupero in sede di riparto della liquidazione dei beni pre-

Nota:

(6) Il ricorso alla stima si è reso necessario perché, mentre nella esecuzione fallimentare (come in quella individuale) la determinazione del grado di soddisfazione del creditore con prelazione speciale avviene a posteriori, dopo, cioè, la liquidazione del bene in considerazione del ricavato netto dalla liquidazione e del grado di collocazione del privilegio (l'art. 54, nel consentire il pagamento prima della liquidazione dei beni oggetto della prelazione, prevede comunque il conguaglio finale), nel concordato, invece, bisogna fare una valutazione a priori e simulata di quanto potrebbe competere a quel creditore in base al presumibile ricavo della liquidazione del bene gravato.

sidianti la prelazione e inalterabilità dell'ordine delle cause di prelazione (nell'accezione che vieta in assoluto di soddisfare un creditore di grado successivo prima di aver pagato quello di grado precedente) sono due principi che non contrastano tra loro, ma al contrario, si integrano, proiettando nel concordato la medesima situazione che vige nel fallimento.

Questa conclusione è evidente nel caso del pegno, dell'ipoteca e del privilegio speciale che, una volta dichiarato il fallimento, attuano soltanto una situazione di prelazione ad estensione oggettiva più limitata rispetto al privilegio generale, in quanto i relativi creditori possono trovare soddisfazione prelativa soltanto nei limiti del ricavato dal bene oggetto della garanzia, passando per la restante parte in chirografo. È normale, quindi, che nell'esecuzione fallimentare un creditore privilegiato speciale possa essere soddisfatto in misura percentualmente minore di uno di grado inferiore, discendendo questa differenziazione dal valore del bene gravato dalla garanzia specifica e dalla capienza offerta dal residuo patrimonio del debitore, che costituisce la fonte delle provenienze utilizzabili per i creditori. Non si attua, quindi in tal caso, una alterazione dell'ordine dei privilegi perché il grado di soddisfazione di ciascun creditore con preferenza specifica è espressione della inerenza della prelazione ad un determinato bene, nel che si realizza la specialità.

È consequenziale, quindi, che, una volta scelta la strada di parametrare, anche nel concordato, la soddisfazione dei creditori prelatizi al valore dei beni gravati, anche in questa procedura i prelatizi speciali, per la stretta relazione tra bene onerato e prelazione, possano essere soddisfatti parzialmente nei limiti del ricavato dai beni oggetto della prelazione, passando al chirografo per la parte residua, senza che ciò alteri l'ordine delle prelazioni.

Se l'alterazione di tale ordine è soltanto apparente per le prelazioni speciali, lì dove la proposta concordataria contemplasse il pagamento di un privilegiato generale parzialmente e la contemporanea soddisfazione, in tutto o in parte, di un creditore privilegiato di grado successivo avente diritto sulla stessa massa, effettivamente si attuerebbe una alterazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione, il cui rispetto l'ultima parte del secondo comma dell'art. 160 espressamente richiede; ma questa situazione, come non è configurabile nel fallimento ove il riparto si ferma ai creditori per i quali vi è capienza, così non lo è nel concordato.

Invero, se il secondo comma dell'art. 160 richiede che il creditore privilegiato, in tanto possa ricevere

una soddisfazione parziale, in quanto l'attivo gravato non sia sufficiente a soddisfarlo per intero, appare evidente che lì dove si discuta di un privilegiato generale, la cui preferenza grava sull'intero patrimonio mobiliare (e per i privilegiati sussidiari anche sugli immobili), l'accertamento della insufficienza dei beni a soddisfarlo sta a significare che l'intero patrimonio mobiliare si esaurisce per pagare quel creditore, per cui il pagamento dei creditori di grado successivo non può essere assicurato, se non con liquidità di provenienza immobiliare o liquidità estranee, posto che il divieto di alterazione dell'ordine delle cause di prelazione va riferito alle risorse che provengono dal patrimonio del debitore concordatario ma non alla nuova finanza offerta da terzi. I creditori privilegiati incapienti sui beni del debitore sono, infatti, degradati - per l'intero o per la parte non coperta dalla prelazione - a chirografari (7) e, quindi, possono essere classati con gradi di soddisfazione diversa assicurata dalle risorse esterne. Ne discende, come ulteriore conseguenza, che la norma in esame, nel momento in cui adegua la soddisfazione dei creditori privilegiati, compresi quelli generali, alla consistenza dei beni, contempla la possibilità che una proposta concordataria preveda il pagamento dei privilegiati fino ad un certo grado e, di conseguenza niente per gli altri creditori di grado successivo e, a maggior ragione, per i chirografi, (salva sempre l'utilizzo di finanza estranea), posto che l'estensione del secondo comma dell'art. 160 ai creditori privilegiati generali non ha previsto contemporaneamente la salvaguardia del diritto di costoro di ottenere l'integrale soddisfazione.

Ecco allora che la norma del secondo comma dell'art. 160, considerata nel suo complesso, non "attiene unicamente al trattamento aggiuntivo rispetto a quello imposto *ex lege*" (espressione utilizzata nelle sentenze citate), ma assume un ruolo determinante nella regolamentazione della libertà del debitore nella formulazione della proposta in quanto, sottolineando che la decurtazione dei crediti preferenziali è limitata alla specifica ipotesi di incapacità, appurata attraverso una stima, dei beni gravati a soddisfare i crediti beneficiari della prelazione e che, anche in tale circoscritta fattispecie è vietato

Nota:

(7) I creditori privilegiati incapienti, siano essi generali o speciali, rimangono creditori per la parte non soddisfatta in via prelativa, per cui non mi sembra che l'equiparazione ai chirografi per la quota residua del credito, contenuta nell'art. 177, sia limitata al diritto di voto (in tal senso F. Censoni, *I diritti di prelazione nel concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2009, 1, 2 e ss., in particolare 25).

alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione, per un verso esclude l'esistenza di un principio indeterminato di libera e incondizionata decurtazione dei crediti preferenziali e, per altro verso, pone il principio che i creditori preferenziali debbono essere soddisfatti per intero se la capienza patrimoniale lo consente o comunque nei limiti in cui tale capienza lo consente.

4. Il primo comma dell'art. 182 *ter* come ipotetico strumento di alterazione della graduazione. Natura eccezionale della norma

Il discorso fin qui svolto si può sintetizzare in due capisaldi: il debitore che propone il concordato preventivo non può alterare l'ordine delle cause di prelazione, neanche attraverso la formazione delle classi, e il pagamento parziale dei creditori prelatizi, sia speciali che generali, è consentito, senza il consenso dell'interessato, soltanto ove la percentuale offerta non sia inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, da stabilire attraverso una apposita stima.

In questo scenario si inserisce la disciplina della transazione fiscale contenuta nell'art. 182 *ter*, collocata nell'ambito del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione ed avente ad oggetto la possibilità di pagamento in misura ridotta e/o dilazionata dei crediti tributari privilegiati (non tutti, come si dirà in seguito), oltre che di quelli chirografari (8). La parte della norma che in questo momento interessa è quella che prevede che "se il credito tributario o contributivo (9) è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli".

È di tutta evidenza come questa disposizione (10) possa determinare l'alterazione della graduatoria dei privilegi in quanto essa ammette espressamente che un creditore tributario possa essere soddisfatto non integralmente, indipendentemente dal rapporto con i beni gravati, alla sola condizione che sia trattato in modo non deteriore rispetto ai creditori privilegiati di grado successivo, i quali, quindi, possono essere soddisfatti anche se il fisco, anteposto nella graduatoria, non venga integralmente soddisfatto.

Si tratta, quindi, di una norma di carattere eccezionale che pone una deroga al principio della inalterabilità della graduazione, tesa, da un lato, a favori-

re l'attività di riscossione dei crediti tributari e previdenziali in caso di crisi o insolvenza dell'imprenditore attraverso accordi che riducano l'intervento giudiziale e, dall'altro, ad agevolare il ricorso alle procedure negoziali dirette ad evitare il dissesto irreversibile dell'imprenditore. A fronte, infatti, di una serie di norme-regole (quelle in precedenza richiamate) dalle quali emerge il principio della inalterabilità in qualsiasi concorso della graduazione effettuata secondo i criteri dettati dal legislatore - sia tra preferenze eterogenee che all'interno di ciascuna categoria preferenziale, che, a sua volta, presuppone l'impossibilità di soddisfare un creditore di grado successivo prima di aver integralmente soddisfatto quelli con collocazione precedente - si pone la norma eccezione di cui all'art. 182 *ter* che, per determinate finalità, regola il concorso tra creditori nel concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti in modo diverso, consentendo che i creditori di grado deteriore rispetto a quello dei crediti tributari e previdenziali possano essere soddisfatti (in tutto o in parte) sebbene non siano integralmente pagati i creditori appartenenti a tali categorie, indipendentemente da qualsiasi relazione con il valore dei beni gravati.

La natura eccezionale della norma di cui all'art. 182 *ter* trova conferma nella regolamentazione della fattispecie; basta, infatti, considerare che la transazione fiscale non è applicabile al concordato fallimentare ma soltanto alla procedura di concordato preventivo e all'accordo di ristrutturazione dei crediti *ex art.* 182 *bis*; eppure il concordato fallimentare, seppur avente finalità diversa, è retto dalla stessa disciplina in ordine alla formazione delle classi e alla possibilità del pagamento parziale dei creditori privilegiati (11). La transazione, inoltre, tra i crediti tributari e contributivi preferenziali coinvolge so-

Note:

(8) Il che già segna per la Circolare Agenzia delle Entrate n. 40/E del 18 aprile 2008 la natura eccezionale della norma vigente nell'ordinamento tributario il principio di indisponibilità del credito tributario (il che sarebbe tutto da vedere). Nello stesso senso in dottrina, L.Tosi, *Il delicato rapporto tra autorità e consenso in ambito tributario: il caso della transazione fiscale*, in *Giust. Trib.*, 2008, 25.

(9) Il riferimento ai crediti contributivi è dovuto al D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito nella L. 28 gennaio 2009, n. 2.

(10) Che chiarisce la non felice dizione della prima parte del primo comma, dal quale sembrerebbe che soltanto i crediti tributari e contributivi chirografari possano essere oggetto di transazione.

(11) Il secondo comma dell'art. 160 - introdotto peraltro soltanto con il decreto correttivo n. 169 del 2007 - riproduce il preesistente terzo comma dell'art. 124.

lo quelli privilegiati e non anche quelli assistiti da altre cause di prelazione, quale l'ipoteca e il pegno; non solo, ma non riguarda neanche tutti i tributi, posto che ai sensi dell'art. 182 *ter* l'imprenditore può proporre il pagamento dilazionato e/o parziale soltanto dei debiti privilegiati e chirografari relativi a tributi amministrati dalle Agenzie fiscali, per cui non possono formare oggetto della transazione i tributi non amministrati dalle Agenzie fiscali e i tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea, ossia i dazi doganali di fonte comunitaria; inoltre l'art. 29 del D.L. 31 maggio 2010 n. 78, convertito nella l. n. 122 del 2010, ha risolto i dubbi circa l'estensione all'Iva stabilendo che di questa la proposta può prevedere soltanto la dilazione.

Come si vede, alla eccezionalità della norma in esame, caratterizzata dall'attuare una diversa regolamentazione della graduazione, si aggiungono le ulteriori specificità che tale alterazione opera soltanto per alcuni crediti tributari ma non per tutti, si applica solo in alcune procedure e non in altre e influisce solo sulla graduazione dei privilegi e non delle altre cause di prelazione.

Eccezionalità che si riscontra anche nella regolamentazione dei crediti tributari e contributivi di natura chirografaria, lì dove si precisa che il trattamento di questi crediti, nel caso di suddivisione in classi dei chirografari, deve essere equiparato a quello riservato alla classe più favorevolmente trattata (12), introducendo così un limite legale alla libertà del debitore di attribuire trattamenti differenziati alle varie classi. Egualmente per i crediti previdenziali, il comma 2 dell'art. 3 del D.M. 4 agosto 2009 prevede che «la proposta di pagamento parziale per i crediti di natura chirografaria non può essere inferiore al trenta per cento»; pur ritenendo improprio il riferimento al pagamento (13), rimane il dato oggettivo che la norma impone un limite minimo di soddisfazione dei creditori chirografari in questione in contrasto con l'abolizione di ogni soglia minima di soddisfacimento dei chirografari.

Ed ancora, l'art. 182 *ter*, come già accennato, consente di soddisfare parzialmente i crediti tributari privilegiati a condizione che il trattamento ad essi destinato non sia inferiore a quello offerto ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore. È da questa norma - unita alla disposizione di cui all'ult. parte del secondo comma dell'art. 160 - che, generalizzando ulteriormente, si deduce che il sistema non vieta in assoluto di soddisfare un creditore di grado successivo prima di aver pagato quello di grado precedente, ma soltanto di attribuire ai credi-

tori posti ad un livello inferiore della gerarchia un trattamento migliore di quelli posti ad un livello superiore, di modo che il privilegiato di grado successivo potrebbe comunque ricevere il pagamento di parte del proprio credito benché il creditore di grado anteriore non sia stato soddisfatto integralmente, purché la misura del soddisfacimento del primo non sia superiore a quella del secondo.

Questa interpretazione, molto diffusa nella prassi (14), non solo è inconciliabile col carattere eccezionale della norma in esame, che finirebbe per assumere valenza di principio generale applicabile a tutti i crediti preferenziali, ma non trova riscontro nel dato normativo. La norma, infatti, non dice che i creditori di grado successivo a quello assegnato ai crediti tributari possano essere pagati non per intero, purché non vengano soddisfatti in misura superiore a quella del fisco, ma si esprime in termini esattamente contrari; ossia al creditore tributario privilegiato può essere fatto un pagamento non integrale, purché la percentuale attribuita non sia inferiore a quella offerta ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore.

Questa dizione si spiega solo presupponendo che i crediti tributari privilegiati siano estrapolati dall'ordine dei privilegi, che deve, invece, essere seguito per gli altri privilegiati, per cui soltanto per il credito tributario il legislatore doveva individuare un criterio di soddisfazione che prescindesse dalla capienza patrimoniale; ed ha trovato quello di parametrare il grado di soddisfazione su quello dei creditori di grado inferiore, da cui la evidente eccezionalità della norma rispetto ai principi generali. Se, invece, fosse vero che i creditori privilegiati di grado successivo potrebbero ottenere un pagamento non inferiore a quello dei creditori tributari, si entrerebbe in un vicolo cieco perché non si saprebbe come determinare la quota attribuibile al fisco, se non lasciando incondizionata libertà al debitore di fissare

Note:

(12) Disposizione introdotta dall'art. 32, comma quinto, lett. a), del D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, nella L. 28 gennaio 2009, n. 2.

(13) Concetto che letteralmente inteso porrebbe un altro elemento di differenziazione della norma sulla transazione fiscale rispetto alle libere modalità di organizzazione della propria crisi dettate dall'art. 160, obbligando il debitore ad offrire ai creditori previdenziali chirografari soltanto l'adempimento decurtato con danaro.

(14) Tant'è che si assiste con frequenza a proposte concordatarie che prevedono la classazione dei privilegiati, con attribuzione di una percentuale via via minore man mano che si scende nella scala dei privilegi, con eventuale soddisfazione, in percentuale ancora più bassa, dei chirografari.

tale percentuale, che condizionerebbe la soddisfazione dei creditori di grado inferiore (15).

La situazione diventerebbe ancor più ingestibile per i crediti previdenziali, che occupano gradi elevati nella scala dei privilegi; per questi, infatti, il D.M. 4 agosto 2009 ha posto, seguendo un diverso criterio di determinazione della percentuale, dei limiti più certi e precisi, stabilendo, ad esempio che i crediti privilegiati assistiti dal privilegio di cui all'art. 2753 c.c. e, quindi di grado primo nella graduatoria, devono essere soddisfatti per intero, nel mentre quelli assistiti dal privilegio di cui all'art. 2754 c.c., collocati al grado ottavo, devono esserlo nella misura non inferiore al 40%. Orbene, se fosse vero che i creditori privilegiati di grado successivo potrebbero ottenere un pagamento non inferiore a quello dei creditori previdenziali, si creerebbe una serie di problemi insolubili; ad esempio, è solo il creditore di grado nono che non può ottenere più del 40%? Ed i creditori di grado nono e seguenti vanno trattati tutti allo stesso modo o possono essere differenziati, purché il livello di soddisfazione non superi la quota del 40%? Secondo quali parametri potrebbe avvenire la loro parziale soddisfazione? E se tutti o uno di questi creditori trovassero integrale capienza sui beni oggetto del privilegio, andrebbero soddisfatti integralmente o comunque dovrebbero sottostare al limite del 40%, e così via.

Tutto diventa lineare e si armonizza, se si muove dal presupposto che vale come regola generale il principio della inalterabilità della graduazione dei privilegi, rispetto al quale, come eccezione al sistema, la legge consente di estrapolare dalla graduazione i crediti tributari e contributivi, in modo che ai primi può essere attribuita una percentuale (oltre che tempi di pagamento e garanzie), purché non sia inferiore a quella offerta a chi viene dopo nella graduatoria e ai crediti contributivi la percentuale fissata dal decreto ministeriale (salvo ad escludere la vincolatività di detto decreto per il giudice, ma questo è altro problema), fermo restando che ai creditori diversi da quelli indicati continuano ad essere applicate le regole ordinarie (16).

5. L'interpretazione estensiva della norma eccezionale. I termini del problema da affrontare

L'affermata natura eccezionale della norma di cui all'art. 182 *ter* comporta, in forza dell'art. 14 disp. prel. cod. civ., che non possa essere applicata oltre i casi e i tempi in essa considerati; il che, se impedisce una interpretazione analogica della stessa, non

ostacola una interpretazione estensiva, che costituisce il risultato di un'operazione logica diretta ad individuare il reale significato e la portata effettiva della norma, che permette di determinare il suo esatto ambito di operatività, anche oltre il limite apparentemente segnato dalla sua formulazione testuale, e di individuare l'effettivo valore semantico della disposizione, tenendo conto dell'intenzione del legislatore.

Posto che l'art. 182 *ter*, secondo il tenore letterale della norma, regola il trattamento dei crediti tributari e previdenziali nell'ambito della transazione fiscale consentendone la riduzione o la dilazione, una interpretazione estensiva è quella che estende gli stessi effetti anche in mancanza di attivazione della procedura transattiva; più precisamente, siccome la norma stabilisce che determinati crediti tributari privilegiati e quelli contributivi possono essere decurtati, indipendentemente da ogni parametro con i beni gravati, secondo i criteri cui si è accennato, e dispone altresì che il credito Iva può essere soltanto dilazionato ma non defalcato, la trasposizione di questo meccanismo al di fuori della transazione fiscale, sta a significare che è sempre ammissibile una proposta concordataria che preveda la riduzione dei crediti tributari e previdenziali nei limiti consentiti accennati (17) e che è sempre inam-

Note:

(15) Ad esempio, proposto per libera scelta del debitore all'Agenzia delle Entrate il pagamento della quota del 50% dei crediti privilegiati di grado diciottesimo (ed esclusa l'Iva di grado diciannovesimo per ragioni che si diranno), ai creditori di grado ventesimo non potrebbe essere offerto più del 50% dei loro crediti anche se il valore dei beni consentirebbe il pagamento integrale o, comunque per una quota superiore

(16) Ciò significa che se la capienza patrimoniale consente di offrire ai creditori di grado successivo a quello dei crediti tributari transigibili, il pagamento dell'intero (nell'esempio di cui alla nota che precede, sia possibile pagare i creditori di grado ventesimo il 100%), la proposta concordataria non può contenere, che si utilizzi o non la transazione fiscale, una offerta inferiore ai crediti tributari (quelli di grado diciottesimo, sempre con riferimento al precedente esempio).

Diversa è la soluzione per i crediti previdenziali qualora si ritenga applicabile il citato D.M. del 2009, che sostituisce al criterio di determinazione contenuto nell'art. 182 *ter* per i crediti tributari quello di percentuali fisse; questi dovranno essere soddisfatti nei limiti indicati dal decreto, indipendentemente da quello che viene offerto agli altri creditori secondo le regole ordinarie.

(17) Limiti dei quali, peraltro, la Corte, non tiene conto. Invero, l'art. 182 *ter*, come già ricordato, consente di soddisfare parzialmente i crediti tributari privilegiati a condizione che il trattamento ad essi destinato non sia inferiore a quello offerto ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore. Si può discutere se la disciplina contenuta in tale norma operi soltanto nell'ambito della transazione fiscale o anche nel caso non si faccia ricorso a tale procedura, ma anche se si opta per questa seconda soluzione, tale disciplina va applicata per intero con tutti i limiti che essa pone. In nessun caso, quindi, si può consentire al debitore di

(segue)

missibile un concordato che preveda un pagamento ridotto dell'Iva, anche quando, cioè, il debitore non abbia fatto ricorso allo speciale procedimento di transazione fiscale.

Tale interpretazione presuppone, a sua volta, che il debitore che propone un concordato non sia tenuto a fare ricorso alla transazione fiscale, perché se l'utilizzo di tale strumento fosse obbligatorio, un concordato privo di una proposta transattiva con il fisco e gli enti previdenziali sarebbe inammissibile. Ed, infatti, la Corte, nelle citate sentenze, dedica buona parte della motivazione a sostenere, con adeguate argomentazioni (18), che rientra nella discrezionalità del debitore concordatario servirsi della transazione fiscale; ma questo costituisce soltanto il primo aspetto della facoltatività perché da questa constatazione non ne deriva, come conseguenza automatica, la possibilità della decurtazione dei crediti tributari e previdenziali e l'obbligatorietà del pagamento integrale dell'Iva, indipendentemente dall'attivazione dello specifico procedimento che regola la transazione fiscale da parte del proponente il concordato.

Mentre, infatti, l'idea della transazione fiscale quale condizione di ammissibilità del concordato esclude in radice la possibilità di un concordato senza il contestuale ricorso alla transazione, nel caso si opti per la facoltatività per il proponente di utilizzare tale strumento transattivo, rimane aperta l'altra e diversa alternativa e, cioè se debba necessariamente utilizzare la procedura di cui all'art. 182 *ter* per ottenere le decurtazioni o dilazioni che la norma indica, altrimenti i crediti tributari e contributivi saranno trattati come gli altri crediti di pari rango, oppure possa realizzare gli stessi risultati anche senza il ricorso alla procedura regolata dall'art. 182 *ter* (19). È questo il problema che interessa risolvere perché se si ritiene, come opina chi scrive, che il debitore è libero di servirsi o meno della transazione fiscale nel momento in cui propone un concordato o una ristrutturazione dei debiti, ma è obbligato a ricorrere alla transazione fiscale perché possano realizzarsi le conseguenze sul trattamento dei crediti tributari e previdenziali indicati dall'art. 182 *ter*, tale norma conserva la sua valenza di norma eccezionale che, per un ambito ben delimitato, detta regole diverse da quelle ordinarie; se, al contrario, si ritiene, come fa la Corte nelle citate sentenze, che il debitore è libero di servirsi o meno della transazione fiscale ed è anche libero di conseguire i risultati che l'art. 182 *ter* consente sul trattamento dei crediti tributari e previdenziali pur in mancanza di attivazione dello strumento transattivo, si arriva a porre - attraverso una interpretazione estensiva della norma eccezio-

nale in questione - una regola generale che nelle citate procedure consente una regolamentazione dei crediti tributari e contributivi diversa da quella che la normativa generale prevede, permettendo al proponente di alterare liberamente l'ordine della graduazione dei privilegi.

È giustificata una interpretazione estensiva del genere?

6. Argomenti a favore di una lettura restrittiva della norma eccezionale

Alla domanda formulata alla fine del precedente paragrafo ritengo, come già anticipato, che debba essere data risposta negativa.

In primo luogo, si oppone all'interpretazione esten-

Note:

(segue nota 17)

trattare i crediti tributari discrezionalmente senza alcun rapporto né con quanto disposto dall'art. 182 *ter* né con quanto stabilito dal secondo comma dell'art. 160, come fa la Corte che, invece, consente la falcidia dei crediti tributari senza alcun controllo circa il trattamento riservato ai creditori di grado subordinato; il che finisce per attribuire al debitore la piena libertà di interferire nella graduazione senza il limite indicato dall'art. 182 *ter*, sebbene la norma riguardi proprio il trattamento dei crediti tributari.

Probabilmente questa questione non era stata sollevata, pur tuttavia, dato che la Corte fa della norma una interpretazione estensiva, sarebbe stata opportuna una precisazione sul punto, anche per eliminare il dubbio che essa abbia voluto dire che il debitore è vincolato al limite posto dall'art. 182 *ter* soltanto se fa ricorso alla transazione fiscale, nel mentre se, come nella fattispecie oggetto della decisione, non segue questa strada è libero di trattare i crediti tributari come crede.

(18) Omettendo, peraltro, l'obiezione principale alla tesi dell'obbligatorietà, e cioè che se la transazione fiscale fosse stata concepita come indispensabile per l'ammissione al concordato, la stessa sarebbe stata inserita tra i documenti che il debitore deve depositare ai sensi dell'art. 161. In tal senso G. La Croce, *La transazione fiscale*, Milano 2011, 116.

(19) Differenza ben colta da App. Torino 6 maggio 2010, in questa *Rivista*, 2010, 1275, quando afferma che «la proposta di transazione fiscale è facoltativa e discrezionale per il debitore, il quale può alternativamente scegliere di proporre un pagamento dilazionato o parziale dei tributi aventi natura sia privilegiata, sia chirografaria, secondo il disposto dell'art. 182 *ter*, ovvero adire il concordato, secondo le regole generali della procedura. In quest'ultimo caso, i debiti nei confronti del fisco seguiranno, secondo il loro rango, la sorte comune di tutti gli altri debiti oggetto del concordato». Non mi sembra che poi la Corte tragga tutte le conseguenze da questa impostazione, ma, in questo momento, interessa sottolineare la differenziazione tra i due concetti di facoltatività, che non pare sia colta nel pur pregevole commento, ove si dice che la Corte «si è espressa a favore della legittimità di un concordato con pagamento falcidiato di crediti tributari privilegiati anche in assenza di transazione fiscale ex art. 182 *ter* l.fall.» (A. Guiotto, *Opportunità della transazione fiscale e disciplina dei crediti privilegiati insoddisfatti*, in questa *Rivista*, 2010, 1278); espressione che nella sua assoluta verità porta a ritenere che i giudici torinesi aderiscano alla tesi oggi propugnata dalla S. Corte, nel mentre se ne discostano nel risultato, pur portando numerosi argomenti in gran parte ripresi dalla Cassazione, a sostegno della efficacia non condizionante della transazione per l'ammissibilità del concordato.

siva della norma di cui all'art. 182 *ter* la chiarezza della stessa. Se, infatti, il primo comma, nel disporre che il debitore può proporre il pagamento, parziale o anche dilazionato, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali con il piano di cui all'art. 160, lascia spazi ad una interpretazione che estenda la portata della norma ad ogni ipotesi di concordato, il secondo comma chiarisce che «ai fini della proposta di accordo sui crediti di natura fiscale, copia della domanda e della relativa documentazione, contestualmente al deposito presso il tribunale, deve essere presentata al competente concessionario del servizio nazionale della riscossione ed all'ufficio competente sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore, unitamente». Il sesto comma dell'art. 182 *ter* (20), a sua volta, nel prevedere l'utilizzo della transazione fiscale nell'ambito degli accordi di ristrutturazione, precisa che la proposta transattiva va fatta «nell'ambito delle trattative che precedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182*bis*».

Secondo questa regolamentazione, l'istituto della transazione fiscale costituisce una particolare procedura transattiva tra il fisco ed il contribuente, che forma parte integrante del piano di cui all'articolo 160 e della domanda per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo o delle trattative che precedono la stipula degli accordi di ristrutturazione dei debiti di cui all'articolo 182 *bis* (21), attraverso cui si inizia l'iter della transazione fiscale, per il cui ulteriore sviluppo è poi dettata una procedura complessa - la cui omissione rende nullo l'accordo - modellata sulla tipologia dei crediti tributari e non applicabile ad altri creditori (22). Queste previsioni fanno capire che una proposta transattiva tardivamente presentata rispetto ai limiti indicati non è ammissibile, per cui, a maggior ragione, non si può raggiungere il risultato della decurtazione o dilazione dei crediti tributari senza far ricorso alla procedura di transazione fiscale, come, invece, consentirebbe la lettura estensiva.

Se il legislatore avesse avuto l'intento di generalizzare, anche in mancanza di transazione fiscale, la possibilità di decurtare o dilazionare i crediti tributari e previdenziali, avrebbe collegato detti effetti al concordato e non alla transazione fiscale, non avrebbe dettato una minuziosa regolamentazione della procedura transattiva, né avrebbe disposto la contestualità della presentazione della proposta transattiva con quella concordataria o l'inserimento della prima nella fase delle trattative che precedono gli accordi di ristrutturazione; combinazioni tutte che inducono a ritenere che l'unico mezzo per per-

venire ad una riduzione o dilazione dei crediti tributari (al di fuori delle regole ordinarie) nelle due procedure è il ricorso alla procedura di transazione fiscale.

Alla transazione fiscale sono stati, peraltro, collegati anche comportamenti costituenti reati giacché il comma secondo dell'art. 11 del D.L. n. 78 del 2010, convertito nella L. 30 luglio 2010, n. 122, ha stabilito che è punibile con la reclusione da sei mesi a quattro anni «chiunque, al fine di ottenere per sé o per altri un pagamento parziale dei tributi e relativi accessori, indica nella documentazione presentata ai fini della procedura di transazione fiscale elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi per un ammontare complessivo superiore ad euro cinquantamila. Se l'ammontare di cui al periodo precedente è superiore ad euro duecentomila si applica la reclusione da un anno a sei anni». Si può anche discutere se il legislatore abbia utilizzato la locuzione "transazione fiscale" con rigore ed esclusività, per fare, cioè, riferimento alla sola procedura prevista dall'art. 182 *ter*, oppure se abbia inteso utilizzare la dizione di transazione fiscale in senso più ampio, facendo cioè riferimento anche agli istituti dell'adesione all'accertamento e della conciliazione giudiziale, ma rimane il fatto che il reato punito da detta norma è specifico alla fattispecie transattiva o conciliativa e diverso, sia per l'elemento oggettivo che per le sanzioni da quello di cui all'art. 236 l.fall. Orbene, se fosse ammessa l'interpretazione estensiva dell'art. 182 *ter* (con tutto quel che comporta in termini di facoltatività ed obbligatorietà), si avrebbe che il debitore concordatario - che al fine di ottenere per sé o per altri il pagamento parziale dei tributi e dei relativi accessori accede alla transazione fiscale con false indicazioni nella documentazione presentata - è soggetto alla pena sopra ricordato, nel mentre lo stesso imprenditore che, sempre al fine di ottenere per sé o per altri il pagamento parzia-

Note:

(20) Introdotto dal D.Lgs n. 169 del 2007 e integrato dal D.L. n. 78 del 2010.

(21) Si può discutere sul significato del termine domanda, se riferita alla domanda di concordato o a quella di transazione fiscale, ma, ai fini che qui interessano la questione è irrilevante in quanto, anche nel primo caso, è pacifico che la presentazione della domanda di concordato agli uffici finanziari comprende quella di transazione, in forza del primo comma dell'art. 182 *ter*.

(22) La procedura per la transazione dei crediti contributivi è stata rinviata dal comma sesto dell'art. 32 del D.L. n. 185 del 2008 (che ha esteso l'istituto della transazione a tali crediti) ad un successivo decreto del Ministero Lavoro, emanato il 4 agosto 2009 e di cui si è già parlato.

le dei tributi e dei relativi accessori allega al piano concordatario una falsa documentazione senza far ricorso ad alcuna procedura transattiva o di conciliazione, sarebbe eventualmente punito a norma dell'art. 236, qualora la stessa fattispecie si riesca a far rientrare nella previsione di questa norma. È chiaro che una tale disparità di trattamento non è possibile e che l'effetto della riduzione dei propri debiti verso il fisco può ottenersi solo utilizzando lo strumento della transazione fiscale, posto che il comportamento di chi si serve fraudolentemente di tale strumento per raggiungere quel risultato è sanzionato penalmente de autonoma disposizione.

A favore di una lettura restrittiva della norma giova, altresì, il fatto che si sta parlando di una disposizione toponomasticamente collocata nell'articolo che introduce e regola la transazione fiscale ed ha un campo di operatività ristretto ai soli crediti tributari privilegiati e chirografari amministrati dalle agenzie fiscali ed opera soltanto nel concordato preventivo e nell'accordo per ristrutturazione dei debiti; sono elementi già visti per confermare la natura eccezionale della norma, ma sono anche elementi che inducono a restringere, e non ad ampliare, la portata della norma, perché, se nell'ambito della transazione il diverso trattamento delle cause di prelazione e dei tributi può giustificarsi con i vantaggi e gli svantaggi che l'accordo comporta, al di fuori della peculiare procedura considerata dalla norma diventa ingiustificato che si possa alterare la graduazione dei privilegi e non delle altre cause di prelazione, o che si possa attuare un trattamento differenziato tra tributi, alcuni dei quali soltanto, in quanto transigibili, potrebbero essere assoggettati ad un trattamento particolare anche in mancanza di transazione.

Esistono, infatti, come si è già detto, tributi espressamente esclusi dalla transazione fiscale; infatti, oltre all'Iva, che l'art. 182 *ter* dichiara intangibile ammettendone soltanto il pagamento dilazionato, sono esclusi i tributi amministrati non dall'Agenzia delle entrate ma da enti locali o da altri enti pubblici, quali Ici, Tarsu, Tosap, imposta sulla pubblicità e diritto sulle pubbliche affissioni, contributi camerali e consortili ecc. e quelli costituenti risorse della UE, quali i dazi doganali.

Qual'è il trattamento da riservare a questi quando il debitore concordatario non attivi la procedura di transazione fiscale?

Le soluzioni possono essere due, entrambe inappuntabili. Questi tributi, in quanto esclusi dalla transazione fiscale dovrebbero, a maggior ragione in mancanza di transazione, essere integralmente soddisfat-

ti e senza dilazione (prevista per la sola Iva), almeno per la parte privilegiata e capiente, ma in questo caso la disparità di trattamento tra tributi, non più giustificata dai vantaggi che la transazione comporta per quelli transigibili, si porrebbe in netto contrasto con i principi costituzionali. Se, al contrario, si ritiene che anche i tributi esclusi dalla transazione possono, in mancanza di ricorso a tale mezzo, essere decurtati, si dovrebbe indicare la fonte normativa di tale trattamento, dato che non può risiedere nell'art. 182 *ter* che li considera intransigibili.

Nello stesso senso depone la regolamentazione dei crediti tributari e contributivi di natura chirografaria contenuta nell'ult. parte del primo comma dell'art. 182 *ter*, giacché il trattamento di questi «non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole». Se questa disposizione fosse applicabile anche al di fuori del ricorso alla procedura di transazione fiscale, ci sarebbe da chiedersi come mai il legislatore abbia sentito il bisogno di stabilire che, in mancanza di classamento, i crediti chirografari tributari e contributivi debbano essere trattati come gli altri crediti della stessa natura, essendo del tutto ovvio che, se non vi è transazione fiscale né formazione di classi, vige tra i chirografari il principio della parità di trattamento; la precisazione assume, invece, un senso ben definito se la si colloca nell'ambito della procedura transattiva in quanto è intesa a stabilire che neanche utilizzando tale strumento - che consente al debitore di decurtare i crediti tributari entro certi limiti - si può alterare la parità di trattamento in mancanza di classamento (23).

Va anche ricordato che il comma 43 dell'art. 23 del D.L. 6 luglio 2011 n. 98, convertito nella L. 15 luglio 2011 n. 111, ha stabilito che «... gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli 182 *bis* e 182 *ter* del regio decreto ...»; di modo che, allo stato, l'imprenditore agricolo, che non è fallibile e, di conseguenza, non può accedere neanche al concordato, può utilizzare la procedura di ristrutturazio-

Nota:

(23) In un primo momento tale disposizione esaudiva le prescrizioni sul trattamento dei chirografari, poi con il già ricordato D.L. n. 185 del 2008 è stata aggiunta la precisazione che, nel caso di concordato con classi che, il trattamento dei crediti tributari e contributivi deve essere equiparato a quello della classe più favorevolmente trattata. Limite anch'esso tanto peculiare che può trovare una ragione soltanto all'interno dello specifico procedimento di transazione fiscale.

ne dei debiti e servirsi, nell'ambito della stessa, della transazione fiscale. Come si vede, la norma non parla di applicazione dell'art. 182 *ter* agli imprenditori agricoli, ma di accesso degli stessi alla procedura di cui all'art. 182 *ter*; orbene, considerato che l'accordo per la ristrutturazione dei debiti già comprende la possibilità per chi vi fa ricorso di utilizzare la transazione fiscale, l'espresso richiamo all'accesso alla procedura di cui all'art. 182 *ter* non può che suonare come una conferma che, nell'ambito degli accordi di ristrutturazione - e, quindi, anche del concordato - l'unico strumento per ottenere la decurtazione o la dilazione dei crediti tributari e contributivi secondo quanto previsto dall'art. 182 *ter* è il ricorso alla procedura di transazione fiscale disciplinata dalla stessa norma.

Concetto che viene ribadito nel D.M. 4 agosto 2009 che ha regolamentato il trattamento dei crediti contributivi; invero, l'art. 1, che individua l'ambito applicativo, chiarisce che "Il presente decreto disciplina, nell'esclusivo ambito della procedura di cui al citato art. 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, come modificato dall'art., le modalità di applicazione, i criteri e le condizioni di accettazione da parte degli enti gestori di forme di previdenza ed assistenza obbligatorie della proposta di accordo sui crediti per contributi, premi e relativi accessori di legge". È vero che si tratta di regolamentazione secondaria di attuazione, ma è significativo, al di là della vincolatività o meno di tale normativa, che il Ministero interessato abbia interpretato la norma dell'art. 182 *ter* come operativa soltanto nell'ambito dello speciale procedimento transattivo.

7. Argomenti addotti a favore della interpretazione estensiva della norma eccezionale. Critica

Gli argomenti apportati dalla Corte per superare il limite letterale della norma di cui all'art. 182 *ter* sono, almeno per la parte in cui non si parla del credito Iva, poco pertinenti in quanto finalizzati, come già accennato, a dimostrare la libertà per il debitore di servirsi della transazione fiscale.

Su questo punto sono pienamente d'accordo. Condivido, infatti, come già accennato, con la Corte la tesi della mancanza di autonomia della transazione fiscale, che assume i caratteri di un sub procedimento meramente eventuale inserito nella procedura di concordato preventivo o nell'accordo di ristrutturazione dei debiti, nonché la irrilevanza del voto del fisco, nel senso che la falcidia del credito

fiscale può intervenire anche in presenza del voto contrario dell'Amministrazione giacché questa, che si faccia o non ricorso alla transazione fiscale, può (come ogni creditore) esprimere il suo voto e il concordato può essere omologato anche in presenza del voto contrario dell'Amministrazione che si sia vista falcidiata il proprio credito privilegiato ove il suo consenso non sia decisivo ai fini del raggiungimento della maggioranza (o delle maggioranze, in caso di formazione di classi).

Quello che è difficile capire è come si arrivi, da queste premesse ad affermare che è "possibile la falcidia dei crediti tributari pur in assenza dell'attivazione, da parte del proponente il concordato, dello specifico procedimento che regola la transazione fiscale".

Se, invero, il debitore è libero di scegliere se fare ricorso o meno alla procedura di transazione, egli, ove ritenga la stessa non conveniente, non avvia il procedimento, con la conseguenza, da un lato, che egli non ottiene il beneficio del consolidamento del debito defalcato ma neanche lo svantaggio di dover accettare le pretese dell'Amministrazione, per cui può optare per la contestazione della richiesta erariale in vista di un minore esborso (24) (e non è tenuto a pagare l'Iva per intero, questione su cui si tornerà) e, dall'altro, che i creditori tributari e previdenziali saranno trattati nel concordato come gli altri creditori privilegiati, per la parte in privilegio, e come i chirografari, per la quota che rientra in questa categoria.

Se il debitore non ha fatto ricorso alla procedura di transazione fiscale il problema del voto del fisco non si pone, nel senso che, essendo tale creditore trattato come gli altri di pari condizione, esprime il suo voto nei limiti in cui è possibile a norma dell'art. 177, che incide sulle maggioranze come quello degli altri; né il fatto che spesso i crediti fiscali e contributivi siano rilevanti può portare a conclusioni diverse, dal momento che questo è un dato che la legge non prende assolutamente in considerazione, né altri creditori di importi altrettanto frequentemente elevati, quali quelli appartenenti al ceto bancario, vengono trattati diversamente.

Se, invece, il debitore ha avviato detta procedura,

Nota:

(24) Questo è il significato del sesto comma dell'art. 182 *ter*, secondo il quale «la chiusura della procedura di concordato ai sensi dell'art. 181 determina la cessazione della materia del contendere nelle liti aventi ad oggetto i tributi di cui al primo comma»; ossia l'effetto della cessazione delle controversie tributarie si verifica solo per i tributi compresi nella transazione e presuppone l'accoglimento delle pretese del fisco.

bisogna scindere gli effetti della manifestazione di volontà del fisco sulla procedura concordataria e su quella riguardante la transazione (25), come, del resto, fa anche la Corte lì dove precisa che la votazione non favorevole da parte dell'Amministrazione non impedisce l'omologazione del concordato se è comunque raggiunta la prescritta maggioranza e sussistendo gli altri presupposti, «con la conseguenza che il fisco deve accettare l'esito del procedimento come ogni altro creditore, fermo restando che la mancata adesione al concordato comporta il non verificarsi dei particolari effetti della transazione fiscale (consolidamento del debito inteso come non modificabile manifestazione della pretesa ed estinzione dei giudizi in corso) che sono chiaramente subordinati all'omologazione, in uno con il concordato, della connessa transazione fiscale, non potendo né il debitore né il fisco rimanere pregiudicati nei rispettivi diritti se non hanno concordemente accettato l'assetto degli interessi che tale pregiudizio giustifica».

Orbene, nel momento in cui si ammette che ben diverse sono le conseguenze del voto negativo del fisco sul concordato (che può anche essere omologato ove la maggioranza sia stata raggiunta e sussistono le altre condizioni) e sulla transazione fiscale (che non si realizza in tal caso) (26); nel momento in cui contestualmente si riconosce che «ben diverse sono le conseguenze tra un concordato senza transazione fiscale nel quale il fisco sia trattato come qualunque altro creditore ed uno, invece, in cui la transazione venga perseguita con le modalità indicate e quindi ben diversi sono vantaggi e svantaggi delle due soluzioni», pare poco coerente estendere la normativa dettata per la seconda anche al di fuori del suo naturale ambito per farne un principio regolatore del trattamento dei crediti tributari (e contributivi) nel concordato, posto che, in mancanza di transazione, non si producono gli effetti del consolidamento del debito e gli altri che la transazione comporta.

Proprio la produzione di questi effetti giustifica il ricorso alla transazione fiscale e, con essa all'applicazione dei principi dettati dall'art. 182 *ter*, come ben aveva intuito la stessa Corte in un suo recente precedente (27).

È interessante sezionare questa decisione per meglio vederne le influenze su quelle più recenti. Nella pregressa occasione i giudici dovevano stabilire se, nella vigenza del diritto intermedio (dopo le riforme del 2005 e del 2006 e prima del correttivo del 2007) era possibile soddisfare in percentuale i creditori privilegiati - tra cui i crediti tributari e contri-

butivi ai quali, nella fattispecie concreta veniva offerta la percentuale del 25%; la risposta negativa che la Corte dà a questo quesito poggia sulla considerazione che all'epoca non vi era alcuna norma che consentisse nel concordato preventivo di soddisfare in modo non integrale i creditori privilegiati. Molto diligentemente la Corte rileva che non è applicabile alla fattispecie al suo esame l'art. 124, che già dal 2006 prevedeva espressamente nel concordato fallimentare la possibilità del pagamento in percentuale dei privilegiati purché in misura non inferiore al valore dei beni sui quali grava il privilegio; né l'art. 182 *ter*, che, anch'esso dal 2006, prevedeva la transazione fiscale che, a sua volta, consentiva il pagamento in percentuale dei crediti tributari (e attualmente anche di quelli contributivi). Significativa è la motivazione su quest'ultima norma in quanto la Corte afferma che «tale disposizione non attiene direttamente alla disciplina del concordato preventivo ma, essendo necessariamente a questo (o agli accordi di ristrutturazione dei debiti) connesso l'accordo col fisco, inevitabilmente presuppone la possibilità che nel concordato sia possibile il pagamento in percentuale dei crediti privilegiati ...», di modo che «sarebbe ben arduo considerare come consoni ad un apprezzabile tecnica legislativa affidare una così rilevante modifica dell'istituto del concordato preventivo (ossia la possibilità di soddisfare i creditori preferenziali non integralmente), la cui disciplina tace sulla sorte dei crediti privilegiati, ad un richiamo desumibile indirettamente da una norma assolutamente specifica e settoriale quale è quella in esame» ... «Ne consegue - conclude la Corte - che la stessa deve considerarsi norma eccezionale applicabile al trattamento dei soli crediti tributari, anche se, in concreto, il ricorso alla opzione consentita non presenta interesse per i proponente in conseguenza del necessario collegamento con l'inderogabile trattamento degli altri crediti privilegiati che debbono essere soddisfatti per intero con conseguente trascinarsi di quelli tributari».

Note:

(25) Sebbene il quarto e il quinto comma dell'art. 182 *ter* parlino soltanto del consenso o dissenso per la proposta di concordato che, però, implicitamente si riversa sulla proposta di transazione, visto che la prima, oggetto di deposito presso gli uffici, deve contenere la seconda.

(26) Ovviamente il voto negativo, benché ininfluente sulla maggioranza, può rendere non fattibile il concordato con conseguente applicazione dell'art. 173.

(27) Cass. 22 marzo 2010, n. 6901, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 3, 418, che assume particolare interesse anche per il fatto che l'estensore di questa è il medesimo delle sentenze del 2011.

Ossia per la Cassazione del 2010 l'art. 182 *ter* trova un campo limitato di applicazione ai soli crediti tributari (all'epoca non erano contemplati quelli contributivi) nell'ambito dell'istituto della transazione fiscale in cui la decurtazione dei crediti privilegiati è consentita, trattandosi di norma di carattere eccezionale non estensibile alle situazioni non espressamente considerate; in mancanza di transazione, come nella fattispecie oggetto di quella decisione, i crediti tributari, «in conseguenza del necessario collegamento con l'inderogabile trattamento degli altri crediti privilegiati», seguono la stessa sorte, sicché i crediti privilegiati, poiché dovevano essere soddisfatti per intero, coinvolgevano nello stesso trattamento anche quelli tributari. Per la Cassazione del 2011, invece, la disciplina della transazione fiscale si applica anche in mancanza del ricorso alla transazione fiscale. Evidentemente la Corte del 2011 ha pensato che, poiché oggi è consentito anche al debitore che presenta una proposta di concordato preventivo offrire un pagamento in percentuale dei creditori privilegiati, i crediti tributari e contributivi prelatizi possono essere anch'essi soddisfatti in percentuale, indipendentemente dal ricorso alla transazione fiscale.

Se questo è stato il ragionamento fatto dalla Corte, va detto che esso è monco perché è vero che con il correttivo del 2007 è stato previsto, con l'introduzione del secondo comma dell'art. 160, che anche la proposta di concordato preventivo possa contemplare la falcidia dei creditori privilegiati, sempreché, però, la misura del soddisfacimento proposta non sia inferiore a quella realizzabile sul ricavato in caso di vendita dei beni presidiati la prelazione, ed ha ritenuto opportuno ribadire che questa nuova possibilità non può sovvertire quel principio della inalterabilità dell'ordine delle cause legittime di prelazione, che fa parte del nostro sistema giuridico e trova il suo fondamento negli art. 2740 e 2741 c.c.; il che comporta che, in forza di tale disciplina, anche i crediti tributari e contributivi, qualora non si faccia ricorso alla transazione fiscale, possono essere sì soddisfatti parzialmente ma alla condizione della appurata (a mezzo di una stima) incapacità dei beni gravati dalla prelazione a soddisfare tali crediti.

Anche per l'Agenzia delle entrate la disciplina normativa di cui all'art. 182 *ter*, in quanto derogatoria di regole generali, è di stretta interpretazione e non è suscettibile di interpretazione analogica o estensiva e, pertanto, si legge nella circolare n. 40/E del 18 aprile 2008, non è possibile pervenire ad una soddisfazione parziale del credito tributario al di fuori della specifica disciplina di cui all'articolo 182

ter (seppur per effetto del solo richiamo del principio di indisponibilità del credito tributario). La citata circolare, tuttavia, compie un ulteriore passaggio lì dove afferma che, al di fuori della specifica disciplina dell'art. 182 *ter* non sarebbe possibile la decurtazione dei crediti tributari neppure in applicazione delle disposizioni di cui all'art. 160. Questa disposizione, - si spiega - «può riferirsi, infatti, ai crediti di natura tributaria a condizione che siano rispettate le disposizioni di cui al predetto articolo 182 *ter*, per cui, in assenza della proposta di transazione fiscale, i crediti tributari devono essere soddisfatti in maniera integrale ed alle scadenze prescritte dalla legge».

Quest'ultimo passaggio appare del tutto ingiustificato e contraddittorio con le premesse perché se, come afferma la stessa Agenzia, la norma di cui all'art. 182 *ter* ha carattere eccezionale che non ammette interpretazione estensiva, la stessa può derogare alle regole generali nell'ambito della specifica fattispecie oggetto di regolamentazione, ma non può, al di fuori della portata della norma, porre limiti ai principi che disciplinano il trattamento dei crediti privilegiati nel concordato. Il secondo comma dell'art. 160, come si è detto, costituisce un cardine del nuovo sistema concordatario in quanto ha introdotto, anche in tale procedura, il principio della parametrizzazione della soddisfazione dei crediti privilegiati (e preferenziali in generale) al valore dei beni gravati e non si vede alcuna ragione (né si trova nella circolare) perché questo principio non debba valere per i crediti tributari quando gli stessi non siano oggetto di una transazione fiscale; solo quando si fa ricorso a tale strumento prevale la norma speciale ed eccezionale di cui all'art. 182 *ter*. «Se - come è stato ben detto (28), la volontà del legislatore fosse stata davvero quella di escludere, per regola generale, dalla falcidia concordataria alcuni tributi non avrebbe mancato di dirlo espressamente nel testo del secondo comma dell'art. 160, quanto meno sotto forma di clausola di salvezza di una diversa disposizione di legge».

8. L'intangibilità del credito Iva

La miglior prova dell'infondatezza della interpretazione estensiva è data dalla inaccettabilità delle conseguenze che essa determina quando viene applicata al trattamento del credito Iva.

Come è noto, con l'art. 32 del D.L. 29 novembre

Nota:

(28) E. Stasi, *op. e loc. cit.*, in particolare 88.

2008 n. 185, è stata introdotta nel corpo dell'art. 182 *ter*, l'espressa disposizione che «con riguardo all'imposta sul valore aggiunto, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento». Coerenza vuole che chi, attraverso una lettura estensiva della norma di cui all'art. 182 *ter*, afferma l'operatività delle decurtazione dei crediti tributari al di fuori dell'ambito della transazione fiscale, debba riconoscere che anche il principio della indefalabilità del credito Iva operi nel concordato (e negli accordi di ristrutturazione) seppur il debitore non avvii la procedura di transazione fiscale.

Bisogna dare atto alla Corte di aver seguito questa linea coerente, giacché essa, nelle citate sentenze, afferma che è inammissibile un concordato che preveda un pagamento ridotto dell'Iva anche in mancanza dello speciale procedimento di transazione fiscale, il che significa che l'Iva va pagata sempre integralmente, indipendentemente dalla soddisfazione dei creditori privilegiati di grado anteriore.

Il credito Iva viene, così, estrapolato dall'ordine dei privilegi e trattato a parte, come una sorta di predeuzione da soddisfare, quindi, prima di ogni altro credito privilegiato (ma meglio sarebbe dire preferenziale), di tal che, se l'attivo (appurato a mezzo della stima di cui al secondo comma dell'art. 160) non è sufficiente per il pagamento di tutti i creditori privilegiati, dovrebbe essere pagato il credito Iva, collocato al diciannovesimo grado nella scala dettata dall'art. 2778 c.c., e non quello degli altri privilegiati di grado *potiore*, lavoratori dipendenti compresi.

Né il problema cambia di molto se si esclude l'ammissibilità di un concordato che non preveda la soddisfazione dell'intero ceto dei privilegiati (29), perché, in tal caso, nella fattispecie accennata della insufficienza dell'attivo, si deve fare ricorso a finanza esterna, che, però come detto, può essere liberamente disponibile; ciò significa, se si muove dal principio della prededucibilità del credito Iva, che questo deve essere comunque integralmente soddisfatto utilizzando primariamente le disponibilità del debitore e la finanza esterna va distribuita nella percentuale che si crede agli altri creditori privilegiati.

In sostanza solo ipotizzando la inammissibilità di un concordato che non preveda l'integrale pagamento di tutti i creditori preferenziali, l'affermata generalizzata intangibilità del credito Iva sarebbe priva di conseguenze; ma, in questo caso, non sorgerebbe neanche il problema del trattamento del credito Iva, che, in quanto privilegiato, dovrebbe comunque essere soddisfatto per intero come gli altri creditori della stessa categoria; anzi, la norma di cui al-

l'art. 182 *ter* sopra richiamata, invece di favorire il pagamento del credito tributario, lo danneggerebbe in quanto solo per esso sarebbe prevista la dilazione (30).

È evidente, allora, che il problema del trattamento del credito Iva al di fuori della transazione fiscale si pone quando l'attivo disponibile, sia esso costituito dal patrimonio del debitore sia da finanze esterne, sia insufficiente a soddisfare tutti i crediti preferenziali o comunque a soddisfarli tutti integralmente.

La tesi della intangibilità, anche in questa fattispecie, del credito Iva incontra, in primo luogo, l'obiezione della mancanza di una fondata argomentazione per desumere che una norma dettata per operare in uno speciale ambito quale è quello della transazione fiscale possa avere valenza generale.

La Corte afferma che la norma di cui all'art. 182 *ter* non ha carattere processuale «come tale connessa allo specifico procedimento di transazione fiscale ma (si tratta) di norma sostanziale in quanto attiene al trattamento dei crediti nell'ambito dell'esecuzione concorsuale dettato da motivazioni che attengono alla peculiarità del credito e prescindono dalle particolari modalità con cui si svolge la procedura di crisi», ma, in tal modo si pone in aperto contrasto con se stessa. È la stessa Corte, infatti, che, come già ricordato, qualifica la stessa norma come eccezionale; orbene, non vi è dubbio che anche una norma eccezionale può appartenere al diritto sostanziale, ma è altrettanto sicuro che una norma di carattere eccezionale, anche se di diritto sostanziale, non può, per definizione, contenere un principio di carattere generale, capace di stravolgere i capisaldi della responsabilità patrimoniale, tra cui, come visto, rientra il rispetto dell'ordine delle prelazioni, che è quello che fa la Corte quando fa assurgere la norma in questione al rango di norma sostanziale che attiene al trattamento dei crediti nell'ambito dell'esecuzione concorsuale.

Questa catalogazione, peraltro, comporta che la norma trovi applicazione non solo nel concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione, ma in

Note:

(29) In tal senso, Cass. 23 giugno 2011, n. 13818, in *ilcaso.it*, ove si legge, in un passaggio, che è da escludere che la proposta «non prevedesse alcun pagamento in favore dei chirografari, in quanto se così fosse l'inammissibilità sarebbe stata rilevata e pronunciata immediatamente in sede di esame della proposta in quanto difforme dal modello di legge». Il divieto dell'opzione zero per i chirografari chiaramente presuppone che i privilegiati siano stati soddisfatti.

(30) Sulla inammissibilità di un concordato che preveda il pagamento dilazionato dei crediti privilegiati diversi da quello per Iva, cfr. Trib. Roma 20 aprile 2010, in *ilcaso.it*.

ogni tipo di procedura concorsuale, anzi, addirittura, in ogni tipo di concorso, compreso quello che può attuarsi nell'esecuzione individuale, posto che la ragione della promozione della norma a rango di principio di diritto sostanziale è individuata nelle peculiarità dei crediti tributari, che, evidentemente, ricorrono in tutte le esecuzioni. Ma è davvero arbitrario - e probabilmente la Corte, nonostante la terminologia utilizzata, non intendeva arrivare a tanto - pensare che una norma, il cui campo di operatività è espressamente limitato al concordato preventivo e all'accordo di ristrutturazione dei debiti, possa oltrepassare questi confini; anche perché, se fosse vero che il credito Iva dovrebbe essere trattato come una prededuzione ed essere egualmente integralmente soddisfatto, indipendentemente dalla sorte degli altri privilegiati di grado *potiore*, in tutte le procedure esecutive, concorsuali e non, si farebbe una inammissibile interpretazione (non più estensiva ma) analogica della norma eccezionale, che verrebbe applicata a fattispecie non regolamentate.

Se così è, deve concludersi che il procedimento previsto per ottenere la riduzione o la dilazione dei crediti tributari è utilizzabile soltanto nel concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti, ma questa limitazione della operatività della transazione fiscale soltanto in alcune procedure concorsuali e non in altre e non nella esecuzione individuale comporta inevitabilmente che si è in presenza di un istituto di carattere processuale, configurabile, come già detto, come parte della proposte presentate nelle procedure nelle quali opera e delle quali segue, quindi, le sorti. La collocazione della disposizione sulla intangibilità dell'Iva nell'art. 182 *ter* fa capire che la previsione del pagamento integrale del credito Iva non è una eccezione al sistema dell'ordine dei privilegi, ma una eccezione alla transigibilità dei crediti tributari, consentita nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti soltanto per alcuni tributi e per altri no.

Né può sottacersi che, se nelle procedure di concordato preventivo e nell'accordo di ristrutturazione dei debiti il debitore fosse obbligato al pagamento integrale dell'Iva anche in assenza della transazione fiscale (ma il discorso è più generale e riguarda anche la riduzione degli altri crediti tributari e previdenziali senza far ricorso alla transazione fiscale), si creerebbe una insanabile disparità di trattamento con le altre procedure perché in quelle diverse da quelle indicate il debitore potrebbe soddisfare tale credito anche in via parziale senza intaccare le posizioni degli altri creditori di grado anteriore; il che

finirebbe per pregiudicare lo stesso ricorso al concordato preventivo - che il legislatore ha, invece, inteso favorire con la norma in esame - risultando spesso più conveniente fallire e poi proporre un concordato fallimentare, piuttosto che ricorrere ad un concordato preventivo e pagare integralmente, anche se con dilazione, il credito Iva.

Né, a dire il vero, le argomentazioni più specifiche apportate dalla Corte riescono a superare questi ostacoli, perché esse ad un esame appena più approfondito mostrano la loro fragilità

Sostiene, infatti, la Corte che "non avrebbe alcuna giustificazione logica e che quindi non sia credibile che il legislatore abbia inteso lasciare alla scelta discrezionale del debitore assoggettarsi all'onere dell'integrale pagamento dell'Iva, imposta armonizzata a livello comunitario sulla cui gestione, si ribadisce, gli Stati non sono esenti da vincoli (31), optando per la transazione fiscale oppure avvalersi della possibilità di proporre un pagamento parziale decidendo per il concordato senza transazione e quindi rimanendo vincolato solo all'obbligo di pagare integralmente il debito nei limiti del valore dei beni sui quali grava la garanzia, peraltro spesso insussistenti come nel caso di imposta gravante sul valore della prestazione di servizi" (32).

Il fatto è che il legislatore non ha affatto lasciato al debitore la libertà di pagare o non l'Iva integralmente, ma la libertà di accedere o meno alla transazione fiscale, la cui facoltatività è propugnata dalla stessa Cassazione. È la transazione fiscale che costituisce lo strumento che permette al debitore concordatario di non pagare integralmente i debiti tributari (e previdenziali) ed il riferimento all'Iva nell'art. 182 *ter* ha lo scopo di escludere tale imposta dalla transazione decurtativa in considerazione pro-

Note:

(31) A questo punto la Cassazione richiama la Corte giustizia CE, sez. V, 11 dicembre 2008, n. 174, ma il richiamo non sembra pertinente perché con detta decisione si sanzionava la violazione, da parte dello Stato italiano, degli obblighi derivanti dalle disposizioni relative al sistema comune dell'Iva, per aver esteso con l'art. 2, comma 44, della L. n. 350/03, all'anno 2002 il condono fiscale previsto agli art. 8 e 9 della L. n. 289/02 e prevedendo di conseguenza una rinuncia generale e indiscriminata all'accertamento delle operazioni imponibili effettuate nel corso del periodo di imposta relativo all'anno 2002.

(32) È evidente il lapsus in cui è caduta la Corte quando dice che i beni sui quali grava la garanzia sono «spesso insussistenti come nel caso di imposta gravante sul valore della prestazione di servizi», con evidente riferimento al credito per Iva di rivalsa di cui al secondo comma dell'art. 2758 c.c., che gode di un privilegio speciale di settimo grado, nel mentre nella specie si sta trattando dei crediti dello Stato per Iva di cui al secondo comma dell'art. 2752 c.c., che godono del privilegio generale di grado 19.

prio della sua natura comunitaria, di modo che l'Iva non può formare oggetto di transazione come gli altri crediti tributari e, quindi, non può essere pagata parzialmente, ma (al massimo) può esserne dilazionato il pagamento.

Quando, invece, non vi è ricorso alla transazione fiscale vale la normativa generale che non ammette l'alterazione dell'ordine delle cause di prelazione, così come accade nella liquidazione fallimentare o nel concordato fallimentare, ove non è previsto il ricorso alla transazione fiscale e il credito Iva va sempre pagato nei limiti della capienza.

Non bisogna, allora, partire dal principio della inderogabilità del pagamento integrale dell'Iva in quanto imposta armonizzata a livello comunitario per affermare che il legislatore non può aver violato questo principio lasciando al debitore la possibilità del pagamento parziale (in tal caso bisognerebbe spiegare come mai lo stesso criterio non vale in tutte le procedure), ma prendere atto che nel nostro sistema vige il principio generale della inalterabilità della graduazione delle cause di prelazione, secondo il quale - tra l'altro - non si può pagare un creditore di grado inferiore se non si pagano integralmente quelli di grado anteriore. La deroga a questo criterio può essere apportata soltanto attraverso la transazione fiscale nell'ambito della quale l'art. 182 *ter*, come eccezione all'eccezione della transigibilità dei crediti tributari, considera non transigibile il credito Iva; in mancanza di transazione, il credito Iva, in quanto privilegiato, va pagato per intero solo se le disponibilità residue, dopo la soddisfazione integrale dei creditori con collocazione precedente, lo consentono, secondo quanto stabilito dall'art. 160, comma secondo.

Afferma ancora la Corte che il vincolo del rispetto del grado di rilevanza attribuito dal legislatore ai diversi crediti in ragione del valore sociale della loro causa "non astringe il legislatore che può, come nella fattispecie e per cause discrezionalmente individuate, attribuire un trattamento particolare a determinati crediti come avviene per la prededuzione, senza che ciò incida automaticamente sul trattamento degli altri. Diversamente opinando, tra l'altro, si dovrebbe attribuire al legislatore se non l'intento quantomeno l'accettazione del rischio di rendere in molti casi sostanzialmente inattuabile il percorso concordatario in quanto, tenuto conto del basso grado di privilegio dell'Iva, la necessità di proporre l'integrale pagamento comporterebbe l'analoga necessità per tutti i crediti privilegiati, anche non tributari, rendendo oltretutto priva di contenuto la stessa transazione fiscale".

Non vi è dubbio che il legislatore avrebbe potuto attribuire un trattamento preferenziale a determinati crediti, posto che i privilegi hanno tutti origine legale in ragione della causa del credito o attribuire la prededuzione ad un credito già privilegiato, ritenendo che quel credito debba avere una maggiore tutela, ma quello che non si capisce è come mai il legislatore, che ha assegnato al credito Iva il grado diciannovesimo, per incrementare le possibilità di pagamento invece di mutare il grado di privilegio o disporre addirittura la prededucibilità, inserisca, nell'articolo dedicato alla transazione fiscale nel concordato, una norma che non consente la falciatura del credito Iva.

Il legislatore, nella sua libertà, ha effettivamente modificato i principi della responsabilità patrimoniale, ma lo ha fatto introducendo l'istituto della transazione fiscale con l'art. 182 *ter*; ciò che si contesta non è la libertà del legislatore, ma l'estensione di tale norma oltre i confini della transazione, che è frutto di una interpretazione estensiva di una norma eccezionale ben oltre il limite segnato dalla sua formulazione testuale, dalla sua collocazione toponomastica e dalla sua finalità.

Sono gli effetti che la transazione comporta in sinallagma con il sacrificio che essa richiede che giustificano l'applicazione dei principi dettati dall'art. 182 *ter*, come del resto finisce per riconoscere implicitamente la Corte lì dove, nel dire che il credito Iva va pagato per intero anche nell'ambito del concordato senza transazione fiscale, aggiunge che "resta ferma la facoltà del contribuente di opporsi alla stessa, così che è solo l'imposta definitivamente accertata che è soggetta al vincolo richiamato". Proprio questo passaggio fa capire come in tanto si può pagare per intero il credito Iva in quanto lo stesso sia definito attraverso la transazione fiscale, perché il pagamento integrale è incompatibile con la permanenza della controversia in quanto bisognerebbe comunque attendere la fine della stessa per quantificare il credito da saldare.

In conclusione, ritengo che il ricorso alla transazione fiscale è facoltativo nel senso che il debitore che propone un concordato preventivo o un accordo di ristrutturazione può servirsene o meno (la transazione, cioè, non è un requisito di ammissibilità), ma è obbligatorio per ottenere la decurtazione dei crediti per contributi e per tributi amministrati dalle Agenzie fiscali o la dilazione del credito Iva; in mancanza della transazione, detti crediti saranno trattati nelle citate procedure come crediti privilegiati o chirografari secondo il rango attribuito.

In itinere: novità giurisprudenziali

a cura di **Massimo Ferro**

Fallimento

ONERE DELLA PROVA DEI REQUISITI SOGGETTIVI
DELLA FALLIBILITÀ E INDAGINE OFFICIOSA

Cassazione, Sez. VI, 16 febbraio 2012, n. 2290b - Pres. Salmé - Est. Ragonesi - Comael S.r.l. c. Fall. F.Ili Comael S.r.l., Fondiaria Sai S.p.a.

(legge fallimentare artt. 1, 15, 18; cod. civ. art. 2697)

Il novellato art. 1 l.fall. pone a **carico del debitore** l'onere di **provare di essere esente dal fallimento**, dunque gravandolo della dimostrazione del mancato superamento congiunto dei limiti-soglia di cui al secondo comma. Ne consegue che la stessa **istruzione officiosa**, residua dopo la venuta meno dell'iniziativa di apertura del procedimento in capo al tribunale, pur comprendendo poteri penetranti - come le informazioni urgenti di cui all'art. 15, comma 4, l.fall., la valutazione dei ricavi lordi in qualunque modo risultino e il ricorso a mezzi di prova d'ufficio nel giudizio di reclamo ex art. 18 l.fall. - resta ancorata ai **fatti oggetto delle allegazioni difensive** delle parti. Si tratta di un **ruolo di supplenza** che, così delimitato, non è rimesso a presupposti vincolanti, ma rinvia ad una valutazione del giudice di merito in tema di incompletezza del materiale probatorio, scelta di quello utile alla definizione dell'istruttoria e concreta acquisibilità e rilevanza decisoria. Tale discrezionalità non è sindacabile in sede di legittimità nel caso, ben deciso dalla Corte d'appello di Catanzaro, in cui la società ricorrente non aveva specificato quale attività inquisitoria fosse stata richiesta o allegata come necessaria.

PRIVILEGIO SULLE SPESE LEGALI E PRESTAZIONI SINGOLE
NEL BIENNIO

@ Cassazione, Sez. VI, 20 febbraio 2012, n. 2446 - Pres. Plenteda - Est. Zanichelli - Calvino c. Fall. Murer Italia S.r.l.

(cod. civ. art. 2751 bis)

Il **privilegio generale sui beni mobili**, spettante al **professionista** per i crediti retributivi degli **ultimi due anni** delle sue prestazioni, va accordato avuto riguardo al **momento in cui sono chiesti o debbono essere determinati gli onorari**, anche se si riferiscono ad attività svolte oltre il biennio. Tale principio deve però essere correlato all'altro, per cui **non tutto il credito** del professionista è assistito dalla causa di prelazione citata, bensì **le singole prestazioni professionali** (nella vicenda, tra avvocato e cliente): né sussiste unicità della prestazione - di complessiva consulenza pregiudiziale e poi assistenza nel processo - solo in virtù dell'unitarietà letterata d'incarico, che semmai attiene alle modalità di pa-

gamento del dovuto. La individuazione giuridica dell'attività professionale dell'ultimo biennio è dunque solo quella **prestata nello specifico segmento procedurale** valutabile in modo autonomo e generatore di un diritto al corrispettivo.

PAGAMENTO DA PARTE DEL COOBLIGATO DOPO
IL FALLIMENTO ED AMMISSIONE AL PASSIVO
PER LA AZIONE DI RIVALSA

@ Cassazione, Sez. I, 1 marzo 2012, n. 3216 - Pres. Proto - Rel. Mercolino - Stupino c. Banca AntonVeneta S.p.a.

(legge fallimentare artt. 61, 62; cod. civ. artt. 1203, 1949, 1950)

Il principio di **crystalizzazione della massa passiva** non è di ostacolo a che il credito, di **surrogazione** o di **regresso**, spettante al coobbligato solidale che abbia **pagato il creditore del fallito successivamente** alla dichiarazione di fallimento, **si sostituisca a quello già insinuato** (o che si sarebbe potuto insinuare), poiché il pagamento funge da causa estintiva del credito vantato dal creditore principale verso il fallito e dunque escludendosi ogni duplicazioni di crediti al passivo. Tale affermazione, precisa la Prima Sezione civile, se si accompagna alla non necessità che il coobbligato debba far valere il credito con riserva, potendo invece **insinuarsi in via tempestiva o tardiva**, va però delimitata avendo riguardo alla regola speciale dell'art. 61, comma 2, l.fall che, dettata per il regresso tra coobbligati falliti, in realtà opera anche per l'azione - di regresso o di surrogazione - esercitata verso il fallito **da un coobbligato in bonis** e purché il **creditore comune sia stato soddisfatto per intero**. Si tratta invero di una regola rafforzativa della **tutela apprestata al creditore del fallito**, al quale sono inopponibili, nei detti limiti, i pagamenti parziali ricevuti, ciò che conta essendo non tanto che il coobbligato abbia assolto alla sua obbligazione, quanto piuttosto che sia stata estinta soddisfattivamente quella del creditore concorsuale, solo così evitandosi duplicazioni di crediti ed accantonamenti. In parallelo, al **coobbligato che abbia pagato** per intero **non** spetta di per sé - cioè senza la condizione dell'art. 61 cit. - la **legittimazione ad impugnare l'ammissione al passivo del creditore comune**, avendo tale provvedimento efficacia solo endofallimentare e mirando il rimedio di cui al (vecchio) art. 100 l.fall. a rimuovere creditori concorrenti sull'attivo per un accrescimento della misura del dividendo fallimentare.

RECLAMO AVVERSO LA DICHIARAZIONE DI FALLIMENTO
ED ONERI PROBATORI: IL DEPOSITO DEL BILANCIO

Cassazione, Sez. I, 1 marzo 2012, n. 3228 - Pres. Vitrone - Est. Ragonesi - Fall. Panificio Spiga S.n.c. c. Panificio Spiga S.n.c., OCRI S.r.l.

(legge fallimentare artt. 1, 15, 18)

Pur essendo ammissibile, per l'**effetto devolutivo pieno del reclamo** ex art. 18 l.fall., che il debitore di cui si chiede il fallimento possa difendersi per la prima volta deducendo in sede di giudizio avanti alla corte d'appello mezzi di prova prima non proposti, al fine di dimostrare la sussistenza dei limiti dimensionali di cui all'art. 1, secondo comma, l.fall., occorre però provare il **possesso congiunto di tali condizioni esonerative**. Tale onere della prova, ricadente sul debitore, va assolto tipicamente mediante il **deposito**, posto dall'art. 15, quarto comma, l.fall., dei **bilanci relativi agli ultimi tre esercizi** e della situazione patrimoniale aggiornata: non si tratta di una prova legale, ma nemmeno è possibile prescindere, risolvendosi così la relativa mancata produzione in danno del debitore, sempre che da altri elementi non risultino le medesime circostanze negative. Nella vicenda, il giudice di merito aveva assegnato pari valore alle **dichiarazioni dei redditi**, che hanno invece mero significato indiziario e non indicano, come invece i bilanci, i profitti e le perdite della società, e nemmeno i ricavi e i debiti, quali richiesti dalle lettere a), b) e c) del secondo comma dell'art. 1 l.fall.

LEGITTIMATI PASSIVI NEL GIUDIZIO DI RECLAMO AVVERSO
LA SENTENZA DI FALLIMENTO DI SOCIETÀ OGGETTO
DI FUSIONE PER INCORPORAZIONE

Cassazione, Sez. I, 16 febbraio 2012, n. 2281 - Pres. Plenteda - Rel. Di Virgilio - Fall. Electra 2003 S.r.l. c. Turcato, Matel Verona S.p.a.

(legge fallimentare artt. 15, 18; cod. civ. art. 2475 bis, 2495, 2504 bis)

Completatasi la **fusione (transfrontaliera)** di una società italiana in altra statunitense per **incorporazione** nella seconda, con formalità esaurite prima del fallimento e comunque prima del reclamo attivato ex art. 18 l.fall. dal già amministratore della società, ai sensi del sesto comma dell'art. cit. occorre che sia chiamato **nel giudizio il debitore**, a tale soggetto estendendosi la nozione di "parti" ivi contemplata. Nella specie, avanti alla Corte d'appello di Venezia sono stati "parti" solo il curatore ed il creditore istante, con ciò svolgendosi un **contraddittorio non integro**, da individuarsi mancato in capo alla società incorporante, quale nuovo "debitore" che ha assunto i diritti e gli obblighi della società fusa.

NATURA DELL'IPOTECA FISCALE AI FINI DELLA REVOCABILITÀ

Cassazione, Sez. I, 1 marzo 2012, n. 3232 - Pres. Fioretti - Est. Piccininni - Equitalia Romagna S.p.a. c. Fall. Calzaturificio Galassi Giorgia

Cassazione, Sez. I, 5 marzo 2012, n. 3397 - Pres. Fioretti - Est. Piccininni - Equitalia Romagna S.p.a. c. Fall. Costruzioni Nolo 2000 S.r.l.

(legge fallimentare art. 67; cod. civ. artt. 2817, 2818, 2821; D.P.R. 29 settembre 1972, n. 602, art. 77)

L'**iscrizione di ipoteca ai sensi dell'art. 77 del D.P.R. n. 602 del 1973, in base al ruolo** e sugli immobili del debitore, **sfugge** alla qualificazione alternativa codicistica siccome giudiziale o volontaria e, come tale, si sottrae al **regime della revocabilità** ex art. 67, primo comma, n. 4 l.fall. che vale

appunto per tali soli casi. Cassando il decreto del Tribunale di Forlì, che ne aveva affermato l'assimilazione alle ipoteche giudiziali ex art. 2818 c.c., la S.C. **nega** che l'istituto sia sovrapponibile ai casi di **ipoteca legale** di cui all'art. 2817 c.c., perché manca un automatismo su specifici beni immobili oggetto di negoziazione (con oggetto predeterminato e senza sollecitazione di parte). Ma sono assenti anche i presupposti, erroneamente affermati nel diniego di collocazione del credito con la prelazione richiesta dal concessionario, dell'**ipoteca giudiziale**, poiché la richiesta di iscrizione non si fonda su un provvedimento giudiziale, bensì su un provvedimento amministrativo. La conseguente **autonomia** che ne discende si correla altresì alla particolarità del credito fatto valere ed alla **disciplina di favore per il creditore**, che non ha necessità di vaglio giudiziale del ruolo, né di contraddittorio.

FINANZIAMENTI DEI SOCI ED AMMISSIONE AL PASSIVO

Cassazione, Sez. I, 1 marzo 2012, n. 3233 - Pres. Fioretti - Est. Piccininni - Fall. Edil Europe S.r.l. c. Cuch

(legge fallimentare artt. 99; cod. civ. artt. 2709, 2729)

Il rinvenimento nelle scritture contabili della **annotazioni dei versamenti da parte del socio**, pur implicando un valore indiziario ai fini dell'ammissione al passivo del relativo credito, **non esaurisce la prova** del medesimo: una collocazione utile al passivo, di per sé, violerebbe invero il principio per cui, ex art. 2709 c.c., il curatore è terzo rispetto al fallito e le scritture contabili di questi non fanno piena prova verso l'organo concorsuale. La citata **insufficienza** giustifica dunque la cassazione con rinvio perché il giudice del merito riverifichi quali ulteriori elementi suffraghino eventualmente la domanda.

PREDEDUZIONE E CREDITO DEL SUBAPPALTATORE

Cassazione, Sez. I, 5 marzo 2012, n. 3402 - Pres. Fioretti - Est. Cultrera - Sotel S.r.l. c. Fall. Enterprise digital architects S.p.a. in liquidazione

(legge fallimentare artt. 98, 111; D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, art. 118)

La nuova nozione di credito prededotto, qualità assegnabile anche al **credito sorto in occasione o in funzione** della procedura concorsuale ai sensi dell'art.111, secondo comma, l.fall., al di fuori dei casi di obbligazione contratta direttamente da parte degli organi, esige un **nesso tra l'insorgere del credito e gli scopi della procedura**, così da porsi in termini **strumentali** per stabilizzare il rapporto tra terzo e organo (nella specie, fallimentare) e al contempo per rispondere, con il pagamento del credito ancorché concorsuale, ad uno scopo della procedura stessa, per la sua **coerenza agli interessi della massa**. Così, se la disciplina pubblicistica degli appalti, ex art. 118, terzo comma del relativo codice (del D.Lgs. n. 163 del 2006), **sospende i pagamenti maturati, in favore dell'appaltatore e dovuti dalla stazione appaltante**, se non siano state trasmesse a quest'ultima, entro 20 giorni dalla ricezione dell'avvenuto saldo, le fatture quietanzate dal subappaltatore, ciò implica che il pagamento in favore di quest'ultimo è una **condizione di procedibilità per la riscossione del credito dell'appaltatore**. Se perciò quest'ultimo fallisce e voglia riscuotere il corrispettivo dell'appalto, nell'interesse della massa, deve dar corso al paga-

mento verso il subappaltatore determinandone le condizioni, dunque **ammettendo il relativo credito** non, come avvenuto da parte del Tribunale di Roma, in chirografo, bensì **in prededuzione**. Tale obbligazione, per questa via, interferisce con l'amministrazione fallimentare, implicando che il relativo pagamento assuma la funzionalità che ne fonda la prevedibilità.

VECCHI CONCORDATI FALLIMENTARI E RISOLUZIONE

Cassazione, Sez. VI, 22 febbraio 2012, n. 2672 - Pres. Plenteda - Est. Zanichelli - Sternativo c. Fall. Sternativo

(legge fallimentare art. 137; D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, art. 22)

La nuova disciplina dell'art. 137 l.fall. si applica anche alle fattispecie di **risoluzione del concordato** che siano **attivate dopo** l'entrata in vigore della riforma: l'art. 22 del d.lgs. n. 169 del 2007, nel dichiarare applicabili le nuove norme alle procedure di concordato fallimentare aperte successivamente alla sua entrata in vigore, si riferisce ai procedimenti che vengono definiti con il provvedimento di omologazione e non all'**autonoma fase della risoluzione**, per la quale si applica il comune principio del *tempus regit actum*. Omologato il concordato nel 2004 e richiestane la risoluzione nel 2009 da parte del curatore, tale iniziativa è stata dunque ritenuta carente di legittimazione, tant'è che la stessa S.C. ha rilevato d'ufficio l'illegittimità della risoluzione ciononostante pronunciata dal Tribunale di Brindisi, in difetto di apposita domanda di un creditore.

CONCORDATO PREVENTIVO

AFFITTO D'AZIENDA E PRELAZIONE IN CASO DI VENDITA COATTIVA

Cassazione, Sez. I, 1 marzo 2012, n. 3225 - Pres. Plenteda - Est. Cultrera - Leonmobili S.r.l. c. Ianus S.r.l., INES in conc. prev. S.p.a.

(legge fallimentare artt. 26,104 bis; cod. civ. art. 2112; legge 23 luglio 1991, n. 223, art. 3; legge 20 maggio 1970, n. 300, art. 28)

Il **diritto di prelazione** previsto dall'art. 3 della L. n. 223 del 1991 in favore dell'imprenditore che a titolo di affitto assume la gestione anche parziale di aziende ed imprese in procedure concorsuali (nella specie, in concordato), si correla all'**occupazione** nel minimo di **15 dipendenti**, da continuarsi in tal modo da parte dell'affittuario, così da evitare l'esborso diretto da parte dello Stato delle provvidenze di carattere sociale, quali la CIGS; tale diritto va invece escluso quando, come nella specie erroneamente sottovalutato dal Tribunale di Bari, manchino nell'impresa insolvente i citati **limiti dimensionali** al fine di beneficiare della cassa integrazione. **Non** assumono inoltre alcuna valenza né la stipula del contratto con una **clausola espressa di non subentro** negli (originari) otto rapporti di lavoro (in capo alla società debitrice), né la circostanza per cui all'epoca del contratto i dipendenti licenziati - ingiustamente ex art. 28 della L. n. 300 del 1970 - fossero stati riassunti su ordine del giudice del lavoro e reintegrati in servizio, ciò che

conta essendo solo il fatto in sé della occupazione nel predetto limite minimo.

RECLAMO AUTONOMO AVVERSO IL DECRETO DI ANNULLAMENTO

Cassazione, Sez. VI, 22 febbraio 2012, n. 2671 - Pres. Plenteda - Est. Zanichelli - Spinelli Trasporti S.r.l. c. Fall. Spinelli Trasporti S.r.l., Shell Italia S.p.a.

(legge fallimentare artt. 138, 180, 186)

Il richiamo che il legislatore, in tema di **annullamento del concordato preventivo**, indica all'art. 186 l.fall. verso la disciplina dell'annullamento del **concordato fallimentare**, fa salva la relazione di **compatibilità** che, per l'ipotesi, implica l'adozione di un provvedimento simile a quelli da adottarsi allorché il concordato preventivo si interrompa, e cioè un **decreto** da emettersi **in via autonoma**, cui può solo aggiungersi in termini eventuali, se ne sussistono i presupposti sostanziali (insolvenza) e processuali (istanza di parte), la sentenza di fallimento. Se pertanto il decreto di annullamento è emesso a parte rispetto alla contestuale sentenza di fallimento - applicando analogicamente l'art. 180, ultimo comma, l.fall. - esso non è autonomamente impugnabile, poiché tale impugnazione dev'essere sorretta dal necessario interesse: il suo eventuale accoglimento non produrrebbe altrimenti alcuna conseguenza sulla validità e l'efficacia della sentenza di fallimento, da revocarsi all'esito di specifico reclamo. Eventuali **motivi di doglianza** vanno dunque **fatti valere unitariamente**, stante la pregiudizialità di essi rispetto alle motivazioni inerenti ai presupposti, che pure si vogliono contestare, della fallibilità. Il che determina l'inammissibilità del reclamo proposto avverso il solo decreto di annullamento.

AMMINISTRAZIONE STRAORDINARIA

SUBENTRO NEI CONTRATTI PENDENTI E SCADENZA NATURALE DEL CONTRATTO

Cassazione, Sez. I, 23 febbraio 2012, n. 2762 - Pres. Plenteda - Est. Zanichelli - BBS Riva S.p.a. in a.str. c. BNP Paribas Leasegroup S.p.a.

(legge fallimentare art. 72; D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270, artt. 50, 51)

Il regime legale dei rapporti pendenti, nell'amministrazione straordinaria, è quello dell'**automatica prosecuzione**, salva la facoltà per il commissario - ai sensi dell'art. 50 del D.Lgs. n. 270/99 - di sciogliersi se nel caso concreto l'utilità proveniente da quel contatto non sia condivisa. Ma il **presupposto implicito** della continuazione è che nel frattempo il **contratto non sia pervenuto alla sua naturale scadenza**: se dunque il commissario non esercita, come nella specie, l'opzione di acquisto di un bene in leasing manifestando la volontà di riscatto prima del termine contrattuale, cessa ogni vincolo tra le parti e scatta l'obbligo per l'utilizzatore, come correttamente disposto dal Tribunale di Ferrara, di restituire i beni. **Non** si ha invero alcuna **proroga ex lege** della durata del contratto, fino alla decisione del commissario straordinario, sol perché l'impresa entra in amministrazione straordinaria.

LIQUIDAZIONE COATTA AMMINISTRATIVA

MUTUO FONDIARIO ED INSINUAZIONE AL PASSIVO

Cassazione, Sez. I, 23 febbraio 2012, n. 2761 - Pres. Plenteda - Est. Zanichelli - Mancini c. Coop. Filippo Alberghina S.c.a r.l.

(legge fallimentare art. 209; cod. civ. artt. 2770, 2855; D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, art. 41)

L'assegnatario di immobile da parte di una cooperativa, surrogatosi nella posizione della banca a sua volta creditrice ipotecaria della cooperativa per **mutuo fondiario**, grazie alla tacitazione della banca al fine di ottenere la cancellazione dell'ipoteca gravante sul bene e poi **precedente con pigno-**

ramento, a fronte della ammissione al passivo della cooperativa entrata in liquidazione coatta amministrativa, deve insinuare al passivo della stessa ogni credito che ritenga di vantare a titolo ipotecario. Ciò vale per il riconoscimento degli **interessi corrispettivi** derivanti dal mutuo e le **spese del pignoramento**, oltre che per quelle della cancellazione del gravame e la surroga: così, se la clausola del contratto di mutuo nulla disponeva al riguardo, trova applicazione l'art. 2855 c.c., per cui le **maggiori spese giudiziali** vanno collocate nel grado dell'iscrizione ipotecaria e del pignoramento, ma solo se oggetto di patto espresso; del pari, le **spese per il pignoramento** ex art. 2770 c.c. sono dovute in privilegio se è provato che lo stesso abbia avuto forza conservativa, per essere stato il primo, dunque nell'interesse comune dei creditori e in ogni caso limitatamente all'atto di pignoramento in sé, non ai suoi atti preparatori.

LIBRI

COLLANA: Diritto e processo penale oggi

Diretta da F. Palazzo e G. Spangher

Il riesame delle misure cautelari personali

di Elvira, Nadia La Rocca

Il volume offre una visione pratica dell'**azione impugnatoria** esperibile attraverso il **riesame**.

Nel contempo, vengono illustrate le modalità di funzionamento e di disciplina del procedimento di controllo, anche alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale, mettendo in luce tutte le potenzialità di tutela per la posizione dell'imputato o indagato che l'istituto possiede, se adeguatamente utilizzato dal tecnico difensore.

Oltre che all'analisi dei concetti di "**gravità indiziaria**" ed "**esigenza di cautela**", l'indagine si estende a tutte le questioni che possono sollevarsi in sede di controllo del titolo custodiale: da quelle di **competenza** a quelle sulla **qualificazione giuridica del fatto-reato**, passando per la prospettazione di tutte le soluzioni interpretative necessarie per il concreto ed effettivo **esercizio dei diritti di difesa** anche in considerazione della fase

processuale in cui interviene la misura cautelare (si pensi alle problematiche del nuovo giudizio immediato c.d. "custodiale", alle procedure di estradizione e mandato d'arresto europeo).

L'opera, dal **taglio pratico** nei contenuti e nella struttura, è l'unica nel panorama editoriale italiano ad affrontare in modo **specifico, aggiornato e completo** l'argomento e rappresenta un **indispensabile strumento di lavoro** per gli **operatori del diritto**.

Ipsoa 2012, Pagg. 256, Euro 29,00

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>



Esdebitazione

Ancora sulla disciplina transitoria dell'esdebitazione

Corte Costituzionale 7 marzo 2012, n. 49, ord. - Pres. Quaranta - Rel. Napolitano

*Fallimento - Cessazione - Esdebitazione - Limite temporale - Questione di legittimità costituzionale - Manifesta infondatezza**(Costituzione art. 3; D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, artt. 19, 22 comma 4; D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5)*

È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 19 e 22, comma 4, del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5 bis e 6, della L. 14 maggio 2005, n. 80), sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, sia sotto il duplice profilo della irragionevolezza intrinseca della limitazione temporale della possibilità di beneficiare della disciplina in tema di esdebitazione, sia della disparità di trattamento fra soggetti che, in funzione della sola circostanza della attualità o meno ad una certa data della pendenza della procedura fallimentare loro pertinente, sono, o non sono, ammessi al predetto beneficio. *

La Corte (omissis).

nel giudizio di legittimità costituzionale degli articoli 19 e 22, comma 4, del decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169 (Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis e 6, della L. 14 maggio 2005, n. 80), promosso dal Tribunale ordinario di Alessandria sull'istanza promossa da Cervetti Carlo & c. S.a.s., con ordinanza del 23 settembre 2009 iscritta al n. 190 del registro ordinanze 2011, e pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* della Repubblica n. 41, prima serie speciale, dell'anno 2011. Udito nella camera di consiglio del 15 febbraio 2012 il Giudice relatore Paolo Maria Napolitano.

Ritenuto che con ordinanza depositata in data 23 settembre 2009, il Tribunale ordinario di Alessandria ha sollevato, con riferimento all'articolo 3 della Costituzione, questione di legittimità costituzionale degli articoli 19 e 22, comma 4, del decreto legislativo 12 settembre 2007, n. 169 (Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al decreto legislativo 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis e 6, della L. 14 maggio 2005, n. 80), in quanto non prevedono la applicazione delle disposizioni in tema di esdebitazione anche alle procedure di fallimento chiuse prima della entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2006; che il rimettente riferisce di essere chiamato a decidere sulla istanza di esdebitazione presentata da una persona fisica, socio illimitatamente responsabile di una società

in accomandita semplice dichiarata fallita, unitamente all'istante, nel 1994 ed il cui fallimento è stato chiuso con decreto del 30 aprile 2003;

che, ad avviso del rimettente, la questione è rilevante nel giudizio *a quo*, in quanto, vigendo la attuale legislazione, il relativo ricorso introduttivo dovrebbe essere dichiarato inammissibile, là dove, in caso di accoglimento dell'incidente di legittimità costituzionale, il medesimo sarebbe suscettibile di essere esaminato nel merito;

che il Tribunale di Alessandria precisa, altresì, che, ad un esame deliberativo, la pretesa del ricorrente non appare manifestamente infondata, rilevando, in particolare, che, in linea di principio, non è ostativo all'accoglimento della istanza il fatto che essa sia stata proposta dal socio illimitatamente responsabile coinvolto nel fallimento della società di persone da lui partecipata; che non emergerebbero gli elementi ostativi di cui al primo comma dell'art. 142 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa); che, infine, secondo un orientamento giurisprudenziale cui lo stesso rimettente ritiene di aderire, l'accoglimento della istanza non deve essere subordinato al fatto che tutti i creditori concorsuali siano stati, ancorché in parte, soddisfatti, essendo sufficiente che ciò sia avvenuto anche soltanto per alcuni di essi, circostanza questa verificatasi nel caso di specie;

Nota:

* Nello stesso senso si veda Corte cost. 24 febbraio 2010, n. 61, in questa *Rivista*, 2010, 785, con commento di E. Bruschetta. Si veda altresì G. Pellizzoni, in questo stesso fascicolo, 479.

che, tanto rilevato, il rimettente ritiene che le disposizioni censurate, che prevedono una limitata retroattività della nuova disciplina, anche se emanate nel chiaro intento di eliminare l'inapplicabilità della normativa in materia di esdebitazione alle procedure aperte prima del 16 luglio 2006, realizzano, però, una più manifesta disparità di trattamento, posto che ad esse consegue che quanti sono stati dichiarati falliti prima della predetta data sono ammessi alla esdebitazione solo se alla medesima data la relativa procedura fallimentare era ancora pendente; che, quanto alla non manifesta infondatezza, il rimettente rileva che le finalità della introduzione dell'istituto della esdebitazione del fallito sono dupplici: da una parte premiare il debitore collaborativo, dall'altra incentivare la celere ripresa della attività produttiva; che, prosegue il rimettente, rispetto a dette finalità sarebbe incongrua la esclusione o la ammissione al beneficio in funzione della avvenuta chiusura o meno della procedura alla data della entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2006; che, in particolare, quanto alla prima finalità, si avrebbe persino l'effetto paradossale di pregiudicare il debitore che, con la sua condotta collaborativa, abbia consentito una più celere definizione della procedura fallimentare, tale da consentirne la chiusura prima del 16 luglio 2006, e, quanto alla seconda, sarebbe controproducente non consentire di godere della agevolazione a chi sia da più tempo rientrato *in bonis*;

che, aggiunge il rimettente, le disposizioni sarebbero, comunque, prive di ragionevolezza in quanto, rispetto a due soggetti dichiarati falliti nello stesso tempo, riservano, senza alcuna giustificazione, un trattamento peggiore a quello la cui procedura, svoltasi con maggiore celerità, si è chiusa prima del 16 luglio 2006, laddove l'interesse pubblico è, invece, quello di definire rapidamente le procedure concorsuali;

che non risulta essere intervenuto nel giudizio di legittimità costituzionale il Presidente del Consiglio dei ministri.

Considerato che il Tribunale ordinario di Alessandria dubita, in riferimento all'articolo 3 della Costituzione, della legittimità costituzionale degli articoli 19 e 22, comma 4, del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (Disposizioni integrative e correttive al R.D. 16 marzo 1942, n. 267, nonché al D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5-bis e 6, della L. 14 maggio 2005, n. 80);

che, ad avviso del rimettente le due disposizioni sopraindicate violerebbero l'art. 3 Cost., in quanto, fermi restando i requisiti e le altre condizioni indicate dall'art. 142 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (Disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa), escludono dalla possibilità di godere del beneficio della esdebitazione i soggetti dichiarati falliti per i quali sia intervenuto provvedimento di chiusura del fallimento prima del 16 luglio 2006, data di entrata in vigore del D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali a norma dell'art. 1, comma 5, della L. 14 maggio 2005, n. 80);

che tale esclusione comporterebbe una ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla disciplina applicabile

a chi può accedere al beneficio in questione, in virtù del solo fatto che la procedura fallimentare, a lui pertinente, fosse ancora aperta alla predetta data ed ancorché - essendo questi stato dichiarato fallito prima della entrata in vigore del citato D.Lgs. n. 5 del 2006 - si continuino ad applicare nei suoi confronti le disposizioni originariamente contenute nel regio decreto n. 267 del 1942; che sarebbe, altresì, irragionevole fare dipendere la possibilità di accedere o meno alla esdebitazione da fattori casuali e non riferibili alla condotta del fallito, anzi pregiudicando la posizione di chi abbia consentito una più celere definizione della procedura;

che la questione, quanto alla violazione dell'art. 3 Cost. - ipotizzata dal rimettente sotto il duplice versante sia della irragionevolezza intrinseca della limitazione temporale della possibilità di beneficiare della disciplina in tema di esdebitazione sia della disparità di trattamento fra soggetti che, in funzione della sola circostanza della attualità o meno ad una certa data della pendenza della procedura fallimentare loro pertinente, sono, o non sono, ammessi al predetto beneficio - è manifestamente infondata;

che analoga questione, già sollevata in passato dal medesimo rimettente, è stata definita con ordinanza di manifesta infondatezza (ordinanza n. 61 del 2010);

che gli argomenti a suo tempo spesi da questa Corte appaiono tuttora pienamente validi;

che in particolare, con specifico riferimento alla dedotta disparità di trattamento, il rimettente omette di considerare che il criterio di discriminare nella applicazione di diverse discipline normative basato su dati cronologici non può dirsi, a meno che non sia affetto da manifesta arbitrarietà intrinseca, fonte di ingiustificata disparità di trattamento, poiché, secondo la costante giurisprudenza di questa Corte, lo stesso naturale fluire del tempo è valido elemento diversificatore delle situazioni giuridiche (fra le ultime si vedano le sentenze n. 273 del 2011 e n. 197 del 2010 nonché le ordinanze n. 31 del 2011 e n. 61 del 2010);

che, per quanto attiene alla irragionevolezza della fissazione di un limite temporale alla possibilità di accedere al beneficio della esdebitazione - posto che l'unica alternativa possibile, onde non incorrere nella apposizione di termini ritenuti ingiustificati, sarebbe stata quella di estendere la applicabilità del beneficio a qualunque soggetto che, essendo stato dichiarato fallito, vi avesse interesse dopo la chiusura del fallimento - essa non è riscontrabile nella censurata scelta legislativa;

che, anzi, tale scelta appare coerente con la esigenza di compiere, al fine della concessione della esdebitazione, una serie di riscontri istruttori, volti alla verifica della effettiva meritevolezza del beneficio da parte del fallito, che ben difficilmente sarebbero possibili o, comunque, fonte di risultati attendibili, ove fossero svolti in relazione a procedure concorsuali la cui chiusura rimonti a periodi troppo risalenti nel tempo, rientrando, quindi, nella discrezionalità del legislatore la fissazione del detto limite temporale.

Visti gli artt. 26, secondo comma, della L. 11 marzo 1953, n. 87, e 9, comma 2, delle norme integrative per i giudizi davanti alla Corte costituzionale.

(omissis)

Aumento di capitale

Sottoscrizione dell'aumento di capitale e diritto del curatore di pretendere l'adempimento dei soci

Cassazione civile, Sez. I, 1° dicembre 2011, n. 25731 - Pres. Fioretti - Est. Zanichelli - P.M. Apice - C.M.S. S.p.a. fallita c. SIR S.r.l.

Fallimento - Dichiarazione - Soggetti - Società a responsabilità limitata - Versamenti dei soci - Duplice aumento di capitale

(legge fallimentare art. 150; cod. civ. art. 2438)

Nel contesto del fallimento di una S.p.a. e in presenza di due successivi aumenti di capitale, il giudice delegato può ingiungere ai soci sottoscrittori del secondo aumento di capitale di eseguire integralmente i versamenti ancora dovuti sulle azioni anche nel caso i versamenti relativi al primo aumento di capitale non siano stati integralmente effettuati, non potendosi ritenere illecita la seconda deliberazione di aumento di capitale in assenza di totale liberazione delle azioni rivenienti dal primo aumento di capitale, perché è la sola esecuzione della deliberazione di aumento del capitale subordinata alla liberazione delle azioni emesse in seguito a un precedente aumento di capitale e non già la mera deliberazione assembleare (massima non ufficiale).

La Corte (omissis).

I ricorsi principale e incidentale debbono essere riuniti in quanto proposti avverso la stessa sentenza.

Con il primo motivo del ricorso principale si contesta il principio applicato dalla Corte d'appello secondo il quale la mancata liberazione delle azioni emesse in occasione di una precedente delibera di aumento di capitale comporterebbe la nullità di quella concernente un ulteriore aumento che secondo la ricorrente sarebbe invece pienamente valida, dovendosi subordinare la sola esecuzione della delibera stessa all'integrale liberazione delle azioni in precedenza emesse.

La censura è fondata. La questione circa l'interpretazione dell'art. 2438 c.c. nella formulazione vigente *ratione temporis* secondo cui "non si possono emettere nuove azioni fino a che quelle emesse non siano interamente liberate" è stata oggetto di valutazioni diverse sia nella giurisprudenza di merito che in dottrina ma ritiene il Collegio che debba essere privilegiata quella secondo cui è la sola esecuzione della deliberazione di aumento del capitale a dover essere subordinata alla liberazione delle azioni emesse in seguito ad un precedente aumento e non già la mera deliberazione assembleare avente ad oggetto quello ulteriore.

Tale opzione interpretativa, che trova una prima confer-

ma già sul piano letterale della disposizione previgente in quanto il termine "emissione" si attaglia maggiormente alla fase della sottoscrizione e della attribuzione dei titoli che non a quella della deliberazione dell'aumento, nonché nella *ratio*, che è quella di evitare il ricorso ad ulteriori forme di finanziamento quando può essere utilizzato il capitale già giuridicamente disponibile, ne trova una ulteriore di decisivo spessore nella modifica dell'art. 2438 c.c. operata con il d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6.

La nuova formulazione, che chiarisce inequivocabilmente che è la sola esecuzione della delibera di aumento di capitale che non è consentita fino a quando le azioni in precedenza emesse non sono integralmente liberate, non può non essere vista che in un'angolazione di continuità con la precedente disciplina, e quindi in funzione sostanzialmente interpretativa, non essendovi alcun elemento sistematico che induca a ritenere che il legislatore abbia optato per un mutamento di regime e anzi dovendosi presumere, in difetto di precise diverse indicazioni ermeneutiche, che il medesimo, allorquando interviene modificando testi preesistenti con formulazioni non dissonanti, si muova per successivi affinamenti e integrazioni piuttosto che in un'ottica di discontinuità.

Esclusa dunque l'illiceità della delibera di aumento di capitale la successiva condotta degli amministratori della

C.M.S. S.p.a., che in violazione del divieto di emissione di nuove azioni in difetto di liberazione di quelle già emesse hanno dato corso alla sottoscrizione dell'aumento, non rende viziata quest'ultima, come dimostra la precisazione contenuta nella vigente formulazione secondo cui dalla condotta non conforme al precetto in questione deriva unicamente la responsabilità degli amministratori per danni eventualmente arrecati ai soci e ai terzi mentre restano salvi gli obblighi assunti con la sottoscrizione delle azioni, circostanza questa che esclude la valenza pubblicitica del divieto.

Ne consegue che l'obbligazione assunta dal dante causa della S.I.R. S.r.l. con la sottoscrizione dell'aumento è pienamente valida e si è trasferita a quest'ultima, acqui-

rente delle azioni non liberate, con conseguente diritto del curatore di pretenderne l'adempimento (art. 150 l.fall.).

La fondatezza del motivo comporta l'assorbimento di quelli ulteriori e anche del ricorso incidentale, dovendosi procedere a nuova statuizione sulle spese.

Il ricorso principale deve dunque essere accolto e cassata la sentenza impugnata.

Non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, la causa può essere decisa nel merito e pertanto rigettata l'opposizione al decreto ingiuntivo.

La novità della questione induce alla compensazione integrale tra le parti delle spese dell'intero giudizio. (Omissis.)

Aumento di capitale e precedente debito da conferimento nel fallimento delle società

di Valerio Sangiovanni

In merito al principio secondo cui non si può eseguire un aumento di capitale fino a quando non siano state interamente liberate le azioni precedentemente emesse la Corte statuisce che il divieto riguarda solo l'esecuzione dell'aumento di capitale e non la previa deliberazione assembleare, sicché la deliberazione deve reputarsi valida e vincolante per i soci che hanno sottoscritto le azioni offerte in sede di aumento. L'Autore condivide nella sostanza la massima della Cassazione, basata sul nuovo e chiaro testo dell'art. 2438 c.c., pur manifestando qualche perplessità rispetto alla *ratio* della disposizione e alla scelta di politica legislativa di consentire deliberazioni di aumento di capitale quando non sono state interamente liberate le azioni già in circolazione.

1. Fatti di causa e normativa di riferimento

Una volta dichiarato il fallimento di una società (1), il curatore si trova nella necessità di reperire i mezzi necessari a soddisfare i creditori sociali. Tali risorse sono rappresentate dal patrimonio della società, che si compone peraltro anche di crediti. Fra i crediti della società vanno elencati non solo i crediti nei confronti dei terzi, ma anche quelli nei confronti dei soci per i conferimenti promessi in sede di costituzione oppure di aumento del capitale ma non ancora integralmente effettuati. Nel caso di specie, la società fallita è una S.p.a., il cui curatore conviene in giudizio uno dei suoi soci, una S.r.l. Questa S.r.l. aveva acquistato azioni della S.p.a. dal suo precedente titolare, azioni che però non erano state integralmente liberate. La Corte di cassazione ritiene che la S.r.l. sia obbligata a liberare le azioni che il suo dante causa aveva sottoscritto senza pagare integralmente.

Le disposizioni al centro della sentenza in commento sono due, una di diritto societario (art. 2438 c.c.) e una di diritto fallimentare (art. 150 l.fall.). Della prima di tali norme la Corte di cassazione ha fat-

to applicazione nella versione vigente prima della riforma del diritto societario del 2003, la quale stabiliva che non si possono emettere nuove azioni fino a che quelle emesse non siano interamente liberate (2). L'art. 150 l.fall. prevede dal canto suo che

Note:

(1) In materia di fallimento delle società cfr., fra i molti, L. Abete, *Il fallimento delle società*, in *Dir. fall.*, 2001, I, 1134 ss.; E. Civera, *Fusione e fallimento della società incorporata: una storia infinita?*, in *Società*, 2011, 23 ss.; F. Fimmanò, *La responsabilità da abuso del dominio dell'ente pubblico in caso di insolvenza della società controllata*, in *Dir. fall.*, 2010, I, 724 ss.; V. Sangiovanni, *Obbligazioni e titoli di debito nel fallimento delle società*, in questa *Rivista*, 2010, 1229 ss.; F. Signorelli, *Società di fatto, holding e fallimento*, in questa *Rivista*, 2011, 567 ss.

(2) Siccome la sentenza della Corte di cassazione in commento si fonda sull'interpretazione dell'art. 2438 c.c. nella versione previgente e in quella attuale, è opportuno riprodurre i due testi per facilitare al cortese lettore il confronto fra i due dettati normativi. L'art. 2438 c.c. nella versione previgente recitava: «non si possono emettere nuove azioni fino a che quelle emesse non siano interamente liberate». La nuova versione dell'art. 2438 c.c. risulta sdoppiata in due commi, così formulati: «un aumento di capitale non può essere eseguito fino a che le azioni precedentemente emesse non siano interamente liberate. In caso di violazione del precedente comma, gli amministratori sono solidalmente responsabili per i danni arrecati ai soci ed ai terzi. Resta» (segue)

nel fallimento delle società con soci a responsabilità limitata il giudice delegato può, su proposta del curatore, ingiungere con decreto ai soci a responsabilità limitata e ai precedenti titolari delle quote o delle azioni di eseguire i versamenti ancora dovuti, quantunque non sia scaduto il termine per il pagamento. Il socio di S.p.a. risponde limitatamente al patrimonio della società e non può essere assoggettato a fallimento (3). Del patrimonio della società fanno però parte anche i crediti che la società vanta nei confronti dei soci. Di qui il potere-dovere del curatore di esigere che gli azionisti liberino le azioni che non sono state ancora integralmente pagate.

2. La capitalizzazione reale delle società e il rischio di fallimento

L'appropriata comprensione della sentenza della Corte di cassazione impone di esaminare sia i profili fallimentari sia quelli societari della fattispecie. Non possiamo esimerci da un seppur breve esame degli aspetti societari in quanto il corretto apprezzamento delle conseguenze fallimentari della non integrale liberazione delle azioni esige la previa analisi delle modalità operative di realizzazione degli aumenti di capitale. Inizieremo con l'esame dei profili societari, volendo rispettare la sequenza temporale degli eventi, che vede dapprima la costituzione di una società, dotata tuttavia di mezzi propri insufficienti (che non vengono forniti nemmeno in seguito a un posteriore aumento di capitale), e successivamente il fallimento della medesima, riconducibile anche alla sua sottocapitalizzazione. Evidenzieremo come proprio lo scarso apporto di risorse dei soci, quantunque promesso in sede di costituzione (ed eventualmente di aumento di capitale), possa essere una delle cause dell'insufficiente attivo.

In via preliminare è utile rilevare che i soci finanziano la società dapprima mediante i conferimenti iniziali, in sede di costituzione della società (4). Se la società funziona bene, nel corso degli anni verranno prodotte risorse che consentono all'impresa di auto-finanziarsi senza necessità di aumenti di capitale. Siccome il nostro ordinamento non prescrive, almeno espressamente, una relazione fra l'importanza dell'attività commerciale-industriale svolta e l'ammontare del capitale sociale, si tratta di una delle ragioni per cui le società italiane tendono a essere sottocapitalizzate. Tuttavia, a fronte della condizione migliore (quella della società che riesce ad auto-finanziarsi) può verificarsi anche lo scenario in cui l'impresa ha bisogno di nuovi fondi per procedere nello svolgimento della propria attività.

Nel caso in cui la società non disponga più di sufficienti risorse proprie, bisogna provvedere a finanziarla e, salvo il caso del ricorso a finanziamenti esterni, i soci vengano chiamati a finanziare ulteriormente la società mediante la sottoscrizione di un aumento di capitale (5). A queste condizioni si può già avere una situazione di tensione finanziaria che, se non adeguatamente affrontata, può portare anche all'insolvenza della società.

Note:

(segue nota 2)

no in ogni caso salvi gli obblighi assunti con la sottoscrizione delle azioni emesse in violazione del precedente comma». Sul divieto di esecuzione dell'aumento di capitale fino a integrale liberazione delle azioni precedentemente emesse cfr. R. Benassi, *Commento all'art. 2438*, in *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. Maffei Alberti, 2ª ed., Padova, 2011, 1060 s.; L. Gaffuri, *Il limite dell'art. 2438 c.c. all'emissione di nuove azioni*, in *Riv. soc.*, 1989, 799 ss.; A. Postiglione, *Commento all'art. 2438*, in *Codice commentato delle società*, a cura di N. Abriani-M. Stella Richter, Torino, 2010, 1658 ss.

(3) Un discorso diverso vale per i soci illimitatamente responsabili, nei tipi societari che prevedono questa categoria di soci (art. 147 l.fall.). In materia cfr. in particolare M. Arato, *L'estensione dell'amministrazione straordinaria ai soci illimitatamente responsabili*, in questa *Rivista*, 2000, 964 ss.; M. Fabiani, *Riflessi costituzionali del nuovo assetto degli organi giurisdizionali del fallimento e procedimento di estensione del fallimento del socio*, in questa *Rivista*, 2010, 1170 ss.; G. Lo Cascio, *Inammissibilità dell'estensione del concordato preventivo ai soci illimitatamente responsabili: una decisione sofferta della Cassazione*, in *Corr. giur.*, 2002, 49 ss.; A. Patti, *La gestione del fallimento sociale e dei soci tra comunanza e separazione patrimoniale*, in questa *Rivista*, 2007, 355 ss.

(4) La S.p.a. deve ovviamente essere adeguatamente finanziata al fine di poter svolgere l'attività commerciale o industriale che ne costituisce l'oggetto sociale e il relativo patrimonio può provenire dai soci oppure dai terzi. Non ci occuperemo tuttavia nel prosieguo delle risorse che provengono dai terzi (in particolare mediante la sottoscrizione di obbligazioni), per concentrare invece la nostra attenzione sui rapporti finanziari fra soci e società. Sulle obbligazioni nella S.p.a. v. D. Boggiali-A. Ruotolo, *Rilevanza delle riserve da rivalutazione ai fini del calcolo del limite quantitativo all'emissione di obbligazioni ex art. 2412 c.c.*, in *Studi e materiali*, 2011, 667 s.; P. Ferro-Luzzi, *Il limite all'emissione di obbligazioni (art. 11, comma 1, lett. a, l. n. 262 del 2005)*, in *Riv. soc.*, 2007, 252 ss.; S. Rizzini Bisinelli, *Inesistenza della delibera dell'assemblea degli obbligazionisti*, in *Società*, 2007, 45 ss.; V. Sangiovanini, *Rimborso del prestito obbligazionario e conflitto fra obbligazionisti*, in *Giur. mer.*, 2011, 1857 ss.; P. Sarale, *Obbligazioni di serie diverse, assemblea degli obbligazionisti e questioni in tema di invalidità delle deliberazioni*, in *Giur. comm.*, 2007, II, 555 ss.

(5) In tema di aumento del capitale cfr. la monografia di E. Ginevra, *Sottoscrizione e aumento del capitale sociale nelle s.p.a.*, Milano, 2001. V. inoltre E. E. Bonavera, *Sottoscrizione dell'aumento di capitale da parte dell'usufruttuario*, in *Società*, 2010, 1196 ss.; A. De Prà, *Aumento del capitale*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 723 ss.; P. Divizia, *I termini per la sottoscrizione dell'aumento oneroso di capitale nella società per azioni*, in *Notariato*, 2010, 543 ss.; G. Festa Ferrante, *Natura giuridica e vicende dei versamenti collegati ad operazioni di aumento oneroso del capitale sociale*, in *Riv. not.*, 2010, I, 1301 ss.; G. Iaccarino, *Aumento del capitale sociale mediante compensazione del debito nascente dalla sottoscrizione con il credito per la restituzione del prestito vantato dal socio verso la società*, in *Società*, 2011, 936 ss.

La legge pone però dei limiti alla possibilità di effettuare aumenti di capitale: un aumento di capitale non può essere eseguito fino a che le azioni precedentemente emesse non siano interamente liberate (art. 2438, primo comma, c.c.). Per comprendere questa norma bisogna partire dalla considerazione che le azioni non devono essere necessariamente liberate al momento della loro sottoscrizione. Al contrario: alla sottoscrizione dell'atto costitutivo deve essere versato presso una banca solo e almeno il venticinque per cento dei conferimenti in danaro (art. 2342, secondo comma, c.c.). Su richiesta degli amministratori, i soci sono poi obbligati - quando ne sorgerà l'esistenza - a completare il pagamento dei conferimenti promessi. Se il socio non esegue i pagamenti dovuti, gli amministratori, se non ritengono utile promuovere l'azione per l'esecuzione del conferimento, offrono le azioni agli altri soci, in proporzione alla loro partecipazione, per un corrispettivo non inferiore ai conferimenti ancora dovuti (art. 2344, primo comma, c.c.). I conferimenti non devono essere effettuati immediatamente nella loro totalità in quanto l'esigenza di risorse per la società può essere graduata nel tempo e non appare sensato costringere i soci a pagare tutto subito: spetterà agli amministratori chiedere la liberazione delle azioni, quando ne sorgerà l'esigenza. Rimane fermo tuttavia l'obbligo dei sottoscrittori di pagare interamente le azioni in caso di bisogno. Questo stesso meccanismo (obbligo parziale di effettuazione dei conferimenti, salva successiva richiesta degli amministratori di completarlo) opera anche in caso di aumento di capitale. I sottoscrittori delle azioni di nuova emissione devono, all'atto della sottoscrizione, versare alla società almeno il venticinque per cento del valore nominale delle azioni sottoscritte (art. 2439, primo comma, c.c.). Può pertanto capitare che il capitale sia stato sì interamente sottoscritto, ma che i sottoscrittori abbiano effettuato pagamenti solo parziali. Si tratta proprio del caso affrontato dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento: un precedente aumento di capitale non era stato perfezionato con l'integrale pagamento delle azioni (6).

La separazione appena illustrata fra la promessa di pagamento e l'effettivo pagamento (che può poi non esserci) è alla base della frequente scarsa effettiva patrimonializzazione di numerose società italiane. Nel momento in cui le risorse non bastano per la realizzazione dell'oggetto sociale, se i soci non rispettano gli obblighi assunti di liberazione delle azioni si può verificare l'insolvenza della società.

3. Il problema dell'aumento di capitale in presenza di azioni non liberate

Il problema centrale affrontato dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento concerne la validità della deliberazione di aumento di capitale decisa quando le azioni rivenienti da un precedente aumento di capitale non sono ancora state integralmente liberate. Il mancato versamento di quanto dovuto ha condotto la società a difficoltà finanziarie, determinandone infine la dichiarazione di fallimento.

Per cercare di comprendere la *ratio* dell'art. 2438 c.c. è opportuno soffermarsi, seppur brevemente, sul procedimento di aumento di capitale, distinguendo accuratamente fra "deliberazione", ed "esecuzione" del medesimo. Al riguardo una differenziazione che va operata in via del tutto preliminare concerne i soggetti protagonisti, rispettivamente, della "deliberazione" e della "sottoscrizione" dell'aumento del capitale: la deliberazione di aumento è atto dell'assemblea (o, in determinati casi, degli amministratori), mentre la sottoscrizione è atto dei soci. Volendo semplificare, si può dire che la deliberazione è la proposta della società di aumentare il capitale sociale, mentre la sottoscrizione è l'accettazione di tale proposta (7).

Con riguardo alla *fase deliberativa*, l'aumento di capitale presuppone anzitutto una deliberazione. Di norma il relativo potere deliberativo spetta all'assemblea: si deve trattare addirittura di assemblea straordinaria, in quanto l'aumento di capitale configura una modificazione dello statuto (art. 2365, primo comma, c.c.). La legge legittima peraltro in alcuni casi gli amministratori a deliberare l'aumento senza passare tramite previa decisione assembleare (8). Vuoi che la decisione venga assunta dall'as-

Note:

(6) Il caso affrontato dalla Corte di cassazione è reso più complesso dal fatto che le azioni della società erano state acquistate dal nuovo socio dal suo precedente titolare. La responsabilità in caso di trasferimento di azioni non liberate è disciplinata dall'art. 2356 c.c. Trova applicazione il disposto secondo cui coloro che hanno trasferito azioni non liberate sono obbligati in solido con gli acquirenti per l'ammontare dei versamenti ancora dovuti, per il periodo di tre anni dall'annotazione del trasferimento nel libro dei soci (art. 2356, primo comma, c.c.). Nel caso di specie il giudice delegato si limita a rivolgersi al nuovo socio.

(7) Sul punto si è espressa Cass., 19 ottobre 2007, n. 22016, affermando che l'obbligo di versamento per il socio deriva non dalla deliberazione, ma dalla distinta manifestazione di volontà negoziale, consistente nella sottoscrizione della parte del nuovo capitale offertagli in opzione, cioè indipendentemente dall'aver egli concorso o meno con il proprio voto alla deliberazione di aumento.

(8) Il riferimento è alla disposizione dell'art. 2443 c.c. secondo cui lo statuto può attribuire agli amministratori la facoltà di aumentare in una o più volte il capitale fino a un ammontare deter-

(segue)

sembra vuoi che venga assunta dagli amministratori, ciò che conta rilevare - ai fini della nostra analisi - è che l'assemblea o gli amministratori che decidono l'aumento di capitale svolgono inizialmente una funzione meramente deliberativa e non eseguono l'aumento.

Alla fase deliberativa, fa però seguito la fase esecutiva: l'aumento deve essere eseguito, nel senso che dei soggetti devono sottoscriverlo. L'esecuzione dell'aumento presuppone difatti che si trovi qualcuno, attuali soci oppure terzi, disponibile a sottoscrivere l'aumento. In prima istanza le azioni sono offerte in opzione ai soci attuali (art. 2441 c.c.) (9). Così facendo si consente a chi è già socio di mantenere la propria percentuale di capitale sociale, senza diluire la quota detenuta. Chi sottoscrive l'aumento di capitale compra le azioni della società (paga inoltre subito, almeno parzialmente, il corrispettivo previsto) e diventa socio della medesima. Lo svolgimento della fase esecutiva è di competenza degli amministratori, quali soggetti preposti a eseguire le deliberazioni assembleari e a rappresentare la società nei rapporti con i terzi. L'art. 2438, primo comma, c.c., nella versione attuale, è un divieto imposto agli amministratori, tanto è vero che il secondo comma della medesima disposizione statuisce la responsabilità dei gestori in caso di violazione (10).

La due fasi, così sommariamente descritte, della deliberazione e della esecuzione dell'aumento di capitale vanno tenute chiaramente distinte. La versione previgente dell'art. 2438 c.c. era invece stata oggetto di contrasti interpretativi. Secondo una prima tesi il divieto di nuova emissione ai sensi dell'art. 2438 c.c. previgente era radicale, nel senso che la legge non consentiva nemmeno la mera assunzione di una deliberazione di aumento di capitale in presenza di azioni non liberate (11). Secondo una seconda opinione il divieto di legge previsto dall'art. 2438 c.c. previgente doveva invece intendersi meno restrittivamente, nel senso che era sì possibile deliberare un aumento di capitale, anche se non si poteva procedere alla sua esecuzione mediante sottoscrizione se non previa liberazione delle azioni già precedentemente emesse (12).

Il legislatore del 2003 ha inteso prendere posizione con chiarezza su questo problema statuendo ora che "un aumento di capitale non può essere eseguito fino a che le azioni precedentemente emesse non siano interamente liberate" (art. 2438, primo comma, c.c.). Attualmente dunque risulta che il divieto investe solo l'esecuzione dell'aumento di capitale e non la sua previa deliberazione (13).

Note:

(segue nota 8)

minato e per il periodo massimo di cinque anni dalla data dell'iscrizione della società nel registro delle imprese.

(9) Sul diritto di opzione concesso ai soci in sede di aumento del capitale sociale cfr. A. M. Bentivegna, *Lesione del diritto di opzione e vizio della delibera di aumento del capitale*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 262 ss.; M. Bianca, *Aumento di capitale, esercizio del diritto di opzione ed illegittima mancata emissione delle azioni da parte degli amministratori*, in *Dir. fall.*, 2005, II, 956 ss. A. Colavolpe, *"Tempestiva" sottoscrizione di azioni emesse in attuazione di aumento del capitale sociale e versamento del 25% del valore nominale delle azioni in data successiva alla scadenza del termine per l'esercizio del diritto di opzione*, in *Contr. impr.*, 2006, 311 ss.; F. Funari, *Aumento del capitale sociale, diritto di opzione e collocamento delle quote inopiate*, in *Società*, 2007, 500 ss.; V. Salafia, *Validità della sottoscrizione di un aumento del capitale, destinato ai soci, da parte di soggetto estraneo alla compagine sociale*, in *Società*, 2011, 12 ss.

(10) In materia di responsabilità degli amministratori v., fra i più recenti contributi, M. Aiello-S. Ambrosini, *Società per azioni. Responsabilità degli amministratori*, in *Giur. comm.*, 2010, II, 951 ss.; D. Itzi, *Responsabilità civile di amministratori e sindaci verso la società, prima e dopo la riforma del 2003*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 1785 ss.; A. Lolli, *Vizi della relazione sulla gestione, responsabilità degli amministratori e impugnativa della delibera di approvazione del bilancio*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 962 ss.; L. Nazzicone, *Responsabilità "da omesso controllo" degli amministratori non esecutivi di società azionaria*, in *Foro it.*, 2011, I, 1700 ss.; D. Scarpa, *Specificazione di responsabilità e segmentazione gestoria nell'amministrazione di s.p.a.*, in *Resp. civ.*, 2011, 486 ss.; A. Tina, *Patti parasociali e responsabilità degli amministratori di società*, in *Giur. comm.*, 2011, II, 833 ss.

(11) Volendo citare qualche precedente giurisprudenziale, in questo senso si era espressa ad esempio App. Genova, 21 ottobre 1999, decr., in *Società*, 2000, 440 ss., con nota di G. Zagra, affermando che non è omologabile la delibera di aumento di capitale in presenza di azioni precedentemente sottoscritte e non liberate. Similmente si era precedentemente espresso anche Trib. Napoli, 14 ottobre 1993, decr., in *Società*, 1994, 252 s., decidendo che, finché non siano state integralmente liberate le azioni sottoscritte in sede di costituzione della società o in occasione di un precedente aumento a pagamento, la società non può deliberare nuovi aumenti di capitale. Lo stesso Tribunale di Napoli aveva deciso, con un provvedimento più datato (Trib. Napoli, 28 novembre 1985, decr., in *Dir. fall.*, 1986, II, 997 ss., con nota di D. Raffone), che non può omologarsi la deliberazione di aumento di capitale di una S.p.a. se la deliberazione non è stata corredata dalla prova del prescritto previo richiamo dei decimi afferenti al capitale precedente, in quanto la condizione prevista dall'art. 2438 c.c. svolge il ruolo di condizione di legittimità della deliberazione e non di mera esecuzione della medesima.

(12) In questo senso si era espressa App. Perugia, 31 luglio 1990, in *Riv. not.*, 1990, II, 1088 ss., con nota di V. Lemmi, affermando che è omologabile la delibera di aumento oneroso del capitale sociale assunta da una S.p.a. in presenza di azioni non ancora liberate.

(13) Un problema che si può porre nella prassi deriva dal fatto che, a fronte di un ampio numero di soci, vi può essere un unico socio inadempiente al dovere di versamento che impedisce la realizzazione di un successivo aumento di capitale. Il testo della legge, che impone l'intera liberazione delle azioni precedentemente emesse come condizione per l'esecuzione dell'aumento, pare al riguardo insormontabile. Gli amministratori devono pertanto diffidare il socio in mora a effettuare i pagamenti ancora dovuti (art. 2344 c.c.). Solo all'esito della procedura qui prevista (il socio paga in quanto vi viene costretto esecutivamente oppure gli altri soci comprano le sue azioni oppure le azioni ven-

(segue)

4. La *ratio* dell'art. 150 l.fall. e la *ratio* dell'art. 2438 c.c.

Quali sono gli scopi di tutela perseguiti, rispettivamente, dall'art. 150 l.fall. e dall'art. 2438 c.c.?

La *ratio* dell'art. 150 l.fall. è intuitiva e, per certi versi, banale: si tratta solo di garantire che il curatore, operando in coordinamento con il giudice delegato, raccolga tutto l'attivo possibile (ivi compresi i crediti della società nei confronti dei soci) al fine di soddisfare al meglio i creditori sociali. Il principio di diritto sostanziale affermato dalla norma è che i soci continuano a rispondere per i versamenti promessi anche se subentra il fallimento. Anzi: proprio l'insolvenza della società rende urgente l'immediato pagamento di quanto dovuto. L'art. 150 l.fall. si limita in sostanza a chiarire che, a fronte del fallimento, il curatore può pretendere immediatamente quanto dovuto dai soci a tutela dei creditori della società. Proprio per sottolineare l'urgenza dell'intervento si riconosce espressamente la possibilità di avvalersi dello strumento processuale del decreto ingiuntivo.

Se la *ratio* dell'art. 150 l.fall. è evidente, al contrario l'individuazione dello scopo di tutela della disposizione societaria risulta alquanto complessa. Si può con certezza affermare che l'art. 2438 c.c. garantisce anzitutto una certa autonomia decisionale alla S.p.a. nella "ideazione" (ma non nella "attuazione") della propria organizzazione finanziaria. Il legislatore non mostra timori per il caso che vengano assunte due distinte deliberazioni in materia di aumento di capitale, anche se le azioni di prima emissione non sono ancora state interamente liberate. Un esempio semplice può aiutarci a comprendere i ragionamenti che cercheremo di sviluppare nel prosieguo: si immagini una S.p.a. con un capitale sociale originario di 1.000.0000 di euro versato solo per il 25%; si immagini altresì che, poco dopo la costituzione della società, emerga l'esigenza di effettuare degli investimenti per i quali è necessario disporre di un'ulteriore somma di 1.000.000 di euro. La società può legittimamente deliberare questo secondo aumento; viceversa - dice la legge - non può eseguirlo fino a integrale liberazione delle azioni originarie.

Tanto premesso, bisogna però dire che non è agevole comprendere la *ratio* dell'art. 2438, primo comma, c.c. Appare ragionevole affermare che la disposizione svolga una funzione di protezione di più interessi: da un lato quello dei terzi alla effettiva consistenza patrimoniale della società, da un altro lato quello dei soci di minoranza che sono contrari

a nuove iniezioni di capitali. Analizziamo separatamente queste voci.

L'art. 2438, primo comma, c.c. è anzitutto posto *nell'interesse dei terzi*. I terzi che contraggono con la società, e assumono il ruolo di creditori della medesima, devono poter fare affidamento sul capitale sociale. Il capitale può costituire effettiva garanzia per essi purché sia stato versato e sia tuttora esistente. Dal momento che la S.p.a. è una società con regime di responsabilità limitata in cui la società risponde solo con il suo patrimonio (art. 2325, primo comma, c.c.), la consistenza del capitale rappresenta una degli indici basilari di affidabilità della società e della sua capacità di onorare i propri debiti. Se si susseguono più aumenti di capitale, senza che i soci paghino integralmente le azioni, il capitale della società risulta formalmente particolarmente elevato, senza però una corrispondenza nella realtà: il patrimonio della società sarebbe costituito prevalentemente da crediti nei confronti dei soci, la cui realizzabilità non è certa. Questa mi pare la *ratio* più convincente dell'art. 2438 c.c.: assicurare "concretezza" al patrimonio della società, che non può risultare in larga misura da meri crediti nei confronti dei soci.

Un discorso diverso va invece fatto per la pubblicità della consistenza patrimoniale della società. Il rischio qui è che, laddove risultasse nei confronti dei terzi un capitale più alto di quello realmente versato, tale circostanza potrebbe ingannarli, creando in essi un affidamento mal riposto. Nell'ottica della tutela dei terzi gioca insomma un ruolo significativo la pubblicità che viene data in merito alla sussistenza del capitale sociale. L'aumento del capitale deve essere iscritto nel registro delle imprese: nei trenta giorni dall'avvenuta sottoscrizione delle azioni di nuova emissione gli amministratori devono depositare per l'iscrizione nel registro delle imprese un'attestazione che l'aumento del capitale è stato esegui-

Nota:

(segue nota 13)

gono vendute a un terzo), sarà possibile effettuare l'aumento del capitale. App. Genova, 21 ottobre 1999, *decr.*, in *Società*, 2000, 440 ss., con nota di G. Zagra, si è occupata del caso particolare di una società composta di due soci, uno dei quali moroso al versamento di quanto dovuto per liberare le azioni (nella fattispecie si trattava di una S.r.l., ma il ragionamento deve ritenersi valevole anche per la S.p.a.). Al fine di superare l'ostacolo all'aumento di capitale costituito dalla mancata liberazione delle quote del primo socio, il secondo socio aveva messo a disposizione della società, accantonandolo, il danaro corrispondente alla quota non liberata. La Corte di appello di Genova ritiene che l'iniziativa del socio non sia sufficiente per potersi procedere all'aumento di capitale, dovendosi prima terminare il procedimento di vendita coattiva della quota.

to (art. 2444, primo comma, c.c.). Fino a che l'iscrizione nel registro non sia avvenuta, prevede la legge, l'aumento del capitale non può essere menzionato negli atti della società (art. 2444, secondo comma, c.c.). Inoltre il regime pubblicitario imposto dal codice civile stabilisce che, negli atti e nella corrispondenza della società, si indichi il capitale secondo la somma effettivamente versata e quale risulta esistente dall'ultimo bilancio (art. 2250, secondo comma, c.c.) (14). Per la tutela dei terzi è importante conoscere quale sia l'ammontare del capitale "versato"; meno affidabile è il parametro del capitale "deliberato", in quanto esso potrebbe non essere stato interamente pagato (e non essere facilmente esigibile). Complessivamente si può affermare che il nostro ordinamento assicura in modo più che adeguato la pubblicità in merito al capitale, insistendo sul fatto che si deve trattare di quello versato. Non mi pare pertanto che il rischio che i creditori vengano ingannati sulla consistenza patrimoniale della società possa costituire una convincente *ratio* a giustificazione dell'esistenza di una disposizione come l'art. 2438 c.c.

L'esigenza di tutela dei terzi peraltro, e a condizione che sia effettuata la pubblicità di legge, non appare di così fondamentale importanza se si riflette sul fatto che nulla impedisce di costituire fin dall'inizio una società con un capitale più elevato, pagato solo per il 25%. Per riprendere l'esempio numerico fatto sopra, si pensi a una società che viene costituita con un capitale iniziale di 2.000.000 di euro, pagato al 25% (e, dunque, per una somma di 500.000 euro). Se invece la società ha un capitale iniziale di un 1.000.000 di euro, poi aumentato a 2.000.000, la legge impone che l'esecuzione del secondo aumento sia subordinato all'integrale liberazione delle azioni: in altre parole, vi devono essere versamenti complessivi per 1.250.000 euro. In assenza di una disposizione come l'art. 2438 c.c., non vi sarebbe differenza fra la costituzione con successivo aumento di capitale rispetto al caso di costituzione già con un capitale sociale più elevato: in ambedue i casi le azioni dovrebbero essere pagate subito nella sola misura del 25%. Non si comprende, in un'ottica di tutela dei terzi, perché l'attuale regime sia maggiormente punitivo nei confronti di chi effettua un aumento di capitale magari subito dopo la costituzione rispetto al caso della immediata e diretta costituzione di una società con capitale già più elevato.

La *ratio* di protezione dell'art. 2438 c.c. non si esaurisce nella tutela dell'integrità del capitale sociale nell'interesse di terzi, ma va pertanto cercata anche altrove. Sotto un secondo profilo lo scopo di tutela

della disposizione in commento risiede nella *protezione dei soci di minoranza*. La deliberazione di aumento di capitale viene assunta dall'assemblea straordinaria. È vero che questa assemblea decide con maggioranze particolarmente elevate, tuttavia può capitare che vi siano dei soci di minoranza che non intendono sottoscrivere nuovo capitale se non è stato prima pagato il capitale originario. Sotto questo aspetto, l'obbligo di legge d'integrale liberazione delle precedenti azioni impedisce alla maggioranza di adottare decisioni che rappresentano una pressione sui soci di minoranza, implicando per questi un esborso maggiore di quanto originariamente preventivato. Per tacere del fatto che, nel caso i soci di minoranza non fossero in grado di fronteggiare i pagamenti dovuti a fronte delle nuove azioni, la loro quota di partecipazione al capitale si diluirebbe.

Un'ulteriore *ratio* di tutela dell'art. 2438 c.c. può infine essere identificata nel garantire un'ordinata amministrazione della società. Se i soci si sono già obbligati a pagare interamente le azioni originarie, si deve procedere con tali pagamenti prima di emettere nuovo capitale.

5. La responsabilità degli amministratori sussiste anche durante il fallimento

La conseguenza dell'interpretazione fatta propria dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento è che il secondo aumento di capitale è valido e la deliberazione che lo ha deciso non può essere invalidata. Non si pongono problemi di validità dell'atto, ma solo questioni di legittimità del comportamento posto in essere dagli amministratori.

Sul punto l'attuale testo normativo prevede che, in caso di violazione del divieto di esecuzione dell'aumento di capitale in presenza di azioni di precedente emissione non interamente liberate, gli amministratori sono solidalmente responsabili per i danni arrecati ai soci e ai terzi (art. 2438, secondo comma, primo periodo, c.c.). Bisogna anzitutto dire che questa previsione di legge non sarebbe a rigore necessaria, anche se la sua presenza aiuta a dissipare

Nota:

(14) Le inosservanze dell'art. 2444 c.c. e dell'art. 2250 c.c. sono colpite con sanzione amministrativa. Prevede difatti il codice civile che chiunque, essendovi tenuto per legge a causa delle funzioni rivestite in una società, omette di eseguire, nei termini prescritti, denunce, comunicazioni o depositi presso il registro delle imprese, ovvero omette di fornire negli atti, nella corrispondenza e nella rete telematica le informazioni prescritte dall'art. 2250 c.c., è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da 103 a 1032 euro (art. 2630, primo comma, c.c.).

dubbi interpretativi che potrebbero altrimenti porsi. La "esecuzione" dell'aumento di capitale rientra nei compiti degli amministratori, costituendo uno dei loro doveri. Nel caso in cui i gestori dessero seguito a un aumento di capitale in presenza di precedenti azioni non interamente liberate, essi violerebbero un loro dovere. La legge già prevede in via generale (art. 2392, primo comma, c.c.) che la violazione di doveri imposti dalla legge è fonte di responsabilità per gli amministratori: di qui la superfluità della disposizione speciale.

Al di là però della discussione in merito alla reale necessità di una previsione espressa come quella dell'art. 2438, secondo comma, primo periodo, c.c., ciò che conta in questa sede rilevare è che le conseguenze della (illegittima) esecuzione dell'aumento di capitale prima della integrale liberazione delle azioni di precedente emissione sono di tipo risarcitorio e non reale: il terzo o il socio che si reputi danneggiato può citare in giudizio gli amministratori, mentre non può invalidare la deliberazione. La responsabilità degli amministratori è solidale (15) e sussiste sia nei confronti dei terzi sia nei confronti dei soci (16). Il fatto che la responsabilità degli amministratori venga affermata in una disposizione di diritto societario (l'art. 2438 c.c.) non deve ingannare: la responsabilità degli amministratori può essere fatta valere anche in sede fallimentare. Proprio l'insolvenza della società è la dimostrazione che non vi è più la capacità di soddisfazione dei creditori sociali. Gli amministratori che non hanno provveduto, in violazione dei loro doveri, a far liberare dai soci di prima emissione le azioni hanno impedito la raccolta di tutto il patrimonio della società. Una volta subentrato il fallimento, essi possono essere citati in giudizio dal curatore (art. 146, secondo comma, l.fall.) (17). La contestazione che verrà mossa agli amministratori è di avere adottato una condotta omissiva: l'assenza della richiesta di liberazione delle azioni ai soci oppure il ritardo nella presentazione della medesima ha fatto sì che esistano due categorie di azionisti, di prima e seconda emissione, senza che gli azionisti di prima emissione abbiano interamente liberato le azioni. Sussiste un'insufficienza patrimoniale, accertata con la dichiarazione di fallimento, ascrivibile al comportamento negligente dei gestori: di qui l'affermazione di responsabilità dei medesimi.

6. Il debito dei soci da conferimento nel fallimento

L'analisi svolta sull'art. 2438 c.c. ci consente di ap-

prezzare meglio gli ulteriori significativi risvolti fallimentari dell'opzione interpretativa fatta propria della Corte di cassazione nella sentenza in commento (18). Una volta dichiarato il fallimento di una S.p.a. si possono realizzare due situazioni: i soci hanno pagato integralmente le azioni oppure lo hanno fatto solo parzialmente. Nel primo caso il curatore non potrà pretendere nulla dagli azionisti, i quali si possono richiamare al principio che la loro responsabilità è limitata al patrimonio della società. Nell'ipotesi però in cui le azioni non siano state interamente liberate, i soci sono in debito nei confronti della società e il curatore, che opera in nome e per conto della società, può esigere tali pagamenti. Una volta subentrato il fallimento, l'obbligazione di pagamento del socio non viene meno. Anzi, proprio la dichiarazione di fallimento - che presuppone una situazione d'insolvenza della società - testimonia la presenza di creditori insoddisfatti. L'in-

Note:

(15) Ciò significa che, in presenza di più amministratori, tutti rispondono anche se l'iniziativa di eseguire l'aumento di capitale e dunque di raccogliere le sottoscrizioni è di uno solo (o di alcuni solo) di essi. La presenza di un regime solidale aumenta i patrimoni disponibili e dunque le probabilità di soddisfazione dei terzi.

(16) La responsabilità nei confronti dei terzi si realizza in caso d'insufficienza del patrimonio sociale, riconducibile anche al fatto che gli azionisti di prima emissione non hanno versato tutto quanto dovuto. Il rischio di danno non è infrequente nella prassi proprio per il fatto che l'art. 2438 c.c. presuppone conferimenti non integralmente effettuati: la pochezza patrimoniale della società può lasciare insoddisfatto il creditore sociale, che così può chiedere ai gestori il ristoro del danno subito. Ma la responsabilità sussiste anche nei confronti dei soci. Qui viene in particolare in considerazione il trattamento peggiore cui possono essere esposti gli azionisti di seconda emissione che, in ipotesi, pagano per intero i versamenti dovuti sulle azioni mentre gli azionisti di prima emissione non hanno ancora provveduto.

(17) Bisogna peraltro segnalare che una soluzione legislativa che si limitasse ad affermare la responsabilità degli amministratori rischierebbe di non tutelare sufficientemente i terzi. I creditori della società devono poter confidare nel fatto che le azioni vengano interamente liberate, sia con riferimento alle azioni di prima emissione sia con riferimento alle azioni di nuova emissione: in questo modo si moltiplicano i patrimoni disponibili per la soddisfazione dei creditori. Al fine di conseguire la dovuta tutela dei creditori la legge specifica che rimangono in ogni caso salvi gli obblighi assunti con la sottoscrizione delle azioni emesse in violazione (art. 2438, secondo comma, secondo periodo, c.c.). Dunque, nell'interesse dei terzi, chi ha sottoscritto le azioni di seconda emissione è tenuto a pagarle - almeno nell'importo minimo previsto dalla legge - anche nel caso esistano azionisti di prima emissione che non hanno ancora pagato completamente le loro azioni.

(18) Sull'obbligo dei soci a responsabilità limitata di effettuare i versamenti ancora dovuti una volta che è stato dichiarato il fallimento v. A. R. Adiutori, *Commento all'art. 150*, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro - M. Sandulli - V. Santoro, 2° vol., Torino, 2010, 1971 ss.; S. Blandino, *Commento all'art. 150*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 1378 ss.

solvenza può, in ipotesi, essere stata causata proprio dalla mancata liberazione delle azioni da parte dei soci. Al fine di soddisfare i creditori il giudice delegato può ingiungere agli azionisti il pagamento di quanto dovuto in conseguenza della sottoscrizione delle azioni (19).

Normalmente sarà dapprima il curatore, in via stragiudiziale, a sollecitare i versamenti dovuti. Solo in caso di diniego dei soci, si procederà con decreto ingiuntivo. L'iniziativa di chiedere al giudice d'ingiungere ai soci i versamenti ancora dovuti spetta al curatore. Rispetto al modello previsto dal codice di rito per i procedimenti d'ingiunzione, in questo caso non si avrà dunque una domanda del creditore, ma una mera "proposta" del curatore, che verrà poi recepita dal giudice delegato. Parrebbe che la proposta del curatore, proprio in quanto prevista espressamente dalla legge, sia una condizione per la pronuncia del decreto ingiuntivo. Ne conseguirebbe che il giudice delegato non potrebbe, in assenza di corrispondente proposta, emettere il decreto d'ufficio (20). Bisogna dire che questa soluzione è maggiormente rispettosa del ruolo del curatore come soggetto chiamato, seppure sotto il controllo del tribunale fallimentare, a recuperare il patrimonio del fallito per distribuirlo fra i creditori: nello svolgimento di tale attività viene lasciata ampia autonomia al curatore. Sotto un altro profilo peraltro non si vede per quale ragione il giudice delegato non debba potere, in caso di omissione del curatore, ingiungere ai soci i pagamenti ancora dovuti. Per questa ragione di ordine sostanziale si può forse sostenere la tesi che il giudice delegato possa ingiungere il pagamento anche in assenza di una proposta del curatore. Nella prassi, il problema potrebbe essere risolto nel senso che il giudice delegato avverte il curatore dell'opportunità di chiedere il pagamento delle azioni e il curatore formalizza una breve proposta cui il giudice dà seguito. Rimane irrisolto il caso estremo del curatore che non chiede il pagamento delle azioni, in contrasto con quelle che sono le indicazioni del giudice delegato. Ad avviso di chi scrive, nell'interesse dei creditori, al giudice delegato può essere riconosciuto un potere autonomo di ingiunzione (e ferma restando la possibilità di revocare il curatore inerte ex art. 37 l.fall.).

Pare condivisibile l'opinione largamente diffusa secondo cui il curatore non deve essere assistito da un avvocato nella presentazione della sua proposta. Il curatore è già un soggetto professionale che svolge importanti funzioni all'interno del fallimento e la sua relazione con il giudice delegato non è normalmente connotata dalla necessità di un'assistenza

tecnica. Una soluzione diversa va invece affermata qualora il decreto venga opposto: in questo caso - instaurandosi un vero e proprio giudizio di cognizione pieno - sarà necessario che il curatore (o, più precisamente, la società fallita) si faccia assistere da un avvocato nel processo.

7. Aspetti processuali del recupero in sede fallimentare dei crediti della società

Avanzata la proposta del curatore, il provvedimento giudiziario viene assunto dal giudice delegato. Ragionevolmente la competenza funzionale in un contesto fallimentare non potrebbe essere diversa: dal momento che è già pendente il fallimento, non sarebbe economicamente sensato attribuire ad altro giudice la competenza a emettere il decreto ingiuntivo. Non può pertanto trovare applicazione l'art. 637 c.p.c., che determina altrimenti il giudice competente per i procedimenti d'ingiunzione.

Lo strumento del procedimento d'ingiunzione si caratterizza per la sua celerità. Questa esigenza di velocità è particolarmente sentita nel fallimento, nel quale gli organi fallimentari hanno il compito di realizzare in tempi brevi tutto l'attivo possibile al fine di soddisfare i creditori sociali. Sotto questo profilo può sollevare qualche perplessità il fatto che la legge prevede che il giudice delegato "può" ingiungere di eseguire i versamenti. Stante l'utilizzo dell'espressione "può" si potrebbe pensare alla legittimità di un giudizio di cognizione pieno: il curatore non

Note:

(19) Il tenore dell'art. 150, primo comma, l.fall. potrebbe *prima facie* trarre in inganno, nel passaggio in cui si fa riferimento alle "società con soci a responsabilità limitata". Il richiamo non è tuttavia da intendersi alla sola S.r.l. Il legislatore si riferisce invece a tutti i tipi societari in cui vi sono soci che rispondono limitatamente. La circostanza risulta chiaramente dal prosieguo della disposizione che fa riferimento sia a quote sia ad azioni. Come è noto, nella società in accomandita si hanno due categorie di soci, gli accomandanti e gli accomandati. Qui sarà possibile chiedere i versamenti ai soci accomandanti nei limiti della loro quota (cfr. l'art. 2313, primo comma, c.c. per la S.a.s. e l'art. 2452, primo comma, c.c. per la S.a.p.a.). Si è occupata di obbligo di conferimento in sede fallimentare dei soci di S.a.s. Cass., 5 maggio 1988, n. 3324, in questa *Rivista*, 1988, 965 s., con nota redazionale, affermando il principio che l'obbligo di conferimento, assunto dal socio di una S.a.s. con l'atto costitutivo, integra un debito verso la società, non verso gli altri soci, che persiste per tutta la durata del rapporto sociale. Ne consegue che il diritto della società di pretendere l'adempimento di tale debito, anche quando venga esercitato dal curatore del fallimento con la speciale procedura monitoria contemplata dall'art. 150 l.fall., è soggetto a prescrizione solo a partire dalla data della cessazione del rapporto sociale. Per i fini che qui interessano basterà rilevare che i versamenti ancora dovuti possono senz'altro essere chiesti ai soci di S.p.a., presentando questo tipo societario soci a responsabilità limitata.

(20) In questo senso R. Casucci, *Versamenti dei soci e poteri del curatore*, in questa *Rivista*, 1996, 788.

si avvale dello strumento del decreto ingiuntivo, ma propone ordinaria azione in giudizio. Appare tuttavia del tutto improbabile una scelta del genere: se il legislatore espressamente prevede la possibilità di usare uno strumento agile come il procedimento d'ingiunzione, non renderebbe un buon servizio ai creditori sociali il curatore che instaurasse un procedimento pieno per ottenere (più tardi) il medesimo risultato. Semmai sarà il socio resistente a opporsi al decreto ingiuntivo, determinando così l'instaurazione di un giudizio di cognizione pieno. Ritengo pertanto, alla luce delle prevalenti esigenze di celerità processuale, che si debba concludere nel senso che il curatore non possa optare per un giudizio di cognizione pieno nei casi in cui è possibile usare lo strumento ingiuntivo. Bisogna peraltro dare atto che la giurisprudenza si orienta in senso contrario. In particolare il Tribunale di Pavia ha affermato che il curatore del fallimento può avvalersi, per ottenere il pagamento delle quote non liberate, della via ordinaria invece che del procedimento di cui all'art. 150 l.fall. (21).

L'uso dell'espressione "può" non mi pare significhi che il giudice delegato possa omettere l'attività di recupero dei crediti nei confronti dei soci, quando tale recupero appaia ragionevole. Al contrario, consistendo la funzione della procedura fallimentare nella soddisfazione dei creditori sociali nel rispetto della *par condicio*, dovrà porre in essere ogni ragionevole iniziativa che persegua tale fine. Il recupero dei crediti nei confronti dei soci costituisce pertanto un obbligo degli organi fallimentari. "Facoltativa" è invece la modalità per recuperare i crediti da conferimento mediante decreto ingiuntivo: l'espressione "può", quale usata dalla legge nel testo dell'art. 150 l.fall., va interpretata nel senso che il curatore può astrattamente utilizzare altri strumenti processuali, a condizione che siano più efficaci della proposta di decreto ingiuntivo.

Con riferimento ai soggetti cui può essere rivolta l'ingiunzione di pagamento del giudice delegato la legge specifica che si può trattare degli attuali azionisti nonché dei precedenti titolari delle azioni. La cessione delle azioni non ha effetti liberatori per il cedente, prevedendo il codice civile che coloro che hanno trasferito azioni non liberate sono obbligati in solido con gli acquirenti per l'ammontare dei versamenti ancora dovuti per il periodo di tre anni dall'annotazione del trasferimento nel libro dei soci (art. 2356, primo comma, c.c.). Questa responsabilità ha però una durata di tempo limitata, con l'effetto che - decorsi i tre anni - i creditori (compreso il curatore del fallimento che opera come collettore

dei vari crediti vantati dalla società) possono rifarsi solo sull'attuale titolare delle azioni.

Un problema specifico concerne la possibilità del soggetto che ha ceduto le azioni di eccepire, in sede fallimentare, la necessità che venga previamente escusso l'attuale possessore dei titoli. Secondo la regola dettata dal codice civile il pagamento non può essere domandato al cedente se non nel caso in cui la richiesta al possessore dell'azione sia rimasta infruttuosa (art. 2356, secondo comma, c.c.). Se si legge però l'art. 150, primo comma, l.fall., non viene operata alcuna distinzione fra gli attuali azionisti e i precedenti venditori delle azioni. Considerando la legge fallimentare come legge speciale rispetto al codice civile si può concludere che il giudice delegato può ingiungere il pagamento contestualmente sia all'attuale azionista che al suo dante causa, senza che sia necessario provare prima a escutere quando dovuto dall'attuale azionista. Questa eccezione al principio del *beneficium excussionis* si giustifica con le esigenze di celerità proprie del procedimento fallimentare. La giurisprudenza conferma questa impostazione. In particolare il Tribunale di Genova ha affermato che la disposizione di cui all'art. 150 l.fall. costituisce un'espressa deroga alla disciplina prevista dall'art. 2356 c.c., secondo cui il pagamento non può essere domandato al socio alienante se non dopo l'infruttuosa richiesta al socio attuale moroso e, pertanto, il giudice delegato può ingiungere il pagamento per il titolo anzidetto ai soci a responsabilità limitata e ai precedenti titolari delle azioni senza osservare il principio del *beneficium excussionis* (22).

Un'altra particolarità che si pone nel contesto fallimentare risiede nel fatto che il giudice delegato può ingiungere di eseguire i versamenti dovuti "quantunque non sia scaduto il termine per il pagamento", recita la legge. Bisogna premettere che gli amministratori, in linea di principio, possono chiedere in qualsiasi momento ai soci di liberare le azioni: saranno le esigenze di tipo commerciale-industriale a determinare la scelta del tempo appropriato per l'esecuzione dei versamenti. Potrebbe tuttavia capitare che lo statuto preveda un termine entro il quale i gestori non dispongono di tale potere (23). A ben vedere qualche dubbio sulla legittimità di

Note:

(21) Trib. Pavia, 12 febbraio 1996, in questa *Rivista*, 1996, 786 ss., con nota di R. Casucci. Il caso concerneva una S.r.l., ma il principio deve reputarsi applicabile anche alla S.p.a.

(22) Trib. Genova, 4 aprile 1989, in questa *Rivista*, 1989, 1231 ss., con nota redazionale.

(23) Cfr. A. R. Adiatori, *op. cit.*, 1973 s.

una previsione statutaria del genere può essere sollevato. Si deve difatti riflettere sulla circostanza che i conferimenti promessi costituiscono garanzia dei creditori sociali: una previsione statutaria che consentisse di posticipare la corresponsione di tali somme, nell'interesse dei debitori ma contro l'interesse dei creditori, potrebbe arrecare un significativo pregiudizio a questi ultimi. Se si afferma la legittimità di una clausola statutaria che consente di dilazionare il versamento delle somme dovute sulle azioni, si può affermare anche la legittimità di un accordo fra soci avente il medesimo tenore. Anche in questo caso è tuttavia lecito dubitare della validità di una tale pattuizione nei confronti dei terzi. Va infine menzionato l'art. 2344, primo comma, c.c., che consente agli amministratori di chiedere ai soci di effettuare i versamenti entro quindici giorni dalla corrispondente diffida pubblicata nella Gazzetta Ufficiale. Alla luce dell'art. 150, primo comma, l.fall., nei casi illustrati i termini non trovano applicazione nel contesto fallimentare. Le esigenze di tutela dei creditori sociali prevalgono rispetto al termine eventualmente previsto a favore dei soci, con la conseguenza che il giudice delegato può emettere immediatamente il decreto.

Rispetto al decreto emesso dal giudice delegato, il socio non rimane privo di tutela. Come è noto, il rimedio ordinario contro i decreti del giudice delegato è il reclamo al tribunale (art. 26, primo com-

ma, l.fall.). Nel contesto del recupero dei crediti da conferimento, la legge specifica però che il socio può proporre opposizione ai sensi dell'art. 645 c.p.c. La presentazione dell'opposizione impone al giudice di entrare nel merito della controversia con un giudizio ordinario di cognizione piena. Si tratta esattamente di quanto è successo nel caso affrontato dalla Corte di cassazione nella sentenza in commento: a seguito dell'opposizione presentata dall'azionista all'ingiunzione di pagamento del giudice delegato si è giunti a una prima sentenza del tribunale e a una successiva sentenza della corte di appello, avverso la quale è stato presentato il ricorso per cassazione. L'opposizione presentata dal socio deve avere a oggetto l'infondatezza della pretesa fatta valere dal fallimento. Tale infondatezza può consistere nell'affermazione, radicale, che l'ingiunto non è socio della società oppure che ha già interamente liberato le azioni, non avendo dunque più nulla la società a pretendere nei suoi confronti (24).

Nota:

(24) Con riferimento all'onere della prova, Trib. Milano, 13 febbraio 2008, in *Dir. fall.*, 2009, II, 208 ss., con nota di F. Di Maio; in *Società*, 2009, 223 ss., con nota di N. de Luca, ha affermato che la pretesa della curatela ai versamenti residui può ritenersi provata se dai bilanci sociali e da altre scritture risulta un credito verso i soci al momento in cui vengono acquistate le azioni. Il possessore delle azioni deve provare il fatto estintivo della pretesa.

LIBRI

COLLANA: **Codici Annotati Ipsoa**

CODICE DELLA STRADA

Annotato con la giurisprudenza

di **Francesco Molfese e Diego Molfese**

Il volume raccoglie le norme relative al **Codice della strada**. Ciascun articolo è **annotato con un'aggiornata selezione della giurisprudenza** più significativa, nonché con i principali **referimenti bibliografici** in materia. Le massime giurisprudenziali sono illustrate in una sequenza sistematica, per gruppi di argomenti. Le **parole chiave sono state evidenziate con carattere grassetto** al fine di permettere al lettore una più rapida individuazione delle tematiche affrontate.

L'Opera comprende anche la **Tavola di confronto tra il nuovo e il vecchio codice della strada**, la **Tabella dei punteggi previsti all'articolo 126-bis del Codice (Patente a punti)**, la **Tabella delle infrazioni**, la **Tabella sinottica dei limiti di velocità**, la **Tabella degli "spazi e tempi di**

frenatura", il **Regolamento di esecuzione e di attuazione** del Codice.

Il volume è aggiornato con la **legge n. 120/2010** "Disposizioni in materia di sicurezza stradale"; con il **d.m. 22/12/2010** "Aggiornamento delle sanzioni amministrative" e con la **legge n. 10/2011** "Decreto mille proroghe". Il testo è corredato da un dettagliato **sommario** e dagli **indici cronologico e analitico-alfabetico** della giurisprudenza.

Ipsoa 2011, pp. 1529, EURO 60,00

Per informazioni e acquisti

• **Servizio Informazioni Commerciali**

(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)

• **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsa.it/agenzie)

• <http://shop.wki.it/ipsa>



Pronto per il
deposito telematico
dei documenti
in Cancelleria

PROCEDURE FALLIMENTARI

Da IPSOA il software su misura per il curatore fallimentare.

PROCEDURE FALLIMENTARI consente allo studio professionale un'organizzazione del lavoro efficiente, a partire dalla fase iniziale in cui riceve l'incarico dal Tribunale, fino alla fase di chiusura delle procedure concorsuali.

Con la garanzia del rispetto delle scadenze e delle disposizioni legislative.

VANTAGGI OPERATIVI

- Gestione avanzata dello Stato passivo ed elaborazione del Piano di Riparto sulla base di algoritmi di calcolo autorevoli e collaudati
- Gestione della contabilità di procedura
- **Firma ed imbustamento dei documenti da depositare in Cancelleria in modalità telematica secondo le specifiche ministeriali** (nei Tribunali dov'è richiesto)
- Integrato con il modulo COMmanager per l'invio via software di raccomandate, posta prioritaria, fax e sms
- Utilizzo illimitato in rete
- Assistenza telefonica tempestiva ed efficiente
- Disponibile in due versioni, LIGHT (max 5 fallimenti) e FULL (illimitata)

Integrazione con la Banca Dati on line: Il Fallimento e il Curatore Fallimentare

Contenuti completi ed autorevoli per gestire in modo rapido ed efficace ogni problematica in materia di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali.

Il programma consente l'accesso contestuale, direttamente dalla home page, all'opera Il Fallimento e il Curatore Fallimentare on line, integrata con la banca dati La Legge Plus e arricchita dal Codice Commentato del fallimento, costantemente aggiornato con le novità normative e firmato dai più autorevoli giuristi in materia.

Software **SISTEMA**
PROFESSIONISTA

www.ipsoa.it/software



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Procedure concorsuali

L'amministratore giudiziario penale può reclamare la dichiarazione di fallimento

Cassazione Civile, Sez. I, 3 novembre 2011, n. 22800 - Pres. Proto - Est. Cultrera - P.M. Russo - Fallimento Masseria Pucci S.p.a. c. M.M.

Fallimento - Dichiarazione - Reclamo - Amministratore giudiziario - Sequestro preventivo penale - Legittimazione - Sussistenza

(cod. proc. civ. art. 100; cod. proc. pen. art. 321; legge fallimentare art. 18)

In caso di sequestro preventivo dei beni e delle quote di una società di capitali disposto ai sensi dell'art. 321 c.p.p., l'amministratore giudiziario è legittimato a proporre reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento della società medesima, posto che la sua funzione, lungi dall'esaurirsi nella mera custodia di quanto sottoposto alla misura cautelare, si estende all'esercizio dei diritti connessi alla titolarità delle quote sociali, tra i quali rientra il diritto di voto e d'impugnazione delle delibere assembleari, nonché all'esercizio di poteri gestori e di amministrazione (massima non ufficiale).

La Corte (omissis).

I ricorsi, indirizzati avverso la stessa decisione, sono stati riuniti ai sensi dell'art. 335 c.p.c.

Il curatore del fallimento Masseria Pucci, ricorrente principale, denuncia.

1.- violazione della l.fall., art. 5. Ascrive alla Corte del merito sia d'aver erroneamente valutato la situazione patrimoniale della società, reputando che la sua consistenza consentisse il pagamento dei debiti, sia d'aver ritenuto che l'assoggettamento delle quote sociali alla misura cautelare rappresentasse situazione contingente ed eccezionale, che aveva ostacolato il regolare adempimento dell'unico credito.

Formula conclusivo quesito di diritto con cui chiede se sia sufficiente per escludere lo stato d'insolvenza di una società che l'entità dell'attivo possa soddisfare i crediti dei terzi già scaduti.

In relazione all'ulteriore profilo di censura il quesito di diritto chiede se ai fini dell'accertamento dello stato d'insolvenza il giudice possa vagliare le cause che hanno procurato l'inadempimento.

Se, inoltre, ai medesimi fini, possa rilevare che l'impossibilità di provvedere ad regolare adempimento sia dipesa da sequestro preventivo dei beni immobili dell'imprenditore.

2.- Vizio d'omessa motivazione su fatto controverso. La Corte distrettuale non avrebbe affatto spiegato come l'entità dell'attivo consentisse il regolare adempimento dei debiti, né se fosse stata accertata concreta attitudine dei beni ad essere adoperati per pagare i debiti.

Il vizio denunciato si anniderebbe altresì nell'omesso

esame di ulteriore esposizione debitoria dell'importo di Euro 600.480,13, all'epoca già maturata nei confronti di Intesa San Paolo, che ne ha infatti chiesto ed ottenuto ammissione allo stato passivo in Euro 520.701,96.

La sintesi conclusiva rappresenta il fatto controverso e decisivo nella concreta attitudine dei cespiti patrimoniali ad essere adoperati per estinguere puntualmente i debiti scaduti, peraltro non correttamente accertati.

3.- ancora vizio d'omessa motivazione. Non risulterebbe motivata la ragione per la quale, accertato il debito scaduto in Euro 300.000,00, sarebbe priva di rilevanza l'ulteriore esposizione debitoria accertata in Euro 180.000,00.

Il motivo espone sintesi conclusiva.

Il ricorso incidentale della Banca Agricola Commerciale della Repubblica di San Marino denuncia:

1.- violazione di legge. Richiamando il principio enunciato nella sentenza di questa Corte n. 7147/2000, espressamente disatteso dalla Corte del merito, assume la carenza di legittimazione dell'amministratore giudiziario a proporre reclamo alla sentenza di fallimento.

Il conclusivo quesito di diritto chiede se l'amministratore e custode dei beni sequestrati in sede penale ex art. 321 c.p.c. sia legittimato a reclamare il fallimento della società intervenuto in pendenza della misura cautelare.

2.- violazione della l.fall., art. 5. Premessa l'anteriorità del credito di Intesa San Paolo alla data del sequestro, la levata di molteplici protesti, e l'irrilevanza dell'eccedenza delle poste patrimoniali attive su quelle passive, ascrive alla Corte territoriale:

1.- di non aver considerato gli eventi precedenti, al se-

questo sintomatici dello stato d'insolvenza, omettendo di attribuire il giusto rilievo ai protesti di ben 25 assegni bancari per complessivi Euro 585.000,00 e non per l'importo di Euro 180.000,00 erroneamente indicato, all'iscrizione da parte di Intesa San Paolo in data 30 luglio 2007 dell'ipoteca giudiziale per Euro 850.000,00 sulla base d'ingiunzione del 16.7.2007, nonché alla revoca degli affidamenti intervenuta il 14 agosto 2007;

2.- d'aver inoltre esaminato il solo bilancio societario relativo all'anno 2006, estrapolandone soltanto alcuni dati numerici.

Il conclusivo quesito chiede se lo stato d'insolvenza di una società, di capitali, che pur presenti bilancio in attivo, sia individuabile se risultino l'omesso pagamento di ingenti debiti societari, certi, liquidi ed esigibili, l'esistenza di precedenti iscrizioni ipotecarie, la levata di protesti, l'emissione successiva del provvedimento di sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p..

Per evidenti ragioni di logica priorità, deve esaminarsi preliminarmente il primo motivo del ricorso da ultimo esaminato.

La Corte del merito ha affermato la legittimazione del dott. M. nella qualità di amministratore giudiziario dei beni e delle quote sociali della Masseria Pucci a proporre il reclamo, rilevando anzitutto che il disposto della l.fall., art. 6, pur nel testo novellato, legittima ogni interessato a reclamare la pronuncia di fallimento e, di sicuro, l'amministratore dei beni sottoposti a sequestro in vista della successiva confisca ha interesse a sottrarre tali beni alla liquidazione concorsuale. Diversa è la funzione demandata al custode dei beni sequestrati ex art. 316-317 c.p.c. che, secondo il principio enunciato nella sentenza del S.C. n. 7147/2000, è sottesa alla mera conservazione dei beni sequestrati, e pertanto, non confligge con l'apertura del fallimento che, pur determinando lo spossessamento della gestione di quei beni, non determina sottrazione alla garanzia patrimoniale, in vista della quale è emessa la misura cautelare. La correttezza di questo approdo non è scalfita dalle censure della ricorrente, che recepiscono sostanzialmente i passaggi logici che sorreggono il precedente invocato, che i giudici del gravame hanno giustamente ritenuto non pertinente al caso di specie, in ragione della diversa natura della misura cautelare dibattuta.

Secondo la funzione legalmente tipizzata nelle disposizioni processuali cui si riferisce il citato arresto, il sequestro conservativo penale, per sua stessa definizione, è finalizzato alla conservazione ed alla custodia dei beni sottoposti alla cautela reale, e soggiace per l'effetto, secondo quanto condivisibilmente sostenuto nella pronuncia cennata, al regime omologo previsto dal codice di rito civile. Il custode dei beni sequestrati è, in quanto tale, legittimato alle iniziative, anche giudiziarie, causalmente correlate alla funzione demandatagli. In distinta prospettiva, il provvedimento cautelare disposto ai sensi dell'art. 321 c.p.c. nell'ambito delle misure di prevenzione o per reati connessi ad attività mafiosa, e, come nella specie, in vista della confisca a mente del comma 2 della citata disposizione processuale penale, può prevedere anche la nomina dell'amministratore giudiziario, così espressamente qualificato dalla L. n. 575 del 1965, art. 2 *sexies* e

successive modifiche, che sia incaricato non solo della custodia e conservazione dei beni sequestrati, ma anche della loro amministrazione, secondo quanto previsto dal D.L. n. 306 del 1992, art. 12 *sexies*, comma 4 convertito in L. n. 356 del 1992 con rinvio al comma 3. Lo spettro d'azione dell'organo, comprensivo della custodia ma non circoscritto ad essa, lo legittima, se la misura colpisce le quote sociali, ad esercitare i diritti connessi, partecipando perciò alle assemblee ed esprimendo il voto in luogo dei soci (cfr. Cass. n. 13169/2005) e in logica conseguenza ad impugnare le delibere assembleari ai sensi dell'art. 2377 c.c. (Cass. n. 21858/2005), e peraltro, se la misura tenda alla prosecuzione della gestione sociale per evitare la protrazione dei reati per loro tramite ovvero per mantenerli in vista della confisca, ad attivarsi, anche in sede giudiziaria, per garantire suddetta finalità, sostituendosi, in tutte le conseguenti necessarie iniziative, all'amministratore ordinario. La giurisprudenza formatasi in subjecta materia in sede penale, ha affermato a riguardo che «Se di norma i poteri che competono al custode sono attinenti alla mera custodia a fini conservativi delle cose in sequestro..., nulla vieta ed anzi ora l'art. 104 bis disp. att. c.p.p. - espressamente consente che, nella sfera dei poteri del custode, rientri anche l'amministrazione dei beni in sequestro, con esercizio di poteri di vera e propria gestione. E ciò in realtà poteva già desumersi dall'art. 259 c.p.p., applicabile anche al sequestro preventivo (Cass., sez. un., 18 maggio 1994 - 3 dicembre 1994, n. 9); cfr. altresì Cass., sez. II, 6 maggio 2009 - 5 giugno 2009, n. 23572, che ha affermato che rientrano nella competenza del g.i.p., in quanto "autorità giudiziaria" che ha disposto il sequestro la nomina del custode per l'amministrazione dei beni sottoposti a sequestro preventivo e, la determinazione delle modalità di esecuzione del medesimo (Cass. n. 35801/2010)».

L'ontologica difformità tra le indicate funzioni demandabili al suddetto organo - custodia e conservazione ovvero amministrazione e gestione - impone, in logica conseguenza, di verificarne la legittimazione sostanziale e processuale, in concreto in correlazione all'espletamento della funzione che, nella gamma delle competenze del suo ufficio, esso intende svolgere. Il corollario comporta che, spettando all'amministratore della società la legittimazione - *jure proprio* - (cfr. Cass. n. 9491/2002, 3368/2006) a resistere alla richiesta di fallimento e quindi a reclamare la successiva sentenza, l'amministratore giudiziario, nell'esercizio di quella stessa funzione, ha veste sostanziale e processuale che lo legittima ad assumere analoga iniziativa.

Non può non rilevarsi peraltro che la gestione del patrimonio sociale finalizzata alla sua conservazione in vista del conclusivo provvedimento ablativo, come del resto ha correttamente rilevato la Corte del merito, interferisce con la finalità della procedura concorsuale e legittima perciò *ex sé*, l'amministratore giudiziario, cui il giudice della misura cautelare ha demandato quel compito, ad agire in giudizio al fine di garantire le finalità sottese all'adozione della misura, al pari di ogni altro interessato, ed anzi a maggior ragione.

Esigenze di completezza impongono di rilevare che, pubblicato nel supplemento ordinario n. 214 alla G.U. n.

226 del 28 settembre 2011, il D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 - Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma della Legge Delega 13 agosto 2010, n. 136, artt. 1 e 2 che aveva previsto una completa ricognizione delle norme antimafia di natura penale, processuale e amministrativa, nonché il relativo coordinamento con la nuova disciplina dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (D.L. 4 febbraio 2010, n. 4), per quel che rileva in questa sede, prevede, quanto ai rapporti con le procedure concorsuali, che i beni sequestrati o confiscati nel procedimento di prevenzione sono sottratti dalla massa attiva del fallimento e sono gestiti e destinati secondo le norme sul procedimento di prevenzione - art. 63.

Il citato D.Lgs. n. 159 del 2011, art. 117 detta la disciplina transitoria stabilendo che «Le disposizioni contenute nel libro I non si applicano ai procedimenti nei quali, alla data di entrata in vigore del presente decreto, sia già stata formulata proposta di applicazione della misura di prevenzione. In tali casi, continuano ad applicarsi le norme previgenti».

La fattispecie in esame resta pertanto governata dal regime normativo vigente all'epoca del provvedimento di sequestro. Al quesito posto nel motivo esaminato deve pertanto risponderci affermando la legittimazione dell'amministratore giudiziario, nominato in sede di sequestro assunto ai sensi dell'art. 321 c.p.p., a proporre reclamo avverso la sentenza dichiarativa del fallimento della società i cui beni siano stati affidati da quel provvedimento alla sua gestione.

Il secondo motivo del ricorso principale del curatore del fallimento ed il secondo motivo del ricorso incidentale, logicamente connessi, perciò congiuntamente esaminabili, sono fondati e quindi meritevoli d'accoglimento. La decisione impugnata, in ordine al merito, dando atto dell'unica esposizione debitoria nei confronti della S.A. Banca Agricola Commerciale, indicato nel ricorso di fallimento nell'importo di Euro 105.822,96, di protesti per

complessivi Euro 180.000,00 e dell'esistenza di altri debiti risultanti dal bilancio 2006 pari ad Euro 845.245, ha, nondimeno escluso lo stato d'insolvenza sulla base di duplice considerazione: 1.- perché l'entità dell'attivo patrimoniale ammonante ad Euro 2.940.247,00 era tale da soddisfare l'importo dei debiti scaduti di poco superiore ad Euro 300.000,00; 2.- perché l'inadempimento riferito al debito maturato nei confronti della banca Agricola, unico creditore istante, era stato determinato dal provvedimento di sequestro preventivo assunto in data antecedente alla richiesta di pagamento della menzionata creditrice. Perciò da temporanea impossibilità di provvedere al regolare adempimento e non da irreversibile stato di crisi. Non vi è cenno in questo tessuto argomentativo alle circostanze di fatto esaustivamente e specificamente rappresentate dai ricorrenti, in tesi incidenti sulla valutazione dello stato d'insolvenza della Masseria Pucci. La motivazione infatti s'incentra essenzialmente sulla rilevata prevalenza delle componenti patrimoniali attive sulla somma dei crediti vantati dai terzi che, decisiva nel solo caso di società in liquidazione, non esaurisce tuttavia l'esigenza di una necessaria completa indagine sulla condizione di solvibilità della società debitrice rispetto all'ingente situazione debitoria, emersa in sede d'istruttoria prefallimentare alla stregua dei fatti riferiti dagli odierni ricorrenti. Essa è pertanto lacunosa. Fondata su quel dato nonché su argomento, incensurabile in punto di fatto, ma non adeguatamente spiegato nel suo inquadramento logico, rappresentato dall'impossibilità di estinguere i debiti a causa dell'intervenuto sequestro che, come del resto hanno evidenziato gli stessi giudici del reclamo, non determinò un arresto della gestione sociale, né perciò dell'attività sociale, che continuò sotto la guida dell'amministratore giudiziario, non rende conto adeguatamente delle ragioni fondanti la decisione conclusiva. Ne discende la cassazione della sentenza impugnata con rinvio alla Corte d'appello di Roma che provvedere anche alla regolamentazione delle spese del presente giudizio.

(omissis).

Potere di reclamo ex art. 18 l.fall. dell'amministratore giudiziario e del custode penale

di Giuseppe Minutoli

Nell'ambito dei controversi rapporti tra misure di prevenzione patrimoniali (e sequestro penale in genere) e procedure concorsuali, l'autore esamina i profili teorici ed i risvolti pratici del tema dei poteri del custode da un lato e dell'amministratore giudiziario dall'altro rispetto alla dichiarazione di fallimento ed alla legittimazione dei predetti organi al reclamo ex art. 18 l.fall., anche alla luce del recente codice antimafia.

1. Premessa

Oltre dieci anni addietro, la Suprema Corte, con la sentenza 30 maggio 2000, n. 7147 (1), aveva affrontato la questione della legittimazione del custo-

de di beni sottoposti a sequestro penale (nella spe-

Nota:

(1) In questa *Rivista*, 2001, 625.

cie, sequestro conservativo, ai sensi dell'art. 316 c.p.p.) a proporre opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento ex art. 18 l.fall., negando quella legittimazione, in ragione della specifica funzione della custodia, limitata alla conservazione e all'amministrazione dei beni sottoposti a cautela. Autorevole dottrina (2), in sede di commento critico alla predetta pronuncia, non aveva mancato di prospettare, in una corretta visione più ampia della fattispecie analizzata dai giudici di legittimità, le problematiche connesse ai correlati poteri non già del mero custode, ma di chi, nell'ambito dei procedimenti di prevenzione a norma dell'art. 2 *sexies*, L. 31 maggio 1965, n. 575 previgente o per reati connessi ad attività criminali mafiose ex art. 12 *sexies* D.L. 8 giugno 1992, n. 306 o del sequestro preventivo ex art. 321 c.p., è chiamato a «provvedere alla custodia, alla conservazione ed alla amministrazione dei beni sequestrati», tanto da essere qualificato quale «amministratore»: quell'autore, non a caso, terminava il proprio lavoro chiedendosi «se la figura dell'amministratore così delineata sia espressione di una tendenza legislativa destinata ad incidere anche sulla regolamentazione dei poteri del custode "civile" o se l'istituto sia destinato a rimanere confinato nell'ambito penale, così come resta da vedere se la giurisprudenza si consoliderà nel senso di cui è espressione la sentenza in rassegna oppure se trarrà dalla disciplina penalistica suggestioni sufficienti a mutare indirizzo in senso meno restrittivo».

La sentenza del 2011 in commento offre l'occasione di verificare quanto chiesto dall'illustre commentatore ed entrare più approfonditamente nelle tematiche inerenti i poteri dell'amministratore giudiziario in caso di fallimento.

2. Il controverso rapporto tra sequestro penale e fallimento sino al codice antimafia

In altra sede (3) è stato evidenziato come il rapporto tra misure di prevenzione (e, più in generale, il sequestro penale) e le procedure concorsuali, assai spinoso e contrastato, ha visto nel corso del tempo approdi ermeneutici ed applicativi spesso dissonanti e non sempre appaganti (4), oscillando tra gli opposti estremi della prevalenza assoluta del sequestro penale *lato sensu* sul fallimento, essendo al curatore attribuito solo il potere di proporre incidente di esecuzione ex art. 666 c.p.p. a tutela delle ragioni della massa (5); ovvero della prevalenza del fallimento rispetto alla pretesa statutale di prevenzione, principalmente sulla base della natura derivativa dell'acquisto della proprietà in capo allo Stato, sì

da non poter pregiudicare i diritti dei terzi incolpevoli (6); o ancora della prevalenza del sequestro preventivo rispetto alla procedura fallimentare solo se destinato a soddisfare una funzione di prevenzione speciale rilevante *erga omnes* (7).

È, poi, noto che, in base all'insegnamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte del 2004 (8), i beni provento di attività illecita dell'indagato ed acquisiti alla massa fallimentare possono essere sottoposti a sequestro preventivo, finalizzato alla confisca, a condizione che il giudice penale dia conto della prevalenza delle ragioni sottese alla confisca rispetto a quelle attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori della procedura fallimentare. Al riguardo, i giudici di legittimità hanno affermato la necessità di distinguere tra il sequestro c.d. impositivo di cui all'art. 321, primo comma, c.p.p. (nel cui caso il giudice dovrà effettuare una valutazione di bilanciamento del motivo della cautela e delle

Note:

(2) V. Zanichelli, *I poteri del custode dei beni sottoposti a sequestro*, *ivi*, 626-631.

(3) Rinvio a G. Minutoli, *Verso una fallimentarizzazione del giudice della prevenzione antimafia*, in questa *Rivista*, 2011, 1272.

(4) Tra i tanti studi sull'argomento, richiamo solo M. Orlando, *Esecuzioni civili, sequestri, misure di prevenzione e confisca*, in *R. esec. forz.*, 2009, 622; F. Cassano, *Il fallimento dell'imprenditore mafioso: effettività della prevenzione patrimoniale e garanzia dei diritti dei terzi di buona fede*, in questa *Rivista*, 1999, 1351; F. Anfuso, *All'orizzonte una possibile via d'uscita dal dedalo dei rapporti tra misure di prevenzione e fallimento*, *ivi*, 2002, 173; M. Fabiani, *Misure di prevenzione patrimoniali e interferenze con le procedure concorsuali*, *ivi*, 1998, 329, e, più di recente, M. Orlando, *I rapporti tra misure di prevenzione e tutela dei creditori nel fallimento*, in G. Minutoli, *Crisi d'impresa ed economia criminale*, Milano, 2011, 129 ss.

(5) Cass. 9 novembre 1987, n. 5415, Nicoletti, *Riv. pen.* 1998, 156; Cass. pen., sez. V, 30 marzo 2000, n. 1926, CED Cass., Rv 216540; Cass. pen. 18 settembre 2003, n. 38117, CED Cass., Rv 225843.

(6) A. Gaito, *Sui rapporti tra fallimento e sequestro antimafia in funzione di confisca*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, 393; in senso problematico, E. Norelli, *Misure patrimoniali antimafia, tutela esecutiva dei creditori e fallimento*, in AA.VV., *Imprenditori anomali e fallimento*, Padova, 1997; Trib. Lucca 6 marzo 1992, in *Cass. pen.*, 1993, 696.

(7) Cass. pen., Sez. II, 16 maggio 2003, n. 24160, P.M. c. Saieva.

(8) Cass. pen., Sez. Un., 24 maggio 2004, n. 29951, in questa *Rivista*, 2005, 1265, con nota di M. F. Iacoviello, *Fallimento e sequestri penali*, nonché in *Giur. it.*, 2005, 1507, con nota di F. Massari, *Note minime in materiali sequestro probatorio sui beni del fallito*; nello stesso senso, più di recente, Cass. pen. 7 aprile 2010, n. 16783, secondo cui il sequestro finalizzato a confisca obbligatoria, quale è quella adottata in sede di misura di prevenzione, è insensibile alla procedura fallimentare, posto che i beni soggetti, trovando la loro scaturigine nell'attività illecita, sono da considerarsi pericolosi in sé, in base a una presunzione assoluta, per cui vanno definitivamente acquisiti al patrimonio dello Stato non potendo essere rimessi in circolazione nell'ambito della procedura fallimentare.

ragioni attinenti alla tutela dei legittimi interessi dei creditori, anche attraverso la considerazione dello svolgimento in concreto della procedura concorsuale, potendone conseguire la restituzione all'ufficio fallimentare del bene sequestrato), ed il sequestro funzionale alla confisca, di cui al secondo comma. In tale ultima ipotesi, ove si tratti di confisca obbligatoria, il sequestro relativo deve ritenersi assolutamente insensibile alla procedura fallimentare, posto che la *res* è considerata pericolosa in base ad una presunzione assoluta, sicché le finalità del fallimento non sono in grado di assorbire la funzione assolta dal sequestro; b) nel caso di confisca facoltativa, non può escludersi che l'intervento della procedura fallimentare possa costituire fatto sopravvenuto determinante il venir meno delle condizioni di applicabilità della misura.

3. Il custode giudiziario penale

Con la citata sentenza n. 7147/2000, la Suprema Corte aveva evidenziato che le norme penalistiche in tema di sequestro preventivo penale (artt. 316 e 317 c.p.p.) richiamano espressamente le disposizioni del codice di procedura civile in tema di esecuzione del sequestro conservativo sui beni mobili ed immobili, derivandone che «il custode - tenuto conto della concezione unitaria della sua figura - ha una funzione limitata alla conservazione ed amministrazione dei beni», posto che la norma, indicando tali due funzioni, «non formula due ipotesi nettamente distinte, ma considera la seconda strumentale alla prima». In tal modo i giudici di legittimità hanno aderito ad una nozione restrittiva dell'area di operatività del custode, peraltro ribadita proprio nella sentenza del 2011 che si commenta, nel contesto di una problematica (l'estensione dei poteri del custode, al di là di quanto - eventualmente - disposto dal giudice) assai controversa e complessa, sol che si consideri la difficoltà di passare dalla mera enunciazione teorica al profilo applicativo e l'impossibilità di delineare criteri astratti (9), posto che, comunque, quell'organo deve agire in vista del perseguimento delle finalità del proprio ufficio (10).

La questione è parzialmente mutata a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 104 *bis* disp. att. c.p.p., inserito dall'art. 2, nono comma, lett. b), L. 15 luglio 2009, n. 94, in forza del quale «nel caso in cui il sequestro preventivo abbia per oggetto aziende, società ovvero beni di cui sia necessario assicurare l'amministrazione (...) l'autorità giudiziaria nomina un amministratore giudiziario (...)». Pertanto, se di norma i poteri che competono al custode hanno

una finalità meramente conservativa delle cose in sequestro, la cui disponibilità è opportuno che sia sottratta alla persona sottoposta alle indagini, nulla vieta che nella sfera dei poteri del custode rientri anche l'amministrazione dei beni in sequestro, con esercizio di poteri di vera e propria gestione: ne consegue che «dopo l'introduzione dell'art. 104 *bis* cit. deve ritenersi certamente consentito al g.i.p. nel decreto di sequestro preventivo di tenere conto anche di altre esigenze, come quelle produttive ed occupazionali, nell'esercizio di una sua scelta discrezionale, e di procedere alla nomina di un amministratore del compendio aziendale sequestrato» (11). Non a caso in ipotesi di sequestro preventivo penale, *ex art. 321 c.p.p.*, di quote o azioni di una società di capitali, in difetto di contraria indicazione contenuta nel provvedimento che lo dispone, è stato affermato che il diritto di intervento e di voto nelle assemblee, anche in ordine all'eventuale nomina e revoca degli amministratori, spetta al custode designato in sede penale: ponendosi quello ora indicato come un effetto naturale della misura cautelare in questione, in rapporto alla sua funzione tipica di evitare che la «libera disponibilità» di una cosa pertinente al reato - e, dunque, nel caso delle azioni o quote sociali, l'esercizio dei diritti e delle facoltà ad esse inerenti, tra cui, anzitutto, i cosiddetti diritti amministrativi (o corporativi) del socio - possa aggravare o protrarre le conseguenze del reato medesimo, oppure agevolare la commissione di altri reati: ne consegue che il custode è anche legittimato ad impugnare le deliberazioni assembleari al fine di ottenerne l'annullamento ai sensi dell'art. 2377 c.c. (12).

In dottrina, accanto a chi ritiene che al custode debba riconoscersi il potere di compiere qualsiasi atto necessario o utile per la gestione o conservazione della cosa in sequestro, ivi compreso l'incremento della capacità produttiva dell'azienda (13), eventualmente distinguendo tra atti di ordinaria e di straordinaria amministrazione (questi ultimi oggetto

Note:

(9) Per tale acuta osservazione si veda V. Zanichelli, *cit.*, 627 (oltreché C. Costa, *Custodia di beni pignorati (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, 568), il quale avverte che si deve guardare alle particolari caratteristiche del bene sottoposto a pignoramento o a sequestro.

(10) Cass. 30 ottobre 2007, n. 22860, in *Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2008, 672.

(11) In tal senso, Cass. pen. 6 ottobre 2010, n. 35801.

(12) Cass. 22 settembre 2005, n. 21858, in *Guida dir.*, 2005, 46, 41.

(13) L. Calvosa, *Sequestro giudiziario*, in *Nuovo Digesto*, XVII, 1960, 72.

di specifica autorizzazione giudiziale) (14), v'è l'opinione restrittiva secondo cui non può prescindersi dalle esigenze meramente conservative della custodia, escludendosi qualsiasi atto dispositivo, salva l'ipotesi estrema del deterioramento che prelude alla perdita totale del bene (15).

La scelta di campo è densa di conseguenze, anche sul piano della legittimazione processuale - per quel che qui interessa - avendo la Suprema Corte (sia nella pronuncia del 2000 che, incidentalmente, in quella del 2011) escluso che il custode - rappresentante *ex lege* di un patrimonio separato, che può agire o resistere in giudizio nei limiti funzionali del proprio ufficio (custodia ed amministrazione dei beni) - possa proporre gravame avverso la dichiarazione di fallimento che coinvolga i beni sottoposti a sequestro, neppure su autorizzazione del giudice.

Ma si tratta di una soluzione che, nella sua nettezza, non è pienamente condivisibile (potendosi ipotizzare quanto meno una legittimazione concorrente con il titolare della legittimazione *ad causam* che resti inerte) (16), perché omette di considerare l'incidenza (sostanziale e processuale) che la dichiarazione di fallimento può realizzare in concreto sulla misura di cautela, sol che si consideri quanto detto prima in ordine alla possibilità che i sequestri preesistenti divengano inefficaci, anche se si tratta di sequestro conservativo penale che, tendendo a tutelare interessi civili, va parificato a quello civile (17), o di sequestro preventivo in vista di confisca facoltativa (v. *supra*, quanto, di contro, relativo al sequestro finalizzato a confisca obbligatoria).

Le Sezioni Unite (18), tra l'altro, hanno esaminato anche le fattispecie del sequestro probatorio (artt. 253 e ss. c.p.p.) e del sequestro conservativo penale (art. 316 e ss. c.p.p.): il primo persegue interessi differenti da quelli considerati dal fallimento e si configura come misura del tutto autonoma, strumentale alle esigenze processuali, sicché «senza alcun dubbio, può legittimamente essere disposto su beni già appresi al fallimento e, se anteriore al fallimento, manterrà la propria efficacia anche in seguito alla sopravvenuta apertura della procedura concorsuale ed indipendentemente da questa». Il secondo ha come presupposto che vi sia fondata ragione di ritenere che manchino o si disperdano le garanzie per il pagamento delle obbligazioni civili derivanti dal reato, oltre che per il pagamento della pena pecuniaria, delle spese del procedimento e di ogni altra somma dovuta all'erario: si tratta, allora, di una «misura che - in quanto strumentale e prodromica ad una esecuzione individuale nei confronti del debitore *ex delicto* - deve farsi rientrare, in caso di fal-

limento dell'obbligato, nell'area di operatività del divieto di cui all'art. 51 legge fall., palesandosi una sostanziale identità funzionale con l'omologo sequestro civile, che dottrina e giurisprudenza ritengono pacificamente non esperibile in costanza di fallimento. (...) Ne consegue che il curatore è ammesso a chiedere la revoca del sequestro conservativo, ottenuto nei confronti del fallito dalla parte civile costituita in un procedimento penale prima della dichiarazione di fallimento, indipendentemente dal fatto che all'epoca del sequestro il fallito non versasse in stato di insolvenza e che il sequestro sia posto a garanzia di crediti privilegiati».

Va, poi, ricordato che l'art. 2 *sexies*, commi 14 e 15, L. 31 maggio 1965, n. 575, novellato dal D.L. 4 febbraio 2010, n. 4, aveva previsto la sospensione delle procedure esecutive, degli atti di pignoramento e dei provvedimenti cautelari in corso da parte della società Equitalia S.p.a. o di altri concessionari di riscossione pubblica nelle ipotesi di sequestro di aziende o società, con conseguente sospensione del decorso dei relativi termini di prescrizione. Peraltro, ove segua la confisca, i crediti erariali si estinguono per confusione ai sensi dell'articolo 1253 c.c.

L'art. 55 D.Lgs. 6 settembre 2011, n. 159 (cd. codice antimafia), con formulazione parzialmente analoga a quella dell'art. 51 l.fall., dispone un generalizzato divieto di azioni esecutive sui beni oggetto di sequestro e dal giorno dell'attuazione dello stesso, con la conseguenza che il giudice dell'esecuzione dovrà dichiarare la sospensione del procedimento ed i beni sottoposti ad esecuzione sono presi in consegna dall'amministratore giudiziario.

Per la verità, non si fa cenno alle azioni cautelari menzionate dalla norma fallimentare (che, lo si ricordi, prima della riforma del 2006 indicava solo l'esecuzione individuale), sicché potrebbero porsi i medesimi problemi interpretativi che nella vigenza dell'originario testo dell'art. 51 del 1942 erano stati affrontati in giurisprudenza con riguardo alla uni-

Note:

(14) F. Verde, *Il sequestro nel diritto processuale civile*, Padova, 2003, 107; nello stesso senso Cass. n. 22860/07, cit., secondo cui il custode sequestratario giudiziario va qualificato come ausiliario del giudice, da cui ripete l'investitura oltre ai poteri e sotto la cui direzione e controllo opera e può compiere tutti gli atti di ordinaria e, con l'autorizzazione del giudice, di straordinaria amministrazione.

(15) C. Ferri, *Sequestro*, in *Digesto IV, Civile*, XVIII, Torino, 1998, 466.

(16) Così testualmente Zanichelli, *cit.*, 629.

(17) Zanichelli, *cit.*, 629.

(18) Cass. ss.uu. civ. n. 2995104, *cit.*

versalità dell'efficacia del fallimento, nel senso della estensione del divieto anche alle azioni cautelari che, come il sequestro conservativo, hanno funzione conservativa del patrimonio del debitore e carattere strumentale rispetto al processo esecutivo vero e proprio (19).

Va poi aggiunto che il fallimento dell'imprenditore spiega effetti ben più ampi di quelli propri del sequestro di prevenzione, individuabili nella mera spoliazione dell'amministrazione e della disponibilità di determinati beni: ciò è evidente, in particolare, quando oggetto di sequestro siano quote o azioni di società di capitali, subentrando lo Stato nella posizione del singolo socio, laddove fallisce l'imprenditore e, quindi, di conseguenza l'intera società che gestisce l'attività d'impresa insolvente (20).

In definitiva, il custode ben potrebbe rientrare nel novero dei soggetti comunque interessati, previsto dall'art. 18 l.fall., dovendosi fare riferimento a tutti coloro che, diversi dal fallito, possono subire gli effetti pregiudizievoli degli artt. 51-83 bis l.fall. (21).

4. La figura dell'amministratore giudiziario e la legittimazione all'istanza di fallimento ed al reclamo

Meno problemi solleva, nelle stesse tematiche, la figura dell'amministratore giudiziario, cioè di colui che, nominato dal giudice penale o dal tribunale di prevenzione, è incaricato non solo della custodia e conservazione dei beni sequestrati, ma anche della loro amministrazione Tribunale. La stessa Suprema Corte sottolinea la differenza, ontologica ed operativa, rispetto al mero custode, evidenziando come il provvedimento cautelare disposto ai sensi dell'art. 321 c.p.p. nell'ambito delle misure di prevenzione o per reati connessi ad attività mafiose, finalizzato alla confisca obbligatoria, può prevedere la nomina di un amministratore, il cui spettro di azione non è circoscritto alla mera custodia: ciò è tanto più vero tutte le volte in cui sottoposti a sequestro siano beni produttivi o quote sociali di imprese, che necessitano di una condotta "attiva", come peraltro disposto nel citato art. 104 bis disp. att. c.p.p.

Invero, se l'amministratore della società è legittimato a resistere alla richiesta di fallimento (e ad impugnare ai sensi dell'art. 18 l.fall. la relativa dichiarazione), l'amministratore giudiziario che esercita la medesima funzione gestoria ha analoga legittimazione. Ma ciò - a parere di chi scrive - vale anche nel caso in cui il sequestro abbia ad oggetto non solo l'intero complesso aziendale o una quota maggioritaria (o, quanto meno, di controllo) del capitale so-

ciale, ma anche una quota minoritaria: appare di tutta evidenza, infatti, che quell'organo pubblico sia titolare di un interesse qualificato, ai sensi della norma citata (che - lo si ricordi - fa riferimento a "qualunque interessato"), essendo il "rappresentante" di un fascio di interessi che possono subire gli effetti pregiudizievoli dell'apertura del concorso, anche sotto il profilo del valore delle quote o dei beni sottoposti a sequestro e, in prospettiva, confiscati.

Diverso è il discorso riguardo la legittimazione ad attivare in proprio la procedura prefallimentare e, pertanto, a presentare istanza ai sensi dell'art. 6 l.fall., essendo necessarie alcune specificazioni.

Deve intanto rilevarsi come il citato art. 63 cod. antimafia (rubricato "dichiarazione di fallimento successiva al sequestro") attribuisce al pubblico ministero, anche su segnalazione dell'amministratore giudiziario che ne rilevi i presupposti, il potere di chiedere al tribunale competente che venga dichiarato il fallimento (o la dichiarazione di insolvenza ex art. 195 l.fall. in caso di impresa sottoposta a liquidazione coatta amministrativa) dell'imprenditore i cui beni aziendali siano sottoposti a sequestro o a confisca. Ciò vuol dire innanzitutto che l'amministratore giudiziario (quale che sia l'ambito del sequestro) è legittimato a stimolare il pubblico ministero all'azione, prospettandogli elementi significativi dello stato di insolvenza dell'impresa i cui beni o le cui quote siano, in tutto o in parte, sequestrati. E tale previsione normativa integra significativamente l'art. 7 l.fall., potendosi considerare quale conferma dell'opzione interpretativa - non del tutto scontata in dottrina - che esclude un generale potere di azione del pubblico ministero, sicché l'iniziativa di questi è ora opportunamente sganciata dalle ipotesi ivi (tassativamente) indicate, essendo stata introdotta la segnalazione dell'amministratore giudiziario quale atto di impulso per l'organo della pubblica accusa (22).

Note:

(19) Cass. 16 aprile 1996, n. 3595, in questa *Rivista*, 1997, 21.

(20) C. Costa, *Il fallimento dell'imprenditore sottoposto a misure di prevenzione*, in *Dir. fall.* 1996, I, 10, secondo cui il problema che si pone in questi casi è relativo all'individuazione del soggetto (curatore o amministratore giudiziario) titolare del *munus* di gestire i beni in sequestro, nonché all'individuazione delle finalità (conservativo - liquidative nel fallimento, ovvero di amministrazione attiva al fine d'incrementare la redditività dei beni nella prevenzione) cui deve ispirarsi la gestione, e, soprattutto, del soggetto legittimato a percepire il ricavato dalla vendita dei beni (creditori o Stato).

(21) M. Fabiani, *Sub art. 18, Comm. Jorio-Fabiani*, Torino, 2006, 357.

(22) In tal senso, rinvio a G. Minutoli, *Verso una fallimentarizzazione*, cit., 1273.

Quanto al potere di presentare istanza di (auto) fallimento, è da ritenere che la relativa legittimazione spetti all'amministratore giudiziario nel caso in cui il sequestro di prevenzione riguardi l'intero compendio aziendale in caso di impresa individuale, in quanto egli sostituisce a tutti gli effetti il titolare nella gestione aziendale.

Più complessa è la questione del sequestro di quote sociali e di azienda di imprenditore collettivo, non venendo meno, necessariamente, l'organo rappresentativo della società (che, ad esempio, nel caso di società di capitali, può essere persona diversa ed estranea alla compagine sociale) (23): in tali casi, l'amministratore giudiziario (ove non sia anche legale rappresentante dell'impresa) potrà, se siano state sequestrate un numero di quote sufficienti allo scopo, promuovere la sostituzione dell'organo gestorio (24). Per ciò che concerne, infine, le società di persone, in cui vi è una stretta connessione tra qualità di socio e ruolo di amministratore (artt. 2257, 2258, 2295 e 2318 c.c.), è stato affermato che i diritti ed i poteri spettanti al socio (eventualmente, quello accomandatario, in caso di S.a.s.), ivi compreso quello di rappresentanza della società e la legittimazione all'istanza di autofallimento e al reclamo ex art. 18 legge fall., siano esercitati dall'amministratore giudiziario (25) ciò quando egli sia anche il legale rappresentante dell'impresa in sequestro e non mero amministratore di quote sociali, con permanenza dei pregressi organi rappresentativi, nel qual caso permangono criticità, ampiamente scrutinate in dottrina.

5. Cenni sulla nuova disciplina del cd. codice antimafia

La Suprema Corte ha fatto cenno (per escluderne l'applicabilità *ratione temporis* alla fattispecie sottoposta al suo esame) alla nuova disciplina del cd. codice antimafia che, agli artt. 63, 64 e 65, hanno disciplinato in maniera compiuta e per certi versi innovativa il cennato rapporto tra misure di prevenzione e fallimento.

Al riguardo, può sinteticamente ricordarsi (rinviano a studi più compiuti) (26) che il legislatore del 2011 ha confermato l'impostazione più rigorista, affermando la tendenziale prevalenza della procedura di prevenzione su quella civilistica del fallimento, ma non in senso assoluto, bensì limitato alla sottrazione del patrimonio in sequestro alla massa attiva fallimentare, laddove residua, con varie sfaccettature, la competenza del giudice delegato al fallimento in ordine alla verifica del passivo.

Pertanto:

a) in caso di fallimento successivo al sequestro penale, sono esclusi dalla massa attiva fallimentare i beni assoggettati a sequestro o confisca. Ne consegue che:

a1) se il fallito non ha beni diversi ed ulteriori, il tribunale, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, non potrà che dichiarare la chiusura del fallimento (art. 63, sesto comma, cod. antimafia) (27);
b) se, al contrario, vi sono altri beni diversi da quelli sottoposti a misura cautelare penale, il quinto comma prevede che competa al giudice delegato al fallimento stesso l'intera procedura di verifica dei crediti e l'accertamento dei diritti dei terzi secondo le regole del concorso ex artt. 92 ss. l.fall., anche con riferimento ai rapporti relativi ai beni sottoposti a sequestro, sostituendosi per tale profilo al giudice della prevenzione, ma dovendo operare anche valutando delle condizioni previste dall'art. 52, primo comma, lett. b), c) e d), e terzo comma cod. antimafia.

b) in senso speculare, il successivo art. 64, nel disciplinare l'ipotesi inversa di sequestro di prevenzione che sopravviene alla pregressa dichiarazione di fallimento, stabilisce che il giudice delegato alla procedura concorsuale, sentito il curatore ed il comitato dei creditori, dispone con decreto la separazione dalla massa attiva del fallimento dei beni sequestrati e la loro consegna all'amministratore giudiziario (28).

Note:

(23) Siffatte tematiche sono state ampiamente scrutinate da G. M. Nonno, *Autofallimento*, in M. Ferro-A. Di Carlo, *L'istruttoria prefallimentare*, Milano, 2010, 470-471, che riporta e commenta i risultati di un'indagine statistica compiuta nel 2009 dall'OCI - Osservatorio sulla crisi d'impresa, tra i giudici delegati italiani, le cui risposte nella maggioranza del campione tendono a «far prevalere la sostanza sulla forma, attribuendo un rilievo preminente al soggetto che ha l'effettiva gestione del patrimonio sociale, piuttosto che a quello che mantiene la rappresentanza formale della società, ormai privata del suo patrimonio».

(24) Cfr. Cass. 16 settembre 2009, n. 19983, secondo cui il ricorso per la dichiarazione di fallimento del debitore, nel caso in cui si tratti di una società, dovendo essere presentato dall'amministratore, dotato del potere di rappresentanza legale, può essere proposto anche dall'amministratore nominato dal custode giudiziario della quota pari all'intero capitale sociale di cui il giudice per le indagini preliminari abbia disposto il sequestro.

(25) Si veda ampiamente Nonno, *cit.*, 471, che cita anche giurisprudenza conforme e dottrina contraria (L. Renna, *L'esercizio dei diritti sociali in ipotesi di sequestro di azioni o quote e la violazione del diritto di opzione come causa di annullabilità della delibera*, in *Contr. impr.*, 2010, 323-351).

(26) Rinvio ancora a G. Minutoli, *cit.*, 1274-1275.

(27) In tal caso, la tutela delle ragioni creditorie e dei terzi in genere è demandata alla sola procedura di prevenzione ed al competente tribunale penale, ai sensi degli artt. 52 e 57 ss. cod. antimafia.

(28) Per i profili di criticità di tale disciplina, si rinvia ancora a G. Minutoli, *cit.*, 1272 ss.

Diritto di difesa

Diritto di difesa e contraddittorio nel procedimento per la dichiarazione di fallimento

Cassazione Civile, Sez. VI, ord., 13 settembre 2011, n. 18762 - Pres. Plenteda - Est. Zanichelli - Mari Luna S.r.l. c. Mari Luna S.r.l.

Fallimento - Dichiarazione - Audizione del debitore - Diritto di difesa - Società - Notifica dell'avviso d'udienza

(cod. proc. civ. artt. 140, 143, 145 e 149; legge fallimentare art. 15, L. 20 novembre 1982, n. 890, art. 8)

È valida la notifica di un atto ad una persona giuridica presso la sede a mezzo del servizio postale, non essendovi alcuna previsione di legge ostativa al riguardo, purché mediante consegna a persone abilitate a ricevere il piego, mentre, in assenza di tali persone, deve escludersi la possibilità del deposito dell'atto e dei conseguenti avvisi presso l'ufficio postale; l'art. 145 c.p.c., infatti, non consente la notifica alla società con le modalità previste dagli artt. 140 e 143 c.p.c., e, quindi, con gli avvisi di deposito di cui all'art. 8 della L. 20 novembre 1982, n. 890, che costituiscono modalità equivalenti alla notificazione ex art. 140 c.p.c., essendo questa riservata esclusivamente al legale rappresentante. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha confermato la decisione della corte territoriale, che aveva ritenuto nulla la notificazione dell'avviso dell'udienza della fase prefallimentare effettuata alla società debitrice a mezzo dell'ufficiale postale, il quale, non avendo trovato alcuna persona idonea a ricevere il plico presso la sede della società, aveva provveduto al suo deposito presso l'ufficio postale ed all'avviso relativo con lettera raccomandata).

La Corte (omissis).

Con la prima censura del primo motivo di ricorso si deduce violazione degli artt. 145 e 149 c.p.c., L. n. 890 del 1982, artt. 1 e 8 per avere la Corte di merito ritenuto irregolare la notificazione dell'avviso dell'udienza della fase prefallimentare effettuata alla società debitrice dall'ufficiale giudiziario a mezzo posta ai sensi dell'art. 149 c.p.c. e a sua volta dall'ufficiale postale come previsto dall'art. 8 citato e quindi, non avendo trovato alcuna persona idonea a ricevere il plico presso la sede della società, mediante deposito presso l'ufficio postale e avviso con lettera raccomandata (mai ritirata).

La censura non è fondata. L'art. 145 c.p.c. in tema di notificazione degli atti alle persone giuridiche, attualmente vigente e applicabile alla fattispecie, prevede, due modalità alternative da tentarsi prioritariamente: la notificazione nella loro sede, mediante consegna di copia dell'atto al rappresentante o alla persona incaricata di ricevere le notificazioni o, in mancanza, ad altra persona addetta alla sede stessa ovvero al portiere dello stabile in cui è la sede; la notificazione, a norma degli artt. 138, 139 e 141, alla persona fisica che rappresenta l'ente qualora nell'atto da notificare ne sia indicata la qualità e risultino specificati residenza, domicilio e dimora abituale (indicazioni presenti nell'atto di cui si tratta).

Solo nel caso in cui la consegna dell'atto non possa essere effettuata con tali modalità è previsto, sempre che nello stesso risultino l'identità e la qualità della persona fisica che rappresenta l'ente nonché uno dei luoghi indicati, che la notifica possa essere fatta a quest'ultimo con le modalità di cui all'art. 140 o art. 143.

Risulta dunque evidente dalla lettera della disposizione che allorquando nell'atto sono contenuti gli elementi indicati circa il legale rappresentante la notifica non può essere effettuata alla società con modalità diverse dalla consegna materiale dell'atto ad una delle persone a ciò legittimate e quindi non è consentito procedere con quelle previste dagli artt. 140 o 143, riservate esclusivamente alla notifica al legale rappresentante.

Naturalmente è possibile anche la notifica a mezzo del servizio postale, non essendovi alcuna previsione di legge ostativa, ma il procedimento non può non tener conto della specifica disciplina sopra esaminata, essendo indubitabile che il legislatore ha ritenuto maggiormente probabile che la notifica con modalità diverse dalla consegna a persona legittimata possa raggiungere lo scopo se indirizzata ad una persona fisica investita di particolari responsabilità piuttosto che in relazione ad un luogo dimostratosi scarsamente presidiato.

Ne consegue che la notifica a mezzo posta alla persona

giuridica può essere effettuata, se dall'atto risultino gli indicati elementi identificativi del legale rappresentante, soltanto mediante consegna a persone abilitate a ricevere il piego, mentre deve escludersi la possibilità del deposito dell'atto e dei conseguenti avvisi che costituiscono formalità equivalenti alla notificazione ex art. 140 c.p.c..

Poiché nella fattispecie, pur essendo indicati nell'atto da notificare il nominativo e la reperibilità del legale rappresentante, la notificazione alla società è stata effettuata mediante deposito presso l'ufficio postale per assenza di persone legittimate alla ricezione, mentre la notificazione al legale rappresentante non è stata ritualmente effettuata, come ha ritenuto il giudice del merito con statuizione non fatta oggetto di censura, ne consegue la violazione del disposto della L. Fall., art. 15, circa la necessaria notificazione dell'avviso di convocazione al debitore e la nullità della sentenza per violazione del principio del contraddittorio, non essendo questi comparso né messo in condizione di difendersi.

Inammissibile è poi la seconda ragione di censura contenuta nel primo motivo di ricorso dal momento che questa attiene ad un presunto difetto di motivazione ma la circostanza in ordine alla quale la motivazione sarebbe carente e contraddittoria non attiene ad un fatto, essendo pacifiche le modalità con cui la notificazione è avvenuta, ma all'inquadramento delle stesse nell'art. 145 c.p.c. piuttosto che nelle disposizioni sulla notifica a mezzo del servizio che è questione di diritto, come tale non censurabile se non per violazione di legge.

Con il secondo motivo di ricorso si deduce violazione della L. Fall., art. 18, per avere la Corte d'appello, a fronte della ritenuta nullità della notificazione dell'avviso di convocazione, dichiarato la nullità della sentenza invece di effettuare gli accertamenti necessari nel contraddittorio delle parti cui sarebbe stata legittimata in virtù dell'effetto pienamente devolutivo del reclamo e dell'adozione del rito camerale che renderebbe inapplicabili le norme sull'appello.

Il motivo è manifestamente infondato dal momento che, prescindendo da ogni considerazione in ordine alla natura del giudizio camerale di impugnazione, è decisiva la considerazione che, in presenza della fondatezza del reclamo, l'art. 18 impone la revoca della sentenza dichiarativa del fallimento con conseguente cessazione della procedura, senza che siano previste o la rinnovazione degli atti nulli o la regressione al primo giudice. D'altra parte, l'accertata nullità dell'atto introduttivo comporterebbe, in base alle norme sull'impugnazione (art. 354 c.p.c.), non già la pronuncia nel merito ma la rimessione degli atti al primo giudice che, in tema di giudizio per la dichiarazione di fallimento, è stata da tempo esclusa dalla giurisprudenza della Corte con argomenti che ancora possono essere invocati: "La procedura prefallimentare non può paragonarsi ad un processo di cognizione ordinaria, essendo essa di natura inquisitoria, compatibile con la necessaria audizione delle parti, pur nella sommarietà delle prove acquisibili, tra cui quelle rilevabili e attuabili d'ufficio dal giudice. Essa mira ad accertare con celerità e senza cognizione piena la sussistenza attuale

dei presupposti per la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore: di modo che la conseguente sentenza positiva costituisce essa stessa il punto d'avvio per il giudizio di cognizione ordinaria in ordine a quei medesimi presupposti.

È evidente, quindi, che la nullità di essa, pronunciata dalla Corte di Appello, travolge tutti gli atti conseguenziali, ivi inclusi il giudizio di cognizione di 1^a grado, la sentenza relativa ed il giudizio di 2^a grado (art. 159 c.p.c.), mentre non fa neppure salvi situazioni, fatti ed effetti riferibili alla fase "quo ante", che possano valere come vincoli assoluti per il giudice fallimentare riguardo ad una nuova dichiarazione di fallimento.

Anzi quel giudice, nell'ipotesi di inizio di una nuova fase procedimentale prefallimentare, non può non riferirsi all'attualità delle situazioni su cui fondare l'accertamento dei presupposti della dichiarazione di fallimento, dal momento che, da un lato, l'effetto retroattivo della pronuncia della Corte di Appello induce a ritenere la dichiarazione di fallimento "tamquam non esset", dall'altro, va fatto salvo il principio secondo cui l'accertamento dei presupposti del fallimento va eseguito con riferimento ai fatti ed alle circostanze soggettive ed oggettive esistenti all'epoca della dichiarazione medesima" (così Sez. 1, Sentenza n. 7760 del 1990 in motivazione).

Il ricorso deve dunque essere rigettato. Non si deve provvedere in ordine alle spese in assenza di attività difensiva da parte degli intimati.

(omissis).

Osservazioni

La fattispecie sottoposta alla attenzione della Suprema Corte è la seguente: una società dichiarata fallita propone il reclamo ex art. 18 l.fall. avverso la sentenza dichiarativa di fallimento; essa viene revocata dalla Corte D'Appello. Il Curatore Fallimentare propone il ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello (Sulla legittimazione del Curatore Fallimentare a proporre ricorso per cassazione avverso la sentenza di revoca della dichiarazione di fallimento Cass. 22 gennaio 2010, n. 1098, in questa Rivista, 2010, 819) per: i) violazione degli artt. 145 e 149 c.p.c. e degli artt. 1 e 8 della L. n. 890/1982, e ii) violazione dell'art. 18 l.fall. in quanto la Corte di merito, ritenuta nulla la notificazione dell'avviso di convocazione, aveva dichiarato nulla anche la sentenza dichiarativa di fallimento ma, invece, avrebbe dovuto effettuare gli accertamenti necessari nel contraddittorio delle parti cui sarebbe stata legittimata in virtù dell'effetto pienamente devolutivo del reclamo e dell'adozione del rito camerale che renderebbe inapplicabili le norme sull'appello. La Suprema Corte rigetta il ricorso ritenendo infondati entrambi i motivi di impugnazione. Essa pone, di nuovo, il lettore, dinanzi al procedimento prefallimentare disciplinato dall'art. 15 l.fall. ed al procedimento impugnatorio disciplinato dall'art. 18 l.fall. L'art. 15 del R.D. 16 marzo 1942, n. 267 è stato modificato dal D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (in G.U. 16 gennaio 2006, n. 12) e, poi, dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (G.U. 16 ottobre 2007, n. 241) (Sul procedimento ex art. 15 l.fall. M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Torino, 2011, 161; Id., *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, in *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 2010, 766 ss. M. Ferro *sub art. 15*, in *La Legge Fallimentare - Commentario Teorico. Pratico*, II ed., a cura di M. Ferro, Padova 2011, 186 ss; S. De Matteis, *Istruttoria prefallimentare: il pro-*

cedimento, in *Le Procedure Concorsuali*, a cura di A. Caiafa, Padova, 2011, 15 ss.; P. Vella, *Oneri probatori e poteri officiosi nel nuovo procedimento di dichiarazione di fallimento*, 450 ss., in questa *Rivista*, 2011, 447; G. Trisorio Liuzzi, *Procedimento per la dichiarazione di fallimento, omessa notifica del ricorso e del decreto di fissazione di udienza ed attuazione del contraddittorio*, in questa *Rivista*, 2010, 558; M. Montanaro, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, 163 ss.; L. D'Orazio, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *La riforma organica delle procedure concorsuali*, a cura di S. Bonfatti-L. Panzani, Milano, 2008, 68 ss.; P. Pajardi-A. Paluchowski, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, 141 ss.; M. Montanari, *La nuova disciplina del giudizio di apertura del fallimento: questioni aperte in tema di istruzione e giudizio di fatto*, in questa *Rivista*, 2007; Cass. 22 gennaio 2010, n. 1098, cit. con osservazioni di G. Trisorio Liuzzi, 564; Cass. 29 ottobre 2009, n. 22986, in questa *Rivista*, 2010, 557; Cass. 10 dicembre 2008, n. 28985, in questa *Rivista*, 2009, 1284; App. Palermo 6 novembre 2009, in *www.osservatorio-oci.org*). La ratio delle molteplici prescrizioni normative dell'art. 15 l.fall. può essere ravvisato nell'obiettivo del legislatore di tutelare il principio di diritto di difesa (art. 24 Cost.) del destinatario del ricorso proposto dal creditore o della richiesta del pubblico ministero (al riguardo M. Ferro, *L'istruttoria pre-fallimentare e l'iniziativa del PM relazione 2012 CSM*, in *www.csm.it*; G. Minutoli, *Ancora in tema di segnalazione al pubblico ministero ex art. 7 l.fall.: questioni controverse in Dottrina e nella Prassi*, in *Giur. Mer.*, 2011, f. 2; P. Filippi, *Sub art. 7*, in *La legge Fallimentare. Commentario Teorico-Pratico*, a cura di M. Ferro, 2011, 101 ss.; R. Tiscini, *Potere di azione per la dichiarazione di fallimento e potere di segnalazione dello stato di insolvenza: entità eterogenee a confronto*, in questa *Rivista*, 2011, 330; sulla tipologia e sulla natura dei termini previsti dall'art. 15, l.fall., M. Fabiani *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, cit. 167) nonché del principio del contraddittorio. È noto che la Corte Cost. con la sentenza del 16 luglio 1970, n. 141 (in *Foro it.*, 1970, I, 2038) ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 15 l.fall. nella parte in cui non prevedeva l'obbligo del tribunale di disporre l'audizione del debitore, prima della dichiarazione di fallimento. Questo intervento ha determinato successivi interventi giurisprudenziali e legislativi, come quello della stessa Corte Costituzionale (Corte Cost. 27 giugno 1972, n. 110, in *Foro it.*, 1972, I, 1902) sull'art. 162 l.fall. (M. Ferro, *sub art. 162*, in *La Legge Fallimentare. Commentario Teorico-Pratico*, II ed., a cura di M. Ferro, 2011, 1858; F. De Santis, *Ancora sui rapporti tra istruttoria prefallimentare e procedura concordata di soluzione della crisi di impresa*, in questa *Rivista*, 2011, in part. 1204 e 1208) e sull'art. 195 l.fall. (R. Bellè, *sub art. 195*, in *La Legge Fallimentare. Commentario Teorico Pratico*, II ed., a cura di M. Ferro, 2011, 2289; E. Bruschetta, *La convocazione del debitore davanti al tribunale. Osservazioni (critiche) a Cass. 2 dicembre 2010, n. 24547*, in questa *Rivista*, 2011, 563). Ma come è stato rilevato in Dottrina (M. Ferro, *Sub art. 15*, cit., 189 ss.; S. De Matteis, cit., 53 ss.) l'art. 15 l.fall. è una norma che si ripresenta nella sua applicazione in tutte le ipotesi nelle quali il tribunale deve procedere con la dichiarazione di fallimento. Infatti, si segnala l'intervento recente della Suprema Corte sull'art. 22, terzo comma, l.fall. con il quale ha affermato che la prevista comunicazione «deve essere necessariamente effettuata in quanto funzionale all'esercizio del diritto di difesa, dal momento che il decreto non è ricorribile per cassazione»; e che la mancata comunicazione determina la nullità della successiva pronuncia di fallimento del tribunale per violazione di tale diritto. (Cass. 23 febbraio 2011, in questa *Rivista*, 2011, 799, con nota di F. Canazza, *Omessa comunicazione*

del decreto di accoglimento del reclamo avverso il rigetto dell'istanza di fallimento e violazione del diritto di difesa). La esigenza della tutela dei principi del diritto di difesa e del contraddittorio, ribadita dal legislatore fallimentare con la modifica dell'art. 15 l.fall., deriva anche dalla circostanza che la sentenza dichiarativa di fallimento produce effetti sulla sfera patrimoniale del debitore (art. 42 l.fall. e art. 15, ottavo comma, l.fall. Sulla disposizione normativa contenuta in quest'ultimo comma, I. Pagni, *I Provvedimenti cautelari a tutela del patrimonio e dell'impresa nel procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Le Procedure Concorsuali*, I, a cura di A. Caiafa, 2011, 217 ss.; F. Filocamo - G.M. Nonno - A. Didone, *"Misure cautelari"*, in *L'istruttoria prefallimentare*, a cura di M. Ferro e A. Di Carlo, 2010, 541 ss.). La rilevanza di questa esigenza è stata ribadita dalla Giurisprudenza (Cass. 29 ottobre 2009, n. 22926, cit.) anche per altre ipotesi: quando la istruttoria prefallimentare si conclude con un provvedimento di rito, ad es. di mero rigetto (App. Venezia 4 novembre 2011, in questa *Rivista*, 2012, 201 ss., con Osservazioni di P. Bosticco; *Contra* Trib. Mantova 24 novembre 2006, in *Foro It.*, 2007, 2, 605, Trib. Napoli 8 novembre 2006, in *Foro It.*, 2007, 605) oppure, quando la istruttoria prefallimentare derivi da una richiesta di fallimento del pubblico ministero (artt. 6 e 7 l.fall.) (App. Milano 2 dicembre 2010, in *www.lcaso.it* che ha ritenuto inesistente la notificazione eseguita dal pubblico ministero mediante l'ausilio della Polizia Giudiziaria e, quindi, esorbitando dallo schema previsto dal codice di rito per le notificazioni, dagli artt. 137 ss. c.p.c. e che per Cass. 22 giugno 2007, n. 14570 in *Giust. Civ. Mass.*, 2007, 6, costituisce uno schema legale); oppure quando sono stati depositati più ricorsi ex art. 6 l.fall. Quest'ultima ipotesi è stata presa in esame dalla Dottrina e dalla Giurisprudenza con differenti soluzioni interpretative. Da una parte, si sostiene che la necessità di instaurare il contraddittorio ad ogni ulteriore ricorso può causare un procrastinarsi della udienza con conseguente pregiudizio per i creditori (L. D'Orazio, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit. 83; Trib. Roma, decr., 3 ottobre 2008, in questa *Rivista*, 2009, 726). Dall'altra, si è replicato (D. Plenteda, *Il diritto di difesa del debitore nel procedimento fallimentare*, in questa *Rivista*, 2009, 730 ss.) che questa soluzione operativa, di informativa c.d. *banco iudicis*, non sembra porsi in linea con le prescrizioni normative dell'art. 15, terzo comma, l.fall., a tutela del diritto di difesa né con la soppressione della dichiarazione di fallimento d'ufficio; che, la necessità della notificazione di ciascun ricorso al debitore è determinata anche dalla circostanza che un ricorso o una richiesta ex art. 6 l.fall. può contenere elementi rilevanti e decisivi per la dichiarazione di fallimento e che, in quanto tali, devono essere portati a conoscenza del debitore stesso. (Sul tema anche App. Palermo 19 giugno 2007, in questa *Rivista*, 2008, 319; sull'obbligo del rinnovo della convocazione del debitore M. Vacchiano, *Diritto di difesa del debitore nel procedimento prefallimentare e rimessione della decisione al collegio. Osservazioni a Cass. 10 dicembre 2008, n. 28985*, in questa *Rivista*, 2009, 1286; Cass. 10 dicembre 2008, n. 28985, cit; Cass. 7 marzo 2008, in questa *Rivista*, 2008, 715; App. Napoli 22 novembre 2010, in *www.osservatorio.oci.org*). Si registrano decisioni giurisprudenziali in forza delle quali, nelle ipotesi di omessa o mancata notifica del ricorso e del decreto di convocazione o di mancato rispetto del termine fissato per la stessa, non si verifica la nullità del ricorso e/o la improcedibilità della iniziativa giudiziaria ma, solo, la necessità di rinnovare la notifica che può realizzarsi, in applicazione dell'art. 162, primo comma, c.p.c., mediante l'ordine di rinnovazione emesso dal giudice (Cass. 29 ottobre 2009, n. 22926, cit.; in tal senso G. Trisorio Liuzzi, *Procedimento*, cit., 562 ss. S. De Matteis, cit., 108; *contra* nel senso

della improcedibilità del ricorso App. Catanzaro 14 febbraio 2009, in *Foro it.*, 2009, I, 1509; Trib. Roma 3 ottobre 2008, in questa *Rivista*, 2009, 726; M. Montanaro, *op. cit.*, 241). L'art. 15, terzo comma, l.fall. non stabilisce quali siano le modalità che devono essere eseguite per la notifica del ricorso e del decreto di convocazione. Prima della riforma della norma, si riteneva doversi applicare la normativa prevista dal codice di rito e nella progressione stabilita dalla Suprema Corte (Cass., Sez. Un., 4 giugno 2002, n. 8091, in *Giur. it.*, 2003, 33). Questo orientamento continua a prevalere (S. De Matteis, *op. cit.*, 109; V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, 2008, 34; App. Brescia 24 agosto 2010, in www.osservatorio-oci.org, App. Palermo 19 giugno 2007, cit.) ed avere, da una parte della dottrina, una interpretazione assai rigorosa con esplicito riferimento alla necessaria applicazione anche dell'art. 143 c.p.c. per la ipotesi in cui il debitore sia "irreperibile"; cui si contrappone però quella che ravvisa proprio nella oggettiva irreperibilità di quest'ultimo (da imputarsi alla sua negligenza od al suo comportamento dilatoria o per fuga, latitanza) il limite degli obblighi di notifica. Con la sentenza in esame la Suprema Corte rigetta la censura mossa dalla Curatela Fallimentare ed afferma che la parte non avrebbe dovuto discostarsi dalle prescrizioni normative dell'art. 145, primo comma, c.p.c. (Sul punto App. Palermo 19 giugno 2007, cit.; V. Sangiovanni, *Irregolare convocazione del debitore e responsabilità processuale aggravata*, in questa *Rivista*, 2009, 821). Se questo orientamento della Suprema Corte è condivisibile per l'obiettivo prefissato dal legislatore, appare stridente con altri obiettivi costituiti dalla tutela della celerità, della operatività del processo di fallimento e degli interessi pubblici ad esso sottesi. Invero se i commi terzo e quinto dell'art. 15 l.fall., a differenza delle altre disposizioni normative inserite nel Capo I rubricato "Della dichiarazione di fallimento", non indicano le modalità da seguire per la notifica del ricorso e del decreto di convocazione; se il quinto comma prevede addirittura che nelle ipotesi in cui ricorrano "particolari ragioni", il presidente del tribunale con decreto motivato può abbreviare i termini e disporre solo la comunicazione da eseguire con ogni mezzo idoneo, omessa ogni formalità non indispensabile alla conoscibilità degli stessi e che, per queste incombenze, possa procedere lo stesso tribunale, si può ritenere che, in una ipotesi come quella sottoposta all'esame della Suprema Corte, qualora si ravvisi la non applicazione di una modalità di notifica, pur a carico della parte, non si debba escludere, a priori, un intervento di supporto del tribunale; ma che, al contrario, spetterebbe a quest'ultimo l'onere di verificare se vi sono ragioni che possa giustificare. Non può tacersi che il sistema notificatorio previsto dal codice di rito si conclude, normativamente, con l'art. 151 c.p.c. Si potrebbe allora ritenere altresì che, se per la Suprema Corte la parte che ha l'onere della notifica deve rispettare completamente il sistema notificatorio scelto e, se essa sceglie quello introdotto dagli artt. 138 ss. del codice di rito, ne consegue che possa prendere in considerazione anche quest'ultima norma (sul punto S. De Matteis, cit., 109 ss.) tanto più che si inserirebbe, agevolmente, in un procedimento che, per volontà del legislatore e come è stato ribadito più volte dalla Giurisprudenza, è caratterizzato proprio dalla celerità e dalla speditezza. Se la tutela dei principi di difesa e del contraddittorio, costituisce la ratio e l'obiettivo dell'art. 15 l.fall., se il mancato raggiungimento di questo obiettivo si proietta nella eventuale fase del reclamo tanto da determinare la dichiarazione di nullità della sentenza di fallimento, allora occorre considerare che oggetto del processo di fallimento è costituito «dalla pretesa alla regolazione concorsuale del dissesto» (M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, cit., 159) ed alla tutela

di interessi pubblici. Anche l'altra censura mossa dalla Curatela del Fallimento è stata rigettata dalla Suprema Corte sostenendo che «in presenza della fondatezza del reclamo, l'art. 18 impone la revoca della sentenza dichiarativa di fallimento con la conseguente cessazione della materia della procedura, senza che siano previste o la rinnovazione degli atti nulli o la regressione al primo giudice» (in tal senso App. Brescia 24 agosto 2010, cit.). Sul reclamo ex art. 18 l.fall. (F. Cordopatri, *L'art. 18 legge fallimentare e lo jus novorum in appello*, in *Dir. fall.*, 2011, 150 ss.; F. De Santis, *Ancora sugli oneri della prova nel processo di fallimento*, in questa *Rivista*, 2011, 675 ss. M. Fabiani, cit., 185 ss., A. Didone, *Note sul reclamo ex art. 18 l.fall. e sull'interpretazione secondo l'intenzione del legislatore concreto*, in *Giust. Civ.*, 2011, 1, 89; G. Minutoli, *Sub art. 18*, in *La Legge Fallimentare-Commentario Teorico-Pratico*, a cura di M. Ferro, 2011, 249 ss.; Id., *Le iniziative di fronte alla sentenza dichiarativa di fallimento tra appello e reclamo: impugnazione devolutiva o modifica "di facciata"?*, in questa *Rivista*, 2008, 259 ss.; G. Bongiorno, *Il sistema delle impugnazioni avverso i provvedimenti del tribunale sulle istanze di fallimento*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, 347; F. Santangelo, *Le modifiche introdotte dal decreto correttivo 169/2007 al processo per la dichiarazione di fallimento e alla fase di accertamento del passivo*, in *Dir. Fall.*, 2008, I, 161; N. Rascio, *Note sull'impiego del reclamo (in luogo dell'appello) come mezzo per impugnare le sentenze con devoluzione automatica piena*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, in part. 967 ss.; Cass. 5 novembre 2010, n. 22546, in questa *Rivista*, 2011, 22 ss. con osservazioni di P. Genoviva; Cass. 28 ottobre 2010, n. 22110, in questa *Rivista*, 2011, 291 con nota di A. Tedoldi, *Il rito camerale-fallimentare e l'efficacia devolutiva del reclamo ex art. 18 l.fall.*; Cass. 5 giugno 2009, n. 12986, in questa *Rivista*, 2010, 445, con nota di P. Genoviva, *Il reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento*; Appello Salerno 26 novembre 2010 e App. Bologna 1° giugno 2009, in www.ilcaso.it). È noto il vivace dibattito sorto in Giurisprudenza e in Dottrina sulla natura giuridica dell'art. 18 l.fall. Infatti, da un lato, vi è la tesi sostenitrice dell'effetto pienamente devolutivo del reclamo con esclusione dei limiti previsti, in tema di appello, dagli artt. 342 e 345 c.p.c. (Cass. 5 novembre 2010, n. 22546, cit.; A. Didone, cit., 89 ss.; L. D'Orazio, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento, in La riforma organica delle procedure concorsuali*, cit., 155; App. L'Aquila 15 luglio 2011, App. Ancona, 22 ottobre 2010, in www.osservatorio-oci.org; App. Bologna 1° giugno 2009, in www.ilcaso.it; App. Torino 13 novembre 2008, in questa *Rivista*, 2009, 487). A sostegno di questa tesi è richiamata anche la sentenza della Corte Costituzionale del 1° luglio 2009, n. 198 (in questa *Rivista*, 2009, 1141 con nota di F. De Santis, *Istruttoria prefallimentare ed oneri della prova*) secondo la quale: i) «nella materia fallimentare vi è ampio potere di indagine officioso in capo allo stesso organo giudicante»; ii) la vigente disciplina fallimentare non attribuisce solo al fallendo ed in via esclusiva la prova della sua non assoggettabilità al fallimento, potendo il giudice acquisire *aliunde* o tramite l'apporto probatorio delle altre parti del procedimento, la prova della sua fallibilità; che questi principi debbano essere applicati anche nel procedimento introdotto con il reclamo. Dall'altra, vi è la tesi sostenitrice di un effetto devolutivo limitato del reclamo (F. De Santis, *Ancora sugli oneri della prova nel processo di fallimento*, in questa *Rivista*, 2011, 677; Cass. 28 ottobre 2010, n. 22110, cit.; App. Napoli 26 gennaio 2011 in www.osservatorio-oci.org; App. Torino 2 agosto 2009, in questa *Rivista*, 2010, 584 con nota di Rascio, *L'efficacia devolutiva del reclamo avverso la sentenza di fallimento: un risultato precluso dal sistema e dalla lettera della legge*) che è basata sulle seguenti argomentazioni: i) la Cassazione ha affer-

mato in più occasioni che il reclamo di cui all'art. 739 c.p.c. non può risolversi nella mera riproposizione delle questioni già affrontate e risolte dal primo giudice ma deve contenere specifiche critiche al provvedimento impugnato; ii) l'art. 18 l.fall. prevede che il reclamo deve contenere «l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto su cui si basa l'impugnazione, con le relative conclusioni»; che «la costituzione si effettua mediante il deposito in cancelleria di una memoria contenente l'esposizione delle difese in fatto e in diritto, nonché l'indicazione dei mezzi di prova e dei documenti prodotti»; iii) queste prescrizioni costituiscono «i limiti entro i quali la corte d'appello è chiamata a riesaminare la dichiarazione di fallimento emessa dal tribunale»; iv) entro questi limiti possono esplicarsi i poteri di ufficio che «il peculiare carattere della materia fallimentare comporta». Sembra che la Suprema Corte, con la sentenza in esame, abbia ribadito quest'ultima tesi; infatti ha affermato che la censura sollevata, per la prima volta, in sede di reclamo, dalla società fallita, della sua mancata convocazione, prevista dall'art. 15 l.fall., ha pienamente giustificato la dichiarazione di irregolarità della notificazione e quella di nullità della sentenza di fallimento; ha esclusa la possibilità per il giudice del reclamo di effettuare ulteriori accertamenti necessari nel contraddittorio delle parti; e l'ha esclusa anche se era stata richiesta dalla Curatela Fallimentare. Quest'ultima osservazione che si basa sulla lettura della sentenza in esame, è rilevante anche sotto il profilo del principio processuale di non contestazione

dei fatti ex art. 115 c.p.c. (Sull'argomento C.M. Cea, *L'evoluzione del dibattito sulla non contestazione* in www.Judicium.it, 2011; L. D'Orazio, *Il principio di non contestazione nell'accertamento del passivo alla luce del nuovo art. 115 l.fall.* (l. n. 69 del 2009) in www.judicium.it, 2009; App. L'Aquila 15 novembre 2010, in www.osservatorio-oci.org; Trib. Piacenza 2 ottobre 2010, in *Giur. mer.*, 2010, 1322). Se si ritiene operativo questo principio anche nel processo di fallimento (in tal senso App. L'Aquila 15 novembre 2010, cit.), esso, sconta, però, i connotati peculiari di quest'ultimo. E lo si evince anche dalla lettura delle recenti decisioni giurisprudenziali citate in questa sede. Infatti da esse si desume che è ben presente che l'attivazione del processo di fallimento fa sorgere il «conflitto» fra vari interessi ed esigenze: la tutela del diritto di difesa del debitore (art. 24 Cost.), del contraddittorio fra le parti, la tutela degli interessi privatistici o pubblici che si manifestano con i ricorsi ex artt. 6 e 7 l.fall. e la tutela di accelerare il procedimento in ossequio del precetto costituzionale del giusto processo (art. 111 Cost.). Ma a questo conflitto sono offerte soluzioni interpretative (ed operative) giurisprudenziali non uniformi. Forse ciò è determinato proprio dalla novità strutturale, complessa, delle norme contenute negli artt. 15 e 18 l.fall. oltre che dall'*iter* e dal comportamento processuale ed istruttorio scelti o "subiti" dalle parti chiamate ad instaurare il contraddittorio.

Anna Chiara Marrollo

RIVISTE

Diritto penale e processo

Mensile di giurisprudenza, legislazione e dottrina

Direzione scientifica: Giorgio Spangher, Paolo Pisa (condirettore)

Comitato scientifico: Paolo Ferrua, Francesco Palazzo, Sergio Seminara, Paolo Tonini

Periodicità: mensile

La Rivista costituisce un attento ed autorevole osservatorio sull'evoluzione del diritto penale sostanziale e processuale.

A partire dal 2009 è ancor più in linea con le esigenze di aggiornamento rapido ed efficace del professionista.

Il cambiamento più evidente è nella **grafica della copertina** e prosegue nell'impostazione interna, che viene rinnovata con:

- La nuova sezione **Itinerari della giurisprudenza**: rassegna ragionata degli orientamenti giurisprudenziali in essere su argomenti di rilievo per i professionisti, in risposta alla crescente esigenza di conoscere la prassi applicativa.
- Il nuovo **Sommario**: per individuare più velocemente i contributi d'interesse.
- La nuova struttura degli **Osservatori**: più agili, più ricchi, più semplici da consultare.
- Le **tabelle di sintesi** degli orientamenti giurisprudenziali.

Nel prezzo dell'abbonamento alla Rivista, sono compresi **due allegati**, che affrontano tematiche di particolare interesse per la professione.

Il servizio on-line, riservato agli abbonati e consultabile all'indirizzo www.ipsoa.it/dirittopenaleprocesso, permette all'utente di accedere a tutte le novità d'interesse e all'anteprima della Rivista cartacea.

Abbonamento annuale Euro 219,00

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>



MASTER IPSOA



Tagliati su misura
per la tua professione!

 **IPSOA** Scuola di formazione
Gruppo Wolters Kluwer

Master full-time



RISORSE UMANE

Milano: aprile – luglio 2012



TRIBUTARIO

Milano: ottobre 2012 – giugno 2013

Per prenotare il tuo colloquio:

Tel. 02/82476.838.868

E-mail: formazione.ipsoa@wki.it



Master part-time

FISCO

- **IVA**
Milano e Napoli
- **Dall'accertamento al processo tributario**
Milano, Roma, Firenze e Taranto
- **Specialista in diritto tributario**
Parma
- **Transfer pricing**
Milano

LAVORO

- **Amministrazione e gestione del personale**
Milano e Napoli
- **Il nuovo contenzioso del lavoro**
Milano e Roma
- **Professione HR Manager**
Roma e Milano

AMBIENTE ED ENERGIA

- **Diritto dell'ambiente**
Milano
- **Esperto ambientale**
Verona
- **Consulente e responsabile ambientale**
Cagliari
- **Diritto ed economia dell'energia**
Milano

GESTIONE D'IMPRESA

- **Contabilità e bilancio**
Roma, Milano e Torino
- **Credit Management**
Milano e Roma
- **Economics di base per la gestione d'impresa**
Milano e Roma
- **Controllo di gestione**
Milano

DIRITTO

- **Diritto societario**
Milano, Roma e Padova
- **Derivati**
Milano
- **D.Lgs 231/01**
Milano
- **Domestic and International banking law**
Milano
- **Fallimento**
Milano

LE SCUOLE PER I PRATICANTI

- **Dottore Commercialista ed Esperto Contabile**
Firenze

www.ipsoa.it/master

Informazioni e iscrizioni:
Scuola di formazione Ipsoa
Tel. 02/82476.1
E-mail: formazione.ipsoa@wki.it

 **ASFOR**
SOCIO ORDINARIO



Accertamento del passivo

Istanza di riconoscimento di privilegio presentata dopo il deposito del progetto di stato passivo

Cassazione Civile, Sez. I, 15 luglio 2011, n. 15702 - Pres. Proto - Est. Didone - P.M. Sorrentino - Immobiliare Palladio S.r.l. c. Fallimento Arte Casa S.r.l.

Fallimento - Accertamento del passivo - Domanda di insinuazione - Deposito del progetto - Integrazione successiva - Richiesta di privilegio - Inammissibilità

(legge fallimentare artt. 93, 95, 98 e 101; D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169)

In tema di accertamento del passivo, la domanda di insinuazione presentata senza specifica richiesta del privilegio non può essere integrata mediante ulteriore atto successivo al deposito, da parte del curatore, dello stato passivo ex art. 95, secondo comma, l.fall., configurando tale richiesta, in fattispecie regolata dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, una "mutatio" e non una "emendatio libelli" e derivandone, nella fase sommaria e per la perentorietà dei termini ivi previsti, la considerazione del credito stesso come chirografo; la non sanabilità dell'omissione (o dell'assoluta incertezza) delle ragioni della prelazione implica altresì, da un lato, che lo stesso credito - con la richiesta del privilegio e senza un ritiro della domanda tempestiva - non possa essere insinuato in via tardiva e, dall'altro, il rigetto dell'opposizione allo stato passivo.

La Corte (omissis).

1.- Con il decreto impugnato - depositato il 21 ottobre 2009 - il Tribunale di Modena ha rigettato l'opposizione allo stato passivo del fallimento della s.r.l. "Arte Casa" proposta da s.r.l. "Immobiliare Palladio" in relazione all'esclusione del privilegio richiesto per una parte del credito ammesso, in via chirografaria, di Euro 456.234,00. L'originaria domanda di ammissione al passivo era stata presentata senza specifica richiesta del privilegio di cui all'art. 2751 bis c.c., n. 5; privilegio successivamente richiesto (limitatamente alla somma di Euro 366.660,00, per le prestazioni svolte sino all'8 ottobre 2007) con istanza integrativa (priva di data di deposito, secondo il Tribunale) ai sensi della l.fall., art. 95, comma 2, ma il giudice delegato aveva ammesso il credito in chirografo evidenziando come non fosse possibile modificare la domanda già depositata.

Secondo l'opponente con la stessa novella della riforma, in vigore dal gennaio 2008, il legislatore aveva eliminato l'obbligo di precisazione del titolo di prelazione in relazione alla "graduazione del credito", così offrendo specifico supporto alla interpretazione "permissiva" della modificazione della domanda di insinuazione fino all'udienza di esame dello stato passivo, interpretazione del resto

coerente con i principi generali del processo ordinario di cognizione.

Ha osservato il Tribunale che non era stata prodotta in atti la domanda di insinuazione al passivo; quindi non era possibile rilevare se nelle difese svolte in quella sede fosse stata esplicita, nella sostanza, la qualificazione artigianale dell'impresa creditrice.

Era incontestato tra le parti, peraltro, che la richiesta fosse stata svolta espressamente, nelle conclusioni "iniziali", in via chirografaria, ed era documentato che la collocazione privilegiata, l'articolazione delle difese in punto, e le allegazioni probatorie fossero state effettuate solo con il deposito di memoria successiva al termine posto dalla l.fall., art. 93, comma 1, dopo il deposito di progetto di stato passivo ed l.fall., ex art. 95, comma 2.

Secondo il Tribunale la richiesta del privilegio configura una *mutatio* e non una *emendatio libelli*; l'accertamento della sussistenza del privilegio artigiano, così come quello di qualsiasi altro privilegio, e pertanto l'accertamento della condizione giuridica legittimante, comportano infatti nuova *causa petendi* (accertamento di un titolo diverso rispetto al semplice diritto di credito chirografario) e nuovo *petitum* (richiesta di collocazione privilegiata nella liquidazione).

Si tratta quindi di domanda del tutto diversa rispetto a quella svolta nell'insinuazione tempestivamente depositata, che incontra il divieto di mutamento correlato all'obbligo per il curatore di depositare il progetto di stato passivo entro il termine di 15 giorni prima dell'udienza di stato passivo e di eccepire fatti estintivi, modificativi o impeditivi del diritto nonché l'inefficacia del credito "o della prelazione" (l.fall. art. 95), e che non può essere introdotta *ex novo* attraverso la possibilità di «osservazioni e documenti integrativi (che appunto presuppongono un contraddittorio già definito e circoscritto)» consentiti dalla l.fall. art. 95, comma 2. Inoltre, secondo il giudice del merito, un conto è l'indicazione della graduazione del credito (che discende *ex lege* e la cui necessaria indicazione di parte è stata espunta dalla novella fallimentare nella lettera della l.fall., art. 93, n. 4) ed altro è invece l'invocazione del privilegio (che discende da un titolo o da una condizione giuridica, che devono essere allegati e provati, e sui quali si forma il contraddittorio endofallimentare). «Neppure, infine, appare corretto esaminare la richiesta del privilegio, in relazione al medesimo credito già chiesto e riconosciuto in chirografo, quale domanda tardiva l.fall., *ex art.* 101, in ragione appunto del giudicato già formato sulla richiesta».

2.- Contro il decreto del Tribunale la società opponente ha proposto ricorso per cassazione affidato a tre motivi illustrati con memoria *ex art.* 378 c.p.c. Resiste con controricorso la curatela intimata.

3.1.- Con il primo motivo la società ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione della l.fall., art. 93, e relativo vizio di motivazione lamentando l'erronea affermazione, da parte del Tribunale, del «divieto di modificazione della domanda di ammissione al passivo fallimentare depositata in via tempestiva - ovvero entro i trenta giorni antecedenti all'udienza di insinuazione al passivo - principio in alcun modo desumibile dalla norma di cui alla l.fall., art. 93 che disciplina le insinuazioni al passivo fallimentare proposte in via tempestiva».

Deduce che nessuna norma del diritto positivo fallimentare dispone che l'insinuazione al passivo tempestiva non possa essere modificata o integrata prima dell'adunanza dei creditori. La l.fall., art. 93, comma 4, per il quale si considera chirografario il credito se è omesso o assolutamente incerto il titolo della prelazione nulla dice sul momento in cui il ricorso introduttivo debba considerarsi come immodificabile.

3.2.- Con il secondo motivo la società ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione della l.fall., art. 101, comma 1, e relativo vizio di motivazione e formula il seguente quesito (sebbene non più richiesto *ratione temporis* ma trascritto per esigenze di sintesi): «se è vero che è ammissibile la presentazione, oltre il termine del trentesimo giorno anteriore all'udienza di verifica ma prima dell'udienza medesima, di una domanda di insinuazione concernente un credito di cui si chiede la collocazione prelatizia, allorché lo stesso credito fosse stato insinuato in via tempestiva, ma senza richiesta di prelazione e che in siffatta ipotesi la seconda domanda è perfettamente ammissibile, scontando la sola conseguenza di dovere essere accertata con le modalità della verifica delle insi-

nuazioni tardive (l.fall., art. 101, comma 1) senza che in siffatta ipotesi possa invece ritenersi che in relazione al credito medesimo già chiesto in chirografo si sia formato il giudicato o altra qualsivoglia preclusione».

3.3.- Con il terzo motivo parte ricorrente denuncia vizio di motivazione nella parte in cui il provvedimento impugnato non prende in considerazione il merito della domanda di riconoscimento del privilegio artigiano.

4.1.- La questione di diritto posta dal primo motivo di ricorso consiste nell'accertare se, prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo ma dopo il deposito del progetto da parte del curatore, sia possibile integrare la domanda tempestiva di ammissione al passivo con la richiesta di privilegio non contenuta nella prima domanda. Il motivo è infondato.

Invero, dalle stesse deduzioni della curatela ricorrente (v. controricorso pagg. 1-2) si evince che: 1) la domanda tempestiva di ammissione al passivo, senza richiesta del privilegio, è stata depositata il 18 marzo 2008; 2) il progetto di stato passivo redatto dal curatore è stato depositato in data 2 aprile 2008; 3) in data 11 aprile 2008 la società creditrice ha depositato l'istanza integrativa della domanda di ammissione al passivo, con richiesta del privilegio; 4) l'udienza fissata per la verifica dello stato passivo si è tenuta il 17 aprile 2008 e il giudice delegato ha ammesso il credito in chirografo.

Ai sensi della l.fall., art. 93, la domanda di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, si propone con ricorso da depositare presso la cancelleria del tribunale almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo.

Tale ultimo termine è espressamente dichiarato perentorio dalla l.fall., art. 16, n. 5.

Il ricorso deve contenere, tra l'altro, 1) l'indicazione della procedura cui si intende partecipare e le generalità del creditore; 2) la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione; 3) la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono la ragione della domanda e 4) l'eventuale indicazione di un titolo di prelazione, ... nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita, se questa ha carattere speciale.

In ordine a tali requisiti la norma prevede l'inammissibilità del ricorso, nell'ipotesi di omissione o di assoluta incertezza dei requisiti sub 1), 2) o 3), mentre, «se è omesso o assolutamente incerto il requisito di cui al n. 4), il credito è considerato chirografario». Già prima della Riforma della legge fallimentare, peraltro, questa Corte aveva puntualizzato che «ai sensi della l.fall., art. 93, comma 1, la domanda di insinuazione al passivo deve indicare non solo il titolo da cui il credito deriva, ma anche le ragioni delle prelazioni, di guisa che, anche questa seconda indicazione - cui equivale, per identità di "ratio", l'enunciazione di una qualità del credito, tale da consentirne il pagamento con prededuzione - assurge ad elemento costitutivo della causa petendi fatta valere con la suddetta domanda, configurato dal legislatore per fini di tutela della "par condicio" dei creditori concorrenti.

Ne consegue che, in prosieguo della procedura concorsuale e segnatamente nel giudizio di opposizione allo stato passivo ex art. 98 della citata Legge Fallimentare non è consentito non solo far valere un credito diverso o di diverso ammontare rispetto a quello specificato con l'istanza di insinuazione, ma neanche addurre una diversa connotazione dello stesso credito, nel senso che, pur avendo il creditore indicato, in detta istanza, trattarsi di credito privilegiato ex art. 2751 bis c.c., n. 3, possa poi sostenere, in sede di opposizione che spetti il diverso connotato della prededuzione per essere il credito sorto durante il periodo di amministrazione controllata che ha preceduto la dichiarazione di fallimento» (Sez. 1, Sentenza n. 10241 del 5 settembre 1992).

Secondo la pronuncia richiamata, siffatte indicazioni delle ragioni di prelazione imposte dalla l.fall., art. 93, al creditore che si dichiara privilegiato consentono agli altri creditori che ne risultano svantaggiati di valutare attentamente, in sede di verifica dello stato passivo, le ragioni di prelazione fatte valere e quindi di potersi opporre ad insinuazioni non fondate con possibilità anche di impugnare eventualmente, ai sensi della l.fall., art. 100 (ora abrogato e ricondotto alla l.fall., art. 98) l'erroneo riconoscimento dello specifico privilegio. Verifica ed impugnazione che sarebbero, invece, sottratte, o rese più difficili, ai creditori ove si ammettesse che il privilegio non indicato nella domanda di insinuazione possa essere fatto valere per la prima volta in sede di opposizione.

Il fondamento di tale indirizzo interpretativo era fondato sul rilievo (formulato già da Sez. 1, Sentenza n. 5751 del 1990) per il quale non esiste nel nostro ordinamento una generale qualificazione dei crediti privilegiati fondata su un unico presupposto, ma esistono tanti privilegi quante sono le situazioni dalla legge qualificate come tali, ciascuna delle quali ancorate ad un determinato presupposto di fatto, costituente il campo di indagine necessario per il riconoscimento del singolo titolo di prelazione richiesto. La qualifica privilegiata può essere assunta concettualmente nella sua unitarietà come categoria logica, solo in quanto si tratti di contrapporla a quella chirografaria di altri crediti concorrenti; peraltro, il riconoscere un privilegio significa essenzialmente accertare la causa del credito da cui la prelazione assume collocazione in una situazione di concorso. Ed invero, secondo il dettato dall'art. 2745 c.c., il privilegio è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito e l'allegazione, nonché l'accertamento, della singola causa di credito costituisce la *causa petendi* (ed il campo di indagine singolare e relativo) di ciascuna domanda volta al riconoscimento di un privilegio. L'addurre, quindi, la singola causa di credito (nella specie, la qualifica artigiana del creditore) di fronte ad un'originaria generica domanda, pur non immutando il *petitum* introduce un campo di indagine di fatto del tutto nuovo, tale da incidere sulla novità della domanda rendendola inammissibile nella fase eventuale dell'accertamento del passivo.

Se tale era il rigore della giurisprudenza prima della riforma, ora che la fase necessaria dell'accertamento del passivo è scandito da termini preentori, a maggior ragione

l'orientamento restrittivo deve essere mantenuto anche per la fase sommaria, nella quale è prevista la predisposizione, da parte del curatore fallimentare, di un progetto di stato passivo contenente in relazione a ciascuna domanda le sue motivate conclusioni; progetto che deve essere depositato nella cancelleria del tribunale almeno quindici giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo, con facoltà per i creditori, i titolari di diritti sui beni ed il fallito di esaminare il progetto stesso e di presentare osservazioni scritte e documenti integrativi fino all'udienza. In questa il giudice delegato, anche in assenza delle parti, decide su ciascuna domanda, nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati.

La dottrina più attenta ha evidenziato che la previsione dell'inammissibilità, in luogo della nullità prevista per il giudizio ordinario di cognizione, fa sì che non si possa aderire alla tesi prospettata da altra parte della dottrina dell'applicazione del regime di sanatoria e di integrazione dettata dall'art. 164 c.p.c. nelle ipotesi di omessa o assolutamente incerta indicazione dei requisiti di cui alla l.fall., art. 93, nn. 2 e 3 essendo, peraltro, prevista espressamente la riproponibilità (ovviamente in via tardiva) della domanda dichiarata inammissibile. Ciò fa ritenere, dunque, non sanabile, all'interno della fase sommaria e, a maggior ragione, nello sviluppo a cognizione piena, l'omissione o l'assoluta incertezza dell'indicazione delle ragioni della prelazione, con la conseguenza, prevista dalla predetta norma, che «il credito è considerato chirografario».

Proprio dalla soluzione accolta per l'omissione o per l'assoluta incertezza dell'indicazione dei requisiti di cui alla l.fall., art. 93, nn. 2 e 3, discende che per l'omissione o l'assoluta incertezza dell'indicazione delle ragioni della prelazione, in relazione alle quali la predetta norma prevede, come conseguenza, non l'impedimento alla pronuncia nel merito (l'inammissibilità), salvo riproposizione della domanda, bensì che «il credito è considerato chirografario», non può essere ammessa integrazione alcuna. Invero, è prevista, in tal caso, una pronuncia (positiva) nel merito, la quale è adottata dal giudice delegato all'udienza, nei limiti delle conclusioni formulate ed avuto riguardo alle eccezioni del curatore, a quelle rilevabili d'ufficio ed a quelle formulate dagli altri interessati, dopo che sul progetto di stato passivo redatto dal curatore gli interessati abbiamo formulato le loro osservazioni, anche integrando la documentazione. Anzi, proprio la facoltà concessa dalla D.Lgs. art. 95, di "integrare" la documentazione a sostegno della domanda costituisce la riprova che non è possibile il mutamento della domanda, essendo consentite solo osservazioni al progetto di stato passivo redatto dal curatore.

4.2.- Anche il secondo motivo è infondato perché - pur prescindendo dall'assorbente considerazione che la richiesta di privilegio è stata formulata come "integrazione" della domanda tempestiva (come ammette la ricorrente a pag. 2 del ricorso: "insinuazione ... come integrata ...") - non è ipotizzabile che, presentata domanda tempestiva di ammissione al passivo - che produce gli ef-

fetti della domanda giudiziale (l.fall., art. 94) - prima ancora che sulla domanda stessa si pronunci il giudice delegato e senza un espresso ritiro della domanda tempestiva, lo stesso credito (sebbene con la richiesta del privilegio) possa essere insinuato in via tardiva.

4.3.- Infine, stante l'inammissibilità dell'integrazione della domanda, correttamente il giudice del merito ha

omesso di valutare il privilegio richiesto. Talché è infondata anche l'ultima censura.

La novità della questione posta con il primo motivo ed il contrario orientamento seguito da una parte della giurisprudenza di merito giustificano l'integrale compensazione delle spese del giudizio di legittimità.

(*omissis*).

Domanda tempestiva di ammissione del credito in chirografo e inammissibilità della successiva richiesta di privilegio

di Giuseppe Trisorio Liuzzi

Nell'annotare adesivamente la sentenza della Cassazione, l'Autore, dopo essersi soffermato sulla domanda di ammissione di credito, giunge alla conclusione che il creditore, che ha depositato tempestivamente la domanda di ammissione al passivo in via chirografaria, non può richiedere il riconoscimento del privilegio, una volta scaduto il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo, né che la pretesa possa essere fatta valere con la domanda di insinuazione tardiva o con l'opposizione allo stato passivo.

1. Il caso

La sentenza innanzi riportata affronta un tema di particolare rilievo anche per i suoi risvolti pratici.

Il caso sottoposto all'attenzione della Suprema Corte è se un creditore, che abbia tempestivamente presentato la domanda di ammissione del credito in via chirografaria, possa successivamente, dopo la scadenza del termine di trenta giorni previsto nell'art. 93 l.fall. e il deposito del progetto di stato passivo da parte del curatore, ma prima del decreto con cui il giudice delegato rende esecutivo lo stato passivo ex art. 96, quarto comma, l.fall., integrare la stessa domanda richiedendo il riconoscimento del privilegio del credito azionato.

La Corte di cassazione, confermando la decisione del tribunale di Modena, ha escluso siffatta possibilità evidenziando

– che l'art. 93 l.fall. dispone che la domanda di ammissione deve essere proposta con ricorso da depositare «almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo», termine «espressamente dichiarato perentorio dall'art. 16 n. 5 l.fall.»;

– che sempre l'art. 93 al quarto comma stabilisce che «se è omesso o assolutamente incerto il requisito di cui al n. 4), il credito è considerato chirografario»;

– che le ragioni della prelazione assurgono «ad elemento costitutivo della *causa petendi* fatta valere con la suddetta domanda»;

– che, di conseguenza, non è «sanabile, all'interno

della fase sommaria e, a maggior ragione, nello sviluppo a cognizione piena, l'omissione o l'assoluta incertezza dell'indicazione delle ragioni della prelazione», tanto più che l'art. 93, a proposito della omissione o dell'assoluta incertezza dell'indicazione delle ragioni della prelazione, «prevede, come conseguenza, non l'impedimento alla pronuncia nel merito (l'inammissibilità), salvo riproposizione della domanda, bensì che «il credito è considerato chirografario»», si che «non può essere ammessa integrazione alcuna»;

– che «proprio la facoltà concessa dall'art. 95 l.fall. di «integrare» la documentazione a sostegno della domanda costituisce la riprova che non è possibile il mutamento della domanda, essendo consentite solo osservazioni al progetto di stato passivo redatto dal curatore».

Inoltre la Corte, rigettando un secondo motivo di ricorso, ha escluso che «presentata domanda tempestiva di ammissione al passivo ... prima ancora che sulla domanda stessa si pronunci il giudice delegato e senza un espresso ritiro della domanda tempestiva, lo stesso credito (sebbene con la richiesta del privilegio) possa essere insinuato in via tardiva».

2. La domanda di ammissione del credito

La decisione della Corte di Cassazione induce ad alcune riflessioni, tenendo altresì presente che il riconoscimento del privilegio di un credito, per il quale originariamente era stata chiesta l'ammissione

soltanto in via chirografaria, può essere avanzato con differenti modalità. Tale richiesta, infatti, potrebbe essere formulata non solo prima dell'udienza prevista per l'esame delle domande di ammissione, come nel caso deciso dalla Cassazione, ma anche dopo il decreto di esecutività dello stato passivo o con l'opposizione ai sensi dell'art. 98 l.fall. o con l'istanza di insinuazione in via tardiva ex art. 101 l.fall.

Il punto di partenza della nostra indagine è rappresentato dalla nuova disciplina dettata in tema di domanda di ammissione del credito, che contiene non poche novità rispetto alla precedente.

Ai sensi dell'art. 52 l.fall., «ogni credito, anche se munito di diritto di prelazione ..., deve essere accertato secondo le norme stabilite dal Capo V, salvo diverse disposizioni della legge». Al pari della disciplina antecedente alle riforme intervenute tra il 2006 e il 2007, dunque, il creditore deve presentare la domanda di insinuazione al fine di vedere riconosciuto il proprio credito, di essere inserito nello stato passivo e di partecipare così alla distribuzione della somma che si ricaverà dalla liquidazione dell'attivo (1).

La domanda di ammissione al passivo è una vera e propria domanda giudiziale e non una semplice istanza rivolta al giudice delegato (2), come si deduce anche dall'art. 94 l.fall., il quale stabilisce che «la domanda di cui all'articolo 93 produce gli effetti della domanda giudiziale per tutto il corso del fallimento».

La domanda di ammissione, secondo l'opinione consolidata, è necessaria in quanto senza di essa il giudice non può, di ufficio e nonostante i poteri che la legge gli riconosce, procedere di sua iniziativa ad accertare i crediti, anche se gli stessi dovessero risultare da altra documentazione. Domanda di ammissione che «regge» l'intero procedimento, atteso che «la procedura di fallimento si chiude: 1) se nel termine stabilito nella sentenza dichiarativa di fallimento non sono state proposte domande di ammissione al passivo ...» (art. 118, primo comma, l.fall.). Essendo una vera e propria domanda giudiziale, la domanda di ammissione produce, oltre agli effetti sostanziali (interruzione della prescrizione, impedimento della decadenza), effetti processuali, fra i quali l'effetto di far sorgere nel giudice delegato il potere dovere di decidere sulla domanda, di determinare e fissare i poteri del giudice e l'oggetto dell'accertamento (art. 112 c.p.c.).

In altri termini, poiché nella domanda il creditore deve indicare tanto la somma vantata (*petitum*), tanto i fatti giustificativi del suo diritto (*causa pe-*

tendi), tanto le eventuali ragioni di prelazione, il giudice, pur avendo notevoli poteri inquisitori, è vincolato all'oggetto della domanda, nel senso che non potrà riconoscere somme maggiori di quelle richieste o ammettere un credito in via privilegiata quando il creditore ha chiesto l'insinuazione in via chirografaria (3).

Orbene, la natura giurisdizionale della domanda di ammissione influisce anche sulla problematica delle relazioni tra le varie fasi del procedimento di accertamento dei crediti; ed infatti la domanda segna i limiti delle eventuali fasi successive, nel senso che il creditore che è stato ammesso per l'intero non può fare opposizione allo stato passivo, adducendo l'esistenza di altri crediti; oppure il creditore che non è stato ammesso non può proporre opposizione vantando crediti differenti da quelli per i quali ha agito, proponendo la domanda di insinuazione al passivo; o ancora il creditore non può proporre istanza di insinuazione tardiva per vedere riconosciuto lo stesso credito oggetto della domanda tempestiva e rigettato per mancanza di prova.

L'attuale art. 93, primo comma, l.fall. precisa che la

Note:

(1) Sul principio della domanda v., per tutti, G. Bozza, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, *Sub art. 93*, I, Bologna, 2006, 1403; D. Manente, in *Commentario breve alla legge fallimentare*⁵, diretto da A. Maffei Alberti, *sub art. 93*, Padova, 2009, 494.

Nella liquidazione coatta amministrativa, invece, è il commissario che comunica ai creditori, con raccomandata con ricevuta di ritorno, le somme che risultano a credito di ciascuno sulla base delle scritture contabili e dei documenti dell'impresa. Nei quindici giorni successivi al ricevimento della raccomandata i creditori possono fare pervenire al commissario le loro osservazioni o istanze, sempre con raccomandata (artt. 207, primo e terzo comma, l.fall.). Solo i creditori che non hanno ricevuto la comunicazione del commissario devono attivarsi e chiedere, entro sessanta giorni dalla pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del provvedimento di liquidazione coatta amministrativa, il riconoscimento dei loro crediti (art. 208 l.fall.).

(2) In dottrina v., per tutti, G. Trisorio Liuzzi, *La domanda di ammissione del credito*, in questa *Rivista*, 2011, 1036; G. Impagnatiello, *L'accertamento del passivo*, in *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, a cura di G. Trisorio Liuzzi, Milano, 2011, 200; M. Fabiani, *Diritto fallimentare. Un profilo organico*, Bologna, 2011, 396; A. Nardone, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, II, a cura di A. Nigro-M. Sandulli-V. Santoro, Torino, 2010, *sub art. 93*, 1198; P. Pajardi, *Codice del fallimento*⁶, a cura di M. Bocchiola-A. Paluchowski, Milano, 2009, 995; L. D'Orazio, in *Commentario alla legge fallimentare* diretto da C. Cavallini, *sub art. 93*, Milano, 2010, 755; D. Manente, *op. cit.*, *sub art. 94*, 514. In giurisprudenza v. per tutte Cass. 9 luglio 2005, n. 14471, in questa *Rivista*, 2006, 644, con nota di R. Conte.

(3) Ad esempio ad avviso di Cass. 20 marzo 1972, n. 843, in *Giust. civ.*, 1972, I, 1284, nel caso in cui nella domanda il creditore si sia limitato ad indicare genericamente che il credito è assistito da privilegio, il giudice non può riconoscere il privilegio speciale su determinati beni.

domanda di ammissione al passivo si propone nella forma del ricorso da depositare nella cancelleria del tribunale (o da fare pervenire anche in forma telematica o con altri mezzi di trasmissione) almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo. L'art. 16, primo comma, n. 4), qualifica tale termine come «perentorio». Si tratta di una qualificazione che va tuttavia precisata: la scadenza del termine comporta non la decadenza assoluta dal proporre la domanda di ammissione al passivo, ma soltanto la conseguenza che, una volta scaduto quel termine, la domanda deve essere proposta in via tardiva. Prima della riforma accadeva che tutte le domande di ammissione presentate prima della conclusione del procedimento sommario di verifica dei crediti erano considerate tempestive e venivano esaminate (il che accadeva nei fallimenti con molte domande, dovendo essere fissate più udienze di verifica dei crediti), mentre solo quelle che venivano depositate dopo la chiusura di quella fase sommaria si consideravano presentate in via tardiva. Oggi, dopo le riforme del 2006-2007, le domande che non vengono depositate entro il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo sono tardive e seguono il procedimento di cui all'art. 101 l.fall. (4).

Ai sensi del terzo comma dell'art. 93 il ricorso deve contenere, oltre l'indicazione della procedura cui si intende partecipare e le generalità del creditore (n. 1), la determinazione della somma che si intende insinuare al passivo, ovvero la descrizione del bene di cui si chiede la restituzione o la rivendicazione (n. 2) e la succinta esposizione dei fatti e degli elementi di diritto che costituiscono le ragioni della domanda (n. 3), anche l'eventuale indicazione di un titolo di prelazione (privilegio, pegno, ipoteca), nonché la descrizione del bene sul quale la prelazione si esercita se questa ha carattere speciale (5).

A proposito di quest'ultima previsione, da un lato, va ricordato che il D.Lgs. n. 169 del 2007 ha eliminato la previsione che richiedeva l'indicazione del grado della prelazione richiesta (6), con la conseguenza che le questioni relative alla graduazione dei crediti continuano ad essere esaminate in sede di riparto (7), e dall'altro che la stessa non dovrebbe trovare applicazione allorché il privilegio ha ad oggetto beni fungibili (indennità dovuta dall'assicuratore: art. 2767 c.c.; riserve tecniche di cui all'art. 78, quarto comma, D.Lgs. 17 marzo 1997, n. 175).

Nel quarto e nel quinto comma il legislatore indica quali sono le conseguenze dell'omissione o dell'assoluta incertezza di uno dei requisiti, operando una ben netta differenziazione:

(a) nel caso in cui è omesso o è assolutamente incerto uno dei requisiti di cui ai numeri 1, 2 e 3, ossia i soggetti, il *petitum* e la *causa petendi*, il ricorso è inammissibile. Le conseguenze di un siffatto vizio sono pertanto differenti da quelle previste nel processo civile, dove l'art. 164 c.p.c. contempla la nullità della citazione (e del ricorso), con possibilità di sanare il vizio, con effetti differenti a seconda che il vizio riguardi il nucleo della *vocatio in ius* (sanatoria *ex tunc*) o della *editio actionis* (sanatoria *ex nunc*).

La dichiarazione di inammissibilità, che può avere luogo anche di ufficio, ai sensi del primo comma dell'art. 96 l.fall., comunque, non preclude la riproposizione della domanda; in questa ipotesi, però, essendo scaduto il termine «perentorio» di trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo, la domanda dovrà essere proposta in via tardiva (8). La scelta legislativa di prevedere l'inammissibilità della domanda, anziché la nullità con conseguente sanatoria, è stata criticata in dottrina, ritenendosi che essa non solo risponda «ad una logica punitiva», ma sia altresì in contrasto con il principio della ragionevole durata del processo (9). A ben vedere il legislatore, per ragioni di economia processuale e per non gravare il creditore di ulteriori attività, ben avrebbe potuto prevedere la possibilità di sanare i vizi attinenti al *petitum* ed alla *causa petendi*, sia

Note:

(4) Quanto ora detto va ulteriormente precisato: se non viene presentata alcuna domanda entro il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo, il fallimento deve essere chiuso ai sensi dell'art. 118, primo comma, n. 1), l.fall.; in questo caso, il termine è perentorio e la sua scadenza non consente la presentazione di domande di ammissione, neppure in via tardiva.

(5) Il n. 5 dell'art. 93 l.fall. richiede inoltre l'indicazione del numero di telefax, l'indirizzo di posta elettronica o l'elezione di domicilio in un comune nel circondario ove ha sede il tribunale, ai fini delle successive comunicazioni.

(6) F. Santangeli, *Le modifiche introdotte dal decreto correttivo 169/2007 al processo per la dichiarazione di fallimento ed alla fase dell'accertamento del passivo*, in *Dir. fall.*, 2008, I, 164; M. Montanari, *La verifica del passivo fallimentare nell'assetto scaturito dal decreto correttivo della riforma*, in questa *Rivista*, 2008, 497.

(7) Si legge nella Relazione al D.Lgs. n. 169/2007 che «l'individuazione del grado del diritto di prelazione non si presta a valutazioni, discendendo di rettamente dalla legge e, una volta indicato il tipo di prelazione in sede di verifica dello stato passivo, la graduazione da effettuata in sede di riparto». V. in precedenza Cass. 18 dicembre 2006, n. 27044, in questa *Rivista*, 2007, 391.

(8) V. M. Fabiani, in *Il nuovo diritto fallimentare. Novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, 340.

(9) G. Scarselli (E. Bertacchini, L. Gualandi, S. Pacchi), *Manuale di diritto fallimentare*², Milano, 2011, 303.

pure con effetti *ex nunc* (10). Sta di fatto che la lettera della legge è fin troppo chiara e conseguentemente deve escludersi la possibilità di una sanatoria (11). Comunque non si deve dichiarare l'inammissibilità della domanda se è possibile colmare le lacune facendo riferimento all'atto nel suo complesso ed alla documentazione prodotta (12);

(b) Se invece è omesso o assolutamente incerto il requisito di cui al n. 4) il credito è considerato chirografario (13). Il legislatore della riforma ha pertanto recepito l'indicazione proveniente dalla giurisprudenza per la quale le ragioni di prelazione del credito rappresentano un elemento costitutivo della *causa petendi* della domanda di ammissione al passivo. Il creditore, peraltro, non può limitarsi alla generica richiesta di ammissione del credito al passivo con i privilegi spettanti, ma ha l'onere di specificare la causa o le cause di prelazione invocate (14). Inoltre il legislatore, discostandosi dagli insegnamenti della giurisprudenza (15), ha stabilito che il creditore deve descrivere il bene sul quale la prelazione si esercita, quando questa ha carattere speciale. Si è subito rilevato che si tratta di una previsione oltremodo rigorosa, che potrebbe risultare difficoltosa (16). Ed in effetti l'indicazione del bene in caso di privilegio speciale può a volte rilevarsi difficile per il creditore.

3. L'istanza di riconoscimento del privilegio presentata dopo la scadenza del termine di trenta giorni prima dell'udienza di verifica

Ciò posto quel che ora deve domandarsi è se, prima che il giudice renda esecutivo lo stato passivo, il creditore possa modificare la propria domanda, ampliando l'oggetto oppure introducendo nuove circostanze di fatto o comunque nuovi elementi che finiscono per mutare le ragioni costituenti il diritto fatto valere o ancora, ed è il tema della nostra indagine, integrare la domanda richiedendo il privilegio non chiesto in precedenza (17).

La risposta sembra essere negativa. Un primo dato che porta a ritenere che scaduto il termine dei trenta giorni prima dell'udienza sia possibile introdurre solo una semplice *emendatio libelli* ma non anche una *mutatio* è costituito dall'aver il legislatore qualificato quel termine perentorio e dall'aver ricollegato alla sua scadenza l'effetto di considerare tardive le domande. L'art. 95, secondo comma, l.fall. consente ai creditori e ai titolari di diritti reali sui beni (oltre che al fallito) di «presentare osservazioni scritte e documenti integrativi fino all'udienza»,

non anche di mutare la domanda introducendo nuovi fatti costitutivi.

Un secondo dato è offerto dall'art. 103, primo comma, l.fall., il quale, relativamente alle domande di restituzione o rivendica di beni mobili o immobili, dispone che «se il bene non è stato acquisito all'attivo della procedura, il titolare del diritto, anche

Note:

(10) V. in tal senso G. Impagnatiello, *L'accertamento del passivo*, cit., 201.

(11) Così anche M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, cit., 398. Ritiene invece che eventuali vizi possano essere sanati fino all'udienza di verifica dei crediti G. Bozza, *op. cit.*, 1415.

(12) G. Pellegrino, *op. cit.*, 108; A. Nardone, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., sub art. 93, 1211.

(13) In senso critico nei confronti della previsione di cui all'art. 93, quinto comma, v. G. Scarselli (E. Bertacchini, L. Gualandi, S. Pacchi), *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 303; G. Impagnatiello, *L'accertamento del passivo*, cit., 202.

(14) V., prima della riforma, Cass. 9 luglio 2005, n. 14471, cit. nota 2.

(15) Sottolineava la Cassazione che «in sede di verifica dello stato passivo fallimentare, affinché possa utilmente richiedersi il riconoscimento di un privilegio speciale non è necessario che il creditore dia l'indicazione di ciascun bene oggetto della causa di prelazione (della cui presenza nel patrimonio del debitore egli potrebbe anche non essere a conoscenza), ma è necessario (e sufficiente) - al fine della specificità della domanda e della garanzia del contraddittorio - che il diritto venga indicato nelle componenti essenziali, di fatto e di diritto, da cui derivino i criteri di individuazione e di determinazione dei beni soggetti alla soddisfazione prioritaria del creditore fruente del privilegio» (Cass. 14 gennaio 2004, n. 334, in *Giust. civ.*, 2004, I, 927).

(16) V. C. Ferri, *La formazione dello stato passivo nel fallimento: procedimento di primo grado e impugnazioni*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, 1260 s., il quale propone un'interpretazione «consistente nell'indicare che il requisito può essere soddisfatto allorché venga indicata semplicemente la categoria di beni acquisiti in concreto all'attivo, sui quali il privilegio si deve esercitare»; V. Zanicchelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il d.lg. 12.9.2007*, n. 169, Torino, 2008, 215 s.

(17) Sono dell'avviso che il creditore non possa modificare la domanda C. Ferri, *La formazione dello stato passivo*, cit., 1259; A. Saletti, *La formazione dello stato passivo: un tema in evoluzione*, in *Giur. it.*, 2006, 432, nota 15; M. Zoppellari, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*², a cura di M. Ferro, Padova, 2011, sub art. 94, 1045.

Ad avviso di A. Nardone, *op. cit.*, sub art. 93, 1209, l'integrazione e la correzione della domanda, anche in relazione alle carenze relative al titolo e all'oggetto della prelazione, devono ritenersi ammissibili a condizione che la domanda non subisca modificazioni tali da renderla una domanda nuova e diversa.

Ritengono invece possibile integrare e modificare la domanda, sì da sanare i vizi o da colmare le lacune del ricorso introduttivo, fino all'udienza di formazione del passivo G. Bozza, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, sub art. 93, I, Bologna, 2006, 1414 s.; F. Dimundo-B. Quattraro, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, diretto da G. Fauciglia-L. Panzani, Torino, 2009, II, 1006 s. Espressamente F. Lamanna, *Il nuovo procedimento di accertamento del passivo. Inquadramento sistematico della verifica dei crediti e dei diritti sui beni*, Milano, 2006, 394 s., ritiene che il creditore che abbia omesso di indicare la prelazione potrà modificare fino all'udienza la domanda, indicando che intende ottenere il riconoscimento della prelazione.

nel corso dell'udienza di cui all'art. 95, può modificare l'originaria domanda e chiedere l'ammissione al passivo del controvalore del bene alla data di apertura del concorso». Questa previsione, come è stato esattamente rilevato (18), conferma che non è possibile apportare alcuna modifica alla domanda una volta scaduto il termine di trenta giorni. Altrimenti non ci sarebbe stata alcuna ragione per introdurre una disposizione come quella ora ricordata, che ha pertanto natura eccezionale.

Un terzo dato è rappresentato dal differente trattamento previsto per l'ipotesi di omissione di uno dei requisiti concernenti i soggetti, il *petitum*, la *causa petendi*, da un lato, e l'ipotesi di omissione della prelazione, dall'altro. Infatti, mentre in caso di omessa indicazione dei soggetti o del *petitum* o della *causa petendi* la domanda non può essere esaminata perché viziata, con la conseguenza che la stessa è inammissibile, potendo comunque essere riproposta, sia pure in via tardiva, in caso di omessa indicazione della prelazione la domanda deve essere esaminata perché non è viziata e deve essere ammessa in via chirografaria.

Un ultimo dato deriva dalla constatazione che le ragioni di prelazione del credito rappresentano un elemento costitutivo della *causa petendi* della domanda di ammissione al passivo e pertanto la successiva richiesta di riconoscimento della prelazione in precedenza non richiesta lungi dal potere essere considerata una *emendatio libelli*, dà luogo ad una vera e propria *mutatio libelli*. D'altra parte non può non tenersi conto che, nel fallimento, un credito ammesso in via privilegiata ha ben altre possibilità di essere soddisfatto rispetto al credito ammesso in via chirografaria.

Dunque, una volta scaduto il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame delle domande di ammissione non è possibile integrare la domanda richiedendo il privilegio. Questa soluzione si presenta indubbiamente rigorosa, ma è quella che appare più aderente alla lettera della legge ed alla stessa volontà del legislatore (19). Una soluzione che, comunque, lascia aperta una strada al creditore che si accorga dopo avere presentato la domanda, ma prima della decisione del giudice delegato, di avere "dimenticato" di chiedere il privilegio: presentare atto di rinuncia alla domanda di ammissione e proporre un'altra, con l'indicazione del privilegio, domanda che sarà inevitabilmente considerata in via tardiva (20).

4. L'istanza di riconoscimento del privilegio presentata in via tardiva o con l'opposizione allo stato passivo

Escluso pertanto che il creditore possa integrare la

domanda nel corso della fase sommaria che si svolge dinanzi al giudice delegato, dobbiamo ora accertare se il creditore, che abbia omissso di chiedere il privilegio con la domanda proposta in via tempestiva, possa proporre domanda in via tardiva soltanto per chiedere il riconoscimento del privilegio.

La risposta deve essere anche in questo caso negativa, atteso che l'accertamento della qualità del credito è strettamente connesso all'accertamento dell'esistenza dello stesso credito, sì da costituire una unità inscindibile; l'accertamento dell'esistenza della prededuzione o di una causa di prelazione non potrebbe costituire oggetto di una autonoma indagine e decisione una volta dichiarato esecutivo lo stato passivo (21). Ai sensi dell'art. 2745 c.c. il privilegio «è accordato dalla legge in considerazione della causa del credito»; ne consegue che il privilegio

Note:

(18) A. Costa, *L'accertamento del passivo e dei diritti personali e reali dei terzi su beni mobili e immobili*, in *Il diritto fallimentare riformato Commento sistematico* a cura di G. Schiano di Pepe, Padova, 2007, 357.

(19) F. Aprile e P. Vella, in *La Legge fallimentare* a cura di M. Ferro, Padova, 2011, sub art. 93, 1031. V. altresì M. Fabiani, Osservazioni a Cass. 15 luglio 2011, n. 15702, in *Foro it.*, 2011, I, 3004.

(20) Sulla rinuncia alla domanda (che al pari di qualsiasi rinuncia ad un atto processuale non comporta rinuncia al credito) e sulla sua ammissibilità, v. G. Trisorio Liuzzi, *La domanda di ammissione*, cit., ... nota 12; P. Pajardi, *Codice del fallimento*⁶, cit., 1007; G.U. Tedeschi, *L'accertamento del passivo*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. Didone, Torino, 2009, I, 934; F. Aprile-P. Vella, in *La Legge fallimentare*, cit., sub art. 93, 1031. Ad avviso di M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, cit., 397, in caso di rinuncia dopo il deposito del progetto di stato passivo da parte del curatore, è necessaria l'accettazione di quest'ultimo.

(21) M. Fabiani, in *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, sub art. 101, 913; F. Lamanna, *Il nuovo procedimento*, cit., 622; F. Dimundo e B. Quatraro, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, cit., 1067; P. Pajardi, *Codice del fallimento*⁶, cit., 1006; B. Manzella, in AA.VV., *Accertamento del passivo. Amministrazione e liquidazione dell'attivo*, Milano, 1995, 161; G.G. Pettarin, *Prelazione di credito chirografario ed ignoranza inevitabile della legge penale*, in questa *Rivista*, 1995, 657. In giurisprudenza v. Cass. 9 aprile 1993, n. 4312, in questa *Rivista*, 1993, 1110, per la quale «il sistema della legge fallimentare - in ragione del principio generale che riconosce il carattere giurisdizionale e decisorio del procedimento di verifica del passivo - esclude la possibilità di una duplice insinuazione, ordinaria e tardiva, di uno stesso credito; pertanto, atteso altresì che il *petitum* della domanda di ammissione al passivo è costituito dal riconoscimento del diritto del creditore di partecipare al concorso per un credito di un determinato importo e secondo il rango competente, è preclusa - una volta che sia stata proposta ed accolta la domanda di ammissione al passivo di un credito in via privilegiata e non impugnato lo stato passivo - la successiva domanda di ammissione tardiva, ai sensi dell'art. 101 legge fallimentare, del medesimo credito (relativo, nella specie, all'indennità di anzianità) con riconoscimento della sua prededucibilità ai sensi dell'art. 111 n. 1) della stessa legge»; Trib. Torino 9 aprile 1990, in *Giur. it.*, 1991, I, 2, 18.

gio è strettamente connesso con il credito, nel senso che è difficile ipotizzare una tutela giurisdizionale autonoma del privilegio, separata dal credito. Indubbiamente è possibile che, ammessa l'esistenza di un determinato credito, sorga controversia in ordine alla natura privilegiata o no del credito stesso; ma non è possibile pensare ad una controversia astratta sulla sola esistenza di una causa di prelazione, indipendentemente dalla sussistenza del credito. Ne consegue che se il creditore non chiede che il proprio credito venga ammesso in via privilegiata, il giudice delegato deve ammettere il credito in chirografo ed è preclusa la strada dell'insinuazione tardiva per conseguire il riconoscimento della prelazione.

Quanto ora detto non è contraddetto, ma anzi è confermato, dall'indirizzo giurisprudenziale che riconosce al creditore, già ammesso in chirografo, di presentare domanda in via tardiva per conseguire l'ammissione in privilegio, allorché il privilegio sia stato istituito da una legge successiva (22). In tale ipotesi, infatti, la causa di prelazione viene ad esistenza dopo la presentazione della domanda, sicché non può derivare alcuna preclusione a carico del creditore. In caso contrario sorgerebbero seri dubbi di legittimità costituzionale, causa il differente trattamento di situazioni identiche (23).

Ulteriore problema riguarda il creditore che, avendo proposto domanda di ammissione al passivo di un credito in via chirografaria, domanda accolta dal giudice delegato, intenda proporre opposizione allo stato passivo per vedere riconosciuto il privilegio inizialmente non richiesto.

Pure in questo caso la risposta deve essere negativa. Come si è detto in precedenza, la domanda di cui all'art. 93 l.fall. regge l'intero procedimento di verifica; l'oggetto dell'opposizione è segnato dalla domanda di ammissione ed il tribunale in sede di opposizione deve riesaminare quanto è stato prospettato dal creditore nella domanda iniziale, senza che si possano introdurre con l'opposizione domande nuove, ad esempio chiedendo l'ammissione di un credito maggiore di quello inizialmente richiesto. È ormai pacifico che l'opposizione allo stato passivo, dopo le riforme del 2006 e del 2007, deve considerarsi un vero e proprio giudizio di impugnazione (24).

Se ciò è esatto, ne deriva il creditore non può con l'opposizione allo stato passivo chiedere l'ammissione di un privilegio, di una prelazione o di una prededuzione non richiesti con la domanda introduttiva (25), dal momento che il tribunale non può pronunciare - in sede di opposizione - su aspetti

che non hanno formato oggetto di domanda e, quindi, di decisione del giudice delegato.

Note:

(22) Cass. 11 gennaio 1980, in questa *Rivista*, 1980, 656.

(23) Ma v. ora l'art. 23, comma 40, del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, conv. con modifiche dalla L. 15 luglio 2011, n. 111, «Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria», per il quale i creditori privilegiati ammessi al passivo fallimentare in data anteriore alla data di entrata in vigore del predetto decreto, possono contestare i crediti che, per effetto delle nuove norme (commi 37-39), sono stati anteposti ai loro crediti nel grado di privilegio, proponendo l'impugnazione prevista dall'art. 98, comma 3, l.fall. nel termine di cui all'art. 99 l.fall.

(24) V. in tal senso, per tutti, G. Scarselli (E. Bertacchini, L. Gualandi, S. Pacchi), *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 320; G. Impagnatiello, *L'accertamento del passivo*, cit., 213; M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, cit., 413; V. Zanichelli, *La nuova disciplina*, cit., 251; D. Manente, in *Commentario breve alla legge fallimentare*, cit., sub art. 98, 544; U. De Crescenzo, *Codice commentato del fallimento* diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 894.

Prima delle riforme del 2006 e 2007 v., fra gli altri, S. Satta, *Diritto fallimentare*, Padova, 1990, 311; L. Lanfranchi, *La verifica dello stato passivo nel fallimento*, Milano, 1979, 427; M. Fabiani e L. Panzani, *La riforma del processo civile e le procedure concorsuali*, Padova, 1995, 73. Sulla natura impugnatoria del giudizio di opposizione v. altresì Cass. 22 ottobre 2007, n. 22108, in *Foro it.*, Rep. 2007, voce *Fallimento*, n. 623.

(25) M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, cit., 413; F. Lamanna, *Il nuovo procedimento*, cit., 620; F. Aprile e P. Vella, in *La Legge fallimentare*, cit., sub art. 93, 1030.

In giurisprudenza v. Cass. 30 settembre 2004, n. 19605, in *Rep. Foro it.*, 2004, voce *Fallimento*, n. 554; 28 maggio 2003, n. 8471, *Id.*, 2003, voce cit., 516; 10 novembre 1997, n. 11044, in questa *Rivista*, 1998, 1133; 8 novembre 1997, *ivi*, 123; 25 gennaio 1993, n. 845, *ivi*, 1993, 615; Ad avviso, poi, di Cass. 5 settembre 1992, n. 10241, *ivi*, 1993, 68 non si può chiedere in sede di opposizione allo stato passivo il riconoscimento della prededuzione allorché nella domanda si è chiesto il riconoscimento del privilegio ex art. 2751 bis n. 3 c.c.

Va ricordato che secondo la Cassazione è invece ammissibile l'opposizione allo stato passivo per chiedere un diverso privilegio, a condizione però che nella domanda originariamente proposta sia stata chiesta l'ammissione in via privilegiata: Cass. 28 dicembre 1994, n. 11230, in questa *Rivista*, 1995, 748.



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

2013 AGENDA LEGALE

Tutte le informazioni necessarie per l'annotazione
delle attività quotidiane dell'Avvocato in un volume agile da consultare

Si compone di due volumi:

- L'**Agenda** classica: ad ogni giorno è dedicata una pagina che consente di annotare razionalmente le **attività quotidiane** (ora, autorità giudiziaria, numero di ruolo, provenienza, parti, provvedimento); le pagine iniziali contengono la **rubrica alfabetica delle pratiche**, delle cause civili, dei decreti ingiuntivi, del processo di esecuzione, del processo cautelare, delle procedure fallimentari, delle cause penali e del Tribunale amministrativo regionale; le pagine finali sono dedicate all'annotazione delle **pratiche in attesa e rinviate** ai cinque anni successivi; infine, una pratica **rubrica telefonica**.
- L'**Appendice** riporta la normativa di riferimento aggiornata con le ultime modifiche e la documentazione accessoria, indispensabile per l'attività quotidiana:
 - Deontologia
 - **Codice di deontologia**
 - Codice di deontologia e di buona condotta per il trattamento dei dati personali per svolgere **investigazioni difensive** o per far valere o difendere un diritto in sede giudiziaria
 - Tariffe
 - **Contributo unificato nel processo civile e amministrativo** (D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115): Voci di spesa e Diritto di copia
 - **Spese processuali penali** (d.m.13 novembre 2002 n. 285)
 - Indennità per la levata dei protesti cambiari (d.m. 18 marzo 2010)
 - Assicurazioni
 - L'elenco di **tutte le imprese di assicurazione** con le relative attività e gli indirizzi delle sedi legali, autorizzate alla data di **gennaio 2012**
 - Giurisdizioni e Comuni
 - L'elenco alfabetico dei **capoluoghi di provincia** con l'indicazione della Corte d'Appello, del Tribunale, del Tribunale amministrativo e della Commissione tributaria provinciale e regionale
 - L'**elenco alfabetico dei Comuni italiani** con i relativi CAP, provincia, Giudice di pace, Tribunale (e sezioni distaccate)
 - Gli organi di **giurisdizione amministrativa, ecclesiastica, militare e contabile**
 - Avvocati
 - Il **ricco elenco degli Avvocati italiani e internazionali** (utile per lo scambio di collaborazioni tra i professionisti)



Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

- (00129673) Sì, desidero acquistare l'Agenda legale 2013, a € 45,00. (IVA inclusa)
- (702413000) Sì, desidero abbonarmi all'Agenda legale 2013, pagando solo € 38,00 (IVA inclusa) anziché € 45,00 (IVA inclusa).
Riceverò ogni anno la nuova edizione dell'agenda con lo sconto riservato agli abbonati

Cognome e Nome	Azienda/Studio
Via	CAP
Città	
Tel.	Fax
e-mail (obbligatoria):	Cod. cliente
Partita IVA <input type="text"/>	C.F. <input type="text"/>
<input type="checkbox"/> (1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura	
<input type="checkbox"/> Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:	
<input type="checkbox"/> Mastercard (16 cifre) <input type="checkbox"/> American Express (15 cifre) <input type="checkbox"/> VISA (16 cifre) <input type="checkbox"/> Diner's (14 cifre)	
n° <input type="text"/>	Data di scadenza <input type="text"/>
Nome e indirizzo titolare carta di credito	
Timbro e firma	

TRATTAMENTO DATI PERSONALI
I dati personali saranno registrati su database elettronici di proprietà di Wolters Kluwer Italia S.r.l., con sede legale in Assago (Milano) Strada 1-Palazzo F6, 20090 Assago (MI), titolare del trattamento e saranno 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. 196/03, 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 Milano/Strada 1-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

- Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.lgs. n. 185/1999. Decorso 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milano/Strada 1 - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milano/Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Disciplina del procedimento

Profili della disciplina del concordato preventivo e contenuto del controllo giudiziario

Corte d'Appello di Genova, 23 dicembre 2011 - Pres. Bonavia - Est. Zuccolini - Alemar S.r.l. ed altre c. Baglietto S.n.c. ed altre

Concordato preventivo - Omologazione - Reclamo - Legittimazione - Qualità di parte formale - Necessità - Fattispecie in tema di transazione fiscale

(legge fallimentare artt. 182 ter e 183)

La legittimazione a proporre reclamo avverso il decreto di omologazione del concordato preventivo spetta a coloro che abbiano assunto la qualità di parte in senso formale nel relativo giudizio, in quanto si siano costituiti nel medesimo, perché creditori dissenzienti, ovvero soggetti "interessati", ai sensi dell'art. 180, secondo comma, l.fall. Ne consegue che, nel caso di omologazione del concordato preventivo con transazione fiscale, l'Agenzia delle Entrate che non abbia assunto la veste di parte in senso formale non è legittimata al reclamo, neanche se ciò faccia per proporre contestazioni in relazione all'esclusione del credito per IVA, non sussistendo i presupposti per la disapplicazione della suindicata norma per asserita violazione del diritto dell'UE, qualora il relativo debito sia stato contestato e motivatamente escluso dalla proposta di transazione fiscale.

Concordato preventivo - Ammissione - Proposta - Gruppo di società - Costituzione di società in nome collettivo - Conferimento dei complessi aziendali - Ammissibilità - Effetto esdebitatorio - Portata

(legge fallimentare artt. 160 e 184)

In tema di concordato preventivo, la possibilità di soddisfacimento dei crediti mediante "operazioni straordinarie" (art. 160 l.fall.) ed il principio di autonomia negoziale (art. 1322 c.c.) rendono ammissibile la relativa proposta avanzata da una società in nome collettivo costituita allo scopo di presentare un concordato preventivo di "gruppo", risultante dal conferimento nella stessa dei complessi aziendali delle società appartenenti al medesimo, con estensione dell'effetto esdebitatorio alle società del "gruppo", socie di tale s.n.c. e che abbiano dichiarato di agire anche "in proprio", non solo nella qualità di soci illimitatamente responsabili, chiedendo di essere "tutte" ammesse a detta procedura.

Concordato preventivo - Omologazione - Mancanza di opposizioni - Sindacato del tribunale - Fattibilità e convenienza del piano - Esclusione - Verifica della corretta informazione ai creditori - Ammissibilità - Limiti

(legge fallimentare artt. 160 e 184)

Il sindacato del tribunale nel giudizio di omologazione del concordato preventivo, in difetto di opposizione da parte dei creditori appartenenti ad una classe dissenziente, non può avere ad oggetto la fattibilità e la convenienza del piano, ma ciò non relega detta verifica ad un mero controllo formale, poiché la stessa è preordinata a riscontrare che i creditori siano stati posti in condizione di prestare il loro consenso con cognizione di causa e che lo stesso non sia viziato da una falsa rappresentazione della realtà, ferma l'impossibilità di effettuare accertamenti in ordine alla veridicità dei dati aziendali.

La Corte (omissis).

Preliminarmente va evidenziata la tempestività dei reclami.

Invero il termine per la proposizione del reclamo in questione deve individuarsi in quello di dieci giorni di cui all'art. 739 c.p.c., previsto in via generale per i provvedimenti emessi in camera di consiglio ex art. 742 bis c.p.c., decorrente dalla notifica del decreto di omologa effettuata ad istanza di parte (in conformità di quanto previsto dall'art. 739 c.p.c. per l'ipotesi in cui il provvedimento reclamato sia emesso - come nella fattispecie - in confronto di più parti): vedi in tal senso Cass. 4 novembre 2011, n. 22931 che, dopo aver evidenziato come debba escludersi un'applicazione analogica al concordato preventivo della particolare disciplina del concordato fallimentare di cui all'art. 131 l.fall., avendo il legislatore dettato una specifica disposizione per il concordato preventivo e come, quindi, il procedimento di omologazione del concordato preventivo si svolga secondo il comune rito camerale ex art. 737 e ss. c.p.c., ha precisato come non sia sufficiente una notificazione effettuata a cura della cancelleria del giudice ai fini della decorrenza del termine per la proposizione del reclamo.

Nella fattispecie, non risultando effettuata la notifica del decreto di omologa ad istanza di alcuna parte, deve ritenersi la tempestività di tutti i reclami.

Ancora in via preliminare va rilevata l'inammissibilità del reclamo proposto dalla Agenzia delle Entrate come eccepito da parte resistente considerato:

- che va premesso come sia pur vero che l'attuale testo dell'art. 183 l.fall., non contenga alcuna specifica previsione in tema di legittimazione attiva a differenza del precedente testo che attribuiva espressamente la legittimazione al reclamo avverso la sentenza di omologazione o di rigetto del concordato preventivo al debitore e ai creditori che avessero proposto opposizione;

- che, tuttavia, considerato come debba applicarsi al procedimento di reclamo di cui all'art. 183 l.fall., per quanto sopra già evidenziato, la disciplina comune del rito camerale e in conformità dell'orientamento dottrinale prevalente si ritiene che la legittimazione al reclamo in questione vada riconosciuta - oltre che al debitore - a coloro che nel giudizio di omologazione abbiano rivestito la qualità di parte in senso formale ovvero sia, non solo come meri destinatari dell'ordine di comparizione in camera di consiglio ex art. 180 l.fall., ma come creditori che si siano costituiti in giudizio manifestando una volontà contraria all'omologazione o come "interessati" ex art. 180 comma secondo l.fall. che si siano costituiti nel giudizio di omologazione per aderire all'omologazione stessa o per opporvisi;

- che nella fattispecie l'Agenzia delle Entrate non ha assunto la veste di parte formale nel giudizio di omologazione nel senso sopra indicato;

- che in tal senso si richiama Cass. 24 maggio 1991, n. 5877 secondo cui anche nel procedimento camerale, così come nel giudizio contenzioso ordinario, «la qualità di parte e quindi di soggetto legittimato al reclamo ex art. 739 c.p.c., si determina, nei gradi del procedimento successivi al primo, esclusivamente "per relationem", rispet-

to alla qualità di parte formalmente assunta in primo grado, mentre coloro che sono rimasti indebitamente estranei al procedimento possono denunciare in sede contenziosa ordinaria, la nullità del provvedimento camerale emesso *inter alios*»;

- che nella fattispecie neppure può rinvenirsi nell'Agenzia delle Entrate la qualità di soggetto rimasto "indebitamente" estraneo al procedimento stante la veste di creditore del predetto che, come tale, è stato destinatario dell'ordine di comparizione in camera di consiglio ex art. 180 primo comma c.p.c., ma ha ritenuto di non proporre opposizione nel termine di cui al secondo comma della norma ora citata;

- che neppure può ritenersi l'ammissibilità del reclamo dell'Agenzia delle Entrate, come asserito dal legale di detto reclamante all'udienza in camera di consiglio, sull'assunto che una preclusione processuale derivante dall'applicazione delle norme interne non potrebbe comunque consentire un risultato contrastante con i principi inderogabili del diritto europeo alla stregua dei principi affermati dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 18 luglio 2007, causa C-119/05, Lucchini S.p.a. (l'Agenzia delle Entrate asserisce che, ritenendo l'inammissibilità del suo reclamo, si porrebbe ad una omologazione di un concordato che prevede una falcidia dell'Iva non ammessa dall'art. 183 l.fall. in osservanza dell'armonizzata ed inderogabile disciplina comunitaria in materia);

- che tale sentenza ha affermato che «il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisca il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la relativa incompatibilità con il mercato comune sia stata dichiarata con decisione definitiva della Commissione delle Comunità europee»;

- che, in primo luogo, si rileva come il valore sistematico di detta pronuncia in ordine al carattere "relativo", tangibile e cedevole del giudicato esterno ex art. 2909 c.c. in nome della supremazia del diritto comunitario, è stato sminuito e relativizzato dalla successiva pronuncia della Corte di Giustizia 3 settembre 2009 (causa C-2/08 - Fallimento Olimpclub) che ha comunque ribadito «l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione» precisando che, conseguentemente, il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione" ed evidenziando che la sentenza Lucchini non è atta a rimettere in discussione tale analisi giacché «riguardava una situazione

del tutto particolare in cui erano in questione principi che disciplinano la ripartizione delle competenze tra gli Stati membri e la Comunità in materia di aiuti di Stato, posto che la Commissione delle Comunità europee dispone di una competenza esclusiva per esaminare la compatibilità di una misura nazionale di aiuti di Stato con il mercato comune»;

– che la sentenza Olimpiclub sopra richiamata ha altresì rilevato come, in assenza di una normativa comunitaria in materia, le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi, pur affermando come non debbano tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario;

– che, peraltro, nella fattispecie non si pone questione di applicabilità dell'art. 2909 c.c.;

– che, in ogni caso, anche a voler far riferimento all'impossibilità dell'applicazione del diritto comunitario derivante dall'applicazione di norme processuali interne si evidenzia come la sentenza Olimpiclub della Corte di Giustizia 3 settembre 2009 abbia affermato che «ciascun caso in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali» dovendosi considerare sotto tale profilo, se necessario, «i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento»;

– che alla stregua di tutto quanto sopra esposto non si ritiene che vi siano motivi ostativi per l'applicazione delle norme processuali interne che si limitano a regolare la legittimazione in sede di reclamo nei procedimenti comuni in camera di consiglio in conformità del principio espresso dalla Suprema Corte nella sentenza sopra richiamata 5877 del 1991;

– che in ogni caso, nel caso in esame, deve escludersi che dalla mera applicazione della normativa sulla legittimazione a proporre reclamo ex art. 739 c.p.c. derivi un risultato contrastante con i principi inderogabili del diritto europeo in materia di disciplina dell'Iva;

– che si premette come si tratti indubbiamente di un tributo la cui gestione, sia normativa che esecutiva, è di interesse comunitario e come tale sottoposta a vincoli, con la conseguente inderogabilità dell'art. 183 *ter* l.fall., nella parte in cui esclude la falcidia dell'Iva, esclusione operante anche al di fuori della transazione fiscale (vedi in tal senso la recente sentenza della Cassazione 22931/2011);

– che, tuttavia, nel caso in esame le società proponenti hanno precisato che l'esclusione nella proposta di transazione fiscale del debito Iva, di cui ad uno dei due rilevi

dell'avviso di accertamento N.R1T030100788/2010 notificato dall'Agenzia delle Entrate a Cantieri Navali Baglietto Sri, pari ad euro 1.355.180,00 deriva dalla contestazione della rettifica in euro 6.775.901,00 della base imponibile per l'asserito illegittimo utilizzo del c.d. plafond Iva previsto dall'art. 2 comma secondo della legge 28/97 relativamente all'anno 2005 a seguito dell'emissione in tale anno di note di credito finalizzate a rettificare operazioni commerciali che avevano concorso a costituire nel 2004 il plafond utilizzabile nel 2005;

– che, in particolare, le proponenti sia nella proposta di transazione che nel presente giudizio di reclamo danno atto delle questioni in ordine alla falcidiabilità dell'Iva, ma precisano che il debito Iva in questione consiste in un debito "contestato", costituente una mera pretesa dell'erario, ancora impugnabile dal contribuente, illustrando le ragioni di tale contestazione (individuazione del criterio temporale applicabile in sede di rettifica del plafond con particolare riferimento all'emissione delle note di credito) ed allegando espressamente come in sede di proposta di transazione fiscale il debitore di imposta possa rappresentare all'erario i motivi per cui ritiene indebita la pretesa impositiva: ciò all'evidente fine di conseguire una consolidazione del debito fiscale ove l'amministrazione, con l'accettazione della proposta, ritenga, non già di aderire ad una inammissibile falcidia o riduzione dell'Iva, ma la fondatezza stessa di tali rilevi;

– che, del resto, la stessa Suprema Corte nella sentenza più volte citata 22931/2011, ha affermato come l'obbligo dell'integrale pagamento dell'Iva non comporti l'inderogabile accoglimento della pretesa fiscale «in quanto nell'ambito del concordato senza transazione fiscale resta ferma la facoltà del contribuente di opporsi alla stessa così che è solo l'imposta definitivamente accertata che è soggetta al vincolo richiamato»;

– che, quindi, nella fattispecie, non avendo l'amministrazione aderito alla proposta di transazione fiscale, non si è avuto l'effetto di consolidamento del debito ovvero sia non si è pervenuti ad alcun accertamento definitivo della pretesa fiscale e rimane il carattere -espressamente affermato già nella proposta transattiva - di debito contestato di tale pretesa la cui definizione è rimessa alle competenti sedi e per il quale opera l'accantonamento di cui al comma sesto dell'art. 180 l.fall.: non si pone, quindi, questione, di alcuna violazione della normativa comunitaria;

– che alla stregua di quanto ora esposto è evidente che neppure si pone questione di rilevabilità d'ufficio della non omologabilità del concordato per contrasto con normativa comunitaria inderogabile in materia di Iva.

Va, invece, ritenuta l'ammissibilità del reclamo proposto dal creditore I.S.L.

Trattasi, infatti, di soggetto che legittimamente ha proposto opposizione nel giudizio di omologa, pur trattandosi di creditore astenuto, dovendosi ricomprendere anche tale categoria di soggetti nell'ampia dizione di "qualsiasi interessato" di cui al secondo comma dell'art. 180 l.fall.

Correttamente il tribunale ha ritenuta infondata l'eccezione di incompetenza territoriale, riproposta in questa sede dalle reclamanti Alemar Sri e C.I.N.S. considerato:

– che la società Baglietto S.n.c. è stata costituita con sede in La Spezia il 7 giugno 2010 e, quindi, per essa non si pone questione di un “trasferimento” di sede verificatosi nell’anno anteriore alla proposta di concordato;

– che quanto alle altre società, socie della S.n.c. Baglietto, di cui è stato comunque omologato il concordato, premesso che ove risulti un contrasto tra sede legale e quella effettiva - intesa come luogo dove la società promuove sul piano organizzativo i suoi affari, dove è ubicata la parte più significativa delle attività direzionali e il centro propulsore della società stessa - occorre far riferimento a quest’ultima ai fini di individuare la sede principale rilevante ai sensi dell’art. 161 l.fall. (vedi Cass. 8237/2000), nella fattispecie, alla stregua di quanto rilevato nella relazione dei commissari giudiziali, ben può ritenersi sussistente tale contrasto tra la sede legale delle società Cantieri Navali Baglietto S.r.l., Gruppo Baglietto S.p.a. e Speziayachting S.r.l. posta a Milano fino al 30 aprile 2010 e quella di cantieri di Pisa S.r.l. posta a Pisa fino al 24 maggio 2010 e la loro sede effettiva, in La Spezia, da identificarsi, quindi, nella sede rilevante ex art. 161 l.fall., in quanto sede non meramente coincidente con il luogo dell’attività produttiva, ma vero centro propulsivo delle società in questione, ove gravitano tutti gli affari di dette società, da molti anni.

In ordine alle altre questioni sollevate nei reclami ritenuti ammissibili, la reclamante ISL censura il decreto di omologa sia per violazione del limite posto dal secondo comma dell’art. 184 l.fall. sia per l’illegittimità dell’operazione complessiva comportante la commistione delle masse creditorie appartenenti alle differenti società con compressione, in particolare, dei diritti dei creditori della Cantieri Navali Baglietto S.r.l. sottraendo ad essi il patrimonio destinato *ex lege* a tutela del proprio credito.

Rileva la Corte:

– che nel decreto di omologa, da un lato, è stata esclusa la ricorrenza del ed. concordato di gruppo, dall’altro è stata affermata l’irrelevanza della questione circa l’ammissibilità dei soci illimitatamente responsabili alla medesima procedura di concordato stante la sostanziale coincidenza dell’attivo e del passivo delle singole società divenute socie illimitatamente responsabili con l’attivo e il passivo della società in nome collettivo;

– che in proposito si premette come indubbiamente l’art. 184 l.fall. non preveda l’estensione “automatica” del concordato preventivo di una società di persone ai soci illimitatamente responsabili: il secondo comma di tale norma si limita a prevedere un’estensione degli effetti del concordato nel senso che il pagamento della percentuale concordataria libera anche i soci illimitatamente responsabili; l’esdebitazione parziale prevista dal secondo comma dell’art. 184 citato concerne, quindi, unicamente i debiti sociali, mentre i creditori particolari conservano impregiudicati i propri diritti e possono agire esecutivamente sui beni dei soci debitori;

– che in tal senso si è espressa Cass. 6 marzo 2010, n. 7273 secondo cui «la disposizione della legge fallimentare, art. 184, che estende ai soci illimitatamente responsabili di società di persone l’efficacia remissoria del concordato preventivo, si riferisce ai debiti sociali, nel senso

che il pagamento della percentuale concordataria ha effetto liberatorio anche nei loro confronti, senza con ciò determinare l’estensione della procedura al patrimonio di soci, che resta estraneo ad essa»;

– che nella fattispecie deve ritenersi che le società divenute socie illimitatamente responsabili della S.n.c. non si siano limitate ad invocare l’effetto esdebitatorio parziale di cui al secondo comma dell’art. 184 l.fall. giacché nella proposta di concordato hanno dichiarato di agire anche “in proprio” e non solo nella qualità di soci illimitatamente responsabili ed hanno concluso chiedendo di essere “tutte” ammesse alla procedura di concordato preventivo, istanza accolta nel decreto reclamato;

– che, a prescindere dall’ammissibilità in via generale dei soci illimitatamente responsabili nell’ipotesi in cui si tratti di “imprenditori commerciali” - come nella fattispecie - alla medesima procedura di concordato preventivo della società di cui sono soci, nel caso in esame deve rilevarsi come ricorra la fattispecie del ed. concordato di gruppo;

– che in proposito sussistono contrasti sia in giurisprudenza che in dottrina;

– che come ben evidenziato nella pronuncia 7 marzo 2011 del Tribunale di Roma nonché nella pronuncia del Tribunale di Terni 30 dicembre 2010, manca una definizione di gruppo nel nostro ordinamento (nella relazione illustrativa della riforma del diritto giudiziario si imputa ciò ad una scelta meditata stante l’inopportunità di circoscrivere in una configurazione positiva una realtà economica in continua evoluzione) e manca un’organica disciplina dell’organizzazione del gruppo rinvenendosi solo episodiche discipline relative a determinati profili (della tutela dei soci e dei creditori con la previsione del bilancio consolidato, dei limiti concorrenziali con la normativa antitrust, della disciplina del gruppo insolvente nell’ambito delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese, della responsabilità per la condotta infragruppo di direzione e coordinamento);

– che, tuttavia, pur non volendo attribuire eccessiva rilevanza al riferimento testuale contenuto nell’art. 160 l.fall. nella parte in cui consente all’assuntore l’attribuzione delle attività “delle imprese interessate” dalla procedura di concordato (riferimento alla stregua del quale una parte della dottrina ha dedotto la configurabilità del concordato di gruppo), la scelta di autonomia privata del concordato preventivo relativo al gruppo, come affermato nella pronuncia del Tribunale di Roma da ultimo citata, non può che ritenersi legittima consentendo l’art. 1322 c.c. di affermare detta possibilità esplicativa in quanto meritevole di tutela essendo riferita ad una realtà economica di primaria rilevanza nell’attuale contesto di mercato qual è l’impresa di gruppo;

– che va altresì considerato come la funzione del concordato preventivo sia il superamento della crisi di impresa attraverso l’esdebitazione dell’imprenditore insolvente per deliberazione dei creditori concorsuali: presentandosi, quindi, il concordato preventivo come procedura concorsuale dell’impresa, non può che ricevere nella sua considerazione l’impresa stessa in tutte le conformazioni che ne costituiscono pratica esplicazione ovvero sia

qualora l'impresa si manifesti e si realizzi nel gruppo questa sarà la dimensione che potrà assumere rilievo nel concordato preventivo;

– che, dunque, non può che riconoscersi la meritevolezza giuridica nonché la necessità pratica di un concordato fondato su un piano aziendale riferito all'impresa di gruppo e non già a ciascun settore di quella impresa riferito ad una determinata società commerciale;

– che, a maggior ragione, deve ritenersi l'ammissibilità, nella fattispecie, di un concordato preventivo di una società in nome collettivo risultante dal conferimento in essa dei complessi aziendali delle altre società appartenenti al gruppo, pur se trattasi di società costituita allo scopo di presentare un ricorso di concordato preventivo (peraltro come rilevato dal tribunale l'art. 160 l.fall., ammette che la proposta preveda il soddisfacimento dei crediti anche mediante il ricorso ad "operazioni straordinarie"), nonché l'ammissibilità alla medesima procedura di concordato di dette società del gruppo;

– che la sussistenza nella fattispecie del gruppo inteso quale aggregazione di imprese in forma individuale o collettiva, formalmente autonome ed indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte a direzione unitaria nonché quale integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese con coordinamento tecnico amministrativo e finanziario rimesso ad un unico soggetto direttivo (Cass. 22927/20059) emerge ampiamente dalla relazione dei commissari giudiziali (che hanno anche evidenziato i rapporti credito/debito infragruppo) nonché dalle stesse difese delle reclamanti che si limitano a contestare la legittimità del ed concordato di gruppo;

– che la sussistenza del gruppo e dei consequenziali rapporti infragruppo che legano nella fattispecie le società divenute socie della nuova società in nome collettivo giustificano e legittimano sia una valutazione sostanziale che una trattazione a livello procedurale unitaria del piano concordatario e, quindi, una gestione integralmente unitaria del concordato con un'unica adunanza e con un computo delle maggioranze riferito all'unico programma concordatario così come ritenuto ammissibile da Tribunale Terni nella pronuncia 30 dicembre 2010 (e in precedenza da Tribunale Crotone 28 maggio 1999 e Tribunale Terni 19 maggio 1997).

Parimenti infondate sono le censure sollevate da tutte le società reclamanti al decreto di omologa nella parte in cui ha ritenuto la correttezza della formazione delle classi.

Sul punto va premesso che la recente pronuncia della Suprema Corte 3274/2011, nell'escludere l'obbligatorietà della formazione delle classi, ha affermato come tale obbligo non possa derivare dalle diverse situazioni individuali «che possono portare a valutazioni variegata sulla proposta dal momento che dette situazioni sono potenzialmente tante quante sono i creditori e un loro censimento, prima ancora che arbitrario, sarebbe impossibile e comunque porterebbe ad una proliferazione assurda delle classi e, al limite e come è stato osservato, alla predisposizione di tante classi quante sono i creditori, senza considerare che, in assenza di parametri normativi di riferimento, la valutazione del giudice rischierebbe di con-

finare pericolosamente con una sostanziale discrezionalità» e ha quindi evidenziato come il legislatore abbia comunque inteso «escludere la rilevanza degli interessi particolari e soggettivi laddove si prospetta l'opportunità di una soluzione anticipata della crisi e alternativa alla liquidazione fallimentare».

Alla stregua dei principi ora esposti è evidente l'assoluta irrilevanza di ogni valutazione, ai fini di ritenere la corretta formazione delle classi, degli interessi specifici dell'armatore della commessa 10218 quale proprietario, a differenza degli altri armatori compresi nella classe n. 3, dell'opus.

Quanto, poi, all'alternativa offerta alla classe n. 3 in ordine alle modalità di soddisfacimento del proprio credito (pagamento del 10% del dovuto o *datio in solutum* mediante consegna dell'imbarcazioni in costruzione nello stato di fatto e di diritto in cui si trovano) che secondo la reclamante Cimel attribuirebbe uno stato di incertezza sulla posizione giuridica dei soggetti accorpati in tale classe, si rileva che l'alternativa offerta a detti creditori in ordine alle modalità di soddisfacimento incide sulla valutazione della convenienza del piano concordatario rimessa alla classe stessa (sindacabile dal giudice solo in presenza dei presupposti di cui al comma quarto dell'art. 180 l.fall.) e non affatto sulla correttezza o meno della formazione delle classi.

Parimenti la mera appartenenza dei creditori accorpati nella classe n. 2 (tutti aventi la medesima posizione giuridica di chirografari) alla categoria rispettivamente delle banche e dei fornitori non è sufficiente a far ritenere la non omogeneità dei rispettivi interessi economici rilevante in sede di valutazione della corretta formazione delle classi (anche considerata l'assenza di ogni riferimento specifico ad una diversa propensione di dette categorie ad aderire o meno al piano in concreto proposto in relazione alla sola appartenenza alla rispettiva categoria; peraltro, come rilevato nel decreto reclamato, l'analisi del voto in base alla relazione dei commissari giudiziali comprova che la proposta concordataria sarebbe stata approvata con distinte maggioranze anche qualora i fornitori delle società operative fossero stato collocati in una classe separata dalle banche). In ordine alla contestazione relativa alla classe formata dai creditori postergati ed alla loro conseguente ammissione al voto si rileva, in primo luogo, come nella pronuncia 2706/2009 la Suprema Corte abbia escluso l'ammissibilità dell'accorpamento in un'unica classe dei creditori postergati quali i soci finanziatori e degli altri creditori per assenza di omogeneità dei rispettivi interessi economici pervenendo, però, ad ammettere addirittura una deroga al principio della postergazione con il consenso della maggioranza di ciascuna classe: nella fattispecie i creditori postergati non sono stati accorpati agli altri creditori e il piano è stato approvato da ciascuna classe (come rilevato nel decreto reclamato la presenza di una classe di creditori postergati è risultata del tutto ininfluenza sulle maggioranze sia di crediti che di classi raggiunte nella procedura giacché anche eliminando i voti favorevoli espressi dai creditori postergati la sorte della procedura sarebbe rimasta immutata).

Infine si rileva che l'accorpamento in un'unica classe dei creditori chirografari delle tre società operative appartenenti al gruppo discende dall'ammissibilità del c.d. concordato di gruppo, di cui si è già detto, e non attiene, quindi, alla correttezza o meno dei criteri di formazione delle classi (come peraltro riconosciuto dalla stessa I.S.L. nel suo reclamo).

Per quanto attiene all'asserita mancata considerazione nella pronuncia reclamata (vedi in particolare reclamo di Cimel) delle denunciate inadempienze della società proponente relative all'art. 161 - incompletezza della domanda di concordato - nonché in ordine alle asserite gravi lacune nell'operato dei commissari in violazione dell'art. 172 l.fall., si premette come indubbiamente al giudice spettò il controllo sulla formale correttezza del ricorso e sulla completezza e regolarità della documentazione allegata alla domanda (vedi Cass. 21860/2010). Tanto premesso si osserva:

– che nella pronuncia reclamata si è correttamente rilevato come l'inventario sia stato redatto dai commissari giudiziali usufruendo dell'attività dei consulenti nominati per la stima dei beni facenti parte dell'attivo della società proponente (vedi apposita istanza dei commissari depositata il 23 giugno 2010 diretta ad ottenere, in relazione alla specificità dei beni mobiliari e immobiliari in questione, come evidenziato a pag. 2 della relazione ex art. 170 l.fall., l'ausilio di un perito stimatore al fine di procedere all'inventario dei beni e alla loro valutazione nonché relativo provvedimento del giudice delegato di nomina dell'esperto stimatore nella persona dell'ing. Rancati; le stime e l'elenco dettagliato dei beni, come evidenziato dal tribunale, sono presenti in separate relazioni in atti);

– che parimenti correttamente il Tribunale ha ritenuto che la relazione dei commissari Ghirri e Sodini sia dettagliata ed esauriente in merito alle ragioni del dissesto (capo primo della relazione), alla condotta del debitore (con particolare riferimento alla valutazione delle possibili azioni di responsabilità: capo quinto), ai contenuti della proposta concordataria (capo quarto e altre parti della relazione) e alle garanzie offerte (capo quarto) in osservanza di quanto previsto nell'art. 172 comma primo l.fall.;

– che ancora risulta in atti l'osservanza dell'art. 161 l.fall., già verificata dal tribunale in sede di ammissione della proposta di concordato, per quanto attiene alla documentazione che deve essere allegata al ricorso (in particolare, alla stregua dell'esame del contenuto del ricorso e dei suoi allegati comprensivi della situazione patrimoniale al 31 marzo 2010 e delle relazioni di stima allegate all'atto notarile con cui le singole società poi divenute socie della S.n.c. hanno conferito in questa i rispettivi complessi aziendali, risulta la relazione aggiornata sulla situazione economica-finanziaria; risulta lo stato analitico ed estimativo delle attività con descrizione anche di ogni commessa sotto il profilo giuridico ed economico e con richiamo per i singoli dettagli all'allegata relazione del professionista rag. R., nonché l'attestazione del professionista sulla veridicità dei dati aziendali e sulla fattibilità del piano);

– che parimenti risulta osservato, contrariamente a quanto lamentato dalla reclamante Cimel, per quanto attiene alla proposta di concordato della S.n.c. Baglietto, il requisito attinente alla fase deliberativa di cui all'art. 152 l.fall., richiamato dall'art. 161, secondo cui nelle società di persone la proposta e le condizioni di concordato sono approvate dai soci "che rappresentano la maggioranza assoluta del capitale" giacché, rimettendo tale disposto l'approvazione in capo ai singoli soci e disponendo che la maggioranza necessaria per l'approvazione debba essere computata con riferimento alle quote di partecipazione al capitale (il riferimento normativo alla maggioranza assoluta del capitale è solo un criterio per determinare la maggioranza dei soci necessaria per l'approvazione della proposta), nella fattispecie il quorum deliberativo richiesto è addirittura superato risultando la proposta della S.n.c. Baglietto approvata all'unanimità dai soci come da delibera in atti del 18 giugno 2010 con sottoscrizioni autenticate da notaio.

Le reclamanti Alemar S.r.l. e CINS censurano altresì il decreto di omologa per aver ritenuta infondata la contestazione in ordine alla mancata comunicazione ex art. 171 comma secondo l.fall. delle ultime due modifiche apportate alla proposta concordataria. Evidenzia la Corte:

– che è pacifico come la proposta originaria sia stata ritualmente comunicata ex art. 171 comma secondo l.fall.;

– che, come correttamente rilevato nel decreto di omologa, dal disposto del secondo comma dell'art. 175 l.fall., emerge come la proposta di concordato possa esser modificata sino all'inizio delle operazioni voto e, quindi, anche in adunanza con il rispetto del predetto limite temporale (e infatti il primo comma dell'art. 175 l.fall. prevede espressamente che nell'adunanza il commissario illustri "le proposte definitive" del debitore) con la conseguenza che ogni creditore deve sapere che la modifica della proposta rientra nel novero degli eventi possibili in qualunque procedura e deve rendersi parte diligente esercitando il diritto di prendere visione della relazione che deve essere depositata in cancelleria tre giorni prima dell'adunanza e partecipando all'udienza al fine di poter avere le spiegazioni e le informazioni necessarie (dagli atti risulta che all'udienza del 14 dicembre 2011 il Giudice Delegato ha dato lettura della modifica depositata nella stessa data relativa ai rapporti con l'armatore, Trupial Holding Ltd, della commessa 10218; peraltro si osserva che le ultime modifiche oggetto di contestazione non comportavano affatto una trasformazione del piano, ipotesi che, ove si fosse verificata, avrebbe comportato una rinnovazione del giudizio di ammissibilità da parte del tribunale).

In ordine alle censure del provvedimento del Tribunale sollevate dalle parti reclamanti in merito alla ritenuta fattibilità o concreta realizzabilità del piano e corretta informazione dei creditori in funzione della formazione di un valido consenso si premette che la sentenza della Cassazione 21860/2010 ha escluso che il sindacato del Tribunale, in sede di omologa, debba estendersi anche alla fattibilità del piano attraverso la verifica dell'iter logico attraverso il quale il professionista, nella relazione

ex art. 161 l.fall., è giunto ad affermare tale fattibilità, al fine di verificare la serietà delle garanzie offerte dal debitore o la sufficienza dei beni ceduti per la realizzazione del piano, essendo un siffatto controllo «in contrasto con il dettato normativo dal quale si ricava che il legislatore ha inteso dare una netta prevalenza alla natura contrattuale, privatistica del concordato, che dà decisivo rilievo al consenso dei creditori» come si ricava dal disposto dell'attuale art. 180 della l.fall., in base al quale, se il concordato è stato approvato a norma dell'art. 177, comma 1 (il quale dispone che il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto e che, ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se la maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi) il Tribunale, se non sono state proposte opposizioni, «verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame»: da tale disposizione, secondo la sentenza della Suprema Corte da ultimo citata, «si evince chiaramente che la decisione in ordine alla convenienza del concordato spetta esclusivamente ai creditori» e che «al Tribunale, in mancanza di opposizioni, spetta il solo potere di verificare che la procedura si sia svolta regolarmente e se il concordato è stato effettivamente approvato dalla maggioranza» con la sola eccezione di cui al comma quarto dell'art. 180 che attribuisce al Tribunale il potere di sindacare la convenienza del concordato, qualora i creditori siano stati divisi in classi, i creditori appartenenti ad una di esse abbiano in maggioranza espresso voto contrario ed uno dei creditori, appartenente alla classe dissenziente, contesti la convenienza della proposta.

Pertanto, nella fattispecie, non appartenendo i reclamanti ad una classe dissenziente, non è dato valutare né la convenienza del piano concordatario né la fattibilità dello stesso.

La sentenza 21860/2010, richiamata espressamente sul punto dalla successiva sentenza della Cassazione 3586/2011, ha però evidenziato come da quanto sopra esposto non consegua che al Tribunale spetti un mero controllo formale in quanto la disciplina del concordato preventivo «appare ispirata da una esigenza di carattere fondamentale: garantire che i creditori siano messi in condizione di prestare il loro consenso con cognizione di causa, vale a dire che abbiano a manifestare un consenso informato e non viziato da una falsa rappresentazione della realtà».

Il controllo del Tribunale deve quindi essere finalizzato a verificare se i creditori siano stati posti in tale condizione senza «sovraporsi alla valutazione di fattibilità contenuta nella relazione del professionista allegata alla proposta e senza che possa effettuare accertamenti in ordine alla veridicità dei dati aziendali, che la legge riserva al commissario giudiziale, reagendo alla mancanza di veridicità con il prevedere, su denuncia obbligatoria da parte del commissario giudiziale, la sanzione della immediata revoca da parte del Tribunale del concordato» (Cass. 21860/2010).

Nella fattispecie risulta una corretta informazione dei

creditori. In proposito, tutte le reclamanti lamentano che i commissari giudiziali nella loro relazione, nell'affermare che, anche considerando le valutazioni del perito, all'esito d'una procedura fallimentare per ogni singola società, i creditori concorsuali non avrebbero raggiunto un ristoro maggiore rispetto a quello offerto dalla proposta concordataria in questione, hanno considerato valori di liquidazione fallimentare e non già i valori di mercato o di liquidazione non fallimentare pur indicati (accanto a quelli fallimentari) nella relazione del consulente stimatore ing. R. (nominato su istanza dei commissari).

Tale parere espresso dai commissari non risulta affatto fuorviante rispetto alla formazione di un consenso con cognizione di causa da parte dei creditori considerato, in primo luogo, che la relazione-stima dell'ing. R. risulta, come attestato anche nel decreto reclamato, acquisita agli atti (all'adunanza del 30 novembre 2010 si è dato atto espressamente che la relazione del perito stimatore R. è parte integrante della relazione dei Commissari) e, pertanto, ben poteva essere esaminata dai creditori (così come è stata esaminata dai reclamanti); in secondo luogo che i commissari, nell'esprimere il parere sopra richiamato, hanno precisato di aver formulato la valutazione di convenienza, in relazione alla situazione che si potrebbe verificare ove le singole società fossero assoggettate a procedura fallimentare, «in linea teorica e sulla base dei dati ad oggi acquisiti» con ciò volendo solo indicare che la valutazione in questione come ogni valutazione patrimoniale è espressa in termini teorici mediante il ricorso a determinati parametri (i commissari hanno indicato i valori presi a base di calcolo per l'attivo e il passivo ed effettuato ulteriori precisazioni in ordine alle singole voci) e con utilizzo dei dati disponibili (i commissari hanno precisato di aver utilizzato «i dati ad oggi acquisiti» e, in particolare, hanno adeguatamente illustrato le rettifiche apportate, nella valutazione della situazione che potrebbe generarsi con il fallimento delle singole società, ai valori di cui alla relazione ex art. 161 l.fall., in relazione alla sopravvenuta definizione di alcune posizioni creditorie-debitorie così come in relazione alla possibile instaurazione di contenzioso per alcuni crediti nell'ipotesi di instaurazione della procedura fallimentare); in terzo luogo parimenti correttamente i commissari hanno assunto valori di liquidazione fallimentare risultando quella fallimentare l'unica prospettiva alternativa da considerare (non risultando altre proposte di concordato preventivo, che, peraltro, ex art. 160 l.fall. spetta al debitore presentare; ancora si osserva che sulla questione in esame è inconferente il riferimento al valore di mercato di cui al secondo comma dell'art. 160 l.fall., in quanto riferimento da ritenersi effettuato dal legislatore ai limitati fini di cui a detto disposto normativo ovvero al fine dell'ammissibilità della previsione del piano di un pagamento parziale dei creditori privilegiati). Parimenti non appare condivisibile la tesi dei reclamanti (in particolare di Cuneo) secondo cui l'affermazione dei commissari giudiziali in base alla quale le garanzie prestate consentirebbero di garantire certezza e celerità nell'assolvimento ed esecuzione dell'onere concordatario avrebbe avuto un'incidenza fuorviante sulla formazione del consenso dei credi-

tori in quanto affermazione che non avrebbe considerato i ritardi conseguenti ai tempi del reclamo contro il decreto di omologa e dell'eventuale ricorso in cassazione: invero, in primo luogo, i commissari hanno correttamente illustrato ai creditori nella loro relazione le garanzie che rispettivamente l'investitore e l'assuntore si sono impegnati a rilasciare, indicando anche la scadenza di tali garanzie; in secondo luogo la prestazione di una garanzia bancaria - oltre tutto non prevista come obbligatoria dall'art. 160 l.fall., come evidenziato dai commissari - ha indubbiamente la funzione di rafforzare l'adempimento di un'obbligazione assunta; in terzo luogo, come rilevato dal tribunale, i tempi necessari per il passaggio in giudicato del decreto di omologa si riflette unicamente sui pagamenti dei creditori - atto finale della procedura - ma non impedisce l'esecuzione delle altre operazioni, in particolare la cessione dei beni all'investitore che ha sottoscritto la proposta irrevocabile di acquisto (con previsione del pagamento del saldo entro e non oltre 120 giorni dal passaggio in giudicato «e comunque entro e non oltre il 31 dicembre 2011») e la liquidazione degli altri beni con acquisizione alla procedura dei valori monetari corrispondenti ai beni nel frattempo liquidati.

Ancora si osserva che neppure può escludersi tale consenso informato dei creditori, come asserito in particolare dalle reclamanti Ale.Mar S.r.l. e C.I.N.S., per la sola circostanza che il giudice delegato, all'udienza, abbia rigettato l'istanza dei creditori diretta ad avere informazioni sull'esistenza di altre offerte di acquisto diverse da quella presentata da Effebi, giacché, come rilevato dal Giudice Delegato, la proposta presentata prevedeva sin dall'origine che l'individuazione dell'acquirente fosse di competenza del liquidatore della società proponente, spettando poi ai creditori valutare la convenienza dell'operazione complessiva come emergente dalla proposta presentata.

Come evidenziato nella pronuncia reclamata, la relazione dei commissari giudiziali risulta dettagliata, ampiamente argomentata, idonea a fornire esaurienti informazioni - così da porre i creditori in condizione di esprimere un consenso "informato" - sulle ragioni del dissesto del gruppo, sulla condotta del debitore, sui contenuti della proposta e anche sulla convenienza della stessa pur se rapportata alle eventuali attività recuperabili al patrimonio delle società, qualora, in alternativa al concordato preventivo, venissero dichiarate fallite, con l'esercizio di azioni di responsabilità verso amministratori e sindaci e con azione revocatoria ex artt. 64 e ss. l.fall., (in particolare deve escludersi che i commissari abbiano offerto una visione distorta della realtà, incidente sulla formazione del consenso, nell'illustrare gli aspetti negativi dell'alternativa costituita dalla procedura fallimentare comprese le conseguenze in termini di svalutazione dei beni materiali e immateriali, conseguenza da ritenersi ben immanente a tale procedura): ne consegue il rigetto di ogni istanza istruttoria diretta ad ottenere ulteriore documentazione e informazioni.

Ancora in ordine alle contestazioni sulla realizzabilità concreta del piano, si osserva come la recente sentenza della Suprema Corte 18864/2001 abbia precisato che -

in considerazione dell'estensione di efficacia all'intera massa dei creditori, inclusi gli assenti o dissenzienti, oltre che dei terzi incisi a vario titolo dall'opzione concordataria, della proposta approvata a maggioranza assoluta - deve comunque affermarsi l'essenzialità dell'intervento del giudice volto a garantire non solo il rispetto formale dei passaggi procedurali, ma anche la legittimità sostanziale della proposta;

Tale pronuncia ha, quindi, esteso rispetto alle precedenti sentenze, già citate, 21860/2010 e 3586/2011 - il controllo del giudice non ritenendolo limitato ad una verifica formale e ad una verifica della formazione di un consenso con cognizione di causa, ma pur sempre contenendo l'affermato controllo della legittimità sostanziale nei limiti del rilievo di un "vero e proprio vizio genetico del piano" (quali l'illiceità dell'oggetto, la violazione di norme imperative, l'impossibilità dell'oggetto da ravvisare ove la proposta concordataria non abbia, alla luce della relazione del commissario giudiziale, alcuna probabilità di essere adempiuta) ovverosia di una "radicale e manifesta inadeguatezza del piano" stesso.

Anche a voler aderire a tale ultimo orientamento, nella fattispecie non risulta affatto tale radicale e manifesta inadeguatezza del piano in questione che prevede, come già evidenziato, un assuntore - Ineco S.r.l. - che si è assunto l'intero onere concordatario da attuare mediante la vendita di quasi tutte le attività immobiliari e mobiliari delle società operative del gruppo ad un investitore, individuato dalle proponenti, il quale ha effettuato offerta di acquisto irrevocabile sino al 31 dicembre 2011 per euro 30.500.000,00 (circa due terzi dell'onere concordatario) garantita da fideiussione bancaria a prima richiesta, già rilasciata, di euro 6.250.000,00 (e con impegno dell'investitore a rilasciare fideiussione bancaria di euro 27.000.000,00 all'atto del trasferimento in capo ad essa dei beni a garanzia del puntuale pagamento del saldo) e con assolvimento della residua parte dell'onere concordatario mediante la liquidazione dei restanti beni della S.n.c. Baglietto (non ceduti all'investitore) e con risorse dello stesso assuntore per l'eventuale differenza (e la serietà dell'impegno dell'assuntore, come rilevato anche dal tribunale, è avvalorata dalla prestazione di una garanzia bancaria di euro 1.000.000,00, garanzia pur non prevista come obbligatoria dall'attuale art. 160 l.fall.).

Come rilevato da Cass. 18864/11 l'impossibilità dell'oggetto riscontrabile ove la proposta non abbia «alcuna probabilità di essere adempiuta» costituisce evenienza di particolare delicatezza che non deve affatto essere confusa «con la normale alea inscindibilmente connessa con la valutazione di fattibilità di qualsiasi iniziativa economica» essendo la mera prognosi di adempimento di obbligazioni immuni da vizi genetici - come quelle ricorrenti nella fattispecie - rimesse all'apprezzamento esclusivo dei creditori.

Infine si osserva come in questa sede debba solo considerarsi il piano concordatario omologato e non già l'adempimento o meno dello stesso (in particolare l'adempimento o meno del soggetto che ha effettuato offerta di

acquisto dei beni con prestazione di garanzia bancaria) rilevante in sede di esecuzione ex artt. 185 e 186 l.fall.

Conseguentemente i reclami proposti da Alemar S.r.l., C.I.N.S., Cimel Italiana S.r.l., I.S.L. Marine Yacht Brokers Limited vanno respinti.

Stante l'esito del procedimento, le reclamanti vanno condannate in solido alla rifusione delle spese del presente procedimento di reclamo liquidate così come in dispositivo facendo riferimento, quale valore della causa rilevante ai sensi dell'applicazione della voce 50 della tariffa professionale, al complessivo onere concordatario (in applicazione dello stesso principio espresso da Cass. 2 giugno 1997, n. 4886), in favore delle società resistenti ovvero sia delle proponenti il concordato.

Ancora si osserva che in ordine alla liquidazione delle spese questa Corte, pur consapevole del principio, rilevante anche in sede di liquidazione delle spese, in base al quale i singoli procedimenti anche dopo la riunione mantengono la loro autonomia, ritiene di condannare in solido le parti reclamanti considerato, da un lato, sia la sostanziale omogeneità delle questioni poste nei reclami ritenuti ammissibili sia la circostanza del carattere procedurale della pronuncia in ordine al reclamo proposta dall'Agenzia delle Entrate, dall'altro che parte resistente ha svolto le proprie difese unitariamente trattando i reclami con un'unica identica comparsa, pur depositata nei singoli procedimenti.

(omissis).

Osservazioni

a) Decreto di omologazione e legittimazione al reclamo

L'impugnazione con reclamo, davanti alla corte di appello, del provvedimento di omologazione del concordato preventivo, si svolge, per espressa disposizione (art. 183 l.fall.), con il rito camerale (benché sia controverso se tale rito sia quello dell'art. 26 l.fall., ovvero degli artt. 737 ss. c.p.c.; su tale questione, non affrontata dal decreto, P. Brenca, *Il reclamo avverso il decreto di omologazione del concordato preventivo*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. Fauceglia e L. Panzani, Torino, 2009, 1749; M. Ferro, *Il concordato preventivo, l'omologazione e le fasi successive*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, 1089; N. Nisiovocchia, *Concordato preventivo e limiti dell'autonomia privata*, nota a Cass. 15 luglio 2011, n. 15699, in questa *Rivista*, 2011, 1291, ove richiami ai contrapposti orientamenti espressi dalla giurisprudenza e dalla dottrina; per la proponibilità del reclamo ai sensi dell'art. 739 c.p.c. e non dell'art. 131 l.fall., Cass. 4 novembre 2011, n. 22932, in *Foro it.*, 2012, I, 105; M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, 667; *contra*, di recente, P. Sisinni, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro-M. Sandulli-V. Santoro, Torino, 2010, III, sub art. 183, 2349; A. Nigro-D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, 371). Dall'applicabilità del rito camerale la Corte ligure ha desunto che la legittimazione al reclamo va verificata in forza del principio enunciato nella prima parte della prima massima, consolidato nella giurisprudenza di legittimità (senza risalire troppo nel tempo, almeno a partire da Cass. 12 agosto 1966, n. 2209, in CED, Rv. 324312, sino a, tra le altre, Cass. 24 maggio 1991, n. 5877, in *Riv. notariato*, 1992, 2, 952, con nota di P. Della Vedova, *Principio del contraddittorio e poteri del litisconsorte necessario nel procedimento camerale*; in dottrina, G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, Milano, 2011; 625; P.

Brenca, *Il reclamo avverso il decreto di omologazione del concordato preventivo*, cit., 1753, ivi ulteriori riferimenti di giurisprudenza e dottrina).

L'interesse del decreto risiede, quindi, nel principio sintetizzato nella seconda parte della massima, con il quale i giudici hanno negato che la regola di identificazione della legittimazione al reclamo violi l'ordinamento comunitario. La questione si è posta, poiché la fattispecie concerneva un concordato preventivo con transazione fiscale e, secondo l'Agenzia delle Entrate, l'applicabilità di tale regola avrebbe condotto a negare che essa fosse legittimata al reclamo, permettendo di omologare il concordato, nonostante che questo comportasse una falcidia dell'Iva, non ammessa ai sensi dell'art. 183, primo comma, l.fall., in quanto riconducibile tra i «tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea». L'infondatezza di detta tesi è stata affermata attraverso una duplice, concorrente motivazione. La Corte genovese ha anzitutto offerto un'interpretazione restrittiva del principio della cedevolezza del giudicato in contrasto con il diritto dell'UE, operando una sintetica ricognizione di una questione peculiarmente complessa. Al riguardo, è, dunque, opportuno richiamare l'attenzione sulla circostanza che tale regola richiede di apprezzare adeguatamente la complessità e non linearità del percorso argomentativo seguito dalla Corte di Lussemburgo, per conciliare gli obblighi che derivano dalla *primauté* del diritto dell'Unione con il principio della certezza del diritto collegato al giudicato, sviluppato attraverso sentenze ulteriori rispetto a quelle richiamate nel decreto, ciascuna delle quali ha apportato precisazioni e puntualizzazioni con le quali occorre fare i conti (si tratta delle sentenze 30 settembre 2003, n. 224/01, Köbler; 13 gennaio 2004, n. 453/00, Kühne & Heitz; 16 marzo 2006, n. 234/04, Kapferer; 18 luglio 2007, n. 119/05, Lucchini; 12 febbraio 2008, n. 2/06, Kempter; 3 settembre 2009, n. 2/08, Olimpiclub; in dottrina, su tale questione, per tutti, G. Tesauo, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, 215 ss.). Il decreto dà, tuttavia, atto che «nella fattispecie non si pone una questione di applicabilità dell'art. 2909 c.c.», sicché (indipendentemente dalla correttezza della ricostruzione del principio enunciato dalla Corte europea e dal carattere, per così dire, anticipato e prematuro del profilo affrontato dal decreto, poiché nella specie nessun giudicato si era ancora formato) le considerazioni sul punto sembrano relegabili al rango di mero *obiter*.

La questione da affrontare sarebbe stata, quindi, quella, più generale, dei presupposti e dei limiti del potere del giudice comune di «disapplicare» la norma interna in contrasto con il diritto comunitario (alla quale la giurisprudenza ha dato esauriente risposta, in riferimento alle molteplici fattispecie ipotizzabili; per una sintesi L. Salvato, *Il rapporto tra norme interne, diritto dell'Ue e disposizioni della Cedu: il punto sulla giurisprudenza*, in *Corr. Giur.*, 2011, 333), in relazione alle norme processuali ed alla luce dei due indirizzi espressi dalla Corte di giustizia, diretti: il primo a rimarcare il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri dell'UE: il secondo ad enfatizzare il principio di «non applicazione» anche in riferimento agli istituti processuali (su tale questione, e per la ricostruzione della giurisprudenza comunitaria, E. Cannizzaro, *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, 447).

Tuttavia, neppure tale questione doveva, forse, essere affrontata.

Il decreto ha, infatti, accertato che nella specie non sussisteva una falcidia del credito Iva, poiché esso non era stato compreso nella proposta di transazione fiscale, in quanto si trattava di debito contestato, ancora impugnabile del contribuente e motivatamente escluso dal proponente, non avendo peraltro

l'Amministrazione finanziaria aderito alla proposta di transazione fiscale, con conseguente insussistenza dell'effetto di consolidamento del debito. In ordine a tale profilo, va ricordato che la transazione fiscale, sin dalla sua introduzione, ha dato luogo a non pochi problemi e, tra questi, a quelli del rapporto della stessa con il concordato preventivo, della necessità o meno della sua proposizione all'interno del primo (*ex plurimis*, V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 264; di recente, su tale profilo, anche per una ricostruzione dell'istituto e dei suoi presupposti di applicazione, P. Piazza, *La transazione fiscale e la sua efficacia ai fini dell'omologa del concordato preventivo*, nota ad App. Torino 6 maggio 2010, in *Corr. giur.*, 2011, 859) e della possibilità della falcidia dei crediti tributari, in difetto dell'attivazione della proposta di transazione fiscale (contestata dall'Agenzia delle Entrate con la circolare 18 aprile 2008, n. 40/E, ed ammessa dalla giurisprudenza di merito, in virtù di un principio avallato da Cass. 4 novembre 2011, n. 22931 e n. 22932, cit., ed anche in *Corr. trib.*, 2012, con nota di G. Andreani e A. Tubelli, *Nel concordato preventivo crediti per IVA e ritenute alla fonte vanno soddisfatti integralmente*; la prima di dette sentenze è riportata anche in *Giur. trib.*, 2012, 11, con nota di B. Santacroce e D. Pezzella, *Natura facoltativa della transazione fiscale e intangibilità del credito IVA nel concordato preventivo*, ove richiami della giurisprudenza di merito; nella dottrina, per la non obbligatorietà della transazione fiscale, tra i più recenti, G. La Croce, *La transazione fiscale*, Milano, 2011, 99; G. Andreani, *L'Iva e la transazione fiscale*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia-C. Piccinini- F. Severini, Torino, 2011, IV, 790; diversamente, *ex multis*, E. Mattei, *La transazione fiscale negli accordi e nel concordato preventivo*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, diretto da U. Apice, Torino, 2011, III, 606, anche per richiami). Una delle questioni più rilevanti è stata, poi, proprio quella concernente la falcidia del credito vantato dall'Erario ai fini Iva, in considerazione della sua riconducibilità tra i tributi costituenti risorse dell'UE (sulla quale, cfr. gli AA sopra richiamati), la cui ammissibilità è stata espressamente esclusa con la novellazione dell'art. 182 ter, l.fall. (realizzata dal d.l. 29 novembre 2008, n. 185, convertito dalla L. 28 gennaio 2009, n. 2). L'illegittimità di tale falcidia è stata di recente esplicitata dalla Corte di cassazione, secondo la quale quest'ultima norma ha natura sostanziale e, quindi, è applicabile ad ogni forma di concordato, anche se proposto senza ricorrere all'istituto della transazione fiscale (Cass. 4 novembre 2011, n. 22931 e n. 22932, cit.).

La Corte di legittimità ha, tuttavia, precisato «che l'obbligo dell'integrale (anche se dilazionato) pagamento dell'Iva non comporta l'inderogabile accoglimento della pretesa fiscale in quanto nell'ambito del concordato senza transazione fiscale resta ferma la facoltà del contribuente di opporsi alla stessa, così che è solo l'imposta definitivamente accertata che è soggetta al vincolo richiamato» (su tale profilo, G. Andreani e A. Tubelli, *Nel concordato preventivo*, cit.). Il divieto di remissione totale o parziale presuppone, infatti, l'esistenza di un diritto di credito che non può ritenersi sorto, in presenza di una contestazione del debito da parte dell'imprenditore. Ed è appunto questa la *ratio decidendi* che fonda il principio sintetizzato nella massima, richiamato e fatto proprio dalla Corte di appello, allo scopo di negare la denunciata violazione dell'art. 182 ter l.fall. (e del diritto dell'UE), essendo risultato dirimente in tal senso l'accertamento dell'inesistenza di una falcidia dell'IVA, poiché tale debito era stato, in realtà, escluso dalla proposta, perché motivatamente contestato dall'imprenditore.

b) Il "gruppo" di società nel concordato preventivo

La questione dei presupposti e dei limiti entro i quali può rilevare, sotto il profilo giuridico, la sostanziale unificazione dal

punto di vista economico di società appartenenti ad uno stesso "gruppo", costituenti soggetti giuridicamente distinti ed autonomi, è antica (per una sintesi, anteriormente alla riforma del diritto societario del 2003, A. Pavone La Rosa, *Le società controllate - I gruppi*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1991, II**, 581) ed è stata ampiamente approfondita dalla dottrina, che ha distinto i fenomeni contigui del "gruppo" e del "controllo" (G. Cottino, *Società, Gruppi di società - Dir.com.*, voce, in *Enc. Giur.*, XXIX, Roma, 1999), il "gruppo" in senso orizzontale ed in senso verticale (F. Galgano, *I gruppi di società*, in *Le società, Trattato diretto da F. Galgano*, Torino, 2001, 11), e posto in luce che esso ha sostituito, quale "forma di organizzazione" dell'impresa medio-grande, la società per azioni (U. Tombari, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 1 ss.).

Ai molteplici problemi posti dal "gruppo" di imprese il legislatore si era dimostrato sostanzialmente insensibile anche sul versante della legge fallimentare (nella vasta letteratura sul tema, per un quadro di sintesi, AA.VV., *Insolvenza e gruppi di imprese - seminario di studi*, Milano, gennaio 1995 -, in questa *Rivista*, 1995, 445). Nella materia concorsuale, il "gruppo" ha iniziato ad ottenere cittadinanza nella disciplina della crisi delle società fiduciarie, dei gruppi bancari e dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi (*ex multis*, M. Fabiani, *Il gruppo di imprese nelle procedure concorsuali giurisdizionali*, in *Riv. soc.*, 1998, 1313; per una recente sintesi di tale iter e della giurisprudenza e della dottrina sulla regolamentazione della crisi del "gruppo" in tali settori, L. Salvato, *Accertamento dell'insolvenza di società di capitali facente parte di un "gruppo"*, nota a Cass. 21 aprile 2011, n. 9260, in questa *Rivista*, 2011, 1173).

La riforma del diritto societario (D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6), pur nella persistente inesistenza di una nozione di tale aggregazione, ha introdotto una disciplina del "gruppo" di imprese caratterizzata da profili di organicità (per una sintesi, F. Casadei, *Gruppi di società nel codice civile* (aggiornamento), in *Digesto comm.*, Torino, 2008, 320; N. Rondinone, *Società (gruppi di)* (aggiornamento), *ivi*, Torino, 2009, 608; R. Santagata, *Autonomia privata e formazione dei gruppi nelle società di capitali*, in *Il nuovo diritto delle società - Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadesse e G.B. Portale, Torino, 2007, 3, 799).

Diversamente, la riforma della legge fallimentare non ha recepito gli *input* presenti nei numerosi progetti che l'hanno preceduta (sui quali, G. Scognamiglio, *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2008, II, 1091) e non ha considerato il fenomeno del "gruppo" di società (da ultimo, in tal senso, nella giurisprudenza, Cass. 21 aprile 2011, n. 9260, cit., *ivi*, nella nota di L. Salvato, *Accertamento dell'insolvenza di società di capitali*, ulteriori riferimenti; in dottrina, tra i molti, L. Abete, *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo*, in questa *Rivista*, 2009, 1111; L. Panzani, *L'insolvenza dei gruppi di società*, in *Riv. diritto impresa*, 2009, 527; F. Mancinelli, *Quali espedienti per l'insolvenza di gruppo*, in *www.osservatorio-oci.org*), salvo che in interventi di settore e nella regolamentazione dell'amministrazione straordinaria "ordinaria" e "speciale" (E. De Sabato, *Gruppi di imprese: dal fallimento all'amministrazione straordinaria*, nota a Trib. Roma 7 giugno 2007, in *Giur. comm.*, 2009, II, 193; G. Ivone, *Gestione unitaria dell'insolvenza di gruppo e conversione del fallimento in amministrazione straordinaria*, nota a Trib. Roma 7 giugno 2007, in *Banca borsa tit. cred.*, 2009, II, 242; A. Colavolpe, *La disciplina delle crisi delle banche e delle società del gruppo bancario: le modifiche apportate al testo unico bancario dal d.leg. 6 febbraio 2004 n. 37*, in *Dir. fall.*, 2006, I, 135; per una visione di sintesi, sulla disciplina del "gruppo" nell'ammini-

strazione straordinaria *ex lege Prodi-Bis* ed ai sensi del *decreto-Marzano*, V. Zanichelli, *L'amministrazione straordinaria*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, cit., III, 2011 e 2100).

Anteriormente alla riforma della legge fallimentare, nella giurisprudenza di merito è emerso un orientamento favorevole al concordato di "gruppo", ispirato dall'intento di tenere conto della maggiore convenienza della liquidazione unitaria e della vendita aggregata dei beni. Siffatto indirizzo ha variamente articolato presupposti e modalità della procedura, allo scopo di contemperare le esigenze poste dalla opportunità di una considerazione unitaria dell'attività delle imprese con l'autonomia delle stesse e di bilanciare gli interessi dei creditori delle differenti società (Trib. Firenze 13 luglio 1992, in *Dir. fall.*, 1993, II, 180, con nota di M. Lazzara, *Concordato preventivo e gruppo di società*; Trib. Ivrea 21 febbraio 1995, in questa *Rivista*, 1995, 969, con osservazioni di M. Fabiani; Trib. Terni 19 maggio 1997, *ivi*, 1998, 290, con nota di M. Fabiani, *Il gruppo di imprese nella sentenza di omologazione del concordato preventivo*; Trib. Roma 16 dicembre 1997, in *Giur. merito*, 1998, 643; Trib. Messina 30 novembre 1998, in *Dir. fall.*, 2000, II, 202, con nota di M. Latella, *Problemi in tema di aggregazioni di società personali e «coordinamento» di procedure concordatarie*; Trib. Crotona, 28 maggio 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 1533, con nota di E. Colognesi, *Ancora in tema di concordato preventivo di gruppo*; in dottrina, agli AA citati, per un esame delle ragioni che, nel vigore della previgente disciplina, rendevano difficile offrire con il concordato preventivo una risposta unitaria all'insolvenza del "gruppo" e per i limiti delle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza, *adde*, F. Corsi, *L'insolvenza nel gruppo*, in AA.VV., *I gruppi di società*, Atti del Convegno di Venezia 16-18 novembre 1995, Milano, 1996, II, 1060; M. Fabiani, *Il gruppo di imprese nelle procedure concorsuali giurisdizionali*, cit.).

Dopo la riforma fallimentare, non poche critiche all'inerzia del legislatore hanno avuto ad oggetto proprio la mancata regolamentazione del concordato di "gruppo" (G. Alessi, *Il nuovo concordato preventivo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 1136; Arato, *La domanda di concordato preventivo dopo il d.lg. 12 settembre 2007*, n. 169, *ivi*, 2008, I, 55), benché la flessibilità di contenuto della proposta ed il riferimento, nell'art. 160 l.fall., alle "operazioni straordinarie" (enfaticizzato anche dal decreto) siano state valorizzate a favore dell'ammissibilità dello stesso (sul punto, anche per ulteriori riferimenti, G. Racugno, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in *Trattato di diritto fallimentare*, a cura di V. Buonocore e A. Bassi, Padova, 2010, III, 503), offrendo ampi spazi alla fantasia degli operatori ed a soluzioni in grado di soddisfare le esigenze poste dalla crisi del "gruppo" (M. Fabiani, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Milano, 2009, 69). Una recente indagine svolta tra i giudici dà atto che questi sembrerebbero quasi paritariamente divisi sulla questione dell'ammissibilità del concordato di "gruppo", anche se «ben pochi risultano essere i casi in cui sono stati effettivamente presentati ricorsi di ammissione a c.p. per gruppi di imprese», tenuto conto della congerie di problemi che, in difetto di disciplina, pone l'apertura di un'unica procedura, sicché ai problemi del "gruppo" sembra preferibile porre rimedio mediante una trattazione unitaria dei relativi ricorsi (E. Ragaglia-E. Norelli, *Concordato di gruppo, in Concordato preventivo, concordato fallimentare e accordi di ristrutturazione dei debiti*, a cura di M. Ferro-A. Ruggiero-A. Di Carlo, Torino, 2009, 17). A favore dell'ammissibilità del concordato preventivo basato sopra un piano aziendale riferito all'impresa di "gruppo", non a ciascun settore di quella impresa, a condizione che la relativa proposta sia supportata da un unico piano aziendale, il quale tenga distinte le masse patrimoniali delle singole società e preveda singole votazioni e singole delibera-

zioni, per ognuna delle imprese, nell'ambito di un'unica adunanza, si è, di recente, pronunciato il Tribunale di Roma, con un decreto espressamente richiamato dalla Corte ligure (Trib. Roma 7 marzo 2011, in *Dir. fall.*, 2011, II, 247, con nota di G. Fauceglia, *Sul fenomeno del gruppo nel concordato preventivo*; in *Nuovo notiziario giur.*, 2011, 96, con nota di D. Fracchia, *Impresa in forma di gruppo e accesso al concordato preventivo*; in dottrina, a questi Autori, con diversità di posizioni, *adde*, A. Di Majo, *I gruppi di imprese nel concordato preventivo*, *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto da L. Ghia-C. Piccinini-F. Severini, cit., 359 ss; M. Sandulli, *Commento all'art. 160 l.f.*, in AA.VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. Nigro e M. Sandulli, Torino, 2006, 985; G. Santoni, *Contenuto del piano di concordato preventivo e modalità di soddisfacimento dei creditori*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, 517; V. Vitalone, *Il nuovo concordato preventivo*, Milano, 2008, 67; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., 137). I giudici genovesi hanno offerto soluzione alle esigenze poste dalla crisi del "gruppo", giudicando, in primo luogo, ammissibile la proposta di concordato preventivo, consistente nella formulazione della stessa da parte di una società in nome collettivo costituita a tale scopo dalle società del "gruppo", risultante dal conferimento nella stessa dei complessi aziendali delle società appartenenti al medesimo, ricondotta tra le "operazioni straordinarie" previste dall'art. 160 l.fall. (su tali operazioni, F. Guerreria, *Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali*, in *Dir. fall.*, 2005, I, 16; G. Santoni, *Contenuto del piano di concordato preventivo*, cit.), in virtù di una modalità per la quale il "gruppo", all'atto della presentazione del ricorso, si è, in definitiva, presentato come un'unica società. In secondo luogo, ritenendo ammissibile l'estensione dell'effetto esdebitatorio alle società del "gruppo", socie di tale s.n.c., in quanto avevano dichiarato di agire anche "in proprio", chiedendo di essere "tutte" ammesse a detta procedura, con conseguente superamento del mero effetto esdebitatorio parziale previsto dall'art. 184 l.fall. Su quest'ultima norma, rimasta indenne dagli interventi legislativi di riforma e della quale è, nondimeno, necessaria una nuova lettura, M. Ferro, *Il concordato preventivo*, cit., 1091. Per una sintesi delle complesse tematiche concernenti gli effetti remissori nei confronti dei soci illimitatamente responsabili della società ammessa al concordato preventivo quest'ultima norma, sia anteriormente alla riforma, sia in relazione alla prospettiva successiva alla novellazione della legge fallimentare, per tutti, G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, 398; S. Pacchi, *Effetti del concordato per i creditori*, in *Il nuovo diritto fallimentare, Commentario*, diretto da A. Jorio e coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, 2, 2596).

Infine, sembra opportuno ricordare che questione omologa si è posta anche in riferimento agli accordi di ristrutturazione del "gruppo", M. Galardo, «*Interesse di gruppo*» e accordi di ristrutturazione (il caso «*Gabetti*»), nota a Trib. Milano 17 giugno 2009, in *Dir. fall.*, 2011, II, 40; ID, *Gli accordi di ristrutturazione e il risanamento del «gruppo»*, nota a Trib. Milano 10 novembre 2009, *ivi*, 2010, II, 343; M. Perugini, *Crisi di gruppi societari e accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.fall.*, nota a Trib. Milano 10 novembre 2009, in *Corr. merito*, 2010, 263; Id., *Accordi di ristrutturazione dei debiti: omologazione richiesta da gruppi societari e condizioni di attuabilità (il caso Risanamento) - Prime considerazioni*, nota a Trib. Milano 10 novembre 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, 205.

c) Contenuto del controllo del tribunale sulla proposta di concordato preventivo

La terza massima concerne la questione dei limiti del sindacato del tribunale sulla proposta di concordato, sulla quale, come non di rado accade nel nostro Paese, sembra in corso una sorta

di guerra di religione, che ha fatto sì che su di essa «si è scritto forse anche troppo» (M. Fabiani, *I disorientamenti nella nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni*, nota a Cass. 16 settembre 2001, n. 18987; 15 settembre 2011, n. 18864; Trib. Milano 28 ottobre 2011; Trib. Catania 14 aprile 2011, in *Foro it.*, 2012, I, 136). Al riguardo, molteplici sono, infatti, gli orientamenti della giurisprudenza e della dottrina e l'unico risultato incontrovertibile è costituito dallo sconcerto e dai dubbi prodotti negli operatori pratici, con buona pace dell'esigenza di certezza che la riforma della legge fallimentare mirava ad assicurare. Nell'impossibilità, in questa sede, di darne conto in modo esaustivo, è sufficiente, in estrema sintesi, ricordare che, in riferimento alla fase di ammissibilità della proposta, parte della giurisprudenza si è orientata a favore di un diretto sindacato del tribunale sulla fattibilità del piano (*ex plurimis*, App. Bologna 15 giugno 2009, in *Corr. merito*, 2009, 1091, con nota di V. Amendolagine, *Il controllo del tribunale sul piano di concordato preventivo: mero riscontro formale dei requisiti o fattibilità del medesimo*; Trib. Roma 24 aprile 2008, in *Dir. fall.*, 2008, II, 573, con nota di G. Fauceglia, *Ancora sui poteri del tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*; Trib. Bari 25 febbraio 2008, in questa *Rivista*, 2008, 682, con nota di P. Genoviva, *I limiti del sindacato del tribunale nel concordato preventivo alla luce del «correttivo»*), almeno nel caso in cui siano rilevate «macroscopiche assurdità» (App. Roma 18 settembre 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, 18, con nota di G. Fauceglia, *Brevi considerazioni sui poteri del tribunale in tema di concordato preventivo*). Altre pronunce hanno optato per un controllo più stringente, ma, per così dire, indiretto, svolto mediante la verifica della coerenza e non contraddittorietà della relazione dell'esperto ed il sindacato della logicità dei criteri valutativi dallo stesso adottati (tra queste, App. Roma 18 aprile 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, 188; App. Milano, 4 ottobre 2007, *ivi*, 2008, II, 317, con nota M.M. Gaeta, *Fabbisogno concordatario e poteri di accertamento del tribunale*; App. Torino 19 giugno 2007, in *Fallimento*, 2007, 1315, con nota di M. Vacchiano, *I poteri di controllo del tribunale in sede di ammissione del debitore al concordato preventivo*; Trib. Milano 9 febbraio 2007, *ivi*, 2007, 1218, con nota di L. Mandrioli, *Concordato preventivo: la verifica del tribunale in ordine alla relazione del professionista*). Un indirizzo, soprattutto di matrice dottrinale, è, invece, orientato in senso favorevole ad un controllo meramente formale e di legalità (per esaustivi riferimenti, M. Fabiani, *Osservazioni a Cass. 25 ottobre 2010, n. 21860, in Foro it.*, 2011, I, 105; I. Pagni, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in *Trattato di diritto fallimentare*, cit., Padova, 2010, I, 584, nota 426; da ultimo, sulla questione, L.A. Bottai, *Il (limitato) controllo del tribunale sulla proposta di concordato: chiusura del sistema*, nota a Cass. 14 febbraio 2011, n. 3586, ed a Trib. Biella, 10 febbraio 2011, in questa *Rivista*, 2011, 805; M. Fabiani, *I disorientamenti nella nomofilachia*, cit.; G. B. Nardecchia, *Esame della proposta di concordato preventivo*, nota a Trib. Udine, 6 maggio 2011, in questa *Rivista*, 2011, 1449). La questione si poneva, e si pone, anche nel corso del giudizio di omologazione, in difetto di proposizione di opposizioni, sulla quale si riscontra un orientamento favorevole al controllo in termini ampi (App. Bologna 15 giugno 2009, cit.; Trib. Tivoli 15 luglio 2009, in questa *Rivista*, 2010, 857, con nota di A. Penta, *La revoca dell'ammissione al concordato preventivo: rilevanza della percentuale offerta e della fattibilità del piano*), cui si contrappone un indirizzo incline a valutare solo la coerenza e la completezza dell'iter procedimentale ed argomentativo esplicitato dal professionista nella relazione che deve accompagnare il piano, ritenendo che ciò

non implichi un accertamento giudiziale della fattibilità dell'accordo (App. Roma 18 aprile 2009, in *Dir. fall.*, 2010, II, 188, con nota di S. Pesucci, *Poteri e limiti del tribunale nella fase di ammissione al concordato preventivo*; in senso sostanzialmente analogamente Trib. Udine 6 maggio 2011, cit.; App. Torino 11 agosto 2009, in *Giur. it.*, 2010, 871); un altro orientamento è, invece, favorevole ad una configurazione riduttiva del potere di controllo (Trib. Salerno 9 novembre 2010, in *Giur. it.*, 2011, 347, con nota di G. Fauceglia, *Ruolo del tribunale e concordato preventivo: quando la scelta risiede nel favorire la soluzione della crisi d'impresa*; Trib. Roma 20 aprile 2010, in *Dir. fall.*, 2011, II, 297, con nota di S. Ronco, *Domanda di concordato e poteri del tribunale*).

Su tale questione, a partire dal 2010, è intervenuta la Corte di cassazione, con una serie di sentenze che non hanno apportato la auspicata certezza. Secondo Cass., 25 ottobre 2010, n. 21860 (in questa *Rivista*, 2011, 167, con note di G. Bozza, *Il sindacato del tribunale sulla fattibilità del concordato preventivo*, e di M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*), nel procedimento di ammissione alla procedura di concordato preventivo il giudizio sulla fattibilità del piano compete in via esclusiva ai creditori ed il controllo del tribunale sembrerebbe (il condizionale è d'obbligo, per quanto *infra* precisato) meramente formale. Tale principio, a distanza di pochi mesi, è stato ribadito da Cass. 14 febbraio 2011, n. 3586 (in questa *Rivista*, 2011, 805, con nota di L.A. Bottai, *Il (limitato) controllo del tribunale sulla proposta di concordato: chiusura del sistema*) e, poi, confermato anche in riferimento al caso della revoca dell'ammissione del concordato *ex art. 173 l.fall.* da Cass. 23 giugno 2011, n. 13817 (in questa *Rivista*, 2011, 933, con nota di S. Ambrosini, *Concordato preventivo, fattibilità del piano e atti di frode*). Siffatto iniziale orientamento ha visto la dottrina divisa (per tutti, in senso critico, G. Bozza, *Il sindacato del tribunale*, cit.; favorevolmente, invece, L.A. Bottai, *Il (limitato) controllo del tribunale*, cit.; M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee*, cit., S. Ambrosini, *Concordato preventivo*, cit.; in detti scritti completi ulteriori riferimenti). A tale indirizzo è sopravvenuta Cass. 15 settembre 2011, n. 18864 (in *Corr. giur.*, 2012, 39, con nota di L. Salvato, *Puntualizzazioni della Corte di cassazione sul potere di controllo del tribunale nel concordato preventivo*; in *Foro it.*, 2012, I, 136, con nota di M. Fabiani, *I disorientamenti nella nomofilachia a proposito della fattibilità del concordato preventivo e della cessione dei beni*), secondo la quale il potere di controllo del tribunale, nel giudizio di omologazione, è preordinato a garantire il rispetto formale della procedura e la legittimità sostanziale della proposta. Pertanto, ferma l'esclusione della verifica d'ufficio della convenienza economica del piano concordatario, l'omologazione può essere negata, anche in difetto di opposizioni, qualora risulti che, a causa della non veridicità dei dati contabili, dell'inesatta rappresentazione delle attività e delle passività, ovvero dell'inattendibilità del valore attribuito ai beni, detta proposta non abbia alcuna probabilità di essere adempita. Una parte della dottrina, nell'annotare detta sentenza, ha argomentato di «disorientamenti nella nomofilachia» (così, già nel titolo della nota, M. Fabiani, *I disorientamenti nella nomofilachia*, cit.), reiterando le argomentazioni svolte in precedenza a conforto della configurazione restrittiva del potere di controllo del tribunale. La I Sezione civile della Corte di cassazione, con ordinanza del 15 dicembre 2011, n. 27063 (in *Corr. giur.*, 2012, 229, con nota di A. Di Majo, *La fattibilità del concordato preventivo: legittimità o merito?*), da ultimo, ha rimesso al Primo Presidente (per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite) la questione dei limiti del controllo giudiziale sulla fattibilità del concordato preventivo. Nondi-

meno, benché abbia rilevato profili di contrasto, l'ordinanza ha sottolineato che la sentenza più recente «ha seguito una linea motivazionale non del tutto coincidente» con il precedente orientamento, «non sconfessandolo in modo esplicito» ed ha sottolineato che, «pur non potendosi considerare in diretto contrasto con le altre sopra menzionate», è opportuno l'intervento delle Sezioni Unite anche «per l'importanza dei temi», «ai quali potrebbe aggiungersi l'interrogativo circa le conseguenze di un negativo giudizio del tribunale in ordine alla fattibilità del piano, ove si ravvisi un difetto di informazione del ceto creditorio». Proprio in relazione a tali puntualizzazioni va ricordato il tentativo che è stato svolto di offrire di Cass. 15 settembre 2011, n. 18864, cit., una lettura diretta a privilegiare i profili di continuità con il precedente orientamento, in chiave di evoluzione dello stesso piuttosto che di *revirement*, ponendo in luce gli equivoci esistenti in ordine alla nozione di fattibilità del piano e la confusione della stessa con quella di convenienza, nonché evidenziando l'esigenza di approfondire, alla luce della natura del concordato, degli interessi coinvolti dalla procedura e del ruolo pregnante dei creditori, l'ammissibilità di un controllo preordinato a garantire completezza e coerenza dell'informazione, riconducibile entro i confini del sindacato di legittimità (L. Salvato, *Puntualizzazioni della Corte di cassazione*, cit.). Da ultimo, è stata offerta una ricostruzione

complessiva dell'orientamento sopra sintetizzato, tenendo conto anche dell'ordinanza di rimessione della questione alle Sezioni Unite, ed è stato posto in rilievo che il contrasto interno alla giurisprudenza di legittimità è, forse, di forma più che di sostanza, richiamando l'attenzione sull'ammissibilità di un controllo di fattibilità, sia pure in riferimento ai requisiti di liceità e possibilità dell'oggetto della proposta concordataria (A. Di Majo, *La fattibilità del concordato preventivo: legittimità o merito?*, cit.). Di tale distonia la Corte ligure dà atto e, da un canto, ha provveduto ad accertare che «nella fattispecie risulta una corretta informazione dei creditori», secondo una concezione *intermedia* dell'ambito del sindacato. Dall'altro, ha fatto riferimento alla più ampia accezione del controllo in ordine alla «realizzabilità concreta del piano» (pure desumibile dalla sentenza dei giudici di legittimità da ultimo richiamata), sia pure contenuto «nei limiti del rilievo di “un vero e proprio vizio genetico del piano”». La Corte genovese, con motivazione, per così dire, prudenziale, ha svolto, quindi, la verifica anche in applicazione di tale principio, premettendo, tuttavia, un *incipit* («anche a voler aderire a tale ultimo orientamento») forse sintomatico della scarsa convinzione in ordine alla correttezza del medesimo.

Luigi Salvato

LIBRI

Collana: **itinerà - Guide giuridiche**

Compravendita immobiliare

A cura di **Mariagrazia Monegat e Augusto Ciria**

Il volume tratta con un approccio **sistemico** e un taglio **assertivo e multidisciplinare** tutti gli aspetti relativi all'istituto della compravendita immobiliare. Partendo dalle trattative precontrattuali l'opera fornisce **risposte e soluzioni immediate, sotto il profilo sostanziale, processuale e fiscale** a tutte le problematiche inerenti la proposta d'acquisto, il contratto preliminare, il recesso e la risoluzione del preliminare. Particolare attenzione è inoltre dedicata all'acquisto in condominio, all'asta, all'acquisto di immobile occupato e in comunione.

Il volume tiene conto di tutte le novità legislative e giurisprudenziali più recenti, fra le quali:

– d.l. n. 78/2010, convertito con modificazioni in legge n. 122/2010 (c.d. Manovra economica 2010) in tema di riforma del Catasto, nuovi adempimenti previsti per gli atti pubblici e scritture private autenticate; nuove modalità di consultazione telematica dei dati cata-

stali e la Segnalazione certificata di inizio attività (c.d. SCIA);

– d.lgs. n. 110/2010 relativo agli atti notarili in formato elettronico;

– d.l. n. 40/2010, convertito, con modificazioni, in legge n. 73/2010, in materia di semplificazione delle procedure edilizie.

Arricchiscono e completano l'opera “**Case history**”, **clausole contrattuali**, citazioni giurisprudenziali e un dettagliato **indice analitico**.

1ª edizione

ipsoa 2010, euro 55,00

Per informazioni e acquisti

• **Servizio Informazioni Commerciali**

(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)

• **Agente ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)

• <http://shop.wki.it/ipsoa>



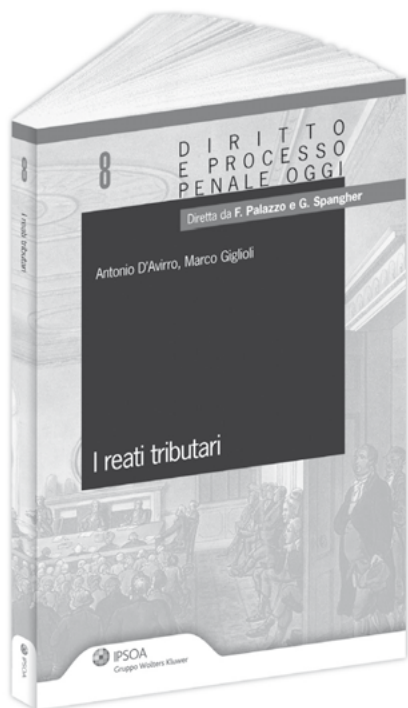


IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

DIRITTO E PROCESSO PENALE OGGI

Diretta da F. Palazzo e G. Spangher



I reati tributari

Il volume, nelle due parti di cui si compone, offre una visione completa del **diritto penale tributario** (contenuto nel D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74), descrivendo le principali ipotesi di delitto.

Il capo II del titolo II del D.Lgs. n. 74/2000 (**delitti in materia di documenti e pagamenti di imposte**) è stato oggetto di ripetuti e rilevanti interventi legislativi. Nel giro di appena sei anni (dal 2004 al 2010) il Legislatore ha, infatti, introdotto **quattro nuove fattispecie incriminatrici** (artt. 10 bis, 10 ter, 10 quater e 11, comma 2) che hanno spostato il baricentro del sistema penale tributario a favore dei fatti "esterni" alla dichiarazione fiscale: **omesso versamento di ritenute certificate, omesso versamento di IVA, indebita compensazione, sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte**.

Da ultimo, con il **D.L. n. 138/2011, convertito con la l. 16 settembre 2011, n. 148**, sono state introdotte nel D.Lgs. n. 74/2000 una serie di modifiche, finalizzate, da un lato ad allargare il campo di applicazione delle fattispecie penali tributarie, dall'altro ad **inasprire il sistema sanzionatorio** al fine di **disincentivare l'evasione**.

L'opera, dal **taglio pratico** nei contenuti e nella struttura affronta in modo **specifico, aggiornato e completo** l'argomento e rappresenta un **indispensabile strumento di lavoro** per gli operatori del diritto.

a cura di **A. D'Avirro** e **M. Giglioli**
pagg. 416, € 35,00, I edizione

Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

(00129684) Sì, desidero acquistare il volume **I reati tributari**, a cura di A. D'Avirro e M. Giglioli a € 35,00.

Cognome e Nome	Azienda/Studio
Via	CAP
Città	
Tel.	Fax
e-mail (obbligatoria):	Cod. cliente
Partita IVA	C.F.

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diner's (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito

Timbro e firma

TRATTAMENTO DATI PERSONALI

I dati personali saranno 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 saranno 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. 196/03, 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-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476403.

* Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorsi 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

Ammissione al passivo

Note in tema di insinuazione c.d. "ultratardiva" o "supertardiva"

Tribunale di Treviso, decr., 9 dicembre 2011 - Pres. Fabbro - Est. Fabbro e Valle - BVG Credit Finance S.r.l. c. Fallimento P.M.

Fallimento - Accertamento del passivo - Verifica dei crediti - Domanda di insinuazione - Decreto del giudice delegato - Pronuncia di inammissibilità - Reclamo ex art. 26 l.fall. - Esclusione - Opposizione ex art. 98 l.fall. - Legittimità

(legge fallimentare artt. 26, 98, 99, 101)

Il rimedio preordinato all'impugnazione delle decisioni adottate in sede di verifica, tempestiva o tardiva che sia, da parte del giudice delegato, e finalizzate a definire la platea dei creditori ammessi al concorso incidendo decisoramente sui loro diritti, è quello offerto dagli artt. 98 ss. l.fall.; non invece quello residualmente previsto dall'art. 26 l.fall. avverso la generalità dei provvedimenti gestori del giudice delegato, per i quali non sia previsto un diverso mezzo di impugnazione.

Fallimento - Accertamento del passivo - Insinuazione tardiva - Imputabilità del ritardo - Omesso avviso dell'udienza - Causa di giustificazione - Esclusione

(legge fallimentare artt. 92, 101)

La circostanza che il curatore non abbia avvisato il creditore dell'udienza di verifica ai sensi dell'art. 92 l.fall. non costituisce necessariamente causa di esclusione dell'imputabilità dell'eventuale ritardo ultra annuale nel quale il creditore o il rivendicante siano incorsi qualora si possa *aliunde* dedurre che gli stessi abbiano comunque avuto notizia del fallimento in tempo utile.

Il Tribunale (omissis).

1. BVG Credit Finance Sri ha proposto in data 30 marzo 2011 domanda di insinuazione al passivo del Fallimento Paolo Marelli, per la somma di Euro 67.872,43 con prelazione ipotecaria, di Euro 25.145,37 in chirografo. Avverso il decreto del giudice delegato che ha dichiarato la domanda inammissibile, perché presentata oltre il termine di cui all'art. 101, comma 4, l.fall. senza che il ritardo potesse considerarsi provocato da causa non imputabile al creditore, BVG ha interposto opposizione, instando per l'ammissione del credito, così come insinuato.

Nel procedimento si è costituita la curatela fallimentare, eccependo pregiudizialmente l'inammissibilità dell'opposizione, sul rilievo che avverso il provvedimento emesso dal giudice delegato fosse esperibile il rimedio del reclamo ex art. 26 l.fall., e chiedendone nel merito il rigetto.

2. La decisione adottata dal giudice delegato concorre alla formazione definitiva dello stato passivo fallimentare ed incide sul diritto di partecipazione al concorso del creditore.

Natura e funzione del provvedimento che non mutano per la circostanza che esso abbia pronunciato su questione preliminare di rito, comunque atta a definire il giudi-

zio e così a decidere, ai fini del concorso, sul bene della vita in contesa.

Il rimedio preordinato all'impugnazione delle decisioni adottate in sede di verifica, tempestiva o tardiva che sia, da parte del giudice delegato, e finalizzate a definire la platea dei creditori ammessi al concorso incidendo decisoramente sui loro diritti, è quello offerto dagli artt. 98 ss. l.fall.; non invece quello residualmente previsto dall'art. 26 l.fall. avverso la generalità dei provvedimenti gestori del giudice delegato, per i quali non sia previsto un diverso mezzo di impugnazione.

Va pertanto respinta l'eccezione di inammissibilità del gravame esperito da BVG, sollevata da curatela.

3. È circostanza incontrovertita in causa, della quale ha dato atto lo stesso ufficio fallimentare in sede di esame della domanda di insinuazione presentata dalla creditrice odierna opponente, che il curatore del fallimento abbia omesso di inviarne l'avviso prescritto dall'art. 92 l.fall., avviso specificamente preordinato ad avvertire dell'udienza fissata per l'esame del passivo e della necessità di proporre domanda per parteciparvi e del relativo termine, di agevolare tale partecipazione fornendo ogni ulteriore utile informazione.

Né l'art. 92 l.fall., né altre disposizioni della legge fallimentare, istituiscono una specifica sanzione che assista tale comportamento omissivo.

E del resto la previsione di cui all'art. 101, comma 4, l.fall., non indica l'omissione dell'avviso come nominata causa di esclusione dell'imputabilità del ritardo ultraannuale nel quale sia incorso il creditore o il rivendicante nella presentazione della propria domanda.

Da ciò può inferirsi l'impossibilità di istituire un nesso di necessaria consequenzialità tra omissione dell'avviso e giustificata/non imputabilità del ritardo, ed ammettersi che il creditore debba subirne le conseguenze tutte le volte in cui, secondo le circostanze del caso di specie, da apprezzarsi di volta in volta ed in concreto, sia stato posto in condizione di esercitare effettivamente la pretesa di partecipazione al concorso nella pienezza dei diritti e facoltà accordati dalle regole del procedimento, il ritardo essendo invece e soltanto dipeso da cause ricadenti nella propria sfera di controllo e responsabilità.

Ciò detto, resta escluso che un tale giudizio di imputabilità del ritardo possa nel caso in esame essere formulato nei confronti della creditrice opponente.

La curatela ritiene che la creditrice sia stata posta in grado di proporre in tempo utile domanda di ammissione al passivo, per aver ricevuto, in data 4 novembre 2009, la richiesta - inoltrata via e-mail - di consegnare all'ufficio fallimentare documentazione relativa ai rapporti bancari intrattenuti dal fallito, richiesta cui era allegato l'estratto della sentenza dichiarativa di fallimento con indicazione della data dell'udienza di verifica e del termine (per altro al momento di spedizione della e-mail, già decorso), entro cui la domanda avrebbe dovuto essere presentata (doc. 2 res.).

Senonché la mail in questione risulta inviata ad una casella di posta elettronica soggettivamente riconducibile ad un funzionario/dipendente della banca all'epoca titolare del rapporto da cui originano i crediti insinuati, del quale è tuttavia rimasta ignota la funzione all'interno dell'istituto di credito, senza che sia stata in particolare data od offerta prova:

- che il funzionario/dipendente operasse presso la sede legale ovvero presso la sede effettiva della banca e che ivi la mail sia stata recapitata;

- che il funzionario/dipendente destinatario della comunicazione fosse titolare di poteri rappresentativi della banca e/o di deleghe generali o specifiche, ovvero fosse soggetto autorizzato a ricevere comunicazioni provenienti da terzi.

A tanto si aggiunge la considerazione che la comunicazione del curatore aveva uno scopo - di acquisizione di documentazione bancaria - affatto estraneo alle finalità proprie dell'avviso ex art. 92 l.fall. (l'estratto della sentenza dichiarativa allegato servendo soltanto, come affermato dalla stessa curatela, a dimostrare la propria legittimazione a richiedere la documentazione predetta), ed un contenuto solo parzialmente coincidente (siccome mancante di alcuna delle informazioni previste dal n. 3 del comma 1 dell'art. cit.).

In tali circostanze, il fatto che la notizia del fallimento e della data dell'udienza fissata per la verifica (data da cui

cominciava a decorrere il termine annuale ex art. 101, comma 4, l.fall.), sia comunque pervenuto nella sfera di controllo della destinataria, non vale ad integrare la sussistenza dei presupposti per considerare il ritardo imputabile alla creditrice. Né può da parte di curatela pretendersi che il funzionario bancario, che abbia, per una qualsiasi ragione inerente il proprio ufficio, notizia del fallimento del cliente, ne informi i soggetti e/o gli organi preposti - secondo l'organizzazione interna dell'ente - ad assumere le iniziative dirette a tutelare il credito verso il fallito, e che ove tanto non sia accaduto l'ente debba subire le conseguenze di una lacuna imputabile ad assetti organizzativi interni.

All'argomento è agevole infatti contrapporre l'osservazione che il funzionario in questione, così come la banca e come qualunque altro soggetto coinvolto nel fallimento, debbono e possono fare legittimo affidamento nel corretto assolvimento, da parte degli organi del fallimento, degli adempimenti che ad esso sono imposti dalla legge, e tra di essi e con riferimento all'operato del curatore, all'inoltro dell'avviso ex art. 92 l.fall. a tutti i creditori.

Il che è a dire che il funzionario, destinatario a tutt'altri fini della comunicazione dell'avvenuto fallimento del cliente correntista, poteva del tutto legittimamente e giusti fi catamente confidare nel fatto che la banca fosse stata destinataria, tramite gli organi ed uffici preposti e nelle forme appropriate, dell'avviso in questione.

Per le ragioni così esposte, la domanda di ammissione al passivo va dichiarata ammissibile.

4. Nel merito, nessuna contestazione in fatto e/o in diritto è stata sollevata da curatela relativamente alle pretese creditorie insinuate, an quantum e che risultano del resto documentalmente provate.

Ne segue l'ammissione della banca al passivo del fallimento, come da domanda, per i seguenti importi:

Euro 67.872,43 con prelazione ipotecaria;

Euro 25.145,37 in chirografo.

5. Le spese di giudizio seguono la soccombenza di parte convenuta e sono liquidate come da dispositivo (in difetto di deposito di nota).

(omissis).

L'insinuazione ultratardiva, la declaratoria *de plano* dell'inammissibilità e la non imputabilità del ritardo

di Antonio Didone

L'Autore espone brevemente la disciplina dettata dal nuovo art. 101 l.fall. in relazione all'insinuazione c.d. ultratardiva condividendo la pronuncia annotata quanto all'esperibilità dell'opposizione ex art. 98 l.fall. contro il decreto del G.D. che abbia dichiarato *de plano* l'inammissibilità dell'insinuazione anziché del reclamo ex art. 26 l.fall.

1. Premessa: il nuovo art. 101 l.fall.

Con la sentenza che dichiara il fallimento il tribunale stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza in cui si procederà all'esame dello stato passivo, entro il termine perentorio di non oltre centoventi giorni dal deposito della sentenza, ovvero centotanta giorni in caso di particolare complessità della procedura e assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali o personali su cose in possesso del fallito, il termine perentorio di trenta giorni prima dell'adunanza stessa per la presentazione in cancelleria delle domande di insinuazione (art. 16 l.fall.).

La domanda di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, dunque, si propone con ricorso da depositare presso la cancelleria del tribunale almeno trenta giorni prima dell'udienza fissata per l'esame dello stato passivo (art. 93, comma 1, l.fall.), termine espressamente dichiarato perentorio dall'art. 16.

Le domande di ammissione al passivo di un credito, di restituzione o rivendicazione di beni mobili e immobili, depositate in cancelleria oltre il termine di trenta giorni prima dell'udienza fissata per la verifica del passivo e non oltre quello di dodici mesi dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo sono considerate tardive; in caso di particolare complessità della procedura, il tribunale, con la sentenza che dichiara il fallimento, può prorogare quest'ultimo termine fino a diciotto mesi.

Il secondo comma dell'art. 101 l.fall., dispone che «il procedimento di accertamento delle domande tardive si svolge nelle stesse forme di cui all'articolo 95. Il giudice delegato fissa per l'esame delle domande tardive un'udienza ogni quattro mesi, salvo che sussistano motivi d'urgenza. Il curatore dà avviso a coloro che hanno presentato la domanda, della data dell'udienza. Si applicano le disposizioni di cui agli articoli da 93 a 99».

La previsione della fissazione di un'udienza ogni quattro mesi per l'esame delle tardive sino a quel momento pervenute è simmetrica alla cadenza stabilita per i riparti parziali dell'attivo, ai sensi dell'art. 110 l.fall. (1) Ciò - è stato rilevato in dottrina

- nell'evidente intento di «evitare una penalizzazione oltre misura del creditore tardivo, ponendolo, per quanto possibile, in condizione, di partecipare al primo riparto successivo al deposito della sua domanda d'insinuazione al passivo» (2).

La dottrina ha opportunamente avvertito che l'aver il legislatore disciplinato il procedimento di insinuazione tardiva in modo analogo a quello della verifica tempestiva non ne ha mutato la natura, configurando la domanda tardiva alla stregua di un'opposizione (3).

Infatti, oggi, come nel vigore della disciplina previgente, resta la fondamentale differenza derivante da ciò, che la struttura del procedimento di opposizione è caratterizzato - a differenza dell'insinuazione tardiva - dalla presenza di un provvedimento speciale, suscettibile di divenire definitivo e incontrovertibile se non opposto (4).

Correttamente, dunque, la dottrina ha evidenziato che la domanda tardiva va qualificata conformemente a quella prevista dal precedente art. 93 l.fall., produce gli stessi effetti e il procedimento relativo va qualificato nello stesso modo così come il provvedimento del giudice delegato di ammissione del credito ex art. 101 l.fall. produce gli stessi effetti dell'ammissione al passivo a norma dell'art. 95 l.fall. (5).

Decorso il termine di dodici mesi dal deposito del

Note:

(1) Lo Cascio, *L'accertamento del passivo nel fallimento: lineeamenti generali*, in questa *Rivista*, 2011, 1021 s.; Cavalli, *L'accertamento del passivo*, in Ambrosini-Cavalli-lorio, *Il fallimento*, in Cottino (diretto da), *Trattato di diritto commerciale*, XI, 2, Padova, 2009, 602.

(2) Montanari, *Il nuovo diritto fallimentare, novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, commentario diretto da Jorio e Fabiani, Bologna, 2010, 432; Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2008, 274 s.

(3) Pellegrino, in *La procedura fallimentare*, in AA.VV., *Trattato di diritto delle procedure concorsuali* diretto e coordinato da Apice, Torino, 2010, II, 245.

(4) Didone, *La dichiarazione tardiva di credito nel fallimento*, Milano, 1991, 24 s.

(5) Tedeschi, in AA.VV., *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, Torino, 2009, I, 1068 ss.

decreto di esecutività dello stato passivo (se non prorogato a diciotto mesi) «e comunque fino a quando non siano esaurite tutte le ripartizioni dell'attivo fallimentare, le domande tardive sono ammissibili se l'istante prova che il ritardo è dipeso da causa a lui non imputabile» (art. 101, comma 4, l.fall.).

Come per il passato, i creditori ammessi tardivamente a norma dell'articolo 101 l.fall. concorrono soltanto alle ripartizioni posteriori alla loro ammissione in proporzione del rispettivo credito, salvo il diritto di prelevare le quote che sarebbero loro spettate nelle precedenti ripartizioni se assistiti da cause di prelazione o se il ritardo è dipeso da cause ad essi non imputabili (art. 112 l.fall.).

2. L'insinuazione ultratardiva e la declaratoria *de plano* dell'inammissibilità

Così riassunta la normativa rilevante ai fini del commento alla pronuncia in epigrafe (6), va evidenziato che la fattispecie decisa dal tribunale trevigiano riguardava la domanda di ammissione tardiva proposta da un creditore al passivo fallimentare di una procedura nella quale lo stato passivo era stato dichiarato esecutivo da oltre un anno e il giudice delegato l'aveva dichiarata inammissibile con decreto perché presentata oltre il termine di cui all'art. 101, comma 4, l.fall. senza che il ritardo potesse considerarsi provocato da causa non imputabile al creditore.

Contro il decreto il creditore ha proposto opposizione e il curatore ne ha eccepito l'inammissibilità deducendo che il rimedio esperibile era il reclamo di cui all'art. 26 l.fall.

Il tribunale ha disatteso l'eccezione enunciando il principio di cui alla prima massima.

La soluzione sembra corretta (7) alla luce del disposto di cui al secondo comma dell'art. 101 l.fall., a mente del quale il procedimento di accertamento delle domande tardive si svolge nelle stesse forme di cui all'articolo 95, il giudice delegato fissa per l'esame delle domande tardive un'udienza ogni quattro mesi, salvo che sussistano motivi d'urgenza, il curatore dà avviso a coloro che hanno presentato la domanda, della data dell'udienza e al procedimento stesso «si applicano le disposizioni di cui agli articoli da 93 a 99».

Norma che giustifica pienamente l'argomento contenuto nel provvedimento annotato, secondo il quale la decisione adottata dal giudice delegato ai sensi dell'art. 101 l.fall. concorre alla formazione definitiva dello stato passivo fallimentare ed incide

sul diritto di partecipazione al concorso del creditore e la natura e funzione del provvedimento non mutano per la circostanza che esso abbia pronunciato su questione preliminare di rito, comunque atta a definire il giudizio e così a decidere, ai fini del concorso, sul bene della vita in contesa.

L'applicabilità delle disposizioni di cui agli articoli da 93 a 99, dunque, non può che riferirsi anche al provvedimento del giudice delegato con il quale, *de plano* e senza fissazione di udienza, venga dichiarata inammissibile la domanda di ammissione al passivo ultratardiva senza consentire al creditore di fornire la prova della non imputabilità del ritardo, magari mediante produzione di documenti integrativi, resi necessari dalle conclusioni e dalle eccezioni sollevate dal curatore, sino all'udienza fissata dal giudice delegato a seguito del deposito dell'insinuazione ultratardiva (8).

La dottrina ha correttamente evidenziato che «in definitiva, il problema della non imputabilità del ritardo appartiene al merito della domanda e va, perciò, affrontato unitamente a tutte le altre questioni incidenti al riguardo» (9).

3. Il ritardo non imputabile e l'avviso *ex art. 92 l.fall.*

L'altra questione risolta dal provvedimento annotato concerne la nozione di ritardo non imputabile, sulla quale non sembra che il legislatore abbia operato innovazioni.

Si che può essere utilizzata pienamente l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale della stessa nozione alla luce del testo previgente (10).

Note:

(6) Pubblicata anche in *www.ilcaso.it*.

(7) Nello stesso senso in dottrina v., per tutti, Nardecchia, *La domanda del creditore "supertardivo"*, in questa *Rivista*, 2009, 453 s. In argomento v. D'Orazio, in AA.VV., *Le procedure concorsuali*, a cura di Caiafa, Padova, 2011, 800, secondo il quale, se la causa non imputabile non è prospettata o è manifestamente infondata, il giudice delegato può anche respingere *de plano* il ricorso per ragioni di economia processuale, restando possibile al creditore escluso l'impugnazione *ex art. 99 l.fall.* ma non *ex art. 26 l.fall.*

(8) Nardecchia, *op. loc. cit.*

(9) Montanari, *op. cit.*, 431 s., secondo il quale «il riscontro negativo in punto di incolpevolezza del ritardo non si risolve, dunque, in una mera pronuncia di inammissibilità, ossia di rigetto in rito, dell'istanza d'insinuazione proposta oltre i termini di legge, bensì in un'autentica declaratoria di infondatezza, ossia di rigetto nel merito, di tale istanza medesima, siccome volta a far valere un diritto di partecipazione al concorso che più non esiste». Diversamente Cavalli, *op. cit.*, 605, il quale rileva che la causa non imputabile è pregiudiziale all'esame del merito.

(10) V., in proposito, Didone, *La dichiarazione tardiva, cit.*, 120 ss.

Tale formula, opportunamente raffrontata con altre fattispecie legali che presuppongono la non imputabilità di un determinato comportamento, come ad esempio l'art. 1218 c.c., è stata esattamente interpretata nel senso di causa non riferibile a colpa del creditore, come nelle ipotesi di ritardo involontario, dovuto a forza maggiore, a caso fortuito ovvero ad errore incolpevole di fatto.

La disciplina della vigente legge fallimentare, dunque, si discosta notevolmente da quella dettata dall'abrogato codice di commercio che, oltre ad accollare in ogni caso le spese al creditore tardivo, all'art. 814 riconosceva il diritto di quest'ultimo a prelevare sull'attivo non ancora ripartito anche le quote che gli sarebbero spettate nelle precedenti ripartizioni, soltanto nell'ipotesi di impossibilità di presentare tempestivamente la domanda di ammissione al passivo.

In dottrina si è esattamente osservato che, venendo in considerazione al fine di accertare l'applicabilità di sanzioni, come quella della preclusione della partecipazione ai riparti precedenti, ciò che rileva è una situazione di incolpevolezza processuale e si è escluso, di conseguenza, che si possa attribuire effetto alcuno alla condotta della parte nei rapporti sostanziali con il fallito o con la massa.

Tra le ipotesi nelle quali il ritardo è stato ritenuto non imputabile al creditore assume rilievo - nell'economia di questo breve commento - quella in cui il curatore non abbia inviato al creditore ammesso tardivamente l'avviso di cui all'art. 92 l.fall. (11).

Per vero, l'inclusione di tale ultima ipotesi fra quelle in cui è esclusa la colpa del creditore tardivo non è pacifica.

Una parte della dottrina, infatti, ritiene irrilevante l'omissione dell'avviso di cui all'art. 92 l.fall, ai fini della sussistenza dell'imputabilità del ritardo argomentando dalla presunzione di conoscenza della sentenza dichiarativa di fallimento che scaturisce dalla sua pubblicazione, sì che l'avviso in parola costituirebbe «un di più» non decisivo ai fini in esame. Nondimeno, l'esattezza del prevalente orientamento positivo deriva dalla funzione integrativa della pubblicità della sentenza dichiarativa di fallimento svolta dall'avviso ex art. 92 l.fall, rispetto ai più diretti interessati alla procedura, ossia i creditori. Avviso generalizzato previsto obbligatoriamente in relazione all'ipotesi di chiusura della procedura per mancata presentazione di domande di ammissione nei termini stabiliti dalla sentenza dichiarativa di fallimento (art. 118, n. 1, l.fall.) e in considerazione del carattere universale della procedura fallimentare «che è necessariamente unica, e non è ri-

petibile, per i crediti sorti anteriormente alla sentenza dichiarativa» (12), dovendosi esaurire nel suo ambito tutte le pretese su tutto il patrimonio del debitore.

Da ultimo, va rilevato che le gravi sanzioni previste per il creditore tardivo non possono essere applicate sulla base della sola presunzione di conoscenza dell'apertura di una procedura destinata a consumare tutte le possibilità di soddisfazione dei creditori una volta che per la maggior tutela delle ragioni di costoro la legge abbia previsto un'ulteriore formalità per la conoscenza dell'esistenza della procedura stessa.

Naturalmente, poiché la legge appresta una giusta tutela soltanto al creditore tardivo effettivamente incolpevole, anche nell'ipotesi di mancato invio dell'avviso in parola rimane salvo al curatore di dimostrare che il creditore, per avere avuto comunque notizia del fallimento indipendentemente dalla ricezione dell'avviso anzidetto, aveva la possibilità di provvedere tempestivamente alla insinuazione del credito per il quale ha chiesto l'ammissione tardiva (13).

Note:

(11) Tedeschi, in AA.VvV, *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di Didone, Torino, 2009, I, 1068 ss. Secondo Fabiani, *Il nuovo diritto fallimentare, novità ed esperienze applicative a cinque anni dalla riforma*, commentario diretto da Jorio e Fabiani, Bologna, 2010, 335, qualora l'avviso omesso non consentisse al creditore di presentare la domanda tardiva, si può immaginare che il creditore pretermesso possa impugnare il decreto di chiusura del fallimento e anche promuovere un'azione risarcitoria nei confronti del curatore.

(12) Cass., 7 settembre 1979, n. 4735, in *Riv. Dir. Proc.*, 1980, 365, in motivazione.

(13) Da tempo, invero, la S.C. ha chiarito (con riferimento al testo previgente dell'art. 101 l.fall.) che «a norma dell'art 101, ultimo comma legge fallimentare, non è tenuto a sopportare le spese conseguenti alla tardiva presentazione della domanda di ammissione al passivo del fallimento, il creditore cui l'avviso previsto dall'art. 92 della legge stessa non sia pervenuto o gli sia stato comunicato con un ritardo che non gli abbia consentito di provvedere all'insinuazione del credito prima dell'esaurimento delle operazioni dell'adunanza dei creditori, di cui al successivo art 96. Tuttavia, poiché la citata disposizione dell'art 101 l.fall. ha lo scopo di apprestare, in ordine alle spese, una giusta tutela soltanto al creditore effettivamente incolpevole, è consentito al curatore di dimostrare che il creditore, avendo avuto notizia del fallimento, indipendentemente dalla ricezione dell'avviso anzidetto, avrebbe potuto procedere tempestivamente all'insinuazione del credito per il quale abbia chiesto l'ammissione tardiva»: Cass., 7 settembre 1979, n. 4735, cit. Più di recente, ma con riferimento all'azione di danni promossa dal creditore contro il curatore, v. Cass., 7 dicembre 2007 n. 25624, secondo la quale «l'azione risarcitoria promossa nei confronti del curatore per l'esclusione dal concorso fallimentare di un credito per prestazioni professionali, tardivamente insinuato al passivo, richiede l'accertamento del nesso di causalità tra il danno lamentato e la condotta colposa o dolosa ascrivibile all'autore dell'illecito. Quando tale condotta consista nell'omissione del formale avvi-
(segue)

Recentemente, poi, la S.C. ha chiarito che la non imputabilità del ritardo nella presentazione dell'istanza ex art. 101 l.fall., non può valutarsi pressoché esclusivamente in relazione alla scusabile non conoscenza della procedura fallimentare, potendosi verificare situazioni in cui il creditore istante, pur a conoscenza della avvenuta dichiarazione di fallimento si trovi nella impossibilità per causa di forza maggiore o per altre circostanze a lui non imputabili di presentare tempestiva insinuazione al passivo o, comunque, di rispettare il termine annuale di cui alla menzionata norma, per la presentazione della istanza di insinuazione tardiva (14).

Il provvedimento impugnato sembra conforme ai principi affermati dalla S.C., avendo allorquando ha ritenuto inidonea, al fine di escludere l'incolpevolezza del ritardo, la richiesta inoltrata ad una banca dal curatore fallimentare - via e-mail - di consegnare la documentazione relativa ai rapporti bancari intrattenuti dal fallito, richiesta cui era allegato l'estratto della sentenza dichiarativa di fallimento con indicazione della data dell'udienza di verifica e del termine (già decorso), entro cui la domanda avrebbe dovuto essere presentata.

Secondo il provvedimento annotato, infatti, la comunicazione risultava inviata ad una casella di posta elettronica soggettivamente riconducibile ad un funzionario/dipendente della banca creditrice, del quale era rimasta ignota la funzione all'interno dell'istituto di credito e non era stato provato che operasse presso la sede legale ovvero presso la sede effettiva della banca e che ivi la mail fosse stata recapitata. Né era stato provato che il funzionario/dipendente destinatario della comunicazione fosse titolare di poteri rappresentativi della banca e/o di deleghe generali o specifiche, ovvero fosse soggetto autorizzato a ricevere comunicazioni provenienti da terzi.

È, in altri termini, mancata la prova che il creditore avesse avuto comunque notizia del fallimento indipendentemente dalla ricezione dell'avviso ex art. 92 l.fall.

Nota:

(segue nota 13)

so previsto dall'art. 92 l.fall. ma risulti pacificamente la tempestiva conoscenza della pendenza della procedura fallimentare e della data d'udienza di verifica dello stato passivo da parte del professionista, deve escludersi l'efficienza causale del comportamento omissivo lamentato e conseguentemente il collegamento eziologico con il danno». V. anche Cass., 25 ottobre 1999 n. 11969, in questa *Rivista*, 2000, 1143: «il decreto del giudice delegato di approvazione dello stato passivo è provvedimento privo di carattere decisorio rispetto ai crediti per cui non è presentata domanda di ammissione al passivo. Ne consegue

che il creditore cui non sia stato fatto l'avviso ex art. 92 legge fallimentare, non è, per questa sola ragione, abilitato al ricorso per cassazione contro il detto decreto, mentre può proporre domanda di insinuazione tardiva al passivo senza esser pregiudicato, neppure per le spese». Nella giurisprudenza di merito cfr. Trib. Pescara, 10 febbraio 2009, in questa *Rivista*, 2010, 67 con nota di Staunovo-Polacco, *La mancata ricezione da parte del creditore dell'avviso di cui all'art. 92 l. fall. - R.D. n. 267/1942 - costituisce causa non imputabile del ritardo ai fini dell'insinuazione "supertardiva" al passivo del fallimento.*

(14) Cass., 11 ottobre 2011, n. 20910, in corso di pubblicazione in questa *Rivista*.

Procedimento

Accordi di ristrutturazione: competenza, piano e transazione fiscale

Tribunale di Milano, decr., 15 novembre 2011 - Pres. Ciampi - Est. D'Aquino - Gruppo Coppola S.p.a.

Accordi di ristrutturazione - Dichiarazione - Procedimento - Competenza - Trasferimento della sede nell'anno anteriore - Applicabilità analogica degli artt. 9 e 161 l.fall.

(legge fallimentare art. 182 bis)

Benché la norma di cui all'art. 182 bis l.fall. non preveda una disposizione analoga a quella prevista in materia di concordato preventivo ovvero di procedimento per la dichiarazione di fallimento, deve ritenersi applicabile estensivamente la disposizione già prevista dagli artt. 9 e 161 l.fall. che sterilizza, ai fini della competenza, il trasferimento avvenuto nell'anno anteriore alla presentazione dell'iniziativa per l'apertura della procedura concorsuale.

Accordi di ristrutturazione - Dichiarazione - Procedimento - Liquidazione dei beni - Piano - Necessità

(legge fallimentare art. 182 bis)

Nell'ipotesi in cui l'accordo di ristrutturazione presupponga la liquidazione dell'impresa ed il pagamento dei creditori estranei con quanto rinvenuto dalla liquidazione, è necessaria la predisposizione di un piano che illustri come si generino le risorse necessarie per il pagamento di quei creditori.

Accordi di ristrutturazione - Dichiarazione - Procedimento - Transazione fiscale - Creditori estranei - Trattamento deteriorato dei crediti tributari - Ammissibilità

(legge fallimentare art. 182 bis)

Il richiamo all'art. 182 bis operato in tema di transazione fiscale non comporta l'osservanza delle regole dell'art. 182 ter legate al rispetto della graduazione dei crediti, di talché crediti tributari dedotti in transazione fiscale possono essere soddisfatti in misura deteriorata rispetto a crediti estranei ancorché chirografari.

Il Tribunale (omissis).

1.1 - La società ricorrente Gruppo Coppola S.p.a. in liquidazione (di seguito GC), ha proposto un accordo di ristrutturazione dei debiti a sottoporsi al Tribunale per l'omologa, accordo raggiunto separatamente con i creditori UniCredit S.p.a. e Banca Popolare di Lodi S.p.a., nonché con l'Agenzia delle Entrate mediante transazione fiscale ex art. 182 ter l.fall., i cui crediti rappresentano oltre il 60% dell'ammontare complessivo dei crediti. Il passivo di GC ammonta, difatti, all'atto del deposito della domanda ad Euro 392.612.604,60 (anziché ad Euro 393.435.248,30, come esposto in ricorso, a seguito di estinzione di parte delle passività nei confronti dei creditori estranei avvenute successivamente alla redazione della situazione patrimoniale al 31.17.2011.

L'accordo è strutturato nei seguenti termini:

pagamento all'Erario, in luogo dell'originario credito di Euro 275.609.072,79 (che da solo costituisce il 70% circa dell'intera esposizione debitoria della società e consentirebbe di ritenere raggiunto il quorum previsto dall'art. 182 bis, comma 1, l.fall.) della somma di Euro 40.038.607,32 in unica soluzione entro il termine di 40 giorni dall'omologa dell'accordo di ristrutturazione, con pagamento garantito dal rilascio di garanzia bancaria all'atto dell'omologa;

riconoscimento a favore di UniCredit S.p.a., a definizione della posizione debitoria di Euro 22.982.286,00, a saldo e stralcio, dei proventi derivanti dalla procedura esecutiva relativa all'immobile sito in Roma, loc. La Rustica, Via Collatina n. 383, ovvero *datio in solutum* del ri-

detto immobile, oltre ad assunzione di obbligazioni a carico della società MIB Prima S.p.a., quali l'esecuzione di lavori di manutenzione per Euro 1.500.000,00 ovvero il pagamento di tale somma in caso di mancata esecuzione dei lavori, nonché pagamento della somma di Euro 4.000.000,00, oltre competenze dei consulenti della banca, il tutto assistito da garanzia autonoma a prima richiesta dell'importo di Euro 5.500.000,00 (doc. 9);

c) riconoscimento a favore di Banca Popolare di Lodi S.p.a. (BPL), a definizione della posizione debitoria pari ad Euro 90.837.101,42, a saldo e stralcio, della corrispondenza dei proventi derivanti dalla vendita a terzi di immobili ipotecati in favore di BPL, oltre al pagamento degli interessi sul capitale di Euro 75.837.101,42 al tasso del 2% annuo, nonché pagamento al ridetto creditore di quanto residuerebbe all'esito dei pagamenti dei creditori, anche estranei;

d) pagamento integrale dei creditori estranei, ammontanti all'atto della presentazione dell'accordo, ad Euro 3.184.144,39 (debiti inferiori complessivamente all'1% del debito complessivo della società), oltre a prestazione di fondo rischi per crediti litigiosi, attualmente in contenzioso, crediti per i quali vi sono disponibilità su un conto corrente vincolato, nonché sono state rilasciate fidejussioni bancarie (docc. 10,12,14,15).

1.2 - Il ricorso è stato depositato presso il tribunale competente per territorio. La società ha, difatti, sede a Milano dal 24.03.2009, da oltre un anno. Benché, difatti, la norma di cui all'art. 182 bis l.fall. non preveda una disposizione analoga a quella prevista in materia di concordato preventivo ovvero di procedimento per la dichiarazione di fallimento, deve ritenersi applicabile estensivamente al caso di specie la disposizione già prevista per il concordato dall'art. 161, comma 1, l.fall. per il concordato preventivo e dall'art. 9, comma 2, l.fall. per la procedura fallimentare, che sterilizza ai fini della competenza il trasferimento avvenuto nell'anno anteriore alla presentazione dell'iniziativa per l'apertura della procedura concorsuale. Apparirebbe, difatti, distonico consentire l'apertura di una procedura che impone un controllo giudiziale sull'accordo raggiunto con i creditori, sia pur limitato (come si vedrà) ai profili formali di cui all'art. 182 bis, comma 1, l.fall. davanti a un giudice che non abbia alcuna relazione con la storia dell'impresa, magari solo per il fatto che l'accordo venga depositato presso un determinato registro delle imprese, rispetto al quale i creditori (assenzienti ed estranei) non si sono mai relazionati con riferimento a quel debitore.

1.3 - Il ricorso, presenta tutti i requisiti dell'art. 182 bis l.fall. sotto il profilo della regolarità formale, posto che:

– è stato proposto da soggetto legittimato, trattandosi di imprenditore che svolge attività commerciale, estraneo all'operatività dell'art. 1, comma 2, l.fall., anche solo avuto riguardo all'ammontare dell'esposizione debitoria all'atto della presentazione del ricorso;

– è stato debitamente sottoscritto dal liquidatore e legale rappresentante ex artt. 152, 161, comma 4, l.fall. (norme implicitamente richiamate dall'art. 182 bis, comma 1, l.fall.) dal liquidatore della società ricorrente, debitamente autorizzato dall'assemblea a proporre accordo ex

artt. 182 bis, 182 ter c.p.c. l.fall. in data 29 ottobre 2009 (doc. 18) e, successivamente, a depositare detto accordo (doc. 1);

– è stato proposto da imprenditore in stato di crisi, come mostra l'incapienza del patrimonio del ricorrente a soddisfare integralmente i propri creditori;

– contiene una relazione aggiornata (al 31.07.2011) sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa con esposizione - come si vedrà meglio *infra* - di un piano di risanamento quinquennale (all. 4);

– sono stati prodotti uno stato analitico ed estimativo delle attività e l'elenco dei creditori estranei all'accordo (all. n. 4, cit);

– è stata prodotta la relazione congiunta di due professionisti in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lett. d), l.fall. (all. n. 3);

– prevede, preventivamente rispetto al deposito del ricorso ex art. 182 bis l.fall., il raggiungimento dell'accordo con il fisco nelle forme di cui all'art. 182 ter, comma 6, l.fall. («il debitore può effettuare la proposta di cui al primo comma anche nell'ambito delle trattative che procedono la stipula dell'accordo di ristrutturazione di cui all'articolo 182 bis»);

– prevede il raggiungimento dell'accordo con creditori che rappresentano almeno il 60% dell'ammontare quantitativo dei crediti;

– contiene la sottoscrizione dell'adesione alla proposta da parte dei creditori intranei (consenzienti) nelle forme dell'art. 182 bis, comma 1, l.fall., essendo stati:

a) la transazione ex art. 182 ter l.fall. sottoscritta dall'Agenzia delle Entrate, in persona del Direttore Provinciale competente a prestare l'assenso ex art. 182 ter, comma 3, l.fall. sulla base dell'ultimo domicilio fiscale del debitore (art. 182 ter, comma 2, l.fall.), nonché dai competenti (*prò tempore* all'atto della stipula dell'accordo) Concessionari della Riscossione di cui ai tributi cartellizzati come da documentazione allegata alla transazione medesima;

b) l'accordo con gli altri creditori intranei (consenzienti) sottoscritto con sottoscrizione autenticata per atto notarile;

– l'accordo è stato pubblicato nel registro delle imprese in data 16 settembre 2011.

Nel termine di cui all'art. 182 bis, comma 4, l.fall. non sono state promosse opposizioni.

È stata prodotta, su sollecitazione dell'ufficio, ulteriore documentazione e memoria illustrativa in data 19 ottobre 2011.

2 - In relazione al merito (regolarità sostanziale) della proposta, si osserva quanto segue.

2.1 - GC fa parte di un gruppo di n. 27 società (pag. 3 relaz. liquidatore, doc. 4) riconducibile al sig. Danilo Coppola (pag. 4 relaz. attestatore, doc. 3). Le azioni di detta società, partecipata dal 30 dicembre 2004 sino alla data del 17 maggio 2011 al 99% da Tikal S.p.a. (i cui soci sono C.D. e G.F.) e all'1% da Coppola Danilo, sono possedute attualmente al 100% da Primae Real Estate S.r.l. (società partecipata da G.F. al 97% e da C.D. al 3%). GC ha svolto in detto periodo propriamente la funzione di *holding* delle società operative riconducibili a

C.D. (che a sua volta controllava la società tramite Tikal S.p.a.) attraverso quattro società *sub-holding*, che gestivano separatamente gli immobili messi a reddito, concessi in locazione o acquistati come bene merce (Finpaco Project S.p.a.), ovvero erano socie di maggioranza della società quotata Ipi S.p.a., proprietaria di immobili di pregio come il Lingotto di Torino e l'area edificabile di Porta Vittoria a Milano (Finpaco Properties S.p.a.), ovvero acquistavano aree edificabili (Finpaco Real Estate S.p.a.), ovvero ancora svolgevano attività finanziaria (Finpaco Finance S.p.a.). Il gruppo Coppola, che faceva capo a Tikal S.p.a. (controllante GC), ha effettuato in detto periodo e sino agli inizi del 2007 numerose operazioni immobiliari e finanziarie, allorché, in coincidenza con le vicende giudiziarie che hanno coinvolto il socio di riferimento e alla crisi mondiale del settore immobiliare, è entrato in crisi, per cui - come esposto dal ricorrente - è stata deliberata la messa in liquidazione della controllante e delle altre società del gruppo.

È stata, pertanto, prospettata preliminarmente una proposta di definizione della situazione debitoria fiscale unitaria del gruppo riferibile al Coppola (gruppo Tikal) in data 2 marzo 2010 (pag. 25 relaz. attestatore *sub* doc. 3), proposta poi riformulata in sede di accordo-quadro con l'Agenzia delle Entrate in data 10 giugno 2010 (accordo quadro non prodotto in atti ma menzionato negli allegati e di cui danno atto anche gli esperti attestati), che è stato valutato favorevolmente in termini generali dall'Agenzia delle Entrate con nota prot. 2010/92015, con cui sono state date indicazioni favorevoli in ordine all'attuale importo delle transazioni (doc. 4 pag. 3, nota 1, pag. 38, nota 8, pag. 8 ricorso). Detta proposta prevedeva - a fronte dell'esdebitazione del gruppo di società in oggetto - il pagamento di una somma onnicomprensiva di circa Euro 150.000.000,00 a favore dell'Erario mediante presentazione di concordati fallimentari in fallimenti già dichiarati, nonché mediante proposizione di concordati preventivi e accordi di ristrutturazione corredati di transazioni fiscali *ex art. 182 ter l.fall.* (*ibid.*; pag. 26 relaz. attestatore *sub* doc. 3). In vista di detta soluzione, è stata costituita la società MIB Prima S.p.a. quale società veicolo per il risanamento del gruppo Tikal S.p.a. (Coppola), attraverso l'assunzione (direttamente o indirettamente) delle masse attive e passive concordatarie, l'acquisizione di crediti e l'accollo di debiti di società del gruppo, nonché attraverso la prestazione di garanzia di 25 società del gruppo Coppola per gli accordi sottoscritti con il fisco (pag. 45 relaz. attest.), cosa che ha permesso sinora l'esdebitazione di n. 16 società del gruppo, con versamento all'Erario di complessivi Euro 93.803.221,00, nonché la proposizione di altri sette ricorsi *ex art. 182 bis l.fall.* per altrettante società del gruppo depositati nelle more (agosto 2011: pagg. 4 -5 doc. ult. cit), il tutto per complessive n. 23 società del gruppo. Il pagamento all'Erario (come si vedrà meglio *infra* 2.2) della somma di Euro 40.000.000,00, oltre aggi sui 62.000.000,00 residui dovuti al fisco secondo gli accordi, costituisce l'importo più cospicuo dei versamenti proposti in data 10.06.2010 per i quali è stata creata la società veicolo MIB Prima S.p.a.

2.2 - Sulla base di tali presupposti è stata depositata in data 20 dicembre 2010 e poi, a seguito di integrazioni, perfezionata in data 15 giugno 2011 (doc. 5) la transazione fiscale con l'Agenzia delle Entrate - Direzione Provinciale II di Milano (AE) e i Concessionari competenti, nella quale si dà atto nelle premesse di un debito complessivo di Euro 257.662.739,74, nonché di un piano di risanamento mediante fusione per incorporazione in GC delle altre società del gruppo, ovvero mediante acquisizione da parte di GC delle aziende delle società facenti parte del piano di risanamento, «nel rispetto del principio di continuità aziendale e produttiva e nella prospettiva di salvaguardia del personale dipendente attualmente in forza presso le società partecipanti al piano di risanamento», piano industriale alla cui esecuzione l'accordo viene espressamente condizionato. Detto piano di ristrutturazione, ovvero di «razionalizzazione della struttura societaria» (in virtù del quale sono stati formalizzati in data 28 luglio 2011 e 6 settembre 2011 gli atti di acquisizione delle aziende delle società controllate che avevano depositato i ricorsi *ex art. 182 bis l.fall.*: doc. 7), costituisce, unitamente alla presentazione del presente accordo entro la data del 16 settembre 2011, nonché unitamente al pagamento entro il termine di 40 giorni dall'omologa, nonché infine alla prestazione di una garanzia bancaria, triplice condizione posta dall'AE (e dai Concessionari) per l'efficacia dell'accordo (pag. 13 ric.).

Nella transazione si dà atto che il pagamento a favore dell'Erario della somma di Euro 40.000.000,00, oltre Euro 38.607,32 per aggi e spese dovute agli agenti della riscossione, va a totale definizione del contenzioso *inter partes*, così imputato:

- estinzione del debito per ritenute Irpef non versate per Euro 117.153,74 (credito cartellizzato);
- estinzione del debito IVA per Euro 32.274.131,00 (credito cartellizzato);
- estinzione del debito di Euro 79.197,88 per Iva non ancora iscritta;
- estinzione del debito di Euro 7.529.517,38 a titolo forfetario e pagamento dei restanti importi iscritti e non iscritti a ruoli relativi ai periodi sino al 2008.

Detto debito rinviene a parte del maggior debito di Euro 275.608.072,79 preteso dal Fisco, che risulta vantato, come emerge dagli allegati alla transazione fiscale (peraltro non del tutto intelligibili), a seguito di accertamenti a carico della società ricorrente (GC) e di altre società del Gruppo (Finpaco Project, Lalo Due, etc), in gran parte operati da Uffici Finanziari del Lazio per gli anni 2004 - 2009.

È in atti parere asseverato in ordine alla riconciliazione dei debiti tributari oggetto di transazione fiscale (doc. 17), acquisito agli atti del procedimento in data 19 ottobre 2011, nel quale si dà atto che il debito fiscale ammonta all'importo suindicato (peraltro indicato dalla stessa AE), anziché al maggiore importo di Euro 334.627.069,38 rinvenuto alla data del 25.08.2011 da parte dell'esperto prof. Avv. G.Z. E', difatti, stato riscontrato un erroneo calcolo degli aggi, ovvero duplicazioni di debiti risultanti da precedenti avvisi di accertamento,

ovvero incongruenze di vario genere. Nel ridetto parere si rileva, peraltro, come il debito Irap 2008 debba ritenersi compreso nella transazione fiscale avendo la ricorrente depositato copia di tutte le dichiarazioni fiscali non ancora liquidate, compresa quella del 2008, così come si rileva che gli altri debiti attengono a fattispecie oggetto di risultanze istruttorie già agli atti dell'Agenda delle Entrate al momento della prestazione del consenso alla transazione proposta dal debitore (pag. 3 doc. 17 cit). Detto debito verrà estinto mediante pagamento con garanzia bancaria di importo pari al debito fiscale come indicato, a rilasciarsi all'atto dell'omologa dell'accordo, ovvero mediante pagamento da parte del terzo Tikal Prima S.A. Le risorse finanziarie, come esposto in ricorso, derivano dall'incasso del credito di GC verso Tikal Prima S.A. per l'importo di Euro 41.700.000,00, come evidenziato nella situazione patrimoniale aggiornata. In detta relazione si dà atto che, in ottemperanza agli accordi assunti con AE in sede di stipula del menzionato accordo quadro (che presupponevano il rispetto del principio di continuità aziendale), GC ha già provveduto a redigere progetto di fusione per incorporazione con sette società controllate del gruppo, fusione condizionata all'omologazione dell'accordo di ristrutturazione in oggetto e di quello delle società controllate, dichiarandosi, peraltro, GC alternativamente pronta all'acquisizione dei rami di azienda delle società controllate e alla messa in liquidazione di queste ultime.

All'atto della presente decisione la garanzia bancaria non è stata ancora rilasciata. Si dà atto, peraltro, nella situazione patrimoniale allegata (doc. 4), della capacità patrimoniale di Tikal Prima S.A. di assolvere pienamente al proprio impegno finanziario, avendo la stessa un consistente patrimonio netto di Euro 75.900.000,00, al netto di debiti -in gran parte verso le società collegate- per Euro 75.600.000,00, circostanza rilevata e attestata puntualmente dagli esperti attestatoli (pagg. 20, 32 doc. 3).

2.3 - Altrettanto strumentale all'omologa dell'accordo in oggetto è l'accordo separatamente raggiunto da GC con le due banche suindicate, stipulato in data 3 agosto 2011, accordo al quale ha preso parte anche MIB Prima S.p.a., la suddetta società veicolo, che interviene pesantemente nell'esecuzione degli accordi che vedono protagonista GC. Detti accordi sono condizionati al verificarsi, alla data del 31 dicembre 2012, di una serie di condizioni:

- passaggio in giudicato del decreto di omologazione dell'accordo ex art. 182 bis l.fall. in oggetto;
- avvenuto adempimento delle obbligazioni assunte in sede di transazione fiscale ex art. 182 ter l.fall.;
- rinuncia, con compensazione delle spese legali, da parte di Equitalia Gerit S.p.a. (Equitalia Sud S.p.a.) e di Equitalia Esatri S.p.a. (Equitalia Nord S.p.a.) alle azioni esecutive e ai provvedimenti di fermo amministrativo e all'assenso all'estinzione con spese a carico dell'istante delle eventuali garanzie a tutela dei crediti oggetto della transazione fiscale;
- consegna a UniCredit di relazione notarile aggiornata relativa all'immobile sito in Roma, loc. La Rustica, Via

Collatina n. 383 (oggetto dell'accordo con UniCredit S.p.a.).

Quanto all'accordo con UniCredit - che deriva in massima parte (Euro 22.257.592,00, compresi interessi) da un finanziamento ipotecario sull'immobile sito in loc. La Rustica, Via Collatina b. 383 e in minor misura da uno scoperto di conto corrente pari ad Euro 412.076,00 - si dà atto nella relazione patrimoniale che MIB ha rinunciato al diritto di regresso nei confronti di CG di quanto corrisponderà a UniCredit in esecuzione dell'accordo cui essa stessa partecipa. Il valore del predetto immobile è illustrato e stimato congruamente nella perizia asseverativa di parte ricorrente, prodotta in data 19 ottobre 2011. L'accordo prevede una prestazione a saldo e stralcio consistente nella ricezione da parte della banca dei proventi rinvenienti a favore della stessa nella proc. n. 640/08 R.G.E. Trib. Roma, ovvero all'assegnazione dell'immobile ivi pignorato, ovvero anche una prestazione in luogo dell'adempimento consistente nel trasferimento alla banca del predetto immobile, anche a terzi designandi.

Quanto all'accordo con BPL, il debito rinviene in gran parte (Euro 78.563.237,60) da un contratto di apertura di credito ipotecario, già stipulato dalla controllata Fimpaco Project S.p.a. in data 16 giugno 2005, nonché da due esposizioni chirografarie derivanti da due diverse linee di credito (aperture di credito in data 15 febbraio 2005 e in data 16 giugno 2005), originariamente erogate per Euro 10.000.000,00 ed Euro 200.000,00, che attualmente ammontano, compresi interessi, rispettivamente ad Euro 12.044.885,90 ed Euro 228.977,92, per complessivi Euro 12.273.863,82. L'accordo prevede la rinuncia di BPL ai suddetti crediti chirografari, nonché a parte del credito privilegiato (Euro 2.726.136,18), dietro maturazione sul residuo debito ipotecario di Euro 75.837.101,42 di interessi al tasso annuo massimo del 2%, per effetto della vendita di immobili ipotecati a favore di BPL, ovvero ad essa trasferiti in *datio in solutum*, immobili che non sono descritti nel ricorso e nella documentazione allegata. Gli immobili sono, peraltro, analiticamente descritti nell'accordo raggiunto separatamente con BPL ali. B all'accordo del 3 agosto 2011, nonché sono descritti (parzialmente) nella relazione degli esperti ex art. 161, comma 3, l.fall. (Via Saccomuro - Roma, Via dell'Agricoltura - Fiano Romano, Terreno Via di Sale - Frascati, terreno loc. Loco Novo - Frascati, descritti come valorizzati nella relazione dell'arch. Renzi in atti per complessivi Euro 56.938.000,00: pagg. 20, 38-39 relaz. attest.). La valorizzazione complessiva di detti immobili appare largamente incapiente rispetto al credito vantato da BPL, anche in funzione del fatto che uno di tali immobili espone valori improponibili rispetto a una valutazione di mercato, in quanto tiene conto della ristrutturazione le cui opere - a differenza dell'immobile oggetto dell'accordo con UniCredit - non sono contemplate. Tuttavia l'accordo prevede una "clausola di esdebitazione" secondo cui, qualora il ricavato netto della vendita degli immobili non sia sufficiente a soddisfare il credito ipotecario, BPL si riterrà soddisfatta dal ricavato dell'immobile, nonché dal ricavato degli altri beni della società ricorrente che dovesse residuare dopo la soddisfa-

zione dei creditori non aderenti e aderenti (clausola n. 4 ali. B cit.).

2.4 - Quanto alla posizione dei creditori estranei, è fondamentale il ruolo svolto dalla società veicolo Mib Prima S.p.a., che si è impegnata al rilascio di garanzie per almeno Euro 4.500.000,00 e, in ogni caso, a finanziare l'intera operazione, dietro destinazione di tali finanziamenti alla sottoscrizione di aumenti di capitale di GC (pag. 47 doc. 4 cit.).

Appare opportuno, a questo riguardo, distinguere la posizione delle diverse categorie dei creditori estranei, come rappresentata dalla società ricorrente.

Un primo gruppo di creditori è rappresentato da crediti certi liquidi ed esigibili, pari ad Euro 219.575,58, in relazione ai quali GC ha aperto presso Banca Intermobiliare di Investimenti e Gestioni S.p.a. (BIM) un conto corrente vincolato al pagamento dei ridetti creditori estranei, sufficiente a coprire l'ammontare di tali crediti (doc. 10).

Quando ad altri crediti, vantati da alcuni creditori istituzionali (enti locali titolari di crediti IO, in relazione ai quali la società ha appostato debiti per complessivi Euro 1.376.263,09), nonché da un *achisor* (che, come precisato in memoria in data 19.10.2011, è maturato per compiere «le necessarie verifiche contabili volta ad accertare la situazione patrimoniale della società al 31 dicembre 2010 e al 31 luglio 2011»), si è proceduto ad altrettanti accordi con gli enti locali impositori (Comune di Roma e Comune di Fiano Romano), con cui gli importi sono stati rateizzati (pag. 48 doc. ult. cit., pag. 23 rie; docc. 11, 13). Detti crediti saranno pagati dai flussi di cassa generati dalla attività caratteristica di GC - che è destinata a generare - anche con riferimento ai soli canoni di locazione - per l'anno 2002 quanto meno Euro 500.000,00; Si tratta, ad ogni buon conto, di crediti garantiti dalla prestazione di garanzie a prima richiesta (docc. 12,14). Altrettanto certi appaiono i debiti nei confronti degli altri creditori (fornitori, debito dipendenti per TFR, debiti verso istituti di previdenza, debiti verso professionisti). Per il pagamento di tutti detti debiti la società veicolo Mib Prima S.p.a. si è impegnata a rilasciare fideiussione sino alla concorrenza di Euro 4.500.000,00.

Quanto ai crediti incerti, si tratta di cause in corso, in relazione alle quali il ricorrente ha appostato un fondo rischi pari ad Euro 5.363.000,00, in relazione ai quali è stata depositata ad opera della società veicolo Mib Prima S.p.a. fideiussione da parte di Confidi Finance S. Cons. p.A. dell'importo di Euro 6.294.215,13 (doc. 15). Fondi, peraltro, correttamente appostati in bilancio nella situazione patrimoniale al 31 luglio 2011, unitamente a un fondo per oneri di liquidazione (pag. 12 relaz. patr.).

Con riferimento alla complessiva posizione dei creditori estranei, la relazione degli esperti *ex art.* 161 l.fall. quantifica detti crediti in Euro 8.547.144,39, considerando sia le poste relative ai crediti esigibili, sia quelle relative ai creditori dilazionati, sia (soprattutto) relative ai creditori in contenzioso (pag. 47 rel. Cit.), dando atto che il piano di risanamento non prevede risorse endogene in grado di pagare nel loro complesso i creditori estranei (pag. 53 relaz. cit.), risultando tali risorse, allo stato, non

superiori a circa Euro 2.000.000,00 sicché la prestazione della garanzia fideiussoria di Confidi *sub doc.* 15 si è resa condizione necessaria perché si desse atto della idoneità dell'accordo al pagamento dei creditori estranei.

2.5 - Sulla base dell'accordo in oggetto è stato predisposto un piano industriale all'interno del quale si collocano gli accordi posti in essere con i creditori aderenti, piano che secondo parte della dottrina non sarebbe necessario, diversamente da quanto avviene per il concordato preventivo, non essendovi espressa menzione del deposito di un piano nella disposizione in esame. Tuttavia la presentazione di un piano appare necessaria, anche nell'ipotesi in cui l'accordo di ristrutturazione presupponga la liquidazione dell'impresa (Trib. Roma, 20 maggio 2010), posto che in questo caso le risorse per il pagamento dei creditori estranei rinverrebbero dalla liquidazione degli *asset* della società debitrice, la cui liquidazione va illustrata nel piano non diversamente che nella prospettiva concordataria, allo scopo di individuare come si generino le risorse che si rendono necessarie per il pagamento dei creditori. *A fortiori* il piano si rende necessario laddove -come nel caso di specie- sia stato depositato un accordo che, per beneficiare dell'assenso dell'AE e dei Concessionari -che subordinano l'assenso al rispetto della Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 40/E del 18 aprile 2008, richiedente la valutazione «degli altri interessi coinvolti nella gestione della crisi, quali, ad esempio, la difesa dell'occupazione, la continuità dell'attività produttiva» - prevede la revoca dello stato di liquidazione. La generazione dei flussi di cassa futuri provenienti dalla gestione caratteristica e destinati ad autofinanziare la società debitrice, finalizzati al recupero dell'equilibrio finanziario e al pagamento integrale dei creditori estranei pregressi, rende necessaria la presentazione di un piano che accompagni l'accordo. Nel caso di specie il piano prevede il risanamento di GC e il recupero dell'equilibrio finanziario lungo l'arco del quinquennio 2012 - 2016 (la data dell'omologa è stata convenzionalmente fissata al 1° gennaio 2012), attraverso lo sfruttamento delle risorse endogene della società (immobili, *know-how*), che hanno consentito la crescita del gruppo negli anni 2005 - 2007 (pagg. 29-31 ricorso). Viene prospettato un volume di ricavi, allo stato, da immobili a reddito pari ad Euro 1.618.000,00 per il solo anno 2012, al netto di costi complessivi (compresi costi di struttura) di circa Euro 1.083.307,00 (con un margine operativo lordo di Euro 534.693,00). All'esito dell'omologa dell'accordo la società ricorrente revocherà lo stato di liquidazione, condizione posta a base della stipulazione dell'accordo con i creditori fiscali (AE e Concessionari). Detto piano, debitamente attestato, appare ragionevole in termini prospettici.

2.6 - Essendo palese il raggiungimento della maggioranza giuridicamente rilevante *ex art.* 182 *bis* l.fall. (60% della massa creditoria), la relazione dei professionisti *ex art.* 161 l.fall. attesta ragionevolmente l'attuabilità del piano, che peraltro prevede il pagamento di una percentuale modesta dei creditori estranei (inferiore all'1%), del tutto modesta ancorché si considerino i fondi rischi appo-

stati (inferiore al 3% complessivo dell'esposizione complessiva).

3.1 - Fatta tale premessa, deve preliminarmente darsi atto che la proposta prevede ragionevolmente il pagamento dei creditori intranei (consenzienti) con le risorse loro messe a disposizione. Per quanto non sia espressamente previsto dalla norma che il tribunale, in sede di omologa, proceda all'esame della fattibilità dell'accordo in relazione alle modalità di soddisfacimento dei creditori consenzienti, non vi è dubbio che l'inattuabilità dell'accordo con i creditori intranei comporterebbe il venir meno dell'accordo con detti creditori per mancanza di risorse e questo si riverbererebbe sulla struttura dell'accordo, privando di risorse finanziarie la società debitrice e facendo venir meno l'idoneità dell'accordo a pagare regolarmente i creditori estranei.

Alla luce delle considerazioni che precedono, la documentazione di parte ricorrente (relazione patrimoniale e relazione degli attestatoli) attestano ragionevolmente che l'accordo con UniCredit non presenta particolari criticità, essendo il bene immobile di cui alla *datio in solutum* in favore di UniCredit di valore sostanzialmente pari all'esposizione nei confronti del creditore (pag. 16 doc. 3). Parimenti il pagamento a favore dell'Erario da parte di Tikal Prima S.A., verso cui la ricorrente vanta un credito di Euro 41.741.303,00 (pag. 20 doc. 3, loc. cit.), è ragionevolmente assicurato (ancorché non sia stata depositata la garanzia richiesta dall'Erario) dalla consistente dotazione di mezzi propri di Tikal Prima S.A. Quanto a BPL, la minor valorizzazione degli immobili su cui il creditore andrà a soddisfarsi è controbilanciata dalla "clausola di esdebitazione" che, qualora il ricavato netto della vendita degli immobili non sia sufficiente a soddisfare il credito ipotecario, BPL si riterrà soddisfatta dal ricavato di detti beni, nonché delle risorse che dovessero residuare a GC dopo la soddisfazione dei creditori non aderenti e aderenti (clausola n. 4 all. B cit.).

3.2 - Deve farsi menzione di un ultimo problema, legato all'entrata in vigore dell'art. 32, comma 37, D.L. n. 98/11, conv. nella L. 111/11, norma che, nel riformulare l'art. 2752, comma 1, c.c., ha antergato al privilegio le sanzioni sulle imposte sui redditi e su Irap, nonché ha esteso il privilegio alle imposte iscritte nei ruoli resi esecutivi anteriormente al biennio precedente a quello dell'anno in cui si procede. Ci si chiede se tale modifica normativa sia idonea a porre in discussione la genuinità del consenso prestato da AE e dai Concessionari, nella misura in cui gli stessi avrebbero fatto affidamento, all'atto in cui valutavano le prospettive di recupero del debito fiscale a termini della circolare n. 40/E cit., su una scala normativa dei privilegi meno favorevole per l'Amministrazione Finanziaria rispetto a quella attuale.

Ritiene il Collegio che detta disposizione sia irrilevante ai fini dell'omologa dell'accordo, in quanto le circostanze sulla base delle quali è stato prestato l'assenso degli Uffici Finanziari e dei relativi Concessionari attiene al novero dei motivi negoziali, del tutto irrilevanti una volta che l'assenso sia stato prestato.

D'altro canto la disposizione di cui all'art. 32, comma 37 D.L. cit. è destinata a trovare applicazione in tutti quei

casi in cui si prospetti una graduazione a favore dei creditori e, quindi, entri in discussione il principio del concorso dei creditori (*par condicio creditorum*) e il concorrente principio del rispetto delle cause legittime di prelazione (art. 2741 c.c.). Nel caso del raggiungimento di un accordo tra creditore e debitore - nell'ambito di un accordo ex art. 182 bis l.fall. - detto principio non trova applicazione, posto che il creditore può accordarsi con il debitore anche per un trattamento peggiore del proprio credito, benché detto credito potrebbe astrattamente trovare collocazione privilegiata pozione in un eventuale piano di riparto (concordatario o fallimentare), ancorché il trattamento ad esso riservato nell'accordo sia peggiore di quello riservato a un creditore estraneo che, secondo le regole del concorso, sarebbe chirografario o comunque postergato quanto a soddisfazione. Detto principio non troverebbe applicazione neanche laddove il creditore privilegiato sia estraneo all'accordo, perché in tal caso questi dovrebbe essere pagato integralmente e, quindi, non si porrebbe neanche in questo caso per detto creditore un problema di graduazione dei crediti, bensì entrerebbero in gioco le regole del pagamento e dell'imputazione dello stesso (art. 1193 c.c.).

A ben vedere, deve ritenersi che il richiamo all'art. 182 bis l.fall. operato in tema di transazione fiscale, tramite la previsione della proponibilità della transazione fiscale nell'ambito degli accordi di ristrutturazione (art. 182 ter, commi 6 e 7 l.fall.), non comporta un richiamo alle norme della transazione fiscale, ove le stesse siano legate al rispetto della graduazione dei crediti (laddove imponga il pagamento integrale dell'Iva e delle ritenute operate e non versate, ovvero prevedano la regola del miglior trattamento del credito privilegiato al pari degli altri creditori privilegiati, nonché del miglior trattamento del credito chirografario in caso di classamento dei creditori chirografari). Dette regole sono, difatti, destinate ad operare laddove si prospetti (come nel concordato preventivo) una graduazione dei creditori, ma non anche laddove il credito (ancorché fiscale) non sia oggetto di transazione (e in questo caso andrebbe pagato integralmente quale creditore estraneo, senza graduazione), ovvero sia stato compromesso in una transazione fiscale accettata (e in questo caso può essere trattato in maniera peggiore rispetto ai creditori estranei, benché chirografari).

3.3 - Analogamente si rileva la società dispone di risorse endogene per il pagamento dei creditori estranei, ancorché si tenga conto dei crediti litigiosi, come danno atto gli esperti attestatoli, tenuto conto che per i crediti litigiosi è stata depositata fideiussione a copertura del fondo generico appostato dalla ricorrente in caso di soccombenza nei giudizi in corso.

Deve, quindi, ritenersi, sulla base di tali elementi, che l'accordo raggiunto con i creditori consenzienti e il piano industriale depositato consentono di ritenere integrato il presupposto dell'attuabilità dell'accordo e della sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei.

Sussistono tutti i requisiti formali, oggettivi e soggettivi, per l'omologa dell'accordo.

(*omissis*).

Accordi di ristrutturazione dei debiti: questioni varie ed *impar condicio creditorum*

di Carlo Trentini

Con il decreto del Tribunale di Milano in rassegna si affrontano una serie di questioni tuttora aperte in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti, ponendo in luce alcuni dei più delicati aspetti interpretativi insorti, sia in giurisprudenza che in dottrina.

1. La competenza

L'assenza di un'espressa disposizione di legge circa la competenza per territorio per la fase procedimentale ordinaria degli accordi (diversa è, invece, la questione per ciò che riguarda la c.d. procedura anticipatoria) ha comportato l'insorgere di dubbi circa l'applicabilità agli accordi delle regole dettate in tema di competenza, per il fallimento e il concordato preventivo.

Secondo una prima interpretazione (1), che peraltro è andata col tempo perdendo adesioni, occorrerebbe fare riferimento al giudice competente per la sede legale.

Tale interpretazione può invocare a suo favore, innanzi tutto, l'inesistenza, come abbiamo osservato, di una espressa disposizione di legge, che deroghi al principio generale per cui giudice competente per i procedimenti, di cui sia parte una società, è quello della sede legale. Un secondo argomento può rinvenirsi nell'osservazione per cui, posto che la pubblicità presso il Registro delle Imprese non pare possa attuarsi se non presso quello della sede legale, la diversa interpretazione comporterebbe la conseguenza, inopportuna, secondo cui si potrebbe verificare una diversa individuazione territoriale del Tribunale competente per l'omologazione degli accordi rispetto al registro delle imprese cui rivolgersi per la pubblicazione degli stessi.

L'orientamento oramai prevalente è a favore della tesi contraria: anche per il procedimento di omologazione degli accordi deve farsi riferimento al giudice competente per la sede principale dell'imprenditore (2), sia per applicazione analogica delle norme di cui agli artt. 9 e 161 l.fall. (3), sia basandosi sull'art. 2196 codice civile, che impone di fare riferimento, per la sede dell'impresa, secondo l'interpretazione di dottrina assai autorevole (4), alla sede effettiva, e non a quella dichiarata (5).

Sempre a favore della regola del radicamento della competenza con riguardo alla sede principale, ma argomentando da un diverso presupposto, altri affermano che deve trovare applicazione la disciplina dettata in tema di concordato preventivo, e che oc-

corre fare quindi riferimento all'art. 161, primo comma, l.fall. (secondo cui la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo è proposta al "tribunale del luogo in cui l'impresa ha la sua sede principale") (6). Le ragioni a sostegno possono così riassumersi: da un lato, si tratta del criterio usualmente previsto nelle procedure di crisi (7); d'altro lato, appare opportuno far coincidere il tribunale investito della richiesta di omologa con il tribunale adito per la dichiarazione di fallimento, così consentendosi l'immediata dichiarazione di fallimento in caso di diniego dell'omologazione (8).

La tesi favorevole alla competenza della sede principale è senz'altro destinata a trovare sostegno nella

Note:

(1) Trib. Milano 23 gennaio 2007, decr., in questa *Rivista*, 2007, 701; così anche, fra i primi commentatori, cfr. C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2006, 136, basandosi peraltro anche su una disposizione del rito camerale societario, all'epoca in vigore (art. 25, D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 5), successivamente abrogata (dall'art. 54, quinto comma, legge 18 giugno 2009, n. 69).

(2) S. Ambrosini, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. Jorio coordinato da M. Fabiani, Bologna, 2007, II, 2554; G. Racugno, in *I presupposti La dichiarazione di fallimento Le soluzioni concordatarie*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. Buonocore e A. Bassi, coordinato da G. Capo, F. De Santis e B. Meoli, vol. I, Padova 2010, 552; M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, 693; L. D'Orazio, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del tribunale*, (nota a Trib. Roma 20 maggio 2010), in *Giur. merito* 2011, 426; L. Girone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Le altre procedure concorsuali Reati fallimentari Problematiche Comunitarie e trasversali Fallimento e Fisco*, in *Trattato delle procedure concorsuali*, diretto e coordinato da U. Apice, Torino, 2011, 541.

(3) I. Pagni, in *I presupposti La dichiarazione di fallimento Le soluzioni concordatarie*, in *Trattato di diritto fallimentare*, cit., vol. I, Padova, 2010, 607, nota 468.

(4) G. Cottino, *Diritto commerciale*, I, 1, *L'imprenditore*, Padova, 2000, 191.

(5) S. Ambrosini, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, op. cit., 2007, 2554.

(6) P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, a cura di A. Nigro M. Sandulli e V. Santoro, tomo III, Torino, 2010, 2261; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, Torino, 2010, 610.

(7) V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., 610.

(8) V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., 610.

modificazione apportata con la riforma del 2010 (9) che ha esplicitamente individuato il tribunale competente per l'istanza di sospensione facendo riferimento al disposto dell'art. 9 l.fall. (che parimenti, com'è ben noto, si riferisce al tribunale della sede principale, cioè effettiva, dell'impresa). Pare a chi scrive che tale norma, pur riferendosi solo alla fase anticipatoria, costituisca un argomento decisivo per ritenere che, anche per la fase per così dire ordinaria del procedimento di omologazione, la competenza vada individuata secondo la medesima regola, posto che, diversamente, dovrebbe ammettersi una diversa possibile competenza per la fase anticipatoria rispetto alla fase dell'omologazione.

Discussa è la questione della *perpetuatio iurisdictionis*, e cioè dell'irrelevanza del trasferimento della sede nell'anno anteriore all'instaurazione della procedura, stabilita dagli artt. 9 e 161 l.fall. rispettivamente per il fallimento e per il concordato preventivo.

Più Autori, argomentando dalla nuova disposizione sulla competenza per la fase anticipatoria introdotta nel 2010, sostengono la tesi dell'applicabilità agli accordi della norma circa l'irrelevanza del trasferimento della sede nell'anno antecedente all'apertura della procedura (10).

In senso contrario, la soluzione più lineare sembra essere quella che nega l'applicabilità del principio agli accordi; sia perché difetta un'espressa disposizione in tal senso (11), sia perché l'applicazione analogica è dubbia alla luce della non coincidenza dei presupposti e della natura dell'istituto (12).

Di più, deve osservarsi che la disposizione del secondo comma dell'art. 9 l.fall., non è espressamente richiamata e che essa è norma eccezionale, derogando al principio generale della *perpetuatio iurisdictionis*, contenuto nell'art. 5 c.p.c.

S'intende, peraltro, che, in omaggio al principio della prevalenza della sostanza sulla forma, in caso di trasferimento meramente formale, o addirittura simulato, deve ritenersi la persistenza della competenza del giudice *a quo* (13).

Nel caso di presentazione di domande di omologazione proposte da società appartenenti ad un gruppo, nessuna norma consente d'individuare un unico giudice competente, nel caso di società rispetto alle quali (quale che sia la tesi che si ritiene preferibile) la competenza debba individuarsi in modo diverso. L'affermazione, scarsamente discutibile, ha dato motivo ad una delle varie critiche della dottrina circa la scarsa attenzione al fenomeno dei gruppi nella disciplina delle procedure concorsuali e per la gestione unitaria delle crisi dei gruppi (14).

Sempre in tema di competenza, è stata posta la

questione dell'Ufficio del Registro competente, trovandosi la soluzione nella regola secondo cui essa dovrebbe individuarsi con riferimento al luogo del tribunale competente a ricevere il ricorso (15).

In senso contrario, deve osservarsi che pare difficile determinare una competenza diversa da quella dell'ufficio presso cui l'impresa è iscritta, per la necessaria funzione pubblicitaria del deposito presso il Registro, funzione che sarebbe frustrata ove fosse imposto o anche solo consentito di procedere all'iscrizione presso altro Ufficio del Registro.

Per concludere sul punto, e fermo restando che la questione non attiene alla competenza, ma alla ripartizione degli affari all'interno dell'ufficio, non può dubitarsi che l'assegnazione dei procedimenti ex art. 182 bis dovrà eseguirsi facendo riferimento, quanto ai criteri tabellari, alla materia dei procedimenti per dichiarazione di fallimento (16).

2. Il presupposto soggettivo

Il Tribunale di Milano affronta altresì la questione della legittimazione del ricorrente e la risolve riconoscendola nel caso di specie, sulla base dell'affermazione secondo cui il ricorso risulta proposto da imprenditore commerciale non rientrante nei limiti dimensionali di cui all'art. 1, comma 2, l.fall.; con ciò, quindi, aderendo all'opinione, unanime in giu-

Note:

(9) In tal senso L. Fazzi, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, (nota a Trib. Roma 20 maggio 2010 - decr.), in *Dir. fall.* 2011, II, 363.

(10) S. Ambrosini, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario sistematico diretto da A. Jorio e M. Fabiani, Bologna, 2010, 1161; P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, op. cit., 2261; M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, op. cit., 693; L. D'Orazio, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del tribunale*, op. cit., 426; così pure G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, VIII ed., Milano, 2011, 778, sia pure in via dubitativa. *Contra* (ma trattasi di pronuncia antecedente all'attuale regime introdotto nel 2010): Trib. Milano 23 gennaio 2007, decr., in questa *Rivista*, 2007, 701.

(11) I. Pagni, in *I presupposti La dichiarazione di fallimento Le soluzioni concordatarie*, cit., 607, nota 468.

(12) S. Ambrosini, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2007, cit., 2554.

(13) S. Ambrosini, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2007, cit., 2554.

(14) U. Molinari, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l.fall. e i gruppi di imprese*, in L. Ghia C. Piccininni F. Severini, *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. IV, Torino, 2011, 710.

(15) Così anche G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 778.

(16) G. Scarselli, in E. Bertacchini L. Gualandi S. Pacchi G. Pacchi e G. Scarselli, *Manuale di diritto fallimentare*, II ed., Milano, 2011, 546.

risprudenza e del tutto prevalente in dottrina, secondo cui la legittimazione per il ricorso agli accordi spetta soltanto a soggetto fallibile (ovviamente la questione dell'accesso agli accordi da parte dell'imprenditore agricolo è questione distinta, normativamente risolta, e su ciò, *infra*).

Le ragioni di dubbio, peraltro, ad avviso di chi scrive, non possono ancora considerarsi del tutto superate.

Mentre per ciò che riguarda il concordato preventivo la disposizione dell'art. 1 l.fall. affianca nella previsione della soggezione alla procedura di fallimento anche la previsione della soggezione al concordato preventivo (così recita la norma: «Sono soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo ...») - per ciò che riguarda gli accordi di ristrutturazione dei debiti la norma fa riferimento semplicemente "all'imprenditore", senza migliore ulteriore specificazione.

La previsione originaria dell'art. 182 bis l.fall., impiegando genericamente il termine di "debitore", autorizzava a chiedersi se potesse accedere agli accordi anche il debitore civile (17), e, a maggior ragione, ogni imprenditore, quale che ne fossero le dimensioni e la natura agricola o commerciale. La questione può considerarsi risolta (18) alla luce del decreto correttivo, che ha sostituito al termine "debitore" quello d'"imprenditore", così, senza possibilità di dubbio escludendo che possano accedere agli accordi i debitori civili (19). Ancorché forse non possa considerarsi argomento assolutamente insuperabile (residuando, sia pure astrattamente, la possibilità di un concorso tra i due istituti) (20), l'introduzione nell'ordinamento - con la legge 27 gennaio 2012, n. 3, sulla procedura della composizione delle crisi da sovraindebitamento (istituto che presenta, in taluni aspetti, rilevante somiglianza con gli accordi) - di un istituto volto alla soluzione delle crisi dei soggetti diversi da quelli che possono essere sottoposti alle procedure di fallimento e di concordato preventivo, non può che rafforzare la tesi per cui i debitori civili non possono accedere agli accordi.

Quanto agli imprenditori agricoli, la questione è stata normativamente risolta dalla c.d. manovra di stabilizzazione del luglio 2011 (21), che espressamente consente l'accesso degli imprenditori agricoli agli accordi (va sottolineato, senza porre limiti dimensionali).

Esclusi dunque i debitori civili, e senz'altro ammessi gli imprenditori agricoli, rimane pur sempre legittimo domandarsi se qualsiasi imprenditore possa accedere alla procedura dell'accordo di ristrutturazione dei debiti e, quindi anche gli enti pubblici e quegli imprenditori i quali non presentino i limiti

dimensionali stabiliti come minimi dalla legge per poter essere soggetti alle procedure concorsuali, per così dire, classiche.

Al proposito, la prevalente dottrina sostiene che possano accedere agli accordi soltanto gli imprenditori soggetti alle procedure di fallimento ovvero di concordato preventivo (nonché di amministrazione straordinaria) (22) e che quindi non siano soggetti coloro che, oltre a non essere imprenditori, non abbiano le caratteristiche individuate dall'art. 1 l.fall. (23).

Gli argomenti a sostegno di tale tesi sono i seguenti. In primo luogo, l'istituto è contenuto nella legge

Note:

(17) Il dubbio era stato affacciato in S. Bonfatti P. F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, 468.

(18) A. Paluchowski, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione*, in questa *Rivista*, 2011, 99.

(19) Nel cui novero rientrano, giova ricordarlo, anche i professionisti intellettuali e i prestatori di lavoro autonomi, categorie entrambe che, per ragioni diverse, non rientrano nel novero degli imprenditori.

(20) In particolare il dubbio si deve porre per gli imprenditori agricoli, per i quali le modifiche introdotte nel luglio del 2011 hanno espressamente ammesso la legittimazione a ricorrere agli accordi. È da chiedersi se, almeno per tale categoria, sia possibile accedere tanto agli accordi (sulla base dell'espressa previsione di legge) quanto al procedimento per la crisi da sovraindebitamento (cui, pure, sempre per espressa previsione, dovrebbero poter accedere tutti i debitori non soggetti alle procedure di fallimento e di concordato preventivo).

(21) Art. 23, comma 43 del D.L. 6 luglio 2011, n. 155, convertito in legge con modificazioni dalla legge 15 luglio 2011, n. 111.

(22) S. Ambrosini, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2007, op. cit., 2543; P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, op. cit., 2259; A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis legge fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti dell'anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. fall.* 2011, I, 20; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, op. cit., 753; V. Tripaldi, in *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, a cura di G. Trisorio Liuzzi, Milano, 2011, 360.

(23) C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, op. cit., 130; F. Dimundo, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla "reorganization"*, (nota a Trib. Milano 23 gennaio 2007, decr.), in questa *Rivista*, 2007, 703, 709; S. Ambrosini, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2010, op. cit., 1137; P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, op. cit., 2259; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, op. cit., 604; A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis legge fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti dell'anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, op. cit., 20; G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, op. cit., 753; L. Fazzi, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 355; L. Girome, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 531; A. Di Majo, in L. Ghia C. Piccininni F. Severini, *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. IV, Torino, 2011, 682. Per la giurisprudenza, a favore dell'interpretazione restrittiva: Trib. Roma 20 maggio 2010, (decr.) in *Dir. fall.* 2011, II, 352 e in *Giur. merito* 2011, 412; Trib. Udine 22 giugno 2007, in questa *Rivista*, 2008, 701; Trib. Brescia 22 febbraio 2006, decr., in *Foro it.* 2006, I, 2563 (tutte, implicitamente, e senza affrontare la questione *ex professo*).

fallimentare, ciò che già di per sé dovrebbe ritenersi risolutivo per limitarlo agli imprenditori il cui dissesto trova regolamento nella stessa legge (24).

In secondo luogo, si osserva che uno dei principali effetti (anzi, secondo la tesi, il principale effetto) degli accordi è costituito dall'esenzione dalla revocatoria; ragion per cui, non avrebbe senso prevedere l'applicabilità dell'istituto a soggetti diversi rispetto agli imprenditori d'ordinario assoggettabili alle procedure concorsuali maggiori (25) (dovendosi ricordare, per precisione, che la revocatoria fallimentare trova il suo ambito di applicazione con riferimento alle procedure di fallimento, di amministrazione straordinaria, di liquidazione coatta amministrativa nonché ad alcune altre specie di procedure di liquidazione coatta, come, ad esempio quelle delle banche e delle società fiduciarie, ma non a quelle delle società di assicurazione) (26): se, dunque, l'effetto principale dell'omologazione degli accordi è la sottrazione all'azione revocatoria fallimentare, non avrebbe senso prevedere l'accesso alla procedura ad imprese non assoggettabili alle procedure per cui è prevista la revocatoria fallimentare. Altri, in termini non troppo lontani, osservano che se la funzione degli accordi è quella di evitare il fallimento, l'istituto non potrebbe essere applicato se non agli imprenditori che ad esso sono soggetti (27).

Infine, si afferma che gli istituti della regolazione concorsuale (negandosi prevalentemente la natura di procedura concorsuale agli accordi) devono intendersi destinati a soggetti aventi determinate caratteristiche, e che non avrebbe senso estenderne l'applicabilità indifferentemente a tutti e in particolare oltre gli *imprenditori commerciali non marginali*, e che quindi le regole generali possono essere derogate, e in particolare attraverso la regola dell'*automatic stay* (28), soltanto per imprenditori di determinate dimensioni, giacché diversamente varrebbero le norme generali di diritto privato (29).

Ulteriore argomento è tratto dal disposto dell'art. 2 del regolamento CE n. 1346/2000/CE del 29 maggio 2000 che, all'art. 1, par. 1, contiene l'elencazione, per ogni Paese comunitario, delle *insolvency proceedings*. Per l'Italia, come da allegato A - nella versione più recente del 24 luglio 2008 - le procedure sono così elencate: fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria - senza menzionare gli accordi di ristrutturazione dei debiti (30).

Aggiungiamo che un ultimo argomento potrebbe rinvenirsi nell'osservazione che anche l'art. 160 l.fall. parla di "imprenditori" *tout court*.

In senso contrario (31), si può osservare che:

a) se è indubitabile che l'esenzione dalla revocatoria costituisce il più rilevante effetto che si produce in forza degli accordi (omologati), e se è parimenti indiscutibile che soltanto gli imprenditori soggetti alla dichiarazione di fallimento possono giovare, non è irrilevante ricordare che gli accordi e la loro omologazione producono una serie di effetti di cui tutti gli imprenditori, indistintamente, possono giovare: in primo luogo, quello dell'*automatic stay*, effetto reso ancora più ampio a seguito dell'introduzione della eventuale protezione anticipata nella fase preliminare; ulteriormente, l'omologazione degli accordi attribuisce ad una serie di crediti il rango prededucibile (32);

Note:

(24) Per tale argomento, pur non considerandolo decisivo, M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, cit., 687; cfr. anche C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 130; L. Fazzi, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, op. cit., 355; D'Orazio, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del tribunale*, op. cit., 424.

(25) In tal senso C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, op. cit., 130; S. Ambrosini, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2007, cit., 2543; L. Girone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 625; F. Di Marzio, *Profili sostanziali della fattispecie "accordi di ristrutturazione dei debiti"*, in *La crisi d'impresa - Questioni controverse del nuovo diritto fallimentare*, Padova, 2010, 299; V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, op. cit., 604; A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis legge fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti dell'anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, cit., 20; L. Fazzi, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 355; L. D'Orazio, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del tribunale*, cit., 424.

(26) M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, cit., 687.

(27) A. Di Majo, in L. Ghia C. Piccininni F. Severini, *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., 682.

(28) Termine che designa l'effetto tipico del c.d. Chapter 11 (*recte*: United States Bankruptcy Code, Section 362, § 11) della legislazione concorsuale statunitense, e che consiste nel blocco delle azioni dei creditori nei confronti dell'imprenditore che abbia fatto ricorso alla relativa procedura: cfr. Trib. Novara 2 maggio 2011, in *Foro it.* 2011, 2533 e in questa *Rivista*, 2011, 1220.

(29) M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, cit., 687.

(30) L. Fazzi, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 355, nota 5.

(31) Sostanzialmente a favore della legittimazione degli imprenditori al di sotto della soglia dimensionale dell'art. 1 legge fallimentare cfr. C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2006, 129, ed esattamente 130.

(32) Né, in senso contrario, varrebbe obiettare che la prededuzione opera soltanto nel caso di successivo fallimento, ciò che non potrebbe giovare se non ai debitori soggetti alla dichiarazione di fallimento; limitare il rango alla sola ipotesi di una successiva procedura di fallimento costituisce un'interpretazione restrittiva, che non tiene conto che la prededuzione, così come del resto le prelazioni sono qualità del credito che lo contraddistinguono ogni qual volta si sia in presenza di un conflitto tra creditori, ad esempio anche in una procedura espropriativa individuale, allorché vi sia da regolare il concorso di più creditori stante l'incapienza del ricavato dell'esecuzione.

b) il testo originario dell'art. 182 bis menzionava quale soggetto legittimato "il debitore" (33) e il mutamento, con il decreto correttivo, con la sola menzione dell'"imprenditore" non consente di restringere ulteriormente il novero dei soggetti interessati (34);

c) la riforma del 2010, che ha ridisegnato l'istituto, preoccupandosi d'intervenire anche sulla disciplina penale dei reati concorsuali, e che ben avrebbe potuto risolvere la questione, nulla ha aggiunto sul punto;

d) in concreto, è proprio agli imprenditori di dimensioni non rilevanti che la procedura ex art. 182 bis può essere utile (35): essi hanno spesso un numero limitato di creditori ed escludere, per essi, la definizione mediante accordi di ristrutturazione significa lasciarli esposti alle esecuzioni individuali, senza vantaggio né per loro né per i creditori;

e) la natura più snella del procedimento sembra costituire un ulteriore argomento a favore dell'utilizzazione dell'istituto anche per imprenditori di dimensioni meno rilevanti.

Ulteriore argomento può trarsi dalla modifica introdotta dall'art. 23, comma 43, del D.L. 6 luglio 2011, convertito nella L. 15 luglio 2011, n. 111, con cui è stato previsto espressamente la legittimazione ad accedere agli accordi dell'imprenditore agricolo (36).

Se questa novità, da un lato, segna un elemento di discontinuità rispetto alla collocazione dell'istituto a fianco delle procedure di fallimento e di concordato preventivo - dall'altro lato, non può non rilevarsi che, con siffatta disposizione, il novero dei soggetti legittimati a ricorrere agli accordi risulta oggettivamente più ampio, essendo venuta meno, così, ogni limitazione non solo dal punto di vista dell'oggetto dell'attività d'impresa; ma, anche dal punto di vista del c.d. requisito dimensionale. Posto allora che nessun limite pone la norma del 2011, e se essa deve quindi interpretarsi nel senso che tutti gli imprenditori agricoli - e quindi anche quelli che non presentano i requisiti dimensionali individuati nell'art. 1 l.fall. - possono ricorrere agli accordi, sarebbe scarsamente comprensibile leggere l'art. 182 bis, allorché si riferisce "all'imprenditore", nel senso che - per gli imprenditori agricoli - non vi è alcun requisito dimensionale, mentre - per gli imprenditori commerciali - devono ricorrere tali requisiti.

E non può trascurarsi che, con tale modifica normativa, diminuisce grandemente il significato dell'argomento che, individuando nell'esenzione dalla revocatoria fallimentare il principale effetto degli accordi, limitava l'accesso ad essi ai soli imprendi-

tori soggetti alla procedura di fallimento. Se anche gli imprenditori agricoli possono ricorrere agli accordi, e se gli imprenditori agricoli - tuttora - non possono fallire, se ne ricava con chiarezza che gli accordi presentano una possibile utilità che è ben più ampia della sola esenzione accordata dall'art. 67, lett. e).

Da parte di alcuno si afferma che dagli accordi sarebbero altresì escluse le società di fatto, e ciò in quanto la previsione dell'art. 182 bis, secondo comma, prescrivendo la pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese sembra incompatibile con la loro ammissione alla procedura (37).

È invece opinione comune in dottrina (38) che anche le imprese di rilevanti dimensioni (quelle soggette alle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi (39): c.d. ammi-

Note:

(33) G. Fauceglia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge n. 80/2005*, in questa Rivista, 2005, 1448 aveva escluso che potesse trarsi dalla genericità del termine "debitore" la tesi per cui sarebbe stato legittimato ad accedere agli accordi anche l'insolvente civile, sulla base della considerazione dell'obbligatorietà della pubblicazione degli accordi nel registro delle imprese; ma non aveva esplicitamente escluso gli imprenditori al di sotto della soglia di rilevanza per la dichiarazione di fallimento. Escludeva, invece, che dalla genericità del termine potesse ricavarsi la possibilità di consentire l'accesso all'imprenditore di dimensioni inferiori alla soglia di fallibilità, S. Ambrosini, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2007, cit., 2543.

(34) G. Lo Cascio, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, in questa Rivista, 2008, 994 inclina invece a ritenere (sia pure in forma dubitativa) che tale modifica abbia probabilmente ristretto i margini per una possibile interpretazione della norma in senso ampio, e cioè nel senso di includere anche gli imprenditori al di sotto della c.d. soglia di fallibilità.

(35) Opina che tale interpretazione potrebbe consentire di supplire un vuoto normativo G. Lo Cascio, *Le nuove procedure di crisi: natura negoziale o pubblicistica?*, cit., 994.

(36) "In attesa di una revisione complessiva della disciplina dell'imprenditore agricolo in crisi e del coordinamento delle disposizioni in materia, gli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza possono accedere alle procedure di cui agli articoli 182-bis e 182-ter del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, e successive modificazioni".

(37) V. Tripaldi, in *Manuale di diritto fallimentare e delle procedure concorsuali*, a cura di Giuseppe Trisorio Liuzzi, op. cit., 361. Così opina, sia pure in via dubitativa, anche S. Ambrosini, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2007, cit., 2543, il quale osserva che, viceversa, l'ammissione delle società di fatto al concordato preventivo è desumibile dal disposto dell'art. 160 l.fall.

(38) S. Ambrosini, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2007, cit., 2543; L. D'Orazio, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del tribunale*, cit., 433; A. Paluchowski, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione*, op. cit., 99.

(39) A. Paluchowski, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione*, cit. 99; per un esempio in giurisprudenza v. Trib. Milano 25 marzo 2010, in *Dir. fall.* 2011, II, 479 e in questa Rivista, 2011, 92.

nistrazione straordinaria generale (D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270) ovvero c.d. amministrazione straordinaria speciale (L. 18 febbraio 2004, n. 39) potrebbero accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti - e ciò per il principio generale che per le procedure diverse dal fallimento la possibilità di avvalersi delle procedure alternative di definizione, quale il concordato preventivo, si ritiene comunemente possibile (40).

È discutibile l'affermazione secondo cui solo le imprese iscritte nel registro delle imprese siano soggette alle procedure di accordi di ristrutturazione dei debiti (41); premesso che trattasi di pubblicità, non si vede perché non dovrebbe essere possibile procedere alla stessa anche nei confronti di soggetti non previamente iscritti e che sarebbero pertanto iscritti con l'occasione: in tal senso si è osservato che sarebbe sempre possibile ipotizzare un'iscrizione d'ufficio, al contempo rilevando, peraltro, che prevedere la necessità della previa iscrizione nel registro potrebbe costituire un argomento a favore della regolarizzazione delle attività imprenditoriali (42).

Per quanto concerne particolari figure imprenditoriali, in dottrina si è poi affermato che dovrebbe ritenersi esclusa l'applicabilità dell'istituto degli accordi alle banche e agli intermediari finanziari assimilati, in forza dell'art. 80, comma 6, del t.u. bancario (43).

Parimenti, agli accordi non potrebbero accedere le SIM, le società di gestione del risparmio e le SICAV, argomentandosi il divieto ex art. art. 57, terzo comma, D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (44).

Anche per le imprese di assicurazione sarebbe inibito il ricorso agli accordi, in forza del disposto dell'art. 238, primo comma, D.Lgs. 7 settembre 2005, n. 209, che espressamente esclude l'applicabilità a dette imprese del titolo III della legge fallimentare (45).

Nulla, invece, il legislatore, nemmeno con le modifiche apportate nel 2010, ha ritenuto di disporre per disciplinare il fenomeno delle crisi di gruppi (46).

Le questioni che possono porsi al riguardo sono molteplici.

In primo luogo, secondo l'insegnamento costante della giurisprudenza, non necessariamente l'insolvenza (o lo stesso stato di crisi) di una (o più società) facenti capo ad un gruppo comporta che l'insolvenza o la crisi possa rinvenirsi in tutte le società (47). Pertanto, la ricorrenza del presupposto oggettivo andrà verificata con specifico riferimento alla singola società, ancorché non possa escludersi una valutazione prospettica circa una possibile evo-

luzione della situazione di difficoltà in senso tale per cui la crisi del gruppo possa finire per influenzare la singola società che vi appartiene (48).

Un seconda questione può porsi nel caso di gruppi

Note:

(40) A sostegno della tesi, è stato osservato che, nella disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza, l'art. 27, Il comma, lett. b) del D.Lgs. 8 luglio 1999, n. 270 espressamente contempla un "programma di ristrutturazione" avente per oggetto la "ristrutturazione economica e finanziaria dell'impresa": L. D'Orazio, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del tribunale*, cit., 434.

(41) S. Ambrosini, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2010, 1138, salvo ovviamente che non si regolarizzino previamente; negli stessi termini L. D'Orazio, *Lavori in corso sugli accordi di ristrutturazione dopo il d.l. 31 maggio 2010, n. 78. Dal piano al controllo del tribunale*, cit., 425; cfr. anche P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2260, sia pure dubitativamente; L. Fazzi, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 355.

(42) M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, cit., 688.

(43) P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2259; Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis legge fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti dell'anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, op. cit., 20. Il punto è peraltro discutibile: se si parte dalla tesi (accolta dalla maggioranza) secondo cui gli accordi non sono una procedura concorsuale, il divieto dell'accesso agli stessi ad opera delle banche e degli altri intermediari finanziari non pare potersi fondare sul disposto dell'art. 80, settimo comma, T.U.B., che si limita a stabilire che "le banche non sono soggette a procedure concorsuali diverse dalla liquidazione coatta prevista dalla presente sezione": ma se appunto gli accordi non sono una "procedura", l'accesso all'istituto non dovrebbe essere inibito (e, non diversamente, non dovrebbe pensarsi impossibile il ricorso ad un piano attestato, ex art. 67, III comma, lett. d), I fall.

(44) P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2259. Anche per tali tipi d'impresa, peraltro, vale la stessa osservazione sopra formulata alla nota che precede (la loro disciplina è formulata per richiamo, tra l'altro, e per quanto qui interessa, all'art. 80, sesto comma, T.U.B.).

(45) V P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2260.

(46) Lamenta tale lacuna P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2260. Per una disamina delle problematiche relative all'applicazione degli accordi in presenza di crisi di gruppi d'impresa, cfr. U. Molinari, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. e i gruppi di imprese*, op. cit., 699 segg., il quale segnala, in particolare, che i due casi più noti di accordi di ristrutturazione che ebbero a riguardare gruppi sono costituiti dai gruppi facenti capo a Gabetti Property Solutions S.p.A. e Risanamento S.p.A. (per un'illustrazione delle soluzioni adottate, cfr. U. Molinari, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. e i gruppi di imprese*, cit., 702, nota 5).

(47) La verifica della ricorrenza dello stato d'insolvenza ai fini della dichiarazione di fallimento va effettuata con esclusivo riferimento alla situazione in cui versa la singola società, pur se appartenente ad un gruppo, posto che ciascuna società "conserva propria personalità giuridica ed autonoma qualità d'imprenditore, rispondendo con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti" (Cass. 18 novembre 2010, n. 23334, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 1472).

(48) U. Molinari, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. e i gruppi di imprese*, cit., 704.

internazionali o meglio multinazionali. In tal caso, nessuna norma sembra consentire, nella legislazione italiana, la presentazione di domande di omologazione da parte delle società soggette a diversa giurisdizione, anche in considerazione del fatto che il regolamento CE n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 non menziona, nell'elenco delle procedure concorsuali italiane, gli accordi (49).

In giurisprudenza è stato esaminato il caso di un gruppo di società che aveva depositato un unico ricorso per tutte le società, con un'unica attestazione: in tal caso, pur ritenendo ammissibile un accordo di ristrutturazione riguardante più soggetti, il tribunale ha disposto che fossero presentate istanze distinte, con autonoma attestazione per ciascuna società (50). La necessità di una pluralità di domande (e, simmetricamente, di pubblicazioni presso il registro delle imprese) è la conseguenza dell'impostazione sopra ricordata, dell'esigenza di considerare individualmente le varie società appartenenti al gruppo (51).

Tale impostazione individuale andrà osservata anche relativamente alla questione del tribunale competente: ciascuna società dovrà presentare la domanda di omologazione al tribunale competente per la sua sede (52).

3. Sottoscrizione della domanda

A differenza del concordato fallimentare (ma non del concordato preventivo), la legittimazione alla presentazione dell'istanza per l'omologazione degli accordi compete unicamente all'imprenditore (53), e non vi è alcuna facoltà d'iniziativa dei creditori o di terzi (54).

Nel caso si tratti di società, chi ritiene che gli accordi siano una specie di concordato, inclina per l'applicabilità del disposto dell'art. 161, quarto comma, l.fall., che dispone, per richiamo, che la domanda debba essere approvata e sottoscritta a norma dell'art. 152 l.fall. (55); altri sostiene che tale regola debba desumersi dal richiamo operato dall'art. 182 bis all'art. 161 l.fall. (che a sua volta rimanda all'art. 152) (56).

In realtà, entrambe le motivazioni addotte non paiono fondate: non la prima, posto che è ormai pacifico che gli accordi non sono una *species* del *genus* del concordato e hanno una loro specifica autonomia; non la seconda, perché il richiamo operato all'art. 161 l.fall. riguarda la documentazione da produrre con il ricorso, e non è lecito da tale disposizione desumere il regime delle condizioni di validità della domanda. Andranno quindi applicate le

regole generali, in tema di validità degli atti societari, sia sotto il profilo del potere di amministrazione che sotto quello del potere di rappresentanza. Allo statuto (e, in difetto, alla disciplina generale delle società commerciali, secondo i tipi delle stesse) andrà quindi fatto riferimento per la validità e la riferibilità del ricorso.

4. Autenticazione delle sottoscrizioni degli accordi

In più di una pronuncia (57), la giurisprudenza ha affermato la necessità dell'autenticazione della sottoscrizione degli accordi a norma dell'art. 11, quarto comma, D.P.R. 7 dicembre 1995, n. 581, e ciò sul presupposto che l'autenticazione della firma sarebbe necessaria sia per la garanzia della genuinità delle sottoscrizioni (58), sia per la pubblicazione nel registro delle imprese; l'autenticazione delle sottoscrizioni costituirebbe conseguentemente un requisito di ammissibilità dell'accordo (59).

Note:

(49) U. Molinari, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. e i gruppi di imprese*, cit., 706.

(50) Trib. Monza 26 maggio 2011 decr., in www.ilfallimentarista.it.

(51) Parla di «impostazione "monistica" della legge fallimentare» U. Molinari, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. e i gruppi di imprese*, cit., 707.

(52) U. Molinari, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall. e i gruppi di imprese*, cit., 708.

(53) P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2261; G. Scarselli, in E. Bertacchini L. Gualandi S. Pacchi G. Pacchi e G. Scarselli, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 540.

(54) G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 2011, 754 opina che tale scelta normativa trovi fondamento nella volontà del legislatore di non prevalere sulle decisioni dell'imprenditore che non necessariamente versa in stato di crisi irreversibile, e che quindi resta legittimato alle scelte che ritiene più opportune per il suo patrimonio.

(55) P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2261.

(56) G. Scarselli, in E. Bertacchini L. Gualandi S. Pacchi G. Pacchi e G. Scarselli, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 540.

(57) Trib. Roma 20 maggio 2010, cit.; Trib. Milano 25 marzo 2010, cit.; Trib. Udine 22 giugno 2007, in questa *Rivista*, 2008, 701; Trib. Bari 21 novembre 2005, decr., in *Foro it.* 2006, I, 263, in *Dir. fall.* 2006, II, 536 e in questa *Rivista*, 2006, 169.

(58) G. Presti, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, (nota a Trib. Bari 21 novembre 2005, decr.), in questa *Rivista*, 2006, 174.

(59) La necessità che le firme siano autenticate è condivisa da più Autori: G. Presti, *L'art. 182 bis al primo vaglio giurisprudenziale*, cit., 174; P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2265; A. Didone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis legge fallim.) (presupposti, procedimento ed effetti dell'anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, cit., 21; L. Fazzi, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione* (segue)

In senso contrario è stato osservato che, per l'iscrizione nel registro delle imprese, è necessario che sia autenticata soltanto la sottoscrizione di colui il quale chiede l'iscrizione, e quindi del debitore ovvero sia del legale rappresentante della società debitrice, mentre non sembra necessario che siano autentiche anche le sottoscrizioni dei singoli creditori (60). È stato poi osservato che nulla la norma prescrive al riguardo, di talché l'autenticazione non deve ritenersi richiesta (61). Infine, è stato esattamente rilevato che la norma stabilisce che l'accordo vada "pubblicato nel registro delle imprese", e che non compete al tribunale vagliare se sussistano i presupposti normativi per detta pubblicazione (dei quali compete al Conservatore del registro delle imprese vagliare la ricorrenza) (62).

Ma l'autenticazione potrebbe considerarsi necessaria per consentire al tribunale di vagliare la certezza della provenienza delle dichiarazioni negoziali (63), evitando così condotte che, sia pure particolarmente gravi sotto l'aspetto della scorrettezza, non possono escludersi. In senso contrario è stato osservato che le esigenze di certezza ben possono trovare soddisfazione per altra via, anche tenuto conto che, mediante la pubblicazione, i creditori sono posti in grado di contestare eventuali irregolarità anche sotto il profilo della genuinità e della provenienza degli accordi (64).

Un ulteriore argomento a favore dell'autenticazione degli accordi è stato ravvisato nel disposto dell'art. 474 c.p.c., che (dalle riforme del 2005 e del 2006) attribuisce efficacia di titolo esecutivo (65) alle «scritture private autenticate, relativamente alle obbligazioni di somme di denaro in esse contenute». In senso contrario, va osservato che una simile interpretazione finirebbe per cercare di attribuire agli accordi delle finalità che sono palesemente estranee all'ambito nel quale sono stati ideati.

La mancata autenticazione degli accordi dovrebbe comunque configurare un'ipotesi di vizio sanabile, ritenendosi possibile chieder al tribunale un termine al riguardo (66).

5. Necessità della presenza di un piano

Il decreto in rassegna espressamente afferma la necessità della presenza di un piano un piano finanziario e/o industriale all'interno del quale si collochino la rinegoziazione dei debiti concordati con i creditori aderenti.

L'art. 182 bis non parla di un piano, e tanto meno prevede il deposito (né in tribunale, né presso il registro delle imprese).

Ma va considerato che l'art. 182 bis richiama l'art. 161 l.fall., stabilendo l'onere di depositare «la documentazione di cui all'art. 161 l.fall.» e, sia pure senza preoccuparsi di chiarirne il contenuto (e, ancor peggio, senza inserirlo nell'elenco dei documenti che debbono accompagnare il ricorso), l'art. 161, terzo comma, parla di un "piano" (67) che (unitamente alla «documentazione di ai commi precedenti») deve accompagnare la relazione del professionista che attesta la veridicità dei dati aziendali. Quindi, sia pure implicitamente, sembra doversi inferire l'obbligo della presentazione di un piano (68), e, ancor più rilevantemente sembra doversi ricavare la necessità che agli accordi sia sotteso un piano.

E si è pure osservato che il piano deve essere depositato, sulla base della considerazione che la sua co-

Note:

(segue nota 59)

zione dei debiti, op. cit., 356; G. Scarselli, in E. Bertacchini L. Gualandri S. Pacchi G. Pacchi e G. Scarselli, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., 536. Contra G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 758; G. B. Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, nota a Trib. Udine 22 giugno 2007, in questa *Rivista*, 2008, 706 parla di «interpretazione rigorosa e formalista».

(60) M. Fabiani, *Diritto fallimentare*, op. cit., 692; critico per la soluzione accolta dalla giurisprudenza più rigorosa M. Arato, *Gli accordi di salvataggio o di liquidazione dell'impresa in crisi*, in questa *Rivista*, 2008, 1238, che osserva trattarsi «probabilmente... di una formalità eccessiva», fonte di complicazioni pratiche. Egualmente, S. Ambrosini, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2010, cit., 1152 parla di un'interpretazione troppo rigoristica che finisce per tradursi in "un ostacolo pressoché insormontabile all'omologazione" (vedi, precedentemente, per lo stesso Autore, in termini sostanzialmente non diversi, S. Ambrosini, in AA.VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2007, cit., 2547).

(61) V. Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., 606; così anche i primi commentatori: C. Proto, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 132, che richiama la natura privatistica degli accordi e un (presunto) intento semplificatorio della procedura.

(62) L. Boggio, *Firma autentica, "pubblicazione" nel registro delle imprese e sindacato del giudice dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, (nota a Trib. Milano 25 marzo 2011), in *Dir. fall.* 2011, II, 490.

(63) Trib. Bari 21 novembre 2005 decr., cit.

(64) L. Boggio, *Firma autentica, "pubblicazione" nel registro delle imprese e sindacato del giudice dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti*, cit., 491.

(65) Per tale argomento G. B. Nardecchia, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in questa *Rivista*, 2006, 674, cui aderisce L. Girone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 638; cfr. pure L. Girone, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 544.

(66) Così G. Lo Cascio, *Il concordato preventivo*, cit., 758, che cita a sostegno Trib. Milano 25 marzo 2010, cit.

(67) P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2262.

(68) Per la necessità della presentazione di un piano, vedi anche Trib. Roma 20 maggio 2010, cit.; L. Fazzi, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 358.

noscenza appare necessaria per consentire «una sufficiente intelligibilità dell'accordo» (69) e, più in generale, per vagliare il progetto complessivo sotteso alla soluzione della crisi mediante gli accordi (70).

Il contenuto del piano è diverso a seconda si preveda la semplice ristrutturazione dei debiti, senza prosecuzione attività d'impresa, ovvero si preveda la continuazione dell'attività (71).

In termini generali, il piano dovrebbe basarsi sulla premessa della verifica dell'attendibilità dei dati contabili, esaminare la situazione di crisi, enunciandone le cause, considerate sotto i diversi possibili profili (72), per poi enucleare il programma per la soluzione della crisi, strutturato tenendo conto degli interventi e dei tempi, con la prospettiva del risultato da conseguire (73). Ovviamente, il piano dovrà porsi carico di tener presente gli oneri per la soddisfazione degli aderenti e degli estranei, valutandone la sostenibilità (74).

6. 182 bis, transazione fiscale e *impar condicio creditorum*

Mentre l'originaria formulazione dell'art. 182 *ter* espressamente limitava l'utilizzabilità della transazione fiscale al concordato, il decreto correttivo ha ampliato la possibilità di ricorrere alla transazione fiscale con l'introduzione del comma VI dell'art. 182 *ter*, che consente di formulare la proposta di transazione fiscale anche nell'ambito delle trattative che precedono la stipulazione degli accordi.

L'inclusione dei debiti contributivi ed assistenziali nel possibile oggetto della transazione fiscale è l'effetto della modificazione apportata dall'art. 32, sesto comma, D.L. 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2 (in Gazzetta Ufficiale 28 gennaio 2009, n. 22, S.O. n. 14). I nuovi testi normativi hanno peraltro espressamente escluso la possibilità di proporre una transazione fiscale per l'Iva e per i debiti erariali per ritenute alla fonte (salva la possibilità di proporre la transazione per sanzioni ed interessi)

La disciplina è stata ulteriormente modificata, mediante l'introduzione, nel 2010 (75), di un nuovo comma (il settimo ed ultimo sempre dell'art. 182 *ter* l.fall.), in forza del quale (oltre ad altro) la transazione fiscale «è revocata di diritto» se il debitore non esegue integralmente, entro 90 giorni dall'omologazione, i pagamenti dovuti all'erario e agli enti previdenziali ed assistenziali (76).

E nell'estate del 2011, la normativa complessiva è stata ulteriormente, sia pure indirettamente, modifi-

cata dalla c.d. manovra per la stabilizzazione finanziaria (77), che ha esteso la natura privilegiata dei crediti per le imposte più rilevanti.

In dottrina è stato osservato che il complesso regime che risulta dai successivi apporti legislativi rende di difficile (78), se non impossibile, utilizzo la transazione fiscale nell'ambito degli accordi di ristrutturazione dei debiti.

In particolare, la norma di cui al primo comma dello stesso art. 182 *ter* l.fall., che limita la possibilità di addivenire alla transazione fiscale stabilendo che i crediti erariali, previdenziali ed assistenziali non possono avere trattamento peggiore rispetto a quelli di rango almeno pari di altri creditori (79), se aveva un preciso senso nel concordato (in cui i creditori hanno un trattamento omogeneo, salva la suddivisione in classi, anche in quest'ultimo caso, peraltro, dovendosi prevedere, per i componenti della singola classe, trattamenti non discriminatori), finiva per costituire una grave remora alla soluzione della crisi facendo ricorso agli accordi, in cui la regolazione delle pretese dei singoli creditori di-

Note:

(69) Così Trib. Roma 5 novembre 2009, in *Banca, borsa e tit. credito*, 2010, 731, citato da S. Ambrosini, in AA. VV., *Il nuovo diritto fallimentare*, 2010, cit., 1153, che aderisce alla tesi.

(70) P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2263 e 2270; A. Di Majo, in L. Ghia C. Piccininni F. Severini, *Trattato delle procedure concorsuali*, cit., 694.

(71) P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2271; L. Fazzi, *Questioni in tema di accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 358, occorrerebbe, in questo secondo caso, sia un piano finanziario che un piano industriale e nello stesso senso Trib. Roma 20 maggio 2010, cit.

(72) "Industriale, economico, finanziario ...": P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2271.

(73) P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2271.

(74) P. Valensise, in *La legge fallimentare dopo la riforma*, cit., 2272.

(75) Con il D.L. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, in L. 30 luglio 2010, n. 122 (G.U. 30 luglio 2010, n. 176, S.O. n. 174).

(76) Un'utile panoramica delle varie questioni riguardanti la transazione fiscale negli accordi di ristrutturazione dei debiti, cfr. E. Mattei, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in L. Ghia C. Piccininni F. Severini, *Trattato delle procedure concorsuali*, vol. IV, Torino, 2011, 715 ss.

(77) D.L. 6 luglio 2011, n. 98 convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, L. 15 luglio 2011, n. 111.

(78) Un primo elemento che non va dimenticato è che, all'evidenza, in tanto potrà darsi luogo ad una valida transazione fiscale, in quanto sussistano i presupposti soggettivi ed oggettivi per gli accordi: E. Mattei, *La transazione fiscale nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 725.

(79) Norma applicabile senz'altro anche agli accordi: Zanichelli, *I concordati stragiudiziali*, cit., 609.

pende dalla contrattazione individuale, essendo quindi possibile, ed anzi quasi fisiologica, una sostanziale diversità nella soddisfazione delle varie pretese (80).

E si aggiungeva che, secondo lo schema degli accordi, al contrario di quanto avviene per il concordato, soltanto mediante il consenso dell'amministrazione la proposta di transazione fiscale può essere vincolante; a differenza del concordato, infatti, il raggiungimento della maggioranza non importa alcun effetto nei confronti dell'erario e degli enti previdenziali che non sono soggetti al principio dell'obbligatorietà della volontà della maggioranza (81).

Di fronte a tutte queste perplessità, il Tribunale di Milano individua una soluzione senz'altro di grande raffinatezza intellettuale, ma probabilmente difficilmente compatibile con il dato letterale della norma.

Sulla base della (del tutto condivisibile) tesi per cui negli accordi non ha senso parlare di rispetto della graduazione, posto che all'interno degli stessi è ben possibile raggiungere accordi individuali che comportino trattamenti differenziati tra i vari creditori, senza alcuna necessità di rispettare il rango rispettivo, ed anzi ammettendosi trattamenti migliori a creditori in posizione peggiore, il tribunale conclude per l'inapplicabilità, agli accordi, della regola

espressa nel primo comma dell'art. 182 *ter*, ancorché il richiamo, operato dal sesto comma, non sembra poter essere limitato nella sua ampiezza) (82).

Se la soluzione è, dal punto di vista teorico, senz'altro in linea con i principi generali e con le fondamentali portanti dell'istituto degli accordi, e, se, dal punto di vista pratico, è senz'altro opportuna, l'interpretazione proposta lascia perplessi: è forte l'impressione che una simile lettura sia frutto di una netta scotomizzazione del disposto normativo.

Soltanto le successive pronunzie della giurisprudenza consentiranno di verificare se la soluzione accolta dal Tribunale di Milano è destinata a trovare conferma.

Note:

(80) Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., 609.

(81) Zanichelli, *I concordati giudiziali*, cit., 610.

(82) Riportiamo qui di seguito la disposizione: «se il credito tributario o contributivo è assistito da privilegio, la percentuale, i tempi di pagamento e le eventuali garanzie non possono essere inferiori a quelli offerti ai creditori che hanno un grado di privilegio inferiore o a quelli che hanno una posizione giuridica ed interessi economici omogenei a quelli delle agenzie e degli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie; se il credito tributario o contributivo ha natura chirografaria, il trattamento non può essere differenziato rispetto a quello degli altri creditori chirografari ovvero, nel caso di suddivisione in classi, dei creditori rispetto ai quali è previsto un trattamento più favorevole».

LIBRI

Collana **Società e Mercati finanziari**

Abuso di gestione e responsabilità penale degli amministratori

di Paolo De Angelis

Il volume esamina, partendo dalla **riforma dei reati societari** , il tema della gestione dell'impresa societaria e quello della valutazione delle condotte degli amministratori alla luce della norma sull'infedeltà patrimoniale. L'art. 2634 c.c. delinea nell'ordinamento penale una fattispecie incentrata sulla **tutela del patrimonio sociale** contro le aggressioni da parte degli organi di gestione che si trovano in conflitto di interessi con la società. Oltre al tema dell'**infedeltà patrimoniale**, la norma regola altresì la gestione nei **gruppi societari** e il fenomeno dei **c.d. vantaggi compensativi**.

Attraverso l'analisi degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali e la costante comparazione tra disciplina civilistica e norma penale, l'Autore affronta le principali **problematiche interpretative ed applicative**, fornendo una risposta alle molteplici questioni che si pongono nella pra-

tica quotidiana di ogni compagine sociale: quali condotte espongono l'amministratore a conseguenze penali? Quali sono gli atti infragruppo consentiti e quali quelli vietati? Che rapporti intercorrono tra il reato di infedeltà, quello di appropriazione indebita e, in caso di fallimento, quello di bancarotta?

Il volume si rivolge ai giuristi, specie quelli d'impresa, ai professionisti che si occupano di gestione e controllo societario, ai magistrati e agli studiosi ed operatori del diritto penale.

Codice: 116643

Ipsoa 2011, pagg. 192, € 22,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 – fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://shop.wki.it/ipsoa>



Massimario di legittimità

LEGGE FALLIMENTARE

Art. 56

Cass. Civ., sez. I, 14 luglio 2011, n. 15562 - Pres. Carnevale - P.M. Golia - Consorzio Intelcom in liquidazione c. Fallimento Intelpa S.r.l.

1. Qualora, nel giudizio intrapreso dal fallimento, venga formulata dalla controparte l'eccezione riconvenzionale di compensazione, diretta a neutralizzare la domanda del curatore e ad ottenerne il rigetto (art. 56 l.fall.), non opera al riguardo il rito speciale per l'accertamento del passivo, previsto dagli artt. 93 ss. l.fall., e l'eccezione va esaminata dal giudice della lite, in quanto il credito opposto in compensazione, pur ampliando il tema della controversia, non forma oggetto di alcuna domanda.

Vedi Cass. 9 gennaio 2009, n. 287.

Art. 67 (primo comma)

Cass. Civ., sez. I, 10 giugno 2011, n. 12736 - Pres. Carnevale - Est. Cristiano - P.M. Russo - S.E. c. Banca Agricola Mantovana S.p.a.

1. La cessione di credito, che è negozio a causa variabile da ricercarsi in concreto, attraverso l'individuazione della reale finalità perseguita dalle parti, si caratterizza come anomala rispetto al pagamento effettuato in danaro o con titoli di credito considerati equivalenti e, pertanto, è soggetta all'azione revocatoria fallimentare, a norma dell'art. 67, primo comma, n. 2 l.fall. (applicabile nel testo "ratione temporis" vigente), se compiuta in funzione solutoria, cioè per estinguere un debito scaduto ed esigibile, sottraendosi, invece, quando essa sia stata stipulata a scopo di garanzia di un debito sorto contestualmente, dovendo peraltro intendersi la contestualità in senso eminentemente sostanziale e causale; né deroga al principio enunciato il riconoscimento della predetta funzione solutoria ove ricorra una contemporanea concessione di credito, allorché questo venga utilizzato per estinguere una precedente passività, cioè un debito preesistente, scaduto ed esigibile. Ne consegue che non è assoggettabile alla predetta azione l'operazione con cui, difettando in conto una passività "consolidata" - nel senso anzidetto - al momento della cessione del credito, ma costituendo essa un effetto prodromico dell'intero finanziamento garantito dall'anticipazione, la data del prelievo e quella della cessione - nella specie, di credito Iva dal cliente alla banca - pur divergano, in quanto tale circostanza non può, di per sé, indurre a smentire l'effettiva contestualità tra il sorgere del debito della debitrice, poi fallita, verso la banca (derivante dall'utilizzo anticipato dell'apertura di credito) e la cessione che tale debito garantiva.

Vedi Cass. 22 gennaio 2009, n. 1617; Cass. 27 aprile 2011, n. 9388; Cass. 29 luglio 2009, n. 17683.

Cass. Civ., sez. I, 10 giugno 2011, n. 12736 - Pres. Carnevale - Est. Cristiano - P.M. Russo - S.E. c. Banca Agricola Mantovana S.p.a.

2. L'obbligazione restitutoria dell'"accipiens" soccombente in revocatoria ha natura di debito di valuta e non di valore, atteso che l'atto posto in essere dal fallito è originariamente lecito e la sua inefficacia sopravviene solo in esito alla sentenza di accoglimento della domanda, che ha natura costitutiva; ne consegue che anche gli interessi sulla somma da restituirsì decorrono dalla data della domanda giudiziale e che il risarcimento del maggior danno, conseguente al ritardo con cui sia stata restituita la somma di denaro oggetto della revocatoria, spetta solo ove l'attore lo allegghi specificamente e dimostri di averlo subito.

Vedi Cass. 18 gennaio 2006, n. 887; Cass. 22 marzo 2007, n. 6991; Cass. 16 giugno 2011, n. 13244; Cass. 15 giugno 2000, n. 437.

Art. 72 quater

Cass. Civ., sez. I, 15 luglio 2011, n. 15701 - Pres. Proto - Est. Didone - P.M. Sorrentino - Banca Agrileasing S.p.a. C. Fallimento Foodinvest Pizza S.r.l.

1. In tema di effetti del fallimento su preesistente rapporto di leasing, ai sensi dell'art. 72 quater della l.fall. (introdotto dall'art. 59 del D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 e modificato dall'art. 4, comma 8, del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169), il concedente, in caso di fallimento dell'utilizzatore e di opzione del curatore per lo scioglimento del vincolo contrattuale, può soddisfarsi sul bene oggetto del contratto di locazione finanziaria al di fuori del concorso, previa ammissione del credito al passivo fallimentare essendo egli destinato ad essere soddisfatto al di fuori del riparto dell'attivo, mediante vendita del bene (analogamente al creditore pignoratizio e a quello garantito da privilegio speciale ex art. 53 l.fall.), con esenzione dal concorso sostanziale, ma non dal concorso formale.

Vedi Cass. 1 marzo 2010, n. 4862.

Art. 98

Cass. Civ., sez. I, 10 giugno 2011, n. 12732 - Pres. Vitrone - Est. Scaldaferrì - P.M. Pratis - Curatela del Fallimento Kegbev S.r.l. c. B.C.

1. In sede di ripartizione dell'attivo del fallimento, oggetto della cognizione del giudice delegato sono solo le questioni relative alla graduazione dei crediti e l'ammontare della somma distribuita, restando esclusa la proponibilità, in tale sede, di ogni altra questione relativa all'esistenza, qualità e quantità dei crediti e dei privilegi, in quanto riservata in via esclusiva al procedimento dell'accertamento del passivo; pertanto, tali questioni devono essere proposte con la forma dell'opposizione allo stato passivo ex art. 98 l.fall., restando altrimenti precluse, né

possono essere fatte valere come osservazioni e poi con il reclamo ex art. 26 l.fall. avverso il decreto del giudice delegato che renda esecutivo il piano di riparto (nella specie parziale).

Vedi Cass. 1 ottobre 1997, n. 9580; Cass. 24 settembre 2002, n. 13865; Cass. 7 agosto 2009, n. 18105.

Art. 107

Cass. Civ., sez. I, 12 luglio 2011, n. 15249 - Pres. Plenteda - Est. Ragonesi - P.M. Cesqui - Laor gestioni patrimoniali S.r.l. c. fallimento L'Elite S.r.l.

1. Non hanno effetto nei confronti del curatore del fallimento, che subentri nella posizione del creditore pignorante ex art. 107 l.fall., gli atti di alienazione di beni sottoposti a pignoramento, applicandosi il disposto dell'art. 2913 c.c., con conseguente irrilevanza dell'azione revocatoria intrapresa dal fallimento, attesa la priorità temporale del pignoramento.

Vedi Cass. 9 febbraio 1981, n. 783; Cass. 11 dicembre 2009, n. 25963; Cass. 2 dicembre 2010, n. 24442.

Art. 110

Cass. Civ., sez. I, 10 giugno 2011, n. 12732 - Pres. Vitrone - Est. Scaldaferrì - P.M. Pratis - Curatela del Fallimento Kegbev S.r.l. c. B.C.

1. Il termine per proporre ricorso per cassazione, ai sensi dell'art. 111 Cost., avverso i decreti emessi dal tribunale fallimentare in sede di reclamo contro i provvedimenti del giudice delegato - nella specie, in materia di piani di riparto - non è soggetto alla sospensione feriale a norma dell'art. 3 della L. 7 ottobre 1969, n. 742, in relazione all'art. 92 dell'Ordinamento giudiziario, svolgendo tale reclamo, nella procedura concorsuale, funzione sostitutiva delle opposizioni previste dagli artt. 615 e 617 cod. proc. civ. nel processo esecutivo individuale; detto termine, inoltre, inizia a decorrere dalla comunicazione del provvedimento alla parte, come eseguita dalla cancelleria - di regola - ai sensi degli artt. 136 c.p.c. e 45 disp. att. c.p.c., o anche in forme equipollenti, purché risulti certa la presa di conoscenza dell'atto da parte del destinatario e la relativa data.

Vedi Cass. 20 ottobre 2005, n. 20279; Cass. 16 luglio 2010, n. 16755; Cass. 7 aprile 2011, n. 7982.

Art. 164

Cass. Civ., sez. VI, 7 luglio 2011, n. 15074 - Pres. Plenteda - Est. Rordorf - Franchi Industrie Meccaniche S.p.a. c. Liquidazione Giudiziale della Cogel S.p.a.

1. Il provvedimento del tribunale che respinge il reclamo proposto avverso il decreto col quale il giudice delegato nel procedimento di concordato preventivo, antecedente all'omologazione, autorizzi il debitore al compimento di atti di disposizione di beni di sua proprietà, non è suscettibile di ricorso per Cassazione ex art. 111 Cost., trattandosi di provvedimento, con funzioni tutorie ed integrative dei poteri negoziali del debitore medesimo - il quale

in questa fase conserva l'amministrazione dei propri beni e l'esercizio dell'impresa - che non decide su diritti soggettivi e non pregiudica il diritto dell'interessato a far valere le proprie ragioni in sede contenziosa, impugnando direttamente l'atto negoziale.

Vedi Cass. 13 aprile 1995, n. 4260; Cass. 21 giugno 2002, n. 9064.

Cass. Civ., sez. I, 22 luglio 2011, n. 16136 - Pres. Rovelli - Est. Zanichelli - P.M. Russo - C.M. c. P.M.

2. Nel procedimento per l'ammissione al concordato preventivo, il P.M. non è legittimato a proporre reclamo avverso il provvedimento di liquidazione dei compensi in favore del consulente tecnico, nominato dal giudice delegato, sia perché, a seguito della modifica introdotta con il D.L. 14 marzo 2005, n. 35 (conv. con modifiche in L. 14 maggio 2005, n. 80), non gli è più riconosciuto il potere di intervento necessario nel procedimento in questione, sia perché non è applicabile l'art. 11, quinto comma, della L. 8 luglio 1980, n. 319, in quanto incompatibile con la disposizione speciale contenuta nell'art. 26 l.fall. (applicabile alla procedura concordataria ex art. 164 l.fall.) che indica con precisione tutti i soggetti legittimati all'impugnazione dei provvedimenti di reclamo del giudice.

Vedi 24 luglio 2007, n. 16396; Cass. 31 marzo 2010, n. 7953.

Cass. Civ., sez. I, 22 luglio 2011, n. 16136 - Pres. Rovelli - Est. Zanichelli - P.M. Russo - C.M. c. P.M.

3. In tema di concordato preventivo, il provvedimento con il quale il tribunale fallimentare provvede, in sede di reclamo ex art. 26 l.fall., sul decreto del giudice delegato di liquidazione dei compensi a favore del consulente tecnico, nominato dallo stesso giudice nella fase di ammissione alla predetta procedura, ha carattere decisorio (incidendo su diritti soggettivi) e definitivo (non essendo soggetto ad ulteriore impugnazione) e, come tale, è ricorribile per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.

Vedi Cass. 29 marzo 2007, n. 7782; Cass. 15 aprile 2011, n. 8768; Cass. 9 maggio 2011, n. 10143.

Art. 216

Cass. Pen., sez. V, 13 luglio 2011, n. 27367 - Pres. Oldi - Est. Sabeone - R.R.

1. In tema di reati fallimentari, è configurabile il concorso nel reato di bancarotta fraudolenta da parte di persona estranea al fallimento qualora la condotta realizzata in concorso col fallito sia stata efficiente per la produzione dell'evento e il terzo concorrente abbia operato con la consapevolezza e la volontà di aiutare l'imprenditore in dissesto a frustrare gli adempimenti predisposti dalla legge a tutela dei creditori dell'impresa.

Vedi Cass. Pen. 25 febbraio 1999, n. 2501; Cass. Pen. 29 aprile 2010, n. 16579; Cass. Pen. 26 aprile 2011, n. 16388.

Cass. Pen., sez. V, 15 luglio 2011, n. 28077 - Pres. Calabrese - Est. Fumo - L.G.

2. Non integra il reato di bancarotta per distrazione ma quello di bancarotta preferenziale il liquidatore che riconosca a se stesso il credito vantato nei confronti della società fallita o fallenda e lo incassi; infatti, il fatto che attraverso tale condotta favorisca se stesso e non un qualsiasi creditore non impedisce che sussista l'ipotesi di cui all'art. 216, comma terzo, L.fall., mentre la particolare gravità della condotta, consistente nell'approfittamento di una posizione di privilegio può essere apprezzata in sede di trattamento sanzionatorio, ben potendo l'autoliquidazione valutarsi, ai fini della pena, condotta più grave sotto il profilo soggettivo ed oggettivo, rispetto ad altre condotte preferenziali.

Vedi Cass. Pen. 7 luglio 2006, n. 23730; Cass. Pen. 21 novembre 2006, n. 38149; Cass. Pen. 26 novembre 2007, n. 43869; Cass. Pen. 12 dicembre 2007, n. 46301; Cass. Pen. 7 giugno 2010, n. 21570; Cass. Pen. 18 maggio 2007, n. 19557; Cass. Pen. 30 aprile 2008, n. 17616; Cass. Pen. 12 luglio 2007, n. 27343.

Cass. Pen., sez. V, 17 ottobre 2011, n. 37370 - Pres. Marasca - D.S.L.

3. In tema di reati fallimentari, integra la distrazione rilevante ai fini della bancarotta fraudolenta patrimoniale il trasferimento di risorse tra società appartenenti allo stesso gruppo, effettuato, senza alcuna contropartita economica, da società che versino in gravi difficoltà finanziarie a vantaggio di società in difficoltà economiche, po-

sto che, in tal caso, nessuna prognosi fausta dell'operazione può essere consentita.

Vedi Cass. Pen. 22 settembre 2009, n. 36595; Cass. Pen. 4 giugno 2010, n. 21251.

Art. 217

Cass. Pen., sez. V, 25 maggio 2011, n. 20911 - Pres. Calabrese - G.F.

1. Il delitto di bancarotta semplice (art. 217 l.fall.) è reato di pericolo presunto che, mirando ad evitare che sussistano ostacoli alla attività di ricostruzione del patrimonio aziendale e dei movimenti che lo hanno costituito, persegue la finalità di consentire ai creditori l'esatta conoscenza della consistenza patrimoniale, sulla quale possano soddisfarsi. Pertanto, la fattispecie incriminatrice - consistendo nel mero inadempimento di un precetto formale (il comportamento imposto all'imprenditore dall'art. 2214 c.c.) - integra un reato di mera condotta, che si realizza anche quando non si verifichi, in concreto, danno per i creditori. L'obbligo di tenere le scritture contabili non viene meno se l'azienda non abbia formalmente cessato l'attività, anche se manchino passività insolite, ma viene meno solo quando la cessazione dell'attività commerciale sia formalizzata con la cancellazione dal registro delle imprese.

Vedi Cass. Pen. 17 aprile 2000, n. 4727; Cass. Pen. 30 settembre 2005, n. 35168; Cass. Pen. 18 aprile 2011, n. 15516.

LIBRI

CODICI LEGALI IPSOA

CODICE PENALE CODICE DI PROCEDURA PENALE

Curatori: Giovanni Fiandaca - Angelo Giarda

L'Opera propone:

- il testo aggiornato del **Codice penale** e del **Codice di procedura penale** e una ricca raccolta di **leggi speciali** suddivise per materia;
- la sezione **Giurisprudenza**, che riporta le massime delle Sezioni Unite della Cassazione penale (segnalate con una bilancina posta prima di ciascun articolo dei codici);
- le **note procedurali** segnalate per ciascun tipo di reato previsto dal codice penale;
- l'**aggiornamento on-line**, compreso nel prezzo, del testo dei codici

Il volume è **AGGIORNATO, DA ULTIMO**, con:

- la **l. 26 febbraio 2011, n. 10** (conver-

sione del decreto c.d. "milleproroghe");

- la **l. 3 febbraio 2011, n. 4** (etichettatura e qualità dei prodotti alimentari);
- la **l. 25 novembre 2010, n. 199** (c.d. legge "svuota carceri");
- la **l. 4 novembre 2010, n. 201** ("protezione degli animali da compagnia").

XV edizione
Ipsoa 2011, Euro 30,00

Per informazioni e acquisti

- **Servizio Informazioni Commerciali**
(tel. 02.82476794 - fax 02.82476403)
- **Agente Ipsoa di zona** (www.ipsoa.it/agenzie)
- <http://shop.wki.it/lpsoa>



Massimario di merito

a cura di **Federica Commisso** e **Edoardo Staunovo-Polacco**

LEGGE FALLIMENTARE

Art. 15

Trib. Benevento 1 dicembre 2011 - Pres. ed est. Monteleone

1. Qualora venga depositata una domanda di ammissione a concordato preventivo in pendenza di istruttoria prefallimentare, il Tribunale può disporre in via cautelare, ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 15 l.fall., che le somme dovute da terzi al debitore fallendo vengano depositate su di un libretto vincolato all'ordine del tribunale fallimentare.

Art. 67

App. Torino 21 dicembre 2011 - Pres. Griffey - Est. Mazzitelli

1. Il negozio oggetto di revocatoria fallimentare costituisce, per la frode che lo caratterizza, fatto illecito rispetto alle parti che lo pongono in essere, per effetto della violazione del principio generale che permea l'istituto del fallimento, vale a dire l'osservanza della *par condicio creditorum*.

Art. 71

App. Torino 21 dicembre 2011 - Pres. Griffey - Est. Mazzitelli

1. Il credito del terzo revocato, oggetto di ammissione al passivo ai sensi dell'art. 71 l.fall., coincide con il credito estinto con il pagamento o con l'atto revocato e non insorge *ex novo* per effetto della sentenza di revocatoria; in caso di negozi con prestazioni corrispettive e di trasferimenti di beni dal debitore fallito ad un terzo acquirente, il credito oggetto di ammissione è costituito dal prezzo del bene restituito alla procedura per effetto della revoca, oltre ad eventuali migliorie e spese di conservazione del bene; nell'ipotesi invece del trasferimento del bene dal terzo al debitore fallito, una volta restituito il prezzo l'insinuazione avverrà per il controvalore economico del bene dapprima trasferito ed ormai inserito nell'attivo fallimentare.

App. Torino 21 dicembre 2011 - Pres. Griffey - Est. Mazzitelli

2. L'insinuazione al passivo del terzo revocato ai sensi dell'art. 71 l.fall. presuppone l'integrale adempimento da parte dell'istante delle obbligazioni conseguenti alla sentenza di revocatoria fallimentare, quale presupposto dell'esercizio dell'azione, che non consente un'ammissione proporzionale o graduale in relazione ad eventuali restituzioni parziali.

Art. 78

Trib. Prato 18 gennaio 2012, decr. - Pres. Genovese - Est. Acerbi

1. Con riferimento al contratto di agenzia, in virtù del peculiare carattere fiduciario del rapporto di preposizione, in caso di fallimento, non è applicabile la nuova regola generale contenuta nell'art. 72 l.fall., ed anzi il contratto si scioglie *ope legis*, con esclusione del diritto dell'agente alla corresponsione delle indennità per cessato rapporto e di mancato preavviso, in conseguenza dell'operatività dello scioglimento del contratto per causa indipendente dalla volontà della parti.

Art. 96

Trib. Verona 28 gennaio 2011, decr. - Pres. D'Amico - Est. Fontana

1. Per il riconoscimento del privilegio *ex art. 2751 bis n. 2 c.c.* al compenso spettante all'avvocato, si deve considerare, per quanto concerne i diritti, l'attività espletata del biennio antecedente la cessazione del rapporto (non necessariamente coincidente con il fallimento), essendo inevitabile per tale voce il frazionamento delle singole attività del professionista, mentre per gli onorari si deve fare riferimento a quelli maturati alla cessazione dell'incarico, con valutazione dell'attività nella sua integralità.

Art. 111

Trib. Verona 28 gennaio 2011, decr. - Pres. D'Amico - Est. Fontana

1. L'introduzione dell'art. 182 *quater* l.fall., limitando espressamente la possibilità di riconoscere la prededuzione al credito maturato dal professionista attestatore *ex art. 161 terzo comma l.fall.*, comporta l'esclusione del riconoscimento automatico del beneficio della prededuzione in favore di professionisti che abbiano svolto attività diverse dall'attestazione in epoca antecedente al decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo; diversamente si finirebbe per riconoscere la prededuzione al professionista che ha assistito il debitore nella presentazione della domanda sempre ed indipendentemente da una valutazione dell'organo giurisdizionale, creando così una ingiustificata disparità.

Art. 142

Trib. Udine 13 gennaio 2012, decr. - Pres. Bottan - Est. Pellizzoni

1. Il beneficio dell'esdebitazione è ammissibile anche per i soci persone fisiche illimitatamente responsabili di società di persone, dichiarati falliti a seguito del fallimento della società.

Trib. Udine 13 gennaio 2012, decr. - Pres. Bottan - Est. Pellizzoni

2. L'esdebitazione non può essere concessa qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali, dovendo intendersi con tale espressione che la condizione per la concessione del beneficio può ritenersi integrata anche quando taluni di essi non siano stati affatto pagati, senza distinzione fra creditori privilegiati e creditori chirografari, essendo rimessa alla prudente valutazione del giudice di merito la comparazione di tale consistenza rispetto a quanto complessivamente dovuto; con la conseguenza, che è necessario di volta in volta valutare in riferimento alle concrete risultanze delle ripartizioni dell'attivo se il pagamento parziale dei soli creditori privilegiati integri o meno il requisito richiesto, tenuto conto dell'entità del passivo privilegiato e della relativa consistenza dei beni su cui si esercita la prelazione, rispetto all'ammontare complessivo dell'esposizione debitoria accertata.

Art. 146

Trib. Lecce 27 dicembre 2011 - Pres. ed est. Silvestrini

1. Il curatore del fallimento di una S.r.l. è legittimato ad esercitare l'azione di responsabilità dei creditori sociali.

Trib. Lecce 27 dicembre 2011 - Pres. ed est. Silvestrini

2. Il termine quinquennale di prescrizione dell'azione di responsabilità dei creditori sociali inizia a decorrere dal momento in cui si manifesta l'insufficienza del patrimonio sociale; pertanto, nel caso di patrimonio netto negativo risultante dal bilancio, il *dies a quo* della prescrizione va individuato nel giorno di deposito dello stesso presso il registro delle imprese.

Trib. Lecce 27 dicembre 2011 - Pres. ed est. Silvestrini

3. Non costituisce danno risarcibile per i creditori sociali l'aggravamento del dissesto conseguente a "nuove operazioni", vietate ex art. 2486 c.c., ove al momento del verificarsi di una causa di scioglimento vi sia già una situazione di sbilancio patrimoniale negativo.

Trib. Lecce 27 dicembre 2011 - Pres. ed est. Silvestrini

4. L'art. 2393, quarto comma, c.c. non è applicabile all'azione sociale di responsabilità svolta dal curatore nei confronti dei sindaci; pertanto, il termine di prescrizione di tale azione inizia a decorrere non dalla data di cessazione dalla carica, ma dal momento in cui il danno si sia verificato, a prescindere dalla sua esteriorizzazione, salvo che vi sia stato il doloso occultamento del danno.

Art. 186

Trib. Siracusa 11 novembre 2011, decr. - Pres. Polto - Est. Leuzzi

1. Il concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori può essere risolto a norma dell'art. 186 l.fall. solo se emerge che esso sia venuto meno alla sua funzione, in quanto, secondo il prudente apprezzamento del giudi-

ce del merito, le somme ricavabili dalla liquidazione dei beni ceduti si mostrino oggettivamente 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, nell'obiettiva impossibilità sopravvenuta di attuare le condizioni minime previste dalla legge fallimentare.

Trib. Siracusa 11 novembre 2011, decr. - Pres. Polto - Est. Leuzzi

2. Nel concordato preventivo con cessione dei beni i singoli diritti di credito non sono suscettibili d'esser fatti valere fintantoché non siano stati liquidati i beni, con la conseguenza che le prescrizioni inizieranno a maturare solo da quel momento.

Leggi diverse

Amministrazione straordinaria

App. Torino 20 gennaio 2012 - Pres. Griffey - Est. Stalla - M.B.F.N. in a.s. c. Fall. F.N. S.p.a.

1. In tema di amministrazione straordinaria c.d. "di gruppo", il Tribunale adito per la dichiarazione di insolvenza ex artt. 3 e seguenti D.Lgs. n. 270/1999 non può compiere alcuna valutazione in merito alla sussistenza dei presupposti oggettivi per l'estensione alla società debitrice della procedura di amministrazione straordinaria della società madre; la sede deputata a tale valutazione è infatti quella di cui all'art. 30 del D.Lgs. n. 270/1999, che giunge al termine della fase c.d. "diagnostica" della procedura e, di conseguenza, nella sede di cui all'art. 3 il Tribunale non può dichiarare il fallimento anziché lo stato d'insolvenza ravvisando anticipatamente l'assenza di quei requisiti (nella specie, il Tribunale aveva dichiarato il fallimento per esigenze di economia processuale escludendo la raggiungibilità degli obiettivi della procedura sulla base dei dati contenuti nella relazione ex art. 173 l.fall. dei commissari giudiziali del concordato preventivo).

App. Torino 20 gennaio 2012 - Pres. Griffey - Est. Stalla - M.B.F.N. in a.s. c. Fall. F.N. S.p.a.

2. In sede di reclamo contro la sentenza dichiarativa di fallimento, la Corte d'Appello che ritenga che il Tribunale abbia illegittimamente aperto la procedura fallimentare anziché dichiarare lo stato d'insolvenza ex art. 3, D.Lgs. n. 270/1999 deve mantenere fermo il nucleo sostanziale implicito della sentenza di fallimento, ossia la dichiarazione dello stato d'insolvenza, revocare la decisione solo nella parte in cui ha fatto discendere la contestuale apertura del fallimento, anziché della fase diagnostica dell'amministrazione straordinaria, e rimettere gli atti al Tribunale unicamente per l'adozione dei provvedimenti che conseguono alla dichiarazione dello stato d'insolvenza (a cominciare dalla nomina dei commissari giudiziali per le attività e le valutazioni di loro competenza).

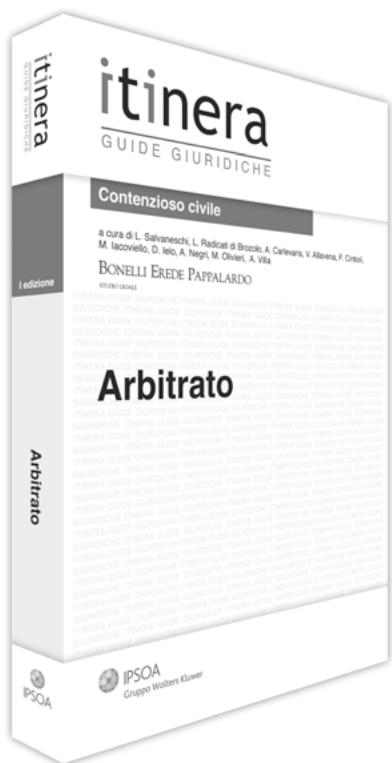
Contenzioso civile

a cura di

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

BONELLI EREDE PAPPALARDO

STUDIO LEGALE



Arbitrato

Il volume, curato dallo **Studio Bonelli Erede Pappalardo**, leader assoluto nell'ambito del contenzioso civile, affronta con un approccio **sistematico** e un taglio **assertivo** tutti gli aspetti relativi all'**arbitrato**.

In particolare viene analizzato:

- l'**arbitrato di diritto comune** (arbitrato rituale e irrituale, procedimento, istruzione probatoria e lodo);
- l'**arbitrato internazionale ed estero**;
- l'**arbitrato societario** (esteso anche all'arbitrato amministrato dalla Camera di Conciliazione e arbitrato presso la Consob e all'arbitrato bancario e finanziario);
- gli **arbitrati speciali** (nel diritto del lavoro e nelle materie di giurisdizione amministrativa).

Nella trattazione dei singoli istituti, sono contemplati tutti i profili attinenti al tema trattato: sostanziali, processuali e fiscali (laddove presenti).

Arricchiscono e completano l'opera **case history**, **esempi**, **schemi riepilogativi**, **approfondimenti** ed un dettagliato **indice analitico**.

Il volume è disponibile anche in **formato e-book**.



IPSOA
Gruppo Wolters Kluwer

Compili subito il coupon, e lo invii via fax allo **02.82476403**.
Può acquistare anche on line su www.shopwki.it oppure può
contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzia)
o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

(00110186) Sì, desidero acquistare il volume **Arbitrato**, a cura dello Studio Bonelli Erede Pappalardo a **€ 57,00**.

Cognome e Nome	Azienda/Studio
Via	CAP
Città	
Tel.	Fax
e-mail (obbligatoria):	Cod. cliente
Partita IVA	C.F.

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diners (14 cifre)

n° _____ Data di scadenza _____

Nome e indirizzo titolare carta di credito _____

Timbro e firma _____

TRATTAMENTO DATI PERSONALI
I dati personali saranno 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 saranno 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. 196/03, 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-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

* Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.Lgs. n. 185/1999. Decorsi 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.

L'esdebitazione

a cura di **Gianfranco Pellizzoni**

Un itinerario della giurisprudenza in tema di esdebitazione non può che prendere le mosse dalle prime pronunzie dei giudici di merito, anche in tema di disciplina intemporale dell'istituto e regime transitorio, fino all'esame degli interventi della Corte Costituzionale e alle più recenti decisioni della Suprema Corte, che hanno disegnato alcuni punti fermi circa la portata della recente normativa, in precedenza del tutto sconosciuta al nostro ordinamento e sull'interpretazione di una serie di disposizioni non sempre di facile lettura, che hanno dato adito a soluzioni divergenti, se non diametralmente opposte da parte degli interpreti.

Premessa storica

Un itinerario della giurisprudenza in tema di esdebitazione non può che prendere le mosse dalle prime pronunzie dei giudici di merito, anche in tema di disciplina intemporale e regime transitorio, fino all'esame degli interventi della Corte Costituzionale e alle più recenti decisioni della Suprema Corte, che sembrano aver disegnato alcuni punti fermi sulla portata della recente normativa, in precedenza del tutto sconosciuta al nostro ordinamento e sull'interpretazione di una serie di disposizioni non sempre di facile lettura, che hanno dato adito a soluzioni divergenti, se non diametralmente opposte da parte degli interpreti.

L'introduzione di tale istituto nel nostro ordinamento d'altro canto si imponeva, non solo in termini di adeguamento al nuovo spirito della riforma della legge fallimentare, improntata ad una concezione non più punitiva della procedura e quindi alla parallela abrogazione del beneficio della riabilitazione (anche per i fallimenti di vecchio rito, v. Corte. Cost., 25 febbraio 2008, n. 39 e Cass., 26 febbraio 2009, n. 308), non più necessaria alla luce dell'eliminazione di una serie di sanzioni negative connesse alla dichiarazione di fallimento della persona fisica e legate ad una concezione risalente nel tempo dell'istituto, ma anche di adeguamento alla legislazione dei principali paesi stranieri, le cui realtà, se pur con differenze significative, conoscevano ormai da anni forme di liberazione del debitore persona fisica e spesso anche giuridica, essendo tale beneficio di lontana origine britannica e statunitense, ormai entrato anche nella esperienze legislative di paesi dell'Europa continentale come la Germania, la Francia e il Belgio.

I requisiti soggettivi

Il dichiarato scopo prefissosi dal legislatore con l'introduzione del beneficio della liberazione dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali rimasti insoddisfatti, risultante dalla relazione illustrativa, era rappresentato dalla volontà di consentire il recupero dell'attività economica del fallito per permettergli un nuovo inizio, una volta azzerate tutte le posizioni debitorie, accordandogli un'ulteriore opportunità di successo imprenditoriale, senza la necessità di ricorrere a familiari o prestanomi compiacenti, secondo una prassi largamente diffusa nel nostro paese, anche se l'ambito di operatività della nuova disciplina, diversamente che in altre esperienze legislative, è ristretto ai soli soggetti - persone fisiche - fallibili, con esclusione non solo delle società o in genere degli enti collettivi, ma anche dell'insolvente civile, nonché degli imprenditori agricoli e dei piccoli imprenditori commerciali non fallibili, dei professionisti, degli imprenditori individuali e collettivi che non svolgano attività commerciale, oltre che dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di regresso, analogamente a quanto previsto dagli artt. 135 e 184 l.fall. nell'ipotesi di concordato fallimentare e di concordato preventivo (sugli scopi perseguiti dal legislatore e sul favor per il fallito pone l'accento Cass., Sez. Un., 18 novembre 2011, n. 24124, in questa *Rivista*, 3, 2012, con nota di M. Ferro, su cui si ritornerà più avanti).

Nel novero dei soggetti esclusi sono state inserite anche le società, tanto di capitali, quanto di persone e in genere tutte le imprese di natura collettiva, sulla base della considerazione che le società possono conseguire l'esdebitazione attraverso il ricorso al concordato fallimentare, mentre nel caso di chiusura del fallimento per integrale ripartizione o per insussistenza dell'attivo, ai sensi dell'art. 118, primo comma, nn. 3 e 4 l.fall., la legge prevede che il curatore provveda alla cancellazione della società dal registro delle imprese, anche se tale soluzione ha destato non poche perplessità in chi non vede un assoluto automatismo fra chiusura del fallimento per integrale ripartizione o per insussistenza dell'attivo e cancellazione della società, ben potendo la concessione del beneficio della liberazione dei debiti essere concessa anche con il decreto di chiusura e quindi prima che la società venga cancellata dal registro delle imprese e non essendo necessariamente il fallimento causa di estinzione della società di capitali ai sensi del riformato art. 2484 c.c. nel testo introdotto con il D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 (diversamente da quanto ancora previsto per le società di persone, ex artt. 2308 e 2323 c.c.).

I dubbi di costituzionalità

Si deve escludere in tale ottica che possano fruire di tale beneficio anche i soci di società di capitali con unico socio, che rivestono in tale circostanza la qualifica di fideiussori *ex lege*, atteso che, secondo la giurisprudenza di legittimità, elaborata in tema di esdebitazione nel concordato, l'estensione dell'efficacia del concordato preventivo di una società ai soci illimitatamente responsabili, opera solo nei casi in cui l'illimitata e solidale responsabilità derivi dal tipo legale prescelto all'atto della costituzione della società, per tutti i soci (come nella società in nome collettivo) o per una categoria di essi (come nella società in accomandita) e non si verifica, invece, quando la illimitata responsabilità sia ricollegata dalla legge a situazioni contingenti, quale quella dell'unico socio di una S.r.l., regolata dall'ordinamento in deroga al principio della esclusiva responsabilità della società di capitali (art. 2497, c.c.), con la conseguenza che l'unico socio è obbligato a pagare il debito sorto nel periodo in cui le quote sono appartenute a lui solo (cfr. Cass. 8 febbraio 2005, n. 2532).

Questa limitazione ai soli soggetti fallibili come persone fisiche dell'ambito di applicazione dell'istituto fissata dall'art. 142 l.fall. ha destato fin dal suo primo apparire non pochi dubbi di costituzionalità della riformata disciplina, sotto il profilo della possibile violazione del principio di eguaglianza sancito dall'art. 3 della Costituzione e anche di deroga ai principi - parimenti di rango costituzionale - di tutela della proprietà privata, che ricomprende nel suo ambito anche i diritti di credito e della illimitata responsabilità del debitore, il quale risponde delle obbligazioni assunte con tutto il suo patrimonio, sulla base di un principio di eguaglianza sancito dall'art. 2740 c.c., trovando quasi immediata eco nell'ordinanza di data 20 dicembre 2006 del Trib. Bolzano (in *// Merito*, 2007, 7/8, 38), che ha sollevato la questione di legittimità della norma in riferimento all'art. 3 della Costituzione, rilevando l'irrazionalità della scelta del legislatore di circoscrivere l'ambito applicativo dell'istituto ai soli imprenditori fallibili, con esclusione da tale novero di tutto il vasto mondo degli imprenditori non assoggettabili a fallimento per ragioni dimensionali o dei soggetti esclusi dal fallimento, in quanto non rivestono la qualifica di imprenditori commerciali, sull'assunto di una fondamentale ingiustizia giuridica e morale di tale discrezionale scelta.

Il dubbio sulla costituzionalità non ha trovato peraltro ascolto presso la Corte Costituzionale, la quale, senza entrare nel merito della problematica, ha dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata dal rimettente, essendo la stessa manifestamente inammissibile, in quanto relativa a norma temporalmente non applicabile alla fattispecie, trattandosi di procedura chiusa prima del 16 luglio 2006 e formulata in modo contraddittorio, avendo il Trib. Bolzano dubitato da un lato dell'opportunità dell'inserimento dell'istituto nel nostro ordinamento e dall'altro della sua limitazione ai soli imprenditori o soggetti fallibili (cfr. Corte Costituzionale, 30 novembre 2007, n. 441, in *Foro it.*, 2008, I, 6, con nota di Fabiani).

Vi è peraltro chi ha sottolineato come la tesi della contrarietà della concessione del beneficio della liberazione dei debiti nei soli confronti della persona fisica dichiarata fallita al principio di eguaglianza sia discutibile, in quanto le posizioni dell'imprenditore individuale fallibile o del socio illimitatamente responsabile non siano perfettamente sovrapponibili e omogenee con quelle dell'insolvente civile o comunque dell'imprenditore non sottoponibile a fallimento per mancanza dei limiti dimensionali previsti dall'art. 1 l.fall., atteso che questi ultimi soggetti insolventi sono destinatari delle sole azioni esecutive individuali, mentre i primi subiscono a causa del fallimento un quasi completo spossessamento, venendo privati dell'amministrazione e della disponibilità dei propri beni, oltre ad essere esposti alle incapacità e alle sanzioni penali previste dalla legge, anche se tale presunta differenza di trattamento non appare particolarmente pregnante, ove si osservi che l'esdebitazione opera dopo la chiusura del fallimento, sotto il profilo sostanziale, come forma di limitazione della responsabilità patrimoniale ai soli beni esistenti alla data della dichiarazione di fallimento e a quelli acquisiti in corso di procedura, o di limitazione dei debiti, secondo una diversa opinione, quando i creditori possono nuovamente aggredire il patrimonio del soggetto fallito tornato *in bonis*.

Il legislatore ha tenuto conto delle critiche sollevate dapprima estendendo nel nostro ordinamento con l'articolo 23 del D.L. 6 luglio 2011, comma 43, agli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza la possibilità di accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti ed alla transazione fiscale previsti di cui agli artt. 182 *bis* e 182 *ter* l.fall. e poi introducendo con il D.L. 22 dicembre 2011, n. 212 recante "Disposizioni urgenti in materia di composizione della crisi da sovraindebitamento" (ora sostituite dagli artt. 6-20 della L. 27 gennaio 2012, n. 3, contenente disposizioni in materia di usura e di estorsione, nonché di composizione della crisi da indebitamento), la possibilità anche per l'insolvente civile e il consumatore insolvente, cui non siano applicabili le disposizioni sulle procedure concorsuali, di proporre ai creditori un accordo di ristrutturazione dei debiti, in tal modo dando attuazione a quella che era una previsione contenuta nello schema di disegno di legge delega della commissione Trevisanato, che contemplava una procedura di liquidazione concorsuale applicabile, con forme e modalità semplificate, al piccolo imprenditore insolvente, individuale e collettivo.

L'esclusione delle società dal novero dei soggetti ammessi al beneficio dell'esdebitazione non preclude tuttavia che i soci persone fisiche di società illimitatamente responsabili possano godere della liberazione dai debiti rimasti inadempiti nel corso della procedura fallimentare, in ri-

ferimento all'estensione del fallimento sociale anche alla loro persona, in forza della responsabilità illimitata e solidale per le obbligazioni sociali sancite dagli artt. 2267 e 2268 c.c.

La formulazione dell'art. 142, primo comma, l.fall. che ammette a fruire del beneficio il "fallito persona fisica" e non il fallito quale imprenditore individuale, fa ritenere applicabile la normativa in esame non solo a tale figura, ma anche ai soci illimitatamente responsabili delle società in nome collettivo e in accomandita semplice e per azioni, in base alla considerazione che l'art. 147, primo comma, l.fall., presuppone una omogeneità delle due posizioni di imprenditore individuale e di socio illimitatamente responsabile (cfr. in tal senso Trib. Roma 21 settembre 2010, in www.ilcaso.it, nonché Trib. Roma 7 ottobre 2009) e quindi a prescindere dalla circostanza che i soci vengano dichiarati falliti non in quanto imprenditori, ma in quanto soci illimitatamente responsabili, riguardando tale beneficio non solo i debiti particolari dei soci, ma anche le obbligazioni sociali contratte in qualità di soggetti illimitatamente e solidalmente responsabili con la società, se pur in via sussidiaria, incidendo il fallimento dell'ente collettivo direttamente nella sfera patrimoniale dei soci (v. Trib. Udine 13 gennaio 2012, in www.Unijuris.it).

La meritevolezza

Il beneficio della liberazione del debitore presuppone ai sensi dell'art. 142, secondo comma, l.fall. il possesso da parte del fallito di alcuni requisiti di "meritevolezza" e la sussistenza di altre condizioni, riguardanti il suo comportamento nel corso della procedura e nell'esercizio dell'impresa, dovendo egli aver collaborato con gli organi della procedura, costituendo condizioni ostative l'aver distratto l'attivo, esposto passività inesistenti, cagionato o aggravato il dissesto, fatto ricorso abusivo al credito, aver subito condanne penali con sentenza passata in giudicato per determinati delitti. La Suprema Corte occupandosi proprio della problematica relativa al dovere di collaborazione del fallito, in un caso in cui era stato proposto reclamo ex art. 26 l.fall., poi dichiarato inammissibile nella sede di legittimità, avverso il decreto di trasferimento di immobile acquisito alla procedura e all'impugnativa, poi rinunciata, del rendiconto del curatore e dell'affitto d'azienda, concesso per canoni inadeguati ad una terza società costituita da un familiare e senza che all'apertura della procedura seguisse l'immediato rilascio del bene, con conseguente necessità di azioni recuperatorie da parte del curatore, ha affermato che il beneficio della liberazione del fallito persona fisica dai debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti richiede, che il fallito "non abbia in alcun modo ritardato la procedura", assumendo cioè un comportamento antiggiuridico di ostacolo alla sua ragionevole durata, in tale comportamento dovendosi far rientrare tanto il promuovimento di qualsiasi iniziativa giudiziaria che si sia rivelata infondata e pretestuosa, tale da ritenersi proposta con l'unica finalità del citato ritardo, quanto gli atti di disposizione del proprio patrimonio, anche posti in essere prima del fallimento, già nella consapevolezza della irreversibilità del dissesto ed alternativi alla tempestiva domanda di fallimento in proprio. (cfr. Cass., 23 maggio 2011, n. 11279, in *Giur. It.*, 2001, 2095 ss. con nota di M. Spiotta anche in riferimento a Cass., 13 giugno 2011, n. 12936, in tema di ragionevole durata del fallimento, v. nota 20, p. 2097 e in *Dir. Fall.*, n. 6, 2011, 652, con nota di A. Cerrato).

Tale pronuncia confermando la decisione adottata dapprima dal Tribunale di Rimini e poi dalla Corte d'Appello di Bologna, che avevano negato l'esdebitazione, per mancanza di meritevolezza, ha pertanto chiarito che ritardare è sinonimo di ostacolare, contribuendo ad una irragionevole durata della procedura, non solo ponendo ostacoli al curatore durante il fallimento, ma anche omettendo di chiedere il proprio fallimento e compiendo atti dispositivi che rendano più difficile e lungo per gli organi fallimentari il recupero dei beni all'attivo del fallimento, sostanzialmente chiudendo quelli spazi che il legislatore sembrerebbe ad una affrettata lettura aver lasciati aperti (v. anche Trib. Bari 24 novembre 2008, in www.giurisprudenzabarese.it, 2008).

La Corte ha pure preso posizione su un aspetto delle condizioni ostative che aveva visto la dottrina divisa fra chi riteneva irrilevante la condotta del fallito nella fase antecedente all'apertura della procedura, basandosi sul dato testuale dell'art. 142, primo comma, n. 2 che fa riferimento allo "svolgimento della procedura" e sembra quindi non considerare l'eventuale ritardo dell'imprenditore insolvente nella presentazione dell'istanza di fallimento in proprio al fine di evitare l'aggravarsi del dissesto e chi invece in senso diametralmente opposto aveva sostenuto che una tale condotta volta a procrastinare l'apertura del fallimento e a ritardarne indirettamente lo svolgimento, fosse ostativa alla concessione del beneficio, anche perché gli atti di intralcio posti in essere dal fallito nel corso della procedura rientrerebbero già nelle condizioni previste dal punto n. 1 dello stesso comma della norma citata e occupandosi - per inciso - anche del diverso problema della rilevanza della sentenza penale di patteggiamento per il reato di bancarotta fraudolenta, pur ritenendo tale aspetto irrilevante ai fini della decisione, in quanto assorbito dal primo motivo di rigetto, ha affermato che sebbene priva di efficacia di giudicato nel processo civile, la stessa costituisce pur sempre un utile indizio sulla condotta tenuta dall'imprenditore fallito ed è pertanto ostativa al beneficio della concessione dell'esdebitazione, così come - d'altro canto - sotto il vigore della legge del 1942 era di ostacolo al beneficio della riabilitazione (v. Trib. Padova 27 giugno 1997, in questa *Rivista*, 1988, 211 e più in generale sulla rilevanza nel processo civile del patteggiamento in sede penale v. da ultimo Trib. Firenze 30 maggio 2011, in www.dirittoegiustizia.it e in sede di legittimità Cass. 20 luglio 2011, n. 15889 e Cass., Sez. Un., 9 aprile 2008, n. 9166).

Per contro di segno diametralmente opposto era stata la soluzione adottata dal Tribunale di Pia-

Le altre condizioni necessarie

cenza (v. Trib. Piacenza 8 maggio 2008, in [www.ilcaso.it](#)) e dal Tribunale di Pordenone (v. Trib. Pordenone 15 luglio 2010, in [www.unijuris.it](#)), che avevano ritenuto non ostativa alla concessione del beneficio della liberazione dei debiti la presenza di una sentenza penale di patteggiamento, in quanto «... l'applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 445 c.p.p. per i reati di bancarotta, posto che tale forma di applicazione della pena costituisce una condanna sui generis che non può contenere una dichiarazione di colpevolezza né indicazione di una condanna e che in base all'art. 445 cpc l'estinzione del reato comporta l'estinzione di ogni effetto penale».

L'art. 142 l.fall. pone un'ulteriore condizione per poter godere del beneficio, affermando che l'esdebitazione non può essere concessa «...qualora non siano stati soddisfatti, neppure in parte, i creditori concorsuali», senza indicare una soglia minima di soddisfazione dei creditori ammessi al passivo, con una scelta che già ai primi commentatori era apparsa assai discutibile, potendo la norma venir interpretata tanto nel senso che la percentuale di soddisfazione possa anche essere minima e circoscritta ad una sola parte dei creditori privilegiati, nell'ottica di evitare che l'operatività dell'istituto sia estremamente ridotta, quanto nel senso invece di permettere l'accesso al beneficio della liberazione del debitore solo quando tutti i creditori siano stati pagati almeno in parte e quindi vi sia stato il pagamento integrale dei creditori privilegiati (pur nel limite della capienza dei beni) e il pagamento in percentuale, dei creditori chirografari, con esclusione invece in tutti i casi del beneficio quando vi sia stato il pagamento parziale o totale dei soli crediti di massa (o prededucibili), in quanto l'art. 142, secondo comma fa riferimento ai creditori concorsuali, fra i quali non rientrano tali crediti.

Tali divergenti interpretazioni - l'una basata sul dato testuale che non sembra fare riferimento al pagamento di tutti i crediti, se pur in percentuale, ma al pagamento parziale dei creditori - e l'altra su una lettura sistematica del testo normativo e quindi anche delle disposizioni degli artt. 143 e 144 l.fall., che fanno riferimento a debiti non soddisfatti integralmente e non semplicemente a debiti non soddisfatti, alludendo ad un pagamento effettivamente avvenuto e all'operare del beneficio anche nei confronti dei creditori concorsuali non insinuati, limitatamente alle eccedenze rispetto alla percentuale attribuita ai creditori nel concorso, implicando sul piano logico la necessità di un soddisfacimento almeno parziale di tutti i creditori senza alcuna distinzioni fra creditori privilegiati e chirografari, hanno trovato eco nella giurisprudenza di merito, ove si sono ben presto contrapposte, anche se con accenti diversi, entrambe le tesi (e la seconda apparentemente confortata dalla stessa Corte Costituzionale nella sentenza di data 30 maggio 2008, n. 181 che nell'affrontare la problematica della mancata previsione di un contraddittorio effettivo con i creditori concorrenti non integralmente soddisfatti, sembrava aver interpretato il testo nel senso di creditori rimasti solo parzialmente soddisfatti, escludendo quindi l'applicabilità del beneficio nella diversa ipotesi di creditori rimasti totalmente incapiienti), fino alla menzionata recente pronuncia del Supremo Collegio a Sezioni Unite, che ha composto il contrasto interpretativo con una soluzione, tuttavia, non completamente appagante soprattutto sul piano dell'uniformità di trattamento di tutti i creditori e della certezza del diritto, in quanto lascia al giudizio del singolo Tribunale la valutazione se la percentuale di soddisfazione possa dirsi sufficiente o meno in relazione alle circostanze del caso concreto, rappresentate dall'entità dei debiti e dell'attivo disponibile, criteri questi quanto mai labili e ben difficilmente definibili, pur dovendosi dare atto dello sforzo esegetico della Corte, di fronte all'ambiguità del testo normativo e alla discutibile scelta legislativa di non fissare una soglia minima per il godimento del beneficio.

I contrastanti indirizzi dei giudici di merito

Al primo orientamento improntato ad una posizione di favore verso il debitore e alla possibilità di ripartenza nell'attività economica, senza il fardello dei debiti pregressi e alla considerazione che nella maggior parte dei fallimenti l'attivo si attesta su valori che possono consentire a malapena il soddisfacimento dei creditori privilegiati o in molti casi il pagamento in percentuale solo di talune di tali categorie, con conseguente marginalità dell'istituto in caso di applicazione della tesi più rigorosa, hanno aderito una serie di pronunzie di giudici di merito (cfr. *ex multis*, Trib. Piacenza 8 maggio 2008, in [www.ilcaso.it](#), 2008; Trib. Mantova 3 aprile 2008, *ivi*; Trib. Firenze 2 aprile 2008, in *Toscana giur.*, 2008, 166; App. Ancona 12 dicembre 2008, in questa *Rivista*, 2009, 1184; Trib. Taranto 22 ottobre 2008, *ivi*, 1187 e Trib. Vicenza, 1 novembre 2009, in [www.ilcaso.it](#)), facendo leva sulla volontà del legislatore, emergente dalla stessa legge delega, che il beneficio della liberazione dei debiti debba essere esteso a tutti i "debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti" siano essi parzialmente o totalmente pagati in sede concorsuale e sulla considerazione che la tesi restrittiva divergerebbe dallo spirito premiale che informa il nuovo strumento processuale volto a favorire la ripartenza dell'imprenditore, sollevandolo dal pesante fardello della responsabilità patrimoniale, una volta che tutti i suoi beni anteriori alla dichiarazione di fallimento o acquisiti in corso di procedura siano stati liquidati, consentendo il recupero più sollecito possibile di tutte le energie imprigionate nel fallimento, ottenendo in caso contrario il risultato di imporre il pagamento integrale, sempre e comunque, di tutti i creditori privilegiati in contrasto con lo spirito "aperto" della riforma e con lo stesso dettato normativo che non distingue affatto tra classi di creditori e sembra aver abbandonato anche per altri istituti - quali il concordato preventivo e quel-

lo fallimentare - l'obbligatorietà del soddisfacimento totale di alcune categorie di creditori (v. sul punto, App. Ancona 12 dicembre 2008, cit. e Trib. Vicenza 1 dicembre 2009, cit.).

Il secondo orientamento preoccupato di non consentire l'utilizzazione dell'istituto anche nei casi in cui l'attivo disponibile abbia permesso il soddisfacimento di una percentuale irrisoria dei creditori privilegiati (v. per un caso paradigmatico, Trib. Tolmezzo, 17 maggio 2007, ove il beneficio era stato accordato, pur in presenza del pagamento del 20% di due soli creditori privilegiati, decisione poi riformata dalla Corte d'Appello di Trieste, per motivi connessi alla disciplina transitoria, con pronuncia di data 30 gennaio 2008, entrambe in www.Unijuris.it), è stato invece seguito da una serie di contrapposte decisioni giurisprudenziali (cfr. *ex multis*, App. Palermo 9 febbraio 2010, in www.oss.oci.org; App. Torino 12 febbraio 2009, in questa *Rivista*, 2009, 103; Trib. Udine 21 dicembre 2007, 2008, 817; Trib. Ancona 18 giugno 2008, *ivi*, 2009, 1190; Trib. Rovigo 22 gennaio 2009, *ivi*, 1186; Trib. Roma 21 settembre 2010, in www.ilcaso.it, senza distinzione fra creditori prededucibili, privilegiati e chirografari, App. Brescia 21 ottobre 2009, in www.oss.oci.org e per un caso in cui i creditori particolari del socio non erano stati soddisfatti neppure in parte, Trib. Roma 7 ottobre 2009).

Tali provvedimenti partono dalla diversa considerazione che l'applicazione del beneficio non può prescindere dal temperamento tra gli opposti interessi del debitore e dei creditori e che lo stesso pur costituendo un decisivo cambio di rotta verso un sistema mirante a non penalizzare eccessivamente il debitore insolvente, non può prescindere dal contrapposto interesse dei creditori che hanno scelto la strada della procedura concorsuale, piuttosto che quella dell'esecuzione individuale, per poter recuperare i loro crediti e vedrebbero compressi i loro diritti alla chiusura del fallimento, anche perché le loro esigenze rappresentano ancora uno degli scopi primari della procedura, cui la legge continua a riconoscere una funzione importante anche se non esclusiva, con la conseguente necessità di realizzare un ragionevole equilibrio tra i due valori in gioco, senza determinare incostituzionali privilegi a favore del fallito persona fisica a discapito dei creditori, alimentando in concreto comportamenti tutt'altro che virtuosi volti a far dichiarare pretestuosamente il fallimento, portando i libri contabili in tribunale, per poi ottenere la liberazione da tutti i crediti residui pagandone solo una minima, simbolica, parte (così Trib. Bari 24 novembre 2008, cit.).

In questo senso le rammentate pronunzie si sono schierate con coloro che hanno sottolineato come gli artt. 142 ss. l.fall. prevedono una chiara ipotesi di espropriazione, senza indennizzo, di legittimi crediti vantati da terzi, che proprio per tale ragione dovrebbero essere garantiti dall'art. 24 della Costituzione e trattati con l'indispensabile rigore, nell'individuazione dei canoni di buona condotta che consentano al debitore di usufruire dell'ambito benefico, compresa la valutazione della congruità della misura del pagamento parziale dei creditori concorrenti, onde evitare il rischio di una espropriazione a rovescio dei diritti dei creditori, i quali alla chiusura del fallimento e in nome del superiore interesse dell'economia nazionale si vedono privati della possibilità del recupero delle loro spettanze in forma di esecuzione individuale (cfr. ancora Trib. Roma 21 settembre 2010, cit. e Trib. Bari 15 giugno 2010, *ivi*).

La decisione delle Sezioni Unite

Il radicale contrasto interpretativo ha trovato composizione nella recente pronuncia della Corte regolatrice a Sezioni Unite (cfr. Cass., Sez. Un., 18 novembre 2011, n. 24124, cit.), che prendendo posizione nella controversa materia ha con soluzione intermedia affermato che «il beneficio della inesigibilità verso il fallito persona fisica dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti richiede che vi sia stato il soddisfacimento, almeno parziale, dei creditori concorsuali, dovendosi intendere realizzata tale condizione, in un'interpretazione costituzionalmente orientata e coerente con il "favor" per l'istituto già formulato dalla legge delegante (art. 1, comma 6, lett. a), n. 13 della legge 14 maggio 2005, n. 80), anche quando taluni di essi non siano stati pagati affatto, essendo invero sufficiente che, con i riparti almeno per una parte dei debiti esistenti, oggettivamente intesi, sia consentita al giudice del merito, secondo il suo prudente apprezzamento, una valutazione comparativa di tale consistenza rispetto a quanto complessivamente dovuto, mentre una diversa conclusione, volta ad assicurare il pagamento parziale ma verso tutti i creditori, introdurrebbe una distinzione effettuale irragionevole tra fallimenti con creditori privilegiati di modesta entità ed altri e non terrebbe conto del fatto che il meccanismo esdebitatorio, pur derogando all'art. 2740 c.c., è già previsto nell'ordinamento concorsuale, all'esito del concordato preventivo (art. 184 l.fall.) e fallimentare (art. 135 l.fall.) e, nel fallimento, opera verso le società con la cancellazione dal registro delle imprese chiesta dal curatore (art. 118, secondo comma, l.fall.)».

La soluzione ha indubbiamente il pregio di consentire il ricorso al beneficio anche nelle ipotesi, certamente non infrequenti, in cui l'entità del passivo privilegiato sia di tale rilevanza, rispetto all'attivo disponibile, da non consentire il soddisfacimento non solo dei creditori chirografari, ma neppure di tutti i creditori privilegiati, pur escludendo che l'esdebitazione sia concedibile quando i creditori siano stati soddisfatti in minima parte, se non in percentuali visibili, tanto più che il beneficio della liberazione presuppone una buona condotta del debitore, che non deve aver ritardato la richiesta di fallimento, né aggravato il dissesto, come affermato dalla stessa Corte nella precedente pronuncia di data 23 maggio 2011, n. 11279, ipotesi questa ben difficilmente realizzabile quanto l'attivo disponibile sia molto modesto, anche se demandando al prudente apprezzamento del giu-

dice di merito la valutazione della concedibilità o meno del beneficio caso per caso, lascia di fatto un amplissimo margine di discrezionalità a quest'ultimo con il rischio di soluzioni comunque divergenti, con il solo limite della logicità e congruenza della motivazione (v. per una prima applicazione Trib. Roma 6 dicembre 2011 e Trib. Udine 13 gennaio 2012, in www.Unijuris.it, ove la liberazione è stata accordata ad un socio, malgrado i suoi debitori particolari non fossero stati soddisfatti neppure in parte, ma vi era stato il pagamento parziale dei creditori sociali anche chirografari).

La decisione non risolve tuttavia una ulteriore difficoltà rappresentata dall'inevitabile disparità di trattamento in violazione dall'art. 3 della Costituzione esistente tra i soggetti che possono ottenere l'esdebitazione solo a seguito di concordato preventivo o fallimentare e quelli che la possono ottenere anche a seguito di ripartizione finale dell'attivo, pur essendo il fenomeno sul piano del diritto sostanziale del tutto identico (come risulta confermato dall'identico trattamento rispetto al concordato dei coobbligati, dei fideiussori e degli obbligati in via di regresso), in quanto nella prima ipotesi i creditori privilegiati devono essere pagati interamente (se pur nei limiti della capienza dei beni, secondo il presumibile valore di mercato, in caso di liquidazione ex artt. 124, terzo comma e 16, secondo comma, l.fall.) e quelli chirografari in percentuale, per quanto minima, sulla base di una valutazione di convenienza della composizione dell'insolvenza rimessa al vaglio dei creditori, mentre nella seconda la liberazione può avvenire anche con il pagamento parziale solamente dei primi, in base ad una valutazione di meritevolezza e dei risultati della liquidazione concorsuale, rimessa all'esclusivo sindacato del Tribunale, su parere (non vincolante) del comitato dei creditori e aperto alle contestazioni di tutti i creditori e i terzi interessati, che sono contraddittori necessari del procedimento, pur non potendosi trascurare le logiche diverse che governano le procedure, essendo le prime volte a trovare un accordo con il ceto creditorio evitando la liquidazione dei beni (nel concordato fallimentare) e le seconde invece incentrate sulla liquidazione totale dell'attivo, anche in base alla collaborazione e alla buona condotta del fallito.

Tale disparità di trattamento risulta viepiù accentuata dall'introduzione degli istituti della composizione concordataria dell'insolvenza anche per gli imprenditori agricoli e gli insolventi civili, che si vedono penalizzati da questa opinabile scelta legislativa, non potendo accedere all'esdebitazione per buona condotta, ma solo a quella prevista dagli accordi di ristrutturazione dei debiti, che implica un pagamento quantomeno parziale di tutti i creditori, pur non necessariamente nel rispetto della par condicio, salva la volontaria rinuncia al credito.

È ben vero che anche le principali legislazioni straniere prevedono il beneficio della liberazione senza necessità del pagamento parziale di tutti i creditori, ma in alcune esperienze e segnatamente quelle dei paesi di *common law* e della Germania tale beneficio è esteso a tutti gli insolventi, compresi quelli civili e di norma anche alle persone giuridiche, mentre pure in Francia il diverso meccanismo di liberazione dei debiti residui mediante il divieto di nuove azioni esecutive individuali sul debitore a seguito della chiusura della procedura di "Liquidation Judiciaire" per insufficienza di attivo è ammesso tanto nei confronti dei commercianti, degli artigiani e degli imprenditori agricoli, quanto delle persone fisiche che svolgono una attività professionale autonoma e delle persone giuridiche di diritto privato, in tal modo salvaguardando il fondamentale principio di parità di trattamento davanti alla legge.

La mancanza di ammissione al passivo

Ulteriori riflessioni sull'estensione della norma si possono trarre anche dalle pronunzie Trib. Velletri 21 luglio - 2 agosto 2008 (in *Diritto e prat. Soc.*, 2008, 72, n. 4) e App. Roma 24 febbraio 2009 (*ivi*, 2010, 86, n. 2), la quale, riformando il precedente arresto, che aveva negato l'esdebitazione di un fallito che aveva visto chiuso il suo fallimento per mancanza di tempestive domande di insinuazione ai sensi dell'art. 118, primo comma, n. 1 l.fall., sull'assunto che una interpretazione letterale dell'art. 142 l.fall. richiederebbe un pagamento quantomeno parziale dei creditori concorrenti, invece totalmente assente per completa mancanza della categoria, dato che la liberazione dei debiti residui non è concedibile in assenza di creditori concorsuali parzialmente soddisfatti, aveva invece ritenendo del tutto irragionevole e paradossale negare il beneficio a chi abbia saputo adempiere alle richieste dei creditori in maniera tanto soddisfacente da aver evitato la loro insinuazione al passivo essendo «... una paradossale incongruenza riservare un trattamento deteriore a chi si deve presumere essere riuscito a venire incontro nel modo più completo alle aspettative del ceto creditorio, rispetto a chi vi è riuscito solo in parte e tutto questo solo per la teorica possibilità della presenza di creditori rimasti fuori dalla procedura semplicemente per non essere stati in grado di promuovere nei termini le rispettive istanze di ammissione».

La decisione della Corte d'Appello appare indubbiamente conforme ad una interpretazione estensiva delle norme, in senso premiale per il debitore, in quanto in una prospettiva paritaria non avrebbe senso attribuire un trattamento deteriore a chi sia riuscito a trovare degli accordi con i creditori tesi a non far presentare domande di insinuazione o specularmente a far ritirare le domande già ammesse al passivo, chiudendo il fallimento per insussistenza dello stesso, rispetto a chi abbia parzialmente soddisfatto i creditori con la liquidazione di tutti i suoi beni, snaturando lo spirito meritocratico dell'istituto, ma si trova di fronte ad una difficoltà di non poco conto, rappresentata dalla disposizione di cui all'art. 144 l.fall. che per i creditori non insinuati prevede l'operatività dell'esdebitazione solo nei limiti dell'eccedenza rispetto alla percentuale attribuita in sede di concorso ai creditori di pari grado, di cui si era fatta invece carico il Trib. Velle-

tri, essendo la *ratio* della norma quella di consentire all'imprenditore di ripartire senza il peso dei precedenti debiti, evitando di penalizzare i creditori anteriori che non si siano insinuati al passivo, non essendovi in tale ipotesi - in cui non si sia proceduto ai riparti con soddisfazione parziale dei creditori - un parametro in base al quale determinare la misura della limitazione della responsabilità patrimoniale per i creditori concorsuali non concorrenti, almeno di non voler arrivare alla conclusione che i creditori anteriori non insinuati debbano essere pagati per l'intero, con conseguente vanificazione del beneficio, oppure al contrario almeno di non voler consentire al fallito di dimostrare la percentuale di soddisfo dei creditori realizzata al di fuori del concorso.

Va infatti considerato che in tali situazioni - diversamente dall'ipotesi di pagamento integrale contemplata nella prima parte dell'art. 118, n. 2, ove non vi è alcun interesse ad ottenere la liberazione, neppure per i creditori non insinuati in forza della regola dell'art. 144 l.fall. - il debitore mantiene un interesse a veder limitata la sua responsabilità solo nei confronti di chi non si sia insinuato al passivo, per crediti anteriori all'apertura della procedura o possa agire in via di regresso (per aver saldato il debito quale fideiussore o obbligato in solido) e con cui non abbia raggiunto alcun accordo, dato che nei confronti degli altri creditori anteriori che non siano stati per l'intero soddisfatti avrà raggiunto degli accordi transattivi e/o novativi, mediante pagamenti parziali, rinunzie e dilazioni che consentiranno a questi ultimi di agire in base all'eventuale nuovo titolo (senza che possa essere loro opposta l'esdebitazione, che opera solo per i debiti anteriori all'apertura del concorso), ma la limitazione di responsabilità per i creditori non insinuati deve rispettare la regola fissata dall'art. 144 l.fall. che ne circoscrive l'efficacia «... per la sola eccedenza alla percentuale attribuita nel concorso ai creditori di pari grado» e quindi per la sola parte non soddisfatta in sede concorsuale, la cui misura non risulta accertata, non essendovi stato l'esame dello stato passivo o essendo stati i debiti «... in altro modo estinti».

La decisione della Corte d'Appello appare tuttavia apprezzabile soprattutto in riferimento ai dubbi di costituzionalità della norma, ove si seguisse la tesi di una inammissibilità del beneficio in assenza di liquidazione dei beni e di riparti e porta a svolgere un'ulteriore riflessione in merito alla limitazione del procedimento di esdebitazione alle sole persone fisiche che risulta motivata dalla considerazione che le società nelle ipotesi di cui ai nn. 3 e 4 dell'art. 118 di chiusura per riparto finale o per assenza di attivo, devono essere cancellate dal registro delle imprese, ma non sembra prendere in considerazione l'ipotesi dell'art. 118, n. 1 ove chiusasi la procedura per assenza di passivo, le stesse mantengono un interesse ad ottenere l'esdebitazione, tornando *in bonis* e revocando lo stato di liquidazione, così come nell'ipotesi di esdebitazione a seguito di liquidazione dei beni, accordata con il decreto di chiusura, ove specularmente, ottenuta la liberazione dai debiti, potrebbero tornare *in bonis*, ricostituendo il capitale sociale, non essendo più il fallimento causa di estinzione della società.

In questa prospettiva tutti i dubbi di costituzionalità delle norme e la irragionevole limitazione del beneficio alle sole persone fisiche fallibili, in quanto imprenditori commerciali o soci illimitatamente responsabili di società, appaiono confermati, malgrado i recenti interventi legislativi in tema di insolvenza dell'imprenditore agricolo, del debitore "civile" e del consumatore.

Il procedimento

L'inesigibilità dei crediti concorsuali non soddisfatti integralmente può essere dichiarata su istanza del debitore dal Tribunale o con il decreto di chiusura del fallimento, oppure entro l'anno successivo alla chiusura della procedura su ricorso dello stesso, con decreto ricorribile ex art. 26, l.fall. presso la Corte d'Appello.

L'art 143 l.fall. è stato tuttavia - come già rammentato - dichiarato incostituzionale dalla Corte Costituzionale (v. Corte Cost. 30 maggio 2008, n. 181, in questa *Rivista*, 2008, 887, con nota di G. Nardecchia, in *Giur. Comm.*, 2009, II, 296, con nota di M. Spiotta e in *Riv. Dir. Proc.*, 2009, 786, con nota di A. Castagnola) in base all'ordinanza di rimessione App. Venezia 13 luglio 2007 avendo quei giudici ritenuto la disposizione costituzionalmente illegittima limitatamente alla parte in cui non prevede la notificazione, a cura del ricorrente e nelle forme previste dagli artt. 137 ss. C.p.c., ai creditori concorrenti non integralmente soddisfatti del ricorso con il quale il debitore già dichiarato fallito chiede entro l'anno dalla chiusura del fallimento, di essere ammesso al beneficio della liberazione dei debiti residui, nonché del decreto con cui il giudice fissa l'udienza in camera di consiglio per la sua discussione per contrasto con gli artt. 24 e 111 della Costituzione, con conseguente nullità del relativo procedimento ove inficiato da tale vizio e in applicazione di tali principi la Corte d'Appello di Torino (cfr. App. Torino, 30 giugno 2008, in questa *Rivista*, 2008, 889) fin da subito ha annullato il decreto oggetto di reclamo, rimettendo gli atti al Tribunale competente in base all'art. 354, primo comma, c.p.c. ritenendo la pronuncia immediatamente applicabile al procedimento di esdebitazione pendente (e in senso conforme v. anche Cass. 25 ottobre 2010, n. 21864, che in un caso analogo ha ritenuto viziata la decisione della Corte d'Appello, che non aveva rilevato d'ufficio la nullità del decreto del tribunale di rigetto della domanda, pur essendo questa anteriore alla pronuncia di illegittimità, trattandosi di sentenza additiva o manipolativa con effetti "ex tunc", valevoli per i rapporti ancora non esauriti).

La pronuncia oltre ad affermare il fondamentale principio che tutti i creditori concorrenti ammessi al passivo sono legittimi contraddittori del procedimento di esdebitazione, ha anche risolto i dubbi sollevati dagli interpreti circa il tipo di procedimento camerale da adottare in mate-

ria di esdebitazione, dato che la scarna norma di cui all'art. 143 l.fall. aveva fatto dubitare della necessità o meno di una udienza di comparizione davanti al Tribunale chiamato a decidere sull'istanza, avendo alcuni commentatori ritenuto che la limitata attività istruttoria consistente nell'acquisizione dei pareri del comitato dei creditori e del curatore, oltre che dell'acquisizione di tutte le informazioni necessarie, potesse essere effettuata per iscritto e altri invece che vi fosse comunque la necessità di una udienza in camera di consiglio, secondo il rito dei procedimenti camerati, d'altro canto richiamato anche dal riferimento all'art 26 in tema di procedimenti d'appello del decreto emesso dal Tribunale.

La decisione della Corte Costituzionale che ha affrontato la problematica della costituzionalità della norma solo in riferimento all'ipotesi dell'istanza del fallito successiva alla chiusura del fallimento e al decreto con cui il giudice fissa l'udienza in camera di consiglio, in quanto l'ordinanza di rimessione riguardava un procedimento di esdebitazione introdotto con ricorso entro l'anno dalla chiusura del fallimento, ha fatto sorgere il dubbio se il principio affermato debba trovare applicazione anche nella diversa ipotesi della richiesta di esdebitazione avanzata in corso di procedura per essere decisa con il decreto di chiusura. La Corte d'Appello di Venezia nell'ordinanza di rimessione di data 13 luglio 2007 nell'affrontare anche tale aspetto aveva ritenuto che la norma sotto tale profilo non presentasse profili di incostituzionalità per la mancata partecipazione dei creditori al giudizio, in quanto il decreto di chiusura del fallimento con cui viene disposta anche la liberazione dai debiti costituisce il naturale epilogo del procedimento in cui i creditori concorrenti possono comunque esercitare i loro diritti, in sostanza ritenendo che la pendenza del procedimento fallimentare presupponga la conoscenza o quantomeno la conoscibilità dei provvedimenti assunti dal Tribunale, anche in assenza di un formale contraddittorio.

Tale tesi ha destato non poche perplessità perché il provvedimento che accorda la liberazione dai debiti del fallito incide in maniera pregiudizievole sulla posizione dei creditori concorrenti e ha efficacia extraconcorsuale e appare quindi maggiormente rispettoso delle posizioni soggettive di questi ultimi l'instaurazione di un regolare contraddittorio anche in corso di procedura e non la mera presunzione di conoscenza o conoscibilità derivante dalla pendenza del fallimento, non essendo il diritto di difesa sufficientemente tutelato dalla mera facoltà di impugnazione del decreto con il reclamo ai sensi dell'art. 26 davanti alla Corte d'Appello (cfr. *ex multis* i precedenti in cui la Corte di Cassazione aveva affermato il principio del necessario rispetto del contraddittorio in sede di reclamo avverso provvedimenti di carattere decisorio su questioni incidenti su diritti soggettivi emessi in sede fallimentare, quali Cass. 22 maggio 2007, n. 11859, in *www.utegiuridica.it*, Cass. 13 marzo 2003, n. 3716, in questa *Rivista*, 2003, 1299 e Cass. 10 febbraio 1994, n. 2337, *ivi*, 1994, 997).

Non va invero dimenticato che l'esdebitazione produce sul piano sostanziale, dopo la chiusura del fallimento, l'effetto di natura costitutiva previsto dall'art. 2908 c.c., di rendere inesigibili i crediti maturati anteriormente all'apertura della procedura concorsuale, precludendo ai creditori la possibilità di agire nei confronti del fallito tornato *in bonis* per il recupero delle loro residue spettanze in sede esecutiva, sia che venga avviata una nuova azione esecutiva, sia che venga proseguita l'esecuzione pendente alla data di apertura del concorso e non di estinzione dei medesimi (diversamente da quanto contemplato nello schema di decreto legislativo di data 25 settembre 2005, che prevedeva invece l'estinzione dei debiti concorsuali non integralmente soddisfatti, poi modificato nel testo definitivo oggi in vigore) e quindi il provvedimento del Tribunale incide pesantemente sui diritti dei creditori ammessi al passivo ed anche sui creditori anteriori all'apertura della procedura fallimentare che non abbiano presentato domanda di ammissione al passivo in forza della regola fissata dall'art. 144 l.fall., esigendo il massimo rispetto del principio del contraddittorio, anche durante la pendenza della procedura concorsuale, a meno che i creditori non vengano informati dell'istanza in sede di rendiconto (v. in tal senso per la convocazione dei creditori ammessi, in una udienza *ad hoc*, ove l'istanza sia stata presentata dopo il rendiconto, Trib. Udine 3 febbraio 2012, in *www.Unijuris.it*).

Il reclamo avverso il decreto

Avverso il decreto che concede la liberazione dai debiti, sia in fase di chiusura del fallimento, sia nella fase successiva è ammesso reclamo ai sensi dell'art. 26 l.fall. sia per il fallito che abbia visto respinta la sua richiesta, sia in caso di accoglimento da parte dei creditori concorrenti, del pubblico ministero e di qualunque interessato (fra cui vanno annoverati anche i coobbligati e i fidejussori che hanno azione di regresso se pur nei limiti di cui all'art. 144 l.fall. secondo una tesi che sembra preferibile, essendo il debito assolto anteriore all'apertura del concorso) nel termine perentorio di dieci giorni decorrente rispettivamente dalla comunicazione o notificazione del provvedimento per il curatore, il fallito, il comitato dei creditori e di chi ha chiesto o nei cui confronti è stato chiesto il provvedimento e dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie disposte dal giudice delegato o dal Tribunale, per gli altri interessati ai sensi dell'art. 26, terzo comma l.fall.

Tali termini sono sicuramente applicabili al decreto di chiusura del fallimento che contenga anche il provvedimento di concessione dell'esdebitazione, dovendo lo stesso essere notificato al debitore e al pubblico ministero, comunicato per estratto al curatore e al richiedente il fallimento e annotato presso l'ufficio del registro delle imprese competente, per cui il termine decorrerà rispettivamente per i primi dalla data della notificazione e per gli altri interessati dalla data di

annotazione del provvedimento nel registro delle imprese, salvo che per i creditori ammessi al passivo, per i quali decorrerà dalla data della notificazione, secondo quanto previsto sia dall'art. 26, terzo comma, l.fall., sia dalla norma generale di cui all'art. 739 c.p.c., dettata in tema di procedimenti in camera di consiglio applicabile al procedimento secondo la ricordata pronuncia della Corte Costituzionale (v. Corte Cost., 30 maggio 2008, n. 181, cit. che qualifica espressamente il procedimento come rientrante fra quelli camerati, disciplinati dalle norme endofallimentari e in linea più generale dalle norme dettate dal codice di procedura civile per i procedimenti in camera di consiglio ex art. 742 *bis* c.p.c.).

Più problematica è l'applicazione di tali principi al decreto emesso dal Tribunale dopo la chiusura del fallimento, data l'estrema genericità dell'art. 143 l.fall. sul punto, anche se una interpretazione rispettosa del dettato costituzionale non può che far concludere che il termine per l'impugnazione decorra per il fallito e i creditori concorrenti dalla notificazione del provvedimento, per il P.M. dalla sua comunicazione ex art. 740 c.p.c. e per tutti gli altri interessati dall'esecuzione delle formalità pubblicitarie disposte dal Tribunale, che in analogia con quanto contemplato dall'art. 119, primo comma, l.fall. per il decreto di chiusura, potrà opportunamente ordinare l'annotazione presso il competente ufficio del registro delle imprese, anche per non introdurre una irragionevole disparità di disciplina del procedimento nel caso in cui venga pronunciato un decreto separato dopo la chiusura del fallimento (cfr. in tal senso Trib. Udine 13 gennaio 2012, cit.). Nel caso in cui invece il Tribunale non abbia disposto nulla al riguardo, la Suprema Corte ha affermato che il termine per il reclamo per tutti gli altri interessati è di novanta giorni decorrente dalla del deposito in cancelleria del provvedimento, ai sensi dell'art. 26, quarto comma, l.fall. (cfr. Cass. 18 novembre 2011, n. 24215, secondo cui il decreto è reclamabile avanti alla corte d'appello entro novanta giorni, decorrenti dalla data di deposito in cancelleria del provvedimento, soltanto allorché l'impugnativa sia proposta da soggetti che, per il richiamo previsto dalla citata norma all'art. 26 l.fall., siano definibili quali "altri interessati", cioè soggetti terzi che assumono di subire effetti pregiudizievoli indirettamente derivanti da detta pronuncia di natura decisoria), risultando così definitivamente superato quel precedente orientamento - affermato sotto la vigenza del vecchio testo dell'art. 26 l.fall. - che riteneva tempestivo il ricorso, quando non fosse prevista alcuna comunicazione o nell'impossibilità di effettuare la comunicazione per mancata identificazione dei soggetti interessati (cfr. per tutte Cass. 11 febbraio 2004, n. 2576).

La disciplina transitoria

Prima dell'introduzione della disciplina transitoria prevista dall'art. 19 del D.Lgs. n. 169/07, la riforma della legge fallimentare non conteneva alcuna disposizione di natura transitoria sull'esdebitazione, essendo solo previsto che l'istanza dopo la chiusura del fallimento potesse essere presentata entro il decorso dell'anno. In tale situazione si erano sviluppate delle contrapposte tesi circa l'applicabilità dell'istituto anche alle procedure fallimentari chiuse prima dell'entrata in vigore della novella di cui al D.Lgs. n. 5/06, dato che alcuni tribunali avevano ritenuto applicabile il beneficio anche a queste procedure di vecchio rito (v. Trib. Roma 18 gennaio 2008, inedita e Trib. Piacenza 21 marzo 2007, in *www.Altalex.it*).

In particolare, alcune pronunzie avevano affermato che l'art. 150 D.Lgs. n. 5/06 nello stabilire l'applicazione delle nuove norme solo alle procedure aperte dopo il 16 luglio 2006 e delle vecchie norme alle procedure aperte prima di tale data e ancora pendenti, non disciplinando il regime delle procedure già chiuse alla data del 16 luglio 2006, consentiva l'applicazione dell'istituto della liberazione dei debiti, avente efficacia extraconcorsuale, anche alle procedure già chiuse, purché in applicazione della regola dell'art. 143, primo comma, l.fall. non fosse ancora trascorso un anno dalla chiusura (v. Trib. La Spezia 5 ottobre 2006) o secondo una interpretazione ancora più liberale, purché al momento della richiesta non fosse trascorso almeno un anno dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5/06 (v. Trib. Tolmezzo 17 maggio 2007, cit.), mentre altre pronunzie avevano ritenuto tale beneficio applicabile solo alle nuove procedure aperte dopo il 16 luglio 2006, in quanto l'art. 150 consentiva l'applicazione delle nuove norme solamente alle procedure aperte dopo tale data (v. Trib. Vicenza 16 novembre 2006, in questa *Rivista*, 2007, 4, 457 e Trib. Sulmona 25 gennaio 2007, in *www.ilcaso.it*).

Su tale materia era intervenuta anche la Corte Costituzionale con la richiamata pronuncia di data 30 novembre 2007, n. 411, che nel dichiarare inammissibile la questione di costituzionalità sollevata dal Tribunale di Bolzano, trattandosi di un fallimento chiuso prima dell'entrata in vigore della nuova disciplina, aveva dato per scontato che il beneficio potesse trovare applicazione solo per il futuro e non fosse quindi applicabile a procedure già chiuse prima del 16.07.2006, con la conseguenza che neppure per i fallimenti pendenti alla data di entrata in vigore della novella in forza della previsione dell'art. 150, ma disciplinati dalla legge del 1942, non avrebbe avuto applicazione il nuovo istituto dell'esdebitazione (salva evidentemente l'ipotesi della riapertura del fallimento con la nuova normativa).

Alla luce di tali contrastanti interpretazioni il legislatore ha stabilito ai sensi dell'art. 19 del decreto correttivo di cui al D.Lgs. n. 169/07 che l'esdebitazione trova applicazione anche alle procedure pendenti al 16 luglio 2006 e che per quelle pendenti al 16 luglio 2006, che risultassero chiuse al 31 dicembre 2007, il termine annuale andava calcolato a far data dal 1° gennaio 2008, sancendo in sostanza l'applicabilità del beneficio anche a tutti i fallimenti chiusi dopo il

16 luglio 2006, pur con diverse decorrenze del termine annuale di decadenza e la Corte di Cassazione ha confermato che l'ammissione al beneficio dell'esdebitazione per tali procedure possa essere chiesto entro un anno a partire dal 1° gennaio 2008 (v. Cass. 13 novembre 2009, n. 24121, in questa *Rivista*, 2009, 673, con nota di G. Scarselli e in senso conforme anche Cass. 26 novembre 2010, n. 24027, secondo cui il beneficio trova applicazione alle procedure aperte anteriormente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5/06, purché ancora pendenti a quella data (16 luglio 2006), e tra queste a quelle chiuse nel periodo intermedio, vale a dire sino all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 169/07 (1° gennaio 2008), purché la relativa domanda venga presentata entro un anno dall'entrata in vigore di detto ultimo decreto, mentre non è ammissibile per i fallimenti dichiarati chiusi in epoca antecedente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2006).

La soluzione prevista in sede di disciplina transitoria è apparsa eccessivamente penalizzante e discriminatoria per quelle procedure che risultavano chiuse da meno di un anno prima del 16 luglio 2006, per le quali tuttavia la norma generale dell'art. 143 l.fall. consentiva la presentazione dell'istanza entro l'anno dalla cessazione del fallimento, tanto da portare numerosi tribunali a sollevare la questione di legittimità costituzionale degli artt. 142 ss. l.fall., 19 e 22 del D.Lgs. n. 169/07 (cfr. Trib. Tolmezzo, ord., 15 maggio 2008, Trib. Udine 27 gennaio 2009, Trib. Lucca 24 febbraio 2009 e Trib. Alessandria 17 aprile 2009), ma la Corte Costituzionale, ribadendo quanto già affermato nel 2007, si è pronunziata affermando l'inammissibilità della stessa, in riferimento all'art. 24 della Costituzione, non avendo il giudice a quo chiarito i termini del profilato contrasto e nel senso della manifesta infondatezza della paventata violazione dell'art. 3 della Costituzione (v. Corte Cost. 24 febbraio 2010, n. 61, in questa *Rivista*, 2010, 785, con nota di E. Bruschetta e tale decisione è stata ribadita dalla Suprema Corte con le sentenze di data 1 dicembre 2010, n. 24395 e 26 novembre 2010, n. 24027, che investita nuovamente dei dubbi di costituzionalità della richiamata disciplina transitoria, ha sottolineato la non applicabilità del beneficio ai fallimenti dichiarati chiusi in epoca antecedente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5 del 2006).

La decisione della Corte Costituzionale ha suscitato non poche perplessità, in quanto la limitazione degli effetti temporali fatta propria dai giudici costituzionali, in base al mero principio della successione delle leggi nel tempo, sembra stridere con la volontà del legislatore, che aveva inteso estendere il più possibile l'applicazione della norme, dando luogo a una ingiustificata disparità di situazioni, come nel caso di due procedure aperte contemporaneamente, ma delle quali una sola si conclude dopo il 16 luglio 2006, risultando paradossalmente favorito quel fallito che veda prolungarsi il suo fallimento oltre tale data, in quanto meno efficiente e virtuoso e presumibilmente anche meno soddisfacente per i creditori.

La Corte Costituzionale nuovamente investita dei dubbi di costituzionalità della disciplina transitoria dal Tribunale di Alessandria, con il provvedimento di rimessione di data 23 settembre 2009, concernente un caso di un fallimento chiuso nell'anno 2003, ha tuttavia di recente ribadito la manifesta inammissibilità della questione in riferimento alla scelta non irragionevole del legislatore di individuare una limitazione temporale dell'applicabilità del beneficio, giustificandola in questo caso con l'impossibilità di fissare un limite temporale ragionevole e non arbitrario di applicabilità del beneficio e di attendibili riscontri istruttori per fallimenti ormai chiusi da tempo (cfr. l'ordinanza della Corte Cost. 7 marzo 2012, in questo stesso fascicolo, 399, secondo cui: «È manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli articoli 19 e 22, comma 4, del D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169 (Disposizioni integrative e correttive al regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, nonché al D.Lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, in materia di disciplina del fallimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa, ai sensi dell'articolo 1, commi 5, 5 bis e 6, della L. 14 maggio 2005, n. 80), sollevata, in riferimento all'art. 3 della Costituzione, sia sotto il duplice profilo della irragionevolezza intrinseca della limitazione temporale della possibilità di beneficiare della disciplina in tema di esdebitazione, sia della disparità di trattamento fra soggetti che, in funzione della sola circostanza della attualità o meno ad una certa data della pendenza della procedura fallimentare loro pertinente, sono, o non sono, ammessi al predetto beneficio»), in quanto secondo i giudici della Consulta non sarebbe irragionevole «... la fissazione di un limite temporale alla possibilità di accedere al beneficio della esdebitazione - posto che l'unica alternativa possibile, onde non incorrere nella apposizione di termini ritenuti ingiustificati, sarebbe stata quella di estendere la applicabilità del beneficio a qualunque soggetto che, essendo stato dichiarato fallito, vi avesse interesse dopo la chiusura del fallimento - mentre ... tale scelta appare coerente con la esigenza di compiere, al fine della concessione della esdebitazione, una serie di riscontri istruttori, volti alla verifica della effettiva meritevolezza del beneficio da parte del fallito, che ben difficilmente sarebbero possibili o, comunque, fonte di risultati attendibili, ove fossero svolti in relazione a procedure concorsuali la cui chiusura rimonti a periodi troppo risalenti nel tempo». Tale argomentazione appare tuttavia risibile ove si osservi che un termine massimo ragionevole poteva essere agevolmente individuato nei cinque anni dalla chiusura della procedura, in analogia a quanto previsto dall'art. 121 l.fall. per la riapertura del fallimento, tenuto conto che in questo caso è possibile accedere alla procedura di esdebitazione con la nuova normativa, pur dovendo il fallito provvedere ad offrire ai creditori la percentuale del 10% dei crediti vecchi e nuovi ammessi al passivo.

Osservatorio tributario

a cura di **Enrico Stasi**

LEGISLAZIONE

LE PRINCIPALI NOVITÀ NORMATIVE

DEL "DECRETO SULLA SEMPLIFICAZIONE FISCALE"

D.L. 2 marzo 2012, n. 16 "Disposizioni urgenti in materia di semplificazioni tributarie, di efficientamento e potenziamento dell'accertamento"

Il decreto in commento, pubblicato sulla G.U. n. 52 del 2 marzo 2012, reca una serie di disposizioni volte a rendere ancora più efficace l'azione nel campo della semplificazione della normativa tributaria e della lotta all'evasione.

Le principali novità introdotte dal menzionato provvedimento di legge sono, in sintesi, le seguenti.

a) Riscossione crediti tributari

Viene innanzitutto previsto (art. 1) che il contribuente decaduto dalla **rateazione** accordata possa comunque accedere, una volta ricevuta la cartella di pagamento delle somme iscritte a ruolo, alla rateizzazione per **momentanea difficoltà economica**.

In particolare, il contribuente avrà ora la possibilità di proporre **piani di ammortamento a rata crescente** sin dalla prima richiesta di dilazione (possibilità fino a ieri ammessa solo in caso di richiesta di proroga di una rateazione già concessa, perché la situazione di temporanea difficoltà economica era peggiorata).

La **decadenza dal beneficio della rateazione**, precedentemente prevista per il mancato pagamento della prima rata o di due rate successive, viene ora comminata solo in caso di mancato pagamento di due rate consecutive.

L'**ipoteca sui beni immobili del debitore**, di cui all'art. 77 del D.P.R. n. 602/1973, potrà essere iscritta dall'agente della riscossione solo nei casi di mancato accoglimento dell'istanza, ovvero di decadenza dal beneficio della rateazione. Non si considera, inoltre, inadempiente il contribuente ammesso a un piano di rateazione e in regola con i pagamenti, che può dunque essere ammesso alle gare di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi.

Ai sensi dell'art. 3, commi 5 e 6, la **quota pignorabile delle somme dovute a titolo di stipendio**, di salario o di altre indennità relative al rapporto di lavoro o di impiego, comprese quelle dovute a causa di licenziamento, non potrà eccedere un decimo dello stipendio per importi non superiori a duemila euro, ovvero un settimo dello stesso per importi compresi tra duemila e cinquemila euro. Per le somme superiori a quest'ultimo importo, rimane ferma la soglia del quinto dello stipendio.

Viene, inoltre, fissato in ventimila euro l'importo al di sotto del quale l'agente della riscossione non può avviare la **procedura di espropriazione immobiliare**.

In tema di **accertamenti esecutivi**, viene previsto che l'agente della riscossione dia comunicazione al contribuente, mediante raccomandata semplice, di aver preso in carico le somme affidate per effetto del mancato pagamento dell'atto di accertamento esecutivo (art. 8, comma 12). La raccomandata deve essere inviata all'indirizzo presso il quale è stato notificato l'atto di accertamento esecutivo. La raccomandata

non va inviata nel caso di fondato pericolo per la riscossione.

b) Comunicazioni e adempimenti formali

Il contribuente che non abbia osservato tutti gli **adempimenti comunicativi** per accedere a regimi fiscali speciali o usufruire di particolari benefici può presentare in ritardo la richiesta pagando una sanzione di 258 euro, a condizione che la violazione non sia stata contestata o non siano iniziati accessi, ispezioni, verifiche o altre attività amministrative di accertamento delle quali egli abbia avuto formale conoscenza (art. 2, comma 1).

Il comma 5 dell'art. 2 allinea la disciplina fiscale a quella civilistica in materia di **liquidazione e scioglimento delle società di capitali**. In particolare viene previsto che i termini di presentazione della dichiarazione, relativa al periodo antecedente alla messa in liquidazione della società, decorrano dalla data di iscrizione nel Registro delle imprese ex artt. 2484 e 2485 c.c., ovvero per le imprese individuali dalla data indicata nella dichiarazione ex art. 35 D.P.R. n. 633/1972.

Il comma 8 dello stesso art. 2 prevede che l'obbligo di comunicare all'Agenzia delle Entrate le cessioni di beni e le prestazioni di servizi effettuate e ricevute, registrate o soggette a registrazione, nei confronti di operatori residenti o domiciliati in Paesi a fiscalità privilegiata di cui al d.m. 4 maggio 1999 e d.m. 21 novembre 2001 sia limitato ai soli casi in cui le operazioni in parola siano di importo superiore a cinquecento euro.

Infine, ai sensi del comma 7 dell'art. 2, negli atti presentati all'Amministrazione finanziaria viene meno l'obbligo di indicare il **domicilio fiscale delle parti**, a meno che non vi sia una espressa richiesta in tal senso da parte degli Uffici.

c) Scontrini fiscali

L'Agenzia delle Entrate potrà elaborare le **liste selettive** (c.d. *black list*), con i nomi di quei contribuenti che siano stati ripetutamente segnalati alla stessa Agenzia o alla Guardia di Finanza per mancata emissione della ricevuta fiscale o dello scontrino fiscale (art. 8, comma 8).

d) Comunicazione operazioni rilevanti ai fini Iva

Al fine di rendere più semplici gli obblighi di comunicazione delle operazioni rilevanti ai fini Iva da parte dei soggetti passivi, a decorrere dal 1° gennaio 2012 viene reintrodotta il vecchio **elenco "clienti e fornitori"**.

In particolare, ai sensi del comma 6 dell'art. 2 del decreto, gli operatori economici dovranno trasmettere all'agenzia delle Entrate **l'importo complessivo delle operazioni** attive effettuate nei confronti di ciascun cliente e delle operazioni passive poste in essere nei confronti di ciascun fornitore, senza alcuna limitazione di importo.

Viene invece confermato il mantenimento della soglia minima di 3.600 euro, Iva compresa, per le operazioni per le quali **non sussiste l'obbligo di emissione della fattura** (tipicamente quelle poste in essere dai soggetti di cui all'art. 22 del D.P.R. n. 633/72 nei confronti di privati consumatori).

e) Comunicazione dichiarazioni di intento

Il decreto in esame sposta l'obbligo di comunicazione telematica al Fisco dei dati relativi alle dichiarazioni d'intento cedente/fornitore dal 16 del mese successivo alla ricezione alla scadenza della prima liquidazione Iva utile (art. 2, comma 4).

f) Compensazioni Iva

Il **nuovo limite di euro 5.000** (anziché euro 10.000) introdotto dall'art. 8, commi 18-21, per la compensazione del credito Iva annuale senza preventivo invio della dichiarazione Iva sarà applicabile solo dopo la pubblicazione dell'apposito Provvedimento delle Entrate. Di conseguenza, fino a quel momento, resta in vigore l'attuale limite di euro 10.000 sia per quanto riguarda i crediti annuali 2011 sia con riferimento ai crediti infrannuali maturati nel 2012.

g) Sanzioni omessa comunicazione minusvalenze

Viene introdotta (art. 11, comma 1) una specifica sanzione per l'ipotesi di omessa, incompleta o infedele comunicazione delle minusvalenze di ammontare superiore a 5 milioni di euro, realizzate su **partecipazioni immobilizzate** non aventi i requisiti pex, di cui all'art. 1, comma 4 del D.L. n. 209/2002 convertito, e delle minusvalenze su dividendi non tassati superiori a 50.000 euro, ex art. 5 *quinquies* del D.L. n. 203/2005. Tale sanzione è pari al 10% delle minusvalenze, con un minimo di 500 euro e un massimo di 50.000 euro.

In precedenza non era prevista una sanzione, ma le minusvalenze non comunicate non potevano essere dedotte dal reddito imponibile.

h) Deduzione costi relativi a contratti con corrispettivi periodici

Il decreto introduce la possibilità di dedurre, a scelta del contribuente, i costi relativi ai contratti con corrispettivi periodici secondo gli ordinari criteri di competenza ovvero con riferimento alle registrazioni ai fini Iva dei relativi documenti fiscali.

i) Riscossione crediti per tributi erariali

Dal 1° luglio 2012, non si procederà all'accertamento, all'iscrizione a ruolo e alla riscossione dei crediti relativi ai tributi erariali, regionali e locali qualora l'ammontare dovuto, comprensivo di sanzioni amministrative e interessi, non superi, per ciascun credito, **l'importo di 30 euro**, con riferimento a ogni periodo d'imposta. Tale limite non opera in caso di omissioni plurime, anche se singolarmente inferiori a 30 euro (art. 2, commi 10 e 11).

l) Sanzioni in materia catastale

Per le unità immobiliari per le quali è stata attribuita la **rendita presunta** ai sensi dell'art. 19, comma 10, D.L. n. 78/2010, i soggetti obbligati dovranno provvedere alla presentazione degli atti di aggiornamento catastale entro 120 giorni dalla data di pubblicazione, nella Gazzetta Ufficiale, del comunicato di cui all'art. 2, comma 5 *bis*, D.L. n. 225/2010. In caso di mancata presentazione entro tale termine, si applicheranno le sanzioni amministrative di cui all'art. 2, comma 12 del DLgs. N. 23/2011 (art. 11, comma 7).

LE PRINCIPALI NOVITÀ NORMATIVE DELLA LEGGE DI CONVERSIONE DEL "DECRETO MILLEPROROGHE"

D.L. 29 dicembre 2011, n. 216 "Proroga di termini previsti da disposizioni legislative (decreto milleproroghe)"

In data 27 febbraio 2012 è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 48/2012, s.o. 36, la L. n. 14 febbraio 2012 di conversione del D.L. 216 del 29 dicembre 2011 (c.d. "Milleproroghe").

Il testo si arricchisce di alcune disposizioni che, oltre a correggere alcune norme introdotte con le precedenti manovre, apportano talune limature alle proroghe previste nella versione originaria del decreto.

a) Riscossione - Modifiche al D.L. Sviluppo

La legge di conversione prevede che l'abrogazione delle vecchie disposizioni in materia di riscossione per i comuni a

seguito dell'emanazione delle nuove regole ad opera del D.L. n. 70/2011 (art. 7, commi *gg-ter-gg-septies*) acquisti efficacia a decorrere dalla data di applicazione delle suddette nuove disposizioni (art. 29, comma 5 *bis*).

b) Estensione del termine per le aree fabbricabili

In materia di **rivalutazione dei beni** delle imprese di cui agli artt. da 10 a 15 della L. n. 342/2000, con specifico riferimento alle aree fabbricabili non ancora edificate, o risultanti tali a seguito della demolizione degli edifici esistenti, incluse quelle alla cui produzione o al cui scambio è diretta l'attività d'impresa, viene spostato da 5 a 10 anni il termine, successivo alla rivalutazione, per l'utilizzazione edificatoria dell'area, ancorché previa demolizione del fabbricato esistente (art. 29, comma 8 *ter*).

c) Addizionale comunale IRPEF - Effetto retroattivo

Al fine di evitare problemi applicativi, la proroga per l'anno di imposta 2011 del termine per deliberare l'aumento o la diminuzione dell'aliquota dell'addizionale regionale all'IRPEF al 31 dicembre 2011 viene attuata in deroga allo Statuto dei contribuenti (L. n. 212/2000). Quindi, tale proroga acquista effetto retroattivo (art. 29, comma 14).

d) Proroga adempimenti tributari

Viene disposta nei confronti dei soggetti interessati dalle eccezionali avversità atmosferiche verificatesi il giorno 22 novembre 2011 nel territorio della **provincia di Messina**, la sospensione fino al 16 luglio 2012 dei termini degli adempimenti e dei versamenti tributari, nonché dei versamenti relativi ai contributi previdenziali e assistenziali e dei premi per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni e le malattie professionali, che scadono nel periodo dal 22 novembre 2011 al 30 giugno 2012 (art. 29, commi 15 e 15 *bis*).

e) Chiusura liti pendenti

La legge di conversione prevede la **riapertura della sanatoria** relativa alla chiusura delle liti pendenti di valore non superiore a 20.000 euro in cui è parte l'Agenzia delle Entrate. Possono dunque essere sanati i contenziosi pendenti alla data del 31 dicembre 2011, purché il versamento dell'importo dovuto venga effettuato entro il 31 marzo 2012 (art. 29, comma 16 *bis*).

f) Commissione Tributaria Centrale

Il termine concesso alla Commissione Tributaria Centrale per esaurire la propria attività slitta al 31 dicembre 2012 (art. 29, comma 16 *decies*).

PRASSI

TRATTAMENTO FISCALE DELLE SOMME TRASFERITE DALLA SOCIETÀ DI LEASING ALLA CURATELA FALLIMENTARE

@ Assilea - Circolare n. 4 del 13 febbraio 2012

Con la Circolare n. 4 del 13 febbraio 2012, l'Assilea (Associazione Italiana Leasing) ha fornito indicazioni alle proprie associate circa il **trattamento fiscale del leasing in caso di fallimento dell'utilizzatore**.

In linea di diritto, viene fatto osservare, anzitutto, che con l'art. 72-*quater*, l. fall., il legislatore della riforma ha disciplinato la sorte dei contratti di locazione finanziaria pendenti alla data di dichiarazione del fallimento, statuendo che, in caso di **scioglimento del contratto**, la società di leasing ha diritto alla restituzione del bene ed è tenuta a restituire al fallimento l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla ricollocazione del bene stesso rispetto al credito residuo in linea capitale nei confronti del cliente fallito.

Richiamando il recente decreto del Tribunale di Treviso 6 maggio 2011, la Circolare afferma che è ragionevole ritenere che tale disciplina sia applicabile anche ai **contratti risolti ante fallimento** per inadempimento dell'utilizzatore.

Per quanto riguarda il **credito residuo in linea capitale** della società di leasing, cui fa riferimento il comma 2 dell'art. 72-*quater*, l.fall., nel documento in esame si precisa che lo stesso è costituito dai canoni scaduti e non pagati dall'utilizzatore fino alla data della dichiarazione di fallimento, scorporati della loro componente finanziaria; dai canoni residui successivi attualizzati al tasso indicato nel contratto di leasing; dall'opzione finale di acquisto, nella quale è contenuta una parte del capitale impiegato per l'acquisto del bene. Il credito della società di leasing vantato alla data del fallimento è invece costituito dall'eventuale capitale non coperto dalla riallocazione del bene; interessi sui canoni; interessi di mora. A quest'ultimo credito si applicano le **regole del concorso con gli altri creditori** e dunque la società di leasing ha diritto di insinuarsi nello stato passivo per la differenza fra il credito vantato alla data del fallimento e la minore somma ricavata dalla nuova allocazione del bene.

Nel documento di prassi in esame, Assilea osserva che la giurisprudenza non è univoca in punto criteri di determinazione del **valore di riallocazione del bene**. Da un lato, il Tribunale di Treviso, con sentenza 6 maggio 2011, nonché la Corte di Cassazione, con decisione del 1° marzo 2010, n. 4862, ritengono inammissibile la domanda di ammissione al passivo prima della riallocazione del bene. D'altro, la Suprema Corte, con la sentenza 15 luglio 2011, n. 15701, sembrerebbe riconoscere alla società di leasing la facoltà di insinuare al passivo fallimentare l'intero credito contrattuale (compreso quello non ancora scaduto) maturato alla data di dichiarazione del fallimento, sebbene quota parte del medesimo (corrispondente al credito residuo in linea capitale) sia comunque suscettibile di essere soddisfatto al di fuori del riparto dell'attivo. E ciò in analogia a quanto sancito dall'art. 53 l.fall. per i crediti garantiti da pegno o assistiti da privilegio speciale a norma degli artt. 2756 e 2761 c.c.

La Circolare prosegue evidenziando come la legge fallimentare attribuisca alla curatela la facoltà di subentrare nel contratto o di scioglierlo. In quest'ultima evenienza, alla società di leasing compete il diritto di ricevere la **restituzione del bene** ed è tenuta a **versare alla curatela l'eventuale differenza** tra quanto ricavato dalla vendita o ricollocazione del bene stesso (che deve avvenire "ai valori di mercato") ed il suo "credito residuo in linea capitale". Dunque, il ricavato derivante dalla nuova allocazione del bene potrebbe pareggiare o addirittura essere superiore al credito residuo in linea capitale. In tale eventualità, il concedente deve versare alla curatela l'eventuale differenza fra la maggiore somma ricavata dalla vendita o da altra collocazione del bene a valori di mercato rispetto al credito residuo in linea capitale.

Sebbene la norma non lo preveda espressamente, l'Assilea ritiene possibile, da parte della società di leasing, definire il *quantum* dovuto alla curatela come surplus rispetto al credito residuo in linea capitale, attraverso la determinazione del valore del bene a seguito di una **perizia giurata**, anziché attendere che il bene venga allocato sul mercato. In questo modo, la società di leasing anticipa i tempi dell'eventuale successiva insinuazione al passivo, mentre la curatela vede ridotti i rischi di oscillazione del valore del bene sul mercato. Dunque il soggetto fallito si limita a riconsegnare il bene alla società di leasing che, dopo averlo venduto, è tenuta a retrocedere alla curatela del fallimento l'eventuale surplus; sicché la retrocessione delle somme non può essere considerata

come remunerazione di una specifica obbligazione assunta dall'utilizzatore nei confronti del concedente, in quanto **non interviene alcuna "cessione" del bene**, né si instaura alcun rapporto giuridico di mandato o commissione. Sembra quindi corretto considerare questa movimentazione patrimoniale come propriamente riconducibile ad una **cessione di denaro**, non rilevante ai fini Iva. Questa conclusione è anche coerente con le ragioni economiche sottese alla scelta del curatore, il quale, sciogliendo il contratto di leasing, da un lato restituisce il bene accettando il rischio di non ricevere alcuna remunerazione, d'altro lato acquisisce l'opportunità di ottenere l'eventuale surplus realizzato dal concedente dalla vendita del bene, nonché di restare sgravato da costi conseguenti alla prosecuzione del rapporto.

Riferimenti e segnalazioni: *Giurisprudenza* - Cass. 1 marzo 2010, n. 4862, in *BigUnico online*; Cass. 15 luglio 2011, n. 15701, *ibidem*.

RISCOSSIONE E RATEIZZAZIONE

@ Equitalia - Direttiva di gruppo n. 7 del 1 marzo 2012

La direttiva di gruppo Equitalia n. 7 del 1° marzo 2012 contiene interessanti novità in tema di riscossione e di rateazione dei debiti tributari in caso di momentanea difficoltà economica dei contribuenti.

La direttiva in esame ricorda, in via preliminare, come dall'entrata in vigore delle modifiche all'art. 19, del D.P.R. n. 602/1973 e all'art. 26 del D.Lgs. n. 46/1999 ad opera dei commi 2 *bis* e 2 *ter* dell'art. 36, del D.L. n. 248/2007, la materia della **rateazione** è stata oggetto di numerosi interventi sia di natura normativa che di carattere operativo interno.

Nel documento in commento, al fine di integrare i benefici che possono derivare da una maggiore semplificazione dell'istituto della rateazione, viene ravvisata l'opportunità di elevare da 5.000 a 20.000 euro la **soglia di debito** fino alla quale la rateazione potrà essere concessa a semplice istanza di parte. L'innalzamento di questa soglia contribuirà a determinare, secondo quanto scrive Equitalia, uno snellimento burocratico per gli uffici delle società del Gruppo preposti alla trattazione delle istanze di rateazione ed una maggiore semplificazione degli adempimenti amministrativi - in termini di documentazione da produrre - a carico dei contribuenti ai fini dell'ottenimento della dilazione.

Le istanze di rateazione per importi fino a 20.000 euro dovranno essere pertanto accettate senza la necessità per il richiedente di dover allegare alcuna documentazione che provi la situazione di **temporanea obiettiva difficoltà economica**.

Alla luce di tale modifica, si stabilisce anche che per importi fino a 20.000 euro viene elevato a **48 il numero massimo di rate mensili concedibili**, fermo restando che, in ogni caso, l'importo di ciascuna rata dovrà essere almeno pari a 100 euro, salvo quelle particolari situazioni di maggiori difficoltà e previo coinvolgimento dei livelli superiori di responsabilità da parte delle competenti strutture.

Le istanze di dilazione presentate dalle società e dalle altre categorie giuridiche di soggetti diverse dalle persone fisiche o dai titolari di ditte individuali in regimi fiscali semplificati, vengono esaminate valutando la sussistenza della situazione di temporanea obiettiva difficoltà, mediante l'**applicazione dei parametri** costituiti dall'**Indice di Liquidità** e dall'**Indice Alfa**.

Come è noto, le **istanze di dilazione** presentate dalle società e comunque dalle altre categorie giuridiche di soggetti diverse dalle persone fisiche o dai titolari di ditte individuali in

regimi fiscali semplificati, vengono esaminate valutando la sussistenza della situazione di temporanea obiettiva difficoltà mediante l'applicazione dei parametri costituiti dall'Indice di Liquidità e dall'Indice Alfa.

Al momento, per accedere alla rateazione è necessario che l'Indice di Liquidità sia inferiore ad 1 e l'Indice Alfa sia superiore a 3. Tuttavia, nell'ottica di estendere il più possibile il beneficio della dilazione, si ritiene, nella direttiva di Equitalia, che l'indice Alfa non debba più essere considerato in termini di soglia di accesso, ma esclusivamente come **parametro per determinare il numero massimo di rate concedibili**.

Rimangono, invece, invariate le modalità di calcolo dell'Indice di Liquidità e la sua valenza quale soglia di accesso all'istituto della dilazione laddove tale valore sia inferiore ad 1.

GIURISPRUDENZA

L'ICI MATURATA IN COSTANZA DI FALLIMENTO
SULL'IMMOBILE NON ALIENATO DURANTE IL PERIODO
DELLA PROCEDURA È A CARICO DELL'EX FALLITO
TORNATO IN BONIS, SENZA SANZIONE E INTERESSI

Commissione Tributaria Regionale Toscana, sez. XIII, 14 novembre 2011, n. 116

Un consorzio, posto in liquidazione coatta amministrativa dal 21 dicembre 1990 al 12 novembre 2003, dopo essere ritornato *in bonis* aveva presentato ricorso davanti alla Commissione tributaria provinciale di Pisa avverso una serie di avvisi di **accertamento ICI** relativi agli anni 1993 - 2003, sostenendo, nel merito, che l'imposta non era dovuta perché negli anni in discorso l'ente era stato sottoposto alla sopra menzionata procedura concorsuale.

I giudici di *prime cure* avevano accolto il ricorso sulla base della considerazione che il legislatore nel dettare la disposizione di cui all'art. 10, comma 6°, del D.Lgs. n. 546/1992, «ha ritenuto di condizionare il prelievo del tributo - oltre che alla situazione di possesso, all'avvenuto trasferimento del bene e, secondo l'originaria formulazione della norma citata come poi modificata dall'art. 1, comma 145, L. n. 296/07, al versamento del prezzo».

Il Comune interponeva gravame innanzi alla Commissione tributaria regionale, sostenendo la legittimità delle proprie pretese.

I giudici di secondo grado hanno accolto l'appello condannando il Consorzio al pagamento dell'I.C.I., ma senza applicazione di sanzioni ed interessi.

Tale condivisibile decisione si inserisce nel solco di quel recente orientamento giurisprudenziale che, allo scopo di scongiurare "salti di imposta", reputa che, qualora l'immobile caduto nel fallimento venga **restituito al fallito ritornato in bonis**, l'imposta dovuta per tutto il periodo di durata della procedura debba essere pagata dall'ex fallito, **senza sanzioni ed interessi**.

In forza del rimando contenuto nell'art. 9, comma 7, del D.Lgs. n. 23/2011 alle disposizioni dettate dall'art. 10, comma 6, del D.Lgs. n. 504/1992, sono dell'avviso che la medesima soluzione debba oggi valere anche per l'**IMU**.

Riferimenti e segnalazioni: *Giurisprudenza* - Cass. 30 giugno 2010, n. 15478, in *BigUnico online*; Comm. Trib. Reg. Lombardia, sez. VI, 11 febbraio 2010, n. 20, *ibidem*; Comm. Trib. Prov. Bergamo, 9 novembre 2002, n. 149 con nota di E. Carrasi, *La società fallita tornata*

in bonis deve pagare l'ICI per gli immobili compresi nel fallimento? in *Riv. Giur. Trib.*, 2003, 1157.

Dottrina - E. Stasi, *Osservatorio tributario*, in questa *Rivista*, 2012, 244; E. Stasi, *Osservatorio tributario*, *ivi*, 2010, 747; C. Zafarana, *Manuale tributario del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Milano, 2007, 151 ss.; E. Stasi, *Disciplina fiscale delle procedure concorsuali*, in *Fallimento e le altre procedure concorsuali*, diretto da Fauceglia e Panzani, III, Torino, 2009, 2176; *Idem*, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali minori nel diritto tributario*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. Lo Cascio, Milano, 2008, 2173 ss.; M. Pollio-P.P. Papaleo, *La fiscalità nelle nuove procedure concorsuali*, Milano, 2007, 267 ss.

IN CASO DI OMESSA PRESENTAZIONE DELLA DICHIARAZIONE IVA, IL CONTRIBUENTE NON PUÒ RIPORTARE L'ECCEDENZIA DI IMPOSTA A CREDITO NELLA SUCCESSIVA DICHIARAZIONE

Commissione Tributaria Provinciale di Alessandria, 9 febbraio 2012, n. 15/3/12

In sede di controllo automatizzato della dichiarazione Iva presentata da un contribuente, l'Agenzia delle Entrate rilevava l'inserimento di un ingente **credito Iva proveniente dall'esercizio di imposta precedente**, per il quale non era stata presentata alcuna dichiarazione, da cui sarebbe stato possibile verificare la corrispondenza del credito riportato nell'anno successivo. L'Amministrazione finanziaria, ai sensi dell'art. 54 *bis*, comma 2, lett. b), del D.P.R. n. 633/1972, aveva, dunque, disconosciuto detto credito Iva. Dalla sua eliminazione era scaturita l'iscrizione a ruolo della parte illegittimamente utilizzata in detrazione, oltre alle relative sanzioni ed agli interessi.

Il contribuente proponeva ricorso avverso la cartella di pagamento, invocando il suo diritto a riportare il credito Iva risultante dall'anno precedente, asserendo che tale credito era desumibile non solo dall'esame dei registri Iva, ma anche dalla comunicazione annuale dei dati Iva regolarmente trasmessa.

L'Ufficio, per contro, affermava la correttezza del proprio operato alla luce del dettato dell'art. 8, comma 2, del D.P.R. n. 322/1998, in base al quale la dichiarazione assumerebbe un ruolo indispensabile ai fini della determinazione della posizione fiscale del contribuente, nonché dell'art. 30, comma 1, del D.P.R. 633/1972, alla stregua del quale, se dalla dichiarazione annuale risulta un credito Iva, il contribuente ha diritto di computare l'importo in detrazione nell'anno successivo: disposizione da cui l'Ufficio faceva discendere la necessità della **presentazione della dichiarazione Iva** per poter riportare il credito nell'anno successivo.

I giudici alessandrini, aderendo al filone giurisprudenziale di legittimità, hanno deciso che il contribuente non poteva esporre nella dichiarazione Iva il credito dell'anno precedente per cui non aveva presentato la relativa dichiarazione. Il tema trattato dalla sentenza in commento risulta controverso.

A livello di **prassi**, l'Amministrazione finanziaria, con la Risoluzione n. 74 del 19 aprile 2007, ha affermato che l'eccedenza di credito Iva maturata in un anno in cui la dichiarazione annuale risulta omessa, può essere computata in detrazione, al più tardi, con la dichiarazione relativa al secondo anno successivo a quello in cui il diritto alla detrazione è sorto. Il credito non verrebbe comunque perso anche una volta spirato tale termine, potendo il contribuente attivare la procedura del c.d. "rimborso anomalo" di cui all'art. 21 del D.Lgs. n. 546/92.

La Commissione Tributaria Regionale Lombardia, con la re-

cente sentenza n. 15/46/11 dell'8 febbraio 2011, ha affermato che deve ritenersi fondata la pretesa del contribuente di portare in detrazione, entro il termine di scadenza biennale, l'eccedenza derivante dall'annualità a suo tempo omessa; precisando che, di conseguenza, l'Amministrazione finanziaria deve permettere al contribuente di fornire, nel corso del contraddittorio, le proprie osservazioni circa l'esistenza del credito.

La Suprema Corte, invece, ha ripetutamente affermato che la **mancata esposizione** dell'eccedenza d'imposta nella dichiarazione annuale **esclude il diritto** di detrarla nell'anno successivo, ai sensi degli artt. 30 e 55 del D.P.R. 633/1972; ciò non implica che il contribuente perda il diritto di chiedere la ripetizione dell'indebito entro i termini e alle condizioni di legge.

Riferimenti e segnalazioni: *Giurisprudenza* - Cass. 20 agosto 2004, n. 16477, in *BigUnico online*; Cass. 23 agosto 2005, n. 17158, *ibidem*; Cass. 26 luglio 2006, n. 17067, *ibidem*; Cass. 23 luglio 2007, n. 16257, *ibidem*; Cass. 11 gennaio 2008, n. 433, *ibidem*; Cass. 25 marzo 2009, n. 7172, *ibidem*; Cass. 25 maggio 2009, n. 12041, *ibidem*; Cass. 27 maggio 2011, n. 11737, *ibidem*; Cass. 22 settembre 2011, n. 19326, *ibidem*.

Prassi - Risoluzione Agenzia delle Entrate n. 74 del 19 aprile 2007, in *BigUnico online*.

ALL'AVVOCATO DISTRATTARIO DI SOGGETTO PASSIVO NON SPETTA IL PAGAMENTO DELL'IVA DI RIVALSA

Corte di Cassazione, 21 febbraio 2012, n. 2474

La Corte di Cassazione, con sentenza n. 2474 del 21 febbraio 2012, ha sancito che, nel caso in cui il cliente di un **avvocato distrattario** sia soggetto passivo Iva, ossia abilitato a detrarre l'imposta, il professionista non ha diritto all'imposta e, di conseguenza, il soccombente è tenuto a pagare la parcella al netto dell'Iva.

I giudici di legittimità hanno accolto il ricorso interposto da un'Azienda sanitaria locale, che era stata condannata a pagare un'azienda farmaceutica in forza di un decreto ingiuntivo. L'Azienda contestava, tra il resto, l'erronea applicazione dell'Iva in favore del procuratore distrattario, stante la possibile detraibilità della stessa da parte del ricorrente vittorioso.

Sul punto, la Suprema Corte ha chiarito che la disciplina dell'IvaA è governata al principio di **neutralità dell'imposta**: di conseguenza, dato che l'imprenditore-creditore è **legittimato a operare la detrazione dell'Iva** indicata in fattura dal professionista, la parte debitrice non è tenuta alla corresponsione della relativa imposta. Altrimenti, si verificherebbe una sorta di **arricchimento ingiustificato** dell'ingiungente che, da un lato, incasserebbe l'Iva rifulsagli e, dall'altro, porterebbe in detrazione l'Iva versata. In altri termini - sottolinea la Corte - il professionista distrattario può richiedere al soccombente solamente l'importo dovuto a titolo di onorario e spese processuali e non anche l'importo dell'Iva che gli sarebbe dovuta a titolo di rivalsa dal proprio cliente abilitato a detrarla.

In caso contrario, infatti, egli conseguirebbe una **illegittima locupletazione** ottenendo l'Iva sulle proprie competenze sia dal cliente abilitato a detrarre l'imposta, sia dal soccombente.

Riferimenti e segnalazioni: *Giurisprudenza* - Cass. 12 gennaio 2012, n. 268, in *BigUnico online*; Cass. 31 marzo 2010, n. 7806, in *ibidem*; Cass. 5 maggio 2009, n. 10336, *ibidem*; Cass. 22 maggio 2007, n. 11877, *ibidem*.

NELLA DEFINIZIONE DELLE LITI PENDENTI RIENTRA ANCHE LA CARTELLA SCATURITA DA AVVISO BONARIO CON CUI SI DISCONOSCONO DEDUZIONI

Corte di Cassazione, 21 febbraio 2012, n. 2546

Con l'ordinanza n. 2546 depositata il 21 febbraio 2012, la Cassazione ha chiarito che rientra nella definizione delle liti pendenti anche la cartella relativa a un ruolo **conseguente alla liquidazione della dichiarazione**, a norma dell'art. 36-bis, D.P.R. n. 600/73, preceduta da avviso bonario.

Nel caso di specie, una società impugnava l'iscrizione a ruolo e il conseguente diniego della definizione delle liti pendenti. La Commissione Tributaria Regionale confermava, invece, sia la validità del ruolo, sia il diniego della definizione. Avverso questa sentenza proponeva gravame il contribuente.

La Suprema Corte ha accolto il ricorso, in base al principio secondo cui la controversia avente ad oggetto l'impugnazione di un ruolo derivante dal controllo di cui al ridetto art. 36-bis del D.P.R. n. 600/73 è definibile quando disconosca la **deducibilità di una determinata posta**. L'ordinanza precisa, al riguardo, che quando il ruolo recupera a tassazione poste che il contribuente ha ritenuto deducibili, esso rappresenta il primo atto con cui l'ufficio esercita la pretesa impositiva.

La problematica affrontata nell'ordinanza in commento risulta interessante in considerazione della recente riapertura della **sanatoria per la definizione delle liti pendenti** di cui all'art. 29, comma 16 bis, D.L. 29 dicembre 2011 n. 216, convertito con L. n. 14 del 24 febbraio 2012, che ha ripreso integralmente le disposizioni di cui all'art. 16 della L. n. 289/2002 (ma soltanto per le cause fino a 20.000 euro). In particolare, è possibile definire le liti relative a **tutti gli atti impositivi emessi dall'Agenzia delle entrate** che presuppongono una rettifica della dichiarazione presentata dal contribuente e, di conseguenza, maggiori imposte. Sono invece esclusi tutti gli atti con funzione di liquidazione o riscossione del tributo, vale a dire quei provvedimenti che si limitano a pretendere gli importi già dichiarati a debito dal contribuente.

Riferimenti e segnalazioni: *Giurisprudenza* - Cass. 3 maggio 2005, n. 9148, in *BigUnico online*; Cass. 10 febbraio 2006, n. 2962, *ibidem*; Cass. 24 febbraio 2006, n. 4239, *ibidem*.

INDICE ANALITICO - ALFABETICO

Accordi di ristrutturazione

Dichiarazione

Procedimento

- Competenza - Trasferimento della sede nell'anno anteriore - Applicabilità analogica degli artt. 9 e 161 l.fall.
Tribunale di Milano, decr., 15 novembre 2011 **457**
- Liquidazione dei beni - Piano - Necessità
Tribunale di Milano, decr., 15 novembre 2011 **457**
- Transazione fiscale - Creditori estranei - Trattamento deteriore dei crediti tributari - Ammissibilità
Tribunale di Milano, decr., 15 novembre 2011 **457**

Concordato preventivo

Ammissione

Proposta

- Gruppo di società - Costituzione di società in nome collettivo - Conferimento dei complessi aziendali - Ammissibilità - Effetto esdebitatorio - Portata
(Corte d'Appello di Genova, 23 dicembre 2011) **437**

Omologazione

Manca di opposizioni

- Sindacato del tribunale - Fattibilità e convenienza del piano - Esclusione - Verifica della corretta informazione ai creditori - Ammissibilità - Limiti
(Corte d'Appello di Genova, 23 dicembre 2011) **437**

Reclamo

- Legittimazione - Qualità di parte formale - Necessità - Fattispecie in tema di transazione fiscale
(Corte d'Appello di Genova, 23 dicembre 2011) **437**

Fallimento

Accertamento del passivo

Domanda di insinuazione

- Deposito del progetto - Integrazione successiva - Richiesta di privilegio - Inammissibilità
(Cassazione Civile, Sez. I, 15 luglio 2011, n. 15702) . **427**

Insinuazione tardiva

- Imputabilità del ritardo - Omesso avviso dell'udienza - Causa di giustificazione - Esclusione
(Tribunale di Treviso, decr., 9 dicembre 2011) **451**

Verifica dei crediti

- Domanda di insinuazione - Decreto del giudice delegato - Pronuncia di inammissibilità - Reclamo ex art. 26 l.fall. - Esclusione - Opposizione ex art. 98 l.fall. - Legittimità
(Tribunale di Treviso, decr., 9 dicembre 2011) **451**

Cessazione

Esdebitazione

- Limite temporale - Questione di legittimità costituzionale - Manifesta infondatezza
(Corte Costituzionale 7 marzo 2012, n. 49, ord.) **399**

Dichiarazione

Audizione del debitore

- Diritto di difesa - Società - Notifica dell'avviso d'udienza
(Cassazione Civile, Sez. VI, ord., 13 settembre 2011, n. 18762) **421**

Reclamo

- Amministratore giudiziario - Sequestro preventivo penale - Legittimazione - Sussistenza
(Cassazione Civile, Sez. I, 3 novembre 2011, n. 22800) **413**

Soggetti

- Società a responsabilità limitata - Versamenti dei soci - Duplice aumento di capitale
(Cassazione civile, Sez. I, 18 dicembre 2011, n. 25731) **401**



IPSOA

Gruppo Wolters Kluwer

Manuali
Professionali
IPSOA



Le impugnazioni

Dottrina e giurisprudenza

Il volume, con uno sguardo costante alla **dottrina** e alla **giurisprudenza**, offre il quadro **completo e aggiornato** dell'istituto delle impugnazioni:

- nel **codice di procedura civile** (impugnazioni in generale; appello; ricorso per cassazione; giudizio di rinvio; revocazione; opposizione di terzo; regolamento di giurisdizione; regolamento di competenza)
- nel **rito del lavoro**
- nel **fallimento e le altre procedure concorsuali** (dichiarazione di fallimento; organi preposti al fallimento; accertamento del passivo; ripartizione dell'attivo; cessazione della procedura fallimentare; chiusura del fallimento; concordato fallimentare; concordato preventivo e accordi di ristrutturazione dei debiti)
- nel **processo tributario** (impugnazioni in generale; appello davanti alla commissione tributaria regionale; ricorso per cassazione; revocazione)
- nel **codice del processo amministrativo** (impugnazioni in generale; appello; revocazione; opposizione di terzo; ricorso per cassazione; regolamento di giurisdizione e di competenza)

L'Opera, dal taglio pratico-operativo, è aggiornata - da ultimo - con la legge n. 183/2011 ("**Legge di stabilità 2012**") e con il d.lgs. n. 195/2011 ("**Correttivo al codice del processo amministrativo**") e rappresenta un indispensabile strumento di lavoro per gli operatori del diritto.

di **Antonella Batà**
pagg. 1376, € 95,00, 1 edizione

Compili subito il coupon, e lo invii **via fax allo 02.82476403**. Può acquistare anche on line su **www.shopwki.it** oppure può contattare l'**Agenzia** della Sua zona (www.shopwki.it/agenzie) o rivolgersi alle **migliori librerie** della Sua città.

(00129681) Sì, desidero acquistare il volume **Le impugnazioni**, di Antonella Batà a € 95,00.

Cognome e Nome	Azienda/Studio
Via	CAP
Città	
Tel.	Fax
e-mail (obbligatoria):	Cod. cliente

Partita IVA C.F.

(1002) Pagherò con bollettino postale premarcato sul c.c. n° 412205, intestato a Wolters Kluwer Italia s.r.l. Gestione abbonamenti Ipsoa, allegato alla fattura

Addebitare l'importo di € sulla mia carta di credito:

Mastercard (16 cifre) American Express (15 cifre) VISA (16 cifre) Diner's (14 cifre)

n° Data di scadenza

Nome e indirizzo titolare carta di credito

Timbro e firma

TRATTAMENTO DATI PERSONALI

I dati personali saranno 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 saranno 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. 196/03, 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-Pal. F6, 20090 Assago (MI), o inviando un Fax al numero: 02.82476.403.

* Diritto di recesso. Clausola di ripensamento ai sensi dell'art. 5 D.lgs. n. 185/1999. Decorsi 10 giorni lavorativi dalla data di ricevimento del bene da parte del cliente senza che questi abbia comunicato con raccomandata A.R. inviata a Wolters Kluwer Italia S.r.l. Milanofiori - Assago (o mediante e-mail, telegramma, telex o facsimile confermati con raccomandata A.R. nelle 48 ore successive), la propria volontà di recesso, la proposta si intenderà impegnativa e vincolante per il cliente medesimo. In caso di recesso da parte del cliente, entro lo stesso termine (10 giorni lavorativi dal ricevimento) il bene dovrà essere restituito per posta a Wolters Kluwer Italia S.r.l., Milanofiori, Strada 1 - Pal. F6, 20090 Assago (MI). Le spese di spedizione saranno a carico di Wolters Kluwer Italia S.r.l.



FastFinance
GruppoBanca**FIS**

ACQUISIZIONE DI CREDITI FISCALI DA PROCEDURE CONCORDATARIE.

Fast Finance propone agli organi della procedura 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.**