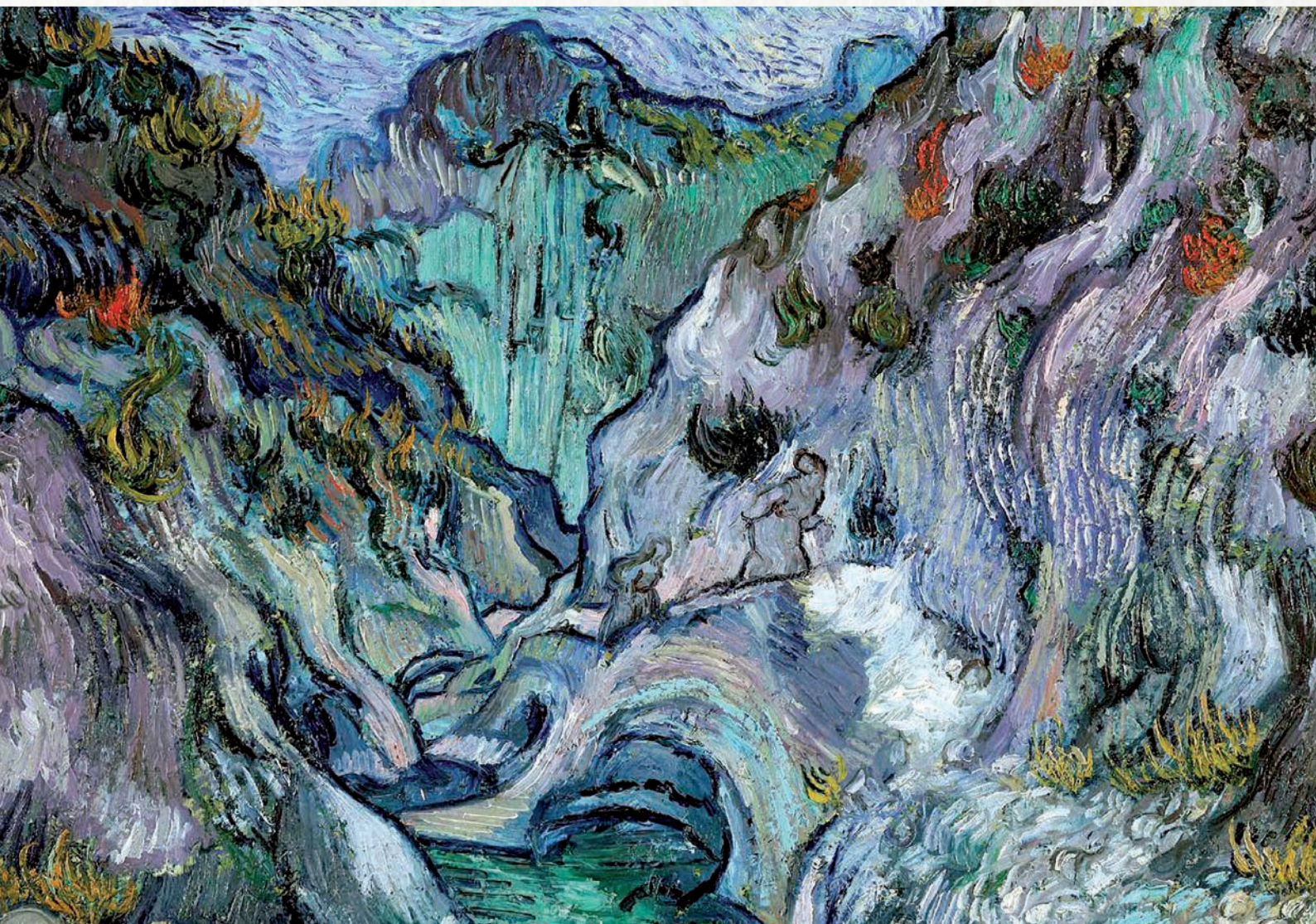




DIRITTO DELLA
CRISI

Numero 1 / 2024
Rivista quadrimestrale



SAGGI

LEGITTIMITÀ

MERITO

PRASSI E UFFICI

Powered by
Zucchetti Software Giuridico srl
via Enrico Fermi, 134 36100 Vicenza
www.fallco.it

PROPRIETÀ EDITORIALE
Società per lo Studio del Diritto della Crisi
via Principe Amedeo, 27 46100 Mantova
segreteria rivista: rivista@dirittodellacrisi.it
direzione: ssdirittodellacrisi@gmail.com
P. IVA 02674210204

REGISTRAZIONE TRIBUNALE DI MANTOVA
n. 1/2021 Registro stampa del 25/02/2021

DIRETTORE RESPONSABILE
dottor Claudio Ceradini

IN COPERTINA
Vincent Van Gogh,
Il burrone dei Peyroulets, 1889,
73 x 91.7 cm, olio su tela.
Boston, Museum of Fine Arts

REALIZZAZIONE EDITORIALE
Tre Lune di Luciano Parenti & C. Mantova

STAMPA
Stampato nel settembre 2024
da Publi Paolini Mantova

Indice

SAGGI

COMPOSIZIONE NEGOZIATA

Intrecci rovesciati e consecuzione anomala tra composizione negoziata e strumenti di regolazione della crisi	6
--	---

Massimo Fabiani

Misure cautelari e misure protettive nel Codice della crisi: una chiave di lettura per l'impiego anche combinato dei diversi strumenti di tutela	12
--	----

Commento a:

– Trib. Imperia, 20 febbraio 2024, Est. Cappello

Ilaria Pagni, Laura Baccaglini

ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

Brevissime note in tema di effetti della pronuncia sulla domanda di omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti	18
--	----

Massimo Montanari

CONCORDATO PREVENTIVO

Il controllo sulla fattibilità del concordato con continuità aziendale nel CCII: una prima applicazione dello standard europeo	24
--	----

Commento a:

– Trib. Trieste, 15 settembre 2023, Pres. Picciotto, Est. Venier

Niccolò Usai

FALLIMENTO E LIQUIDAZIONE GIUDIZIALE

Disciplina delle spese nella Liquidazione giudiziale	37
--	----

Pasquale Russolillo

PROCEDIMENTO UNITARIO

Brevi note sulla domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi ex art. 40, comma 10, CCII presentata dopo la “prima udienza” rinviata per bonario componimento	44
---	----

Commento a:

– Trib. Salerno, 29 ottobre 2023, Pres. Est. Jachia

Chiara Briguglio

MISURE ABLATORIE PENALI

Codice della crisi e legislazione antimafia: una convivenza possibile?	53
Pasquale Addesso	

LEGITTIMITÀ

CONCORDATO PREVENTIVO

Cass., Sez. 1, 9 aprile 2024, n. 9522, Pres. Valitutti, Est. Catallozzi	61
---	----

FALLIMENTO

Cass., Sez. 1, 12 febbraio 2024, n. 3839, Pres. Ferro, Est. Fidanzia	64
Cass., Sez. Un., 19 marzo 2024, n. 7337, Pres. D'Ascola, Est. Terrusi	67
Cass., Sez. 1, 12 febbraio 2024, n. 3785, Pres. Ferro, Est. Fidanzia	76
Cass., Sez. 1, 29 aprile 2024, n. 11495, Pres. Ferro, Est. Dongiacomo	82

SOCIETÀ

Cass., Sez. 1, 4 gennaio 2024, n. 204, Pres. Ferro, Est. Dongiacomo	85
---	----

MERITO

ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE

Trib. Bologna, 30 gennaio 2024, Pres. Guernelli, Est. Rimondini	93
---	----

CONCORDATO

Trib. Palermo, 22 gennaio 2024, Pres. Rini, Est. Cultrera	108
Trib. Ferrara, 28 maggio 2024, Pres. Giusberti, Est. Ghedini	119

FALLIMENTO

Trib. Pordenone, 21 marzo 2024, Pres. Costa, Est. Bolzoni	136
App. Milano, 10 gennaio 2024, Pres. Mantovani, Est. Mammone	138

CONCORDATO MINORE

App. Firenze, 30 gennaio 2024, Pres. Monti, Est. Nannipieri	146
---	-----

RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI DEL CONSUMATORE

Trib. Avellino, 11 aprile 2024, Est. Russolillo	149
---	-----

LIQUIDAZIONE DEL PATRIMONIO

Trib. Milano, 29 febbraio 2024, Pres. De Simone, Est. Agnese 154

PRASSI E UFFICI

Trib. Treviso, 15 marzo 2024, Protocollo 159

Trib. Spoleto, 26 febbraio 2024, Circolare 163

BLOG

**I VERI INTERESSI TUTELATI NELL'ATTUALE CONCORDATO IN CONTINUITÀ:
TRASPARE UNA REVISIONE DI FONDO DELLE PRIORITÀ** 165

Luigi Bottai

Commenti di: Antonio Pezzano, Giovanni La Croce, Luigi Bottai

Struttura editoriale

Direzione scientifica

Laura De Simone
Massimo Fabiani
Salvo Leuzzi

Cofondatore

Paolo Trombini

Comitato scientifico

Sido Bonfatti
Giuseppe Bozza
Bruno Inzitari
Giovanni Battista Nardecchia
Ilaria Pagni
Luciano Panzani
Renato Rordorf
Giuliana Scognamiglio

Comitato editoriale

Marco Arato
Giovanni Carmellino
Giuseppe Fauceglia
Alberto Tron

Redazioni

Redazione giudiziaria

Fabrizio Aprile
Monica Attanasio
Alessandro Auletta
Angelina Baldissera
Carlo Bianconi
Francesca Bortolotti
Daniela Bruni
Simonetta Bruno
Lorenza Calcagno
Daniela Cavaliere
Enrica Ciocca
Bruno Conca
Rinaldo D'Alonzo
Cosimo D'Arrigo
Lucia De Bernardin
Alessandro Farolfi
Giuseppe Fichera
Laura Fioroni
Mario Fucito
Luca Fuzio
Anna Ghedini
Giorgio Jachia
Giuseppe Limitone

Marco Lualdi
Angelo Mambriani
Alessandra Mirabelli
Lucio Munaro
Antonia Mussa
Alessandro Nasti
Luigi Pagliuca
Alida Paluchowski
Anna Rita Pasca
Enrico Quaranta
Angela Randazzo
Guido Romano
Sergio Rossetti
Pasquale Russolillo
Mariano Sciacca
Benedetto Sieff
Vittorio Zanichelli
Andrea Zuliani

Redazione tecnica

Giuseppe Angiolillo
Marco Bianchi
Matteo Binelli
Simona Bonomelli
Claudio Ceradini
Alberto Cimolai
Luigi De Anna
Giulia Gabassi
Antonella Gallotta
Marco Greggio
Alberto Guiotto
Alfredo Miccio
Antonio Pezzano
Dino Piccagli
Riccardo Ranalli
Massimiliano Ratti
Paolo Rinaldi
Chiara Ruffini
Nicola Santi
Marco Spadaro
Alberto Valcarengi
Manuel Virgintino
Silvia Zenati

Collaboratori

Anna Arlati
Alessandra Breda
Simona Cammarata
Anna Cecchella
Marta Colombo
Simone D'Orsi
Gianmarco Gabrieli
Andrea Goretti
Giorgia Grasso
Marco Lucchesini
Giulia Pancioli
Emanuele Stabile
Carlotta Maria Tamburini
Alessandro Turchi
Filippo Viola

* * *

PROCEDURA DI REVISIONE

Gli elaborati fatti pervenire a Diritto della Crisi, anche per il tramite della Direzione scientifica, vengono sottoposti alla procedura di revisione c.d. "a doppio cieco". Detta procedura garantisce l'anonimato sia dell'autore dell'elaborato, sia del revisore alla cui valutazione lo scritto è rimesso.

Il revisore è selezionato tra i componenti del Comitato accademico per il referaggio, nel rispetto di un criterio di rotazione idoneo ad assicurare, altresì, la competenza per materia.

I revisori sono riportati in ordine alfabetico in ciascuno dei fascicoli della Rivista e sono, altresì, indicati in apposita area del portale annesso.

Al singolo revisore è inviata una scheda di valutazione che egli è incaricato di restituire, entro un termine assegnatogli, previa compilazione in ogni sua parte.

In ipotesi in cui la riconsegna della scheda non avvenga tempestivamente, la Direzione scientifica si riserva la facoltà di selezionare altro revisore, senza indirizzare al ritardatario ulteriori solleciti.

Se la valutazione del revisore è positiva, lo scritto è pubblicabile.

Se nella scheda di valutazione è segnalata la necessità di modifiche o integrazioni, la pubblicazione dello scritto è autorizzata dalla Direzione scientifica solo in esito all'adeguamento dell'elaborato alle indicazioni fornite dal revisore.

Se la valutazione è negativa, il contributo non è pubblicabile.

La Direzione scientifica si riserva la facoltà di autorizzare eccezionalmente la pubblicazione di contributi di stretta attualità normativa e/o giurisprudenziale, non preventivamente sottoposti alla procedura di revisione descritta, sui quali essa stessa abbia, tuttavia, effettuato un controllo di qualità.

COMITATO ACCADEMICO PER IL REFERAGGIO

Niccolò Abriani, Paolo Aldrovandi, Laura Baccaglini, Gianluigi Bizioli, Renato Camodeca, Francesco Capalbo, Giacomo D'Attorre, Francesco De Santis, Fabrizio Di Marzio, Enrico Gragnoli, Giorgio Lener, Francesco Macario, Elena Marinucci, Massimo Montanari, Michele Perrino, Antonio Rossi, Fabio Santangeli

Intrecci rovesciati e consecuzione anomala tra composizione negoziata e strumenti di regolazione della crisi

MASSIMO FABIANI Ordinario di diritto commerciale nell'Università del Molise

23 Febbraio 2024

Il saggio è stato sottoposto in forma anonima alla valutazione di un referee.

L'Autore affronta un argomento poco dibattuto relativo alla sovrapposizione tra la composizione negoziata della crisi e l'accesso ad uno strumento di regolazione prendendo in considerazione plurimi profili e mettendo in discussione l'applicazione delle note teorie in materia di consecuzione tra procedure.

Sommario

1. Cenni sugli effetti della scelta da analisi differenziale tra istituti
2. La composizione negoziata preceduta dall'accesso a uno strumento di regolazione della crisi
3. La composizione negoziata che anticipa l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi
 - 3.1. Le ragioni di un'ordinata progressione
4. Consecuzione tra istituti ed effetti distanti dalla consecuzione tra procedimenti o procedure
5. Conclusioni

1. Cenni sugli effetti della scelta da analisi differenziale tra istituti

Sappiamo che entro l'estate il Governo licenzierà un nuovo decreto legislativo al fine di rendere più armonico, dopo le varie stratificazioni, il Codice della crisi.

Attesa la natura dell'intervento dovremmo aspettarci che le disposizioni nuove avranno, soprattutto, la funzione di rendere più semplici alcuni snodi tra le diverse norme perché è noto che un non compiuto coordinamento tra diverse disposizioni è uno dei profili di maggior criticità del corpo normativo.

Ed ancora, in questi oltre diciotto mesi di vigenza del Codice abbiamo tutti compreso che, se da un lato la liquidazione giudiziale continuerà ad essere statisticamente la procedura "regina", per converso l'attenzione degli operatori è per gran parte rivolta a tutti quegli istituti che hanno l'ambizione di evitare la disgregazione liquidatoria della procedura "maggiore".

In questo contesto penso sia utile mettere ben a fuoco le relazioni tra la composizione negoziata e gli strumenti volontari di regolazione della crisi e ciò anche al fine di porre un tema di dibattito per il legislatore.

Al 15 febbraio 2024 le istanze di accesso alla composizione negoziata erano 1250, numero che, grande o piccolo che sia di per sé, è enormemente superiore al numero degli accessi, nel medesimo periodo, agli strumenti di regolazione della crisi.

Credo che, ancor oggi, non sia a tutti chiaro che esiste una profonda distanza tra gli strumenti e la composizione negoziata non solo per quanto ci dice l'art. 2 lett. m-bis) CCII – e cioè che la composizione non è uno strumento – ma proprio dal punto di vi-

sta ideologico perché tante volte si è detto la composizione non è un procedimento ma un percorso, un luogo nel quale verificare se esistono le possibilità di un risanamento dell'impresa¹.

Merita di essere ricordato ancora una volta che in fondo al percorso il debitore può trovare soluzioni proprie della composizione – art. 23, comma 1, lett. a) e c) CCII – e soluzioni che si compendiano, invece, in istituti tradizionali o nuovi e che tuttavia sono espressione di altre forme di *exit*².

È ben vero che sia nell'una che negli altri vi possono essere delle convergenze, anche importanti, ma le finalità restano distinte. Ci si vuole riferire alle cc.dd. misure protettive che trovano spazio in ambedue gli istituti; certo, l'interesse specifico a impedire che singoli creditori possano conquistare posizioni di vantaggio è esigenza avvertita in modo comune, ma nella composizione negoziata le misure protettive assolvono al primario bisogno di con-

1. I. Pagni - M. Fabiani, *La transizione dal codice della crisi alla composizione negoziata (e viceversa)*, in *Dirittodellacrisi.it*, 2 novembre 2021, p. 10; S. Ambrosini, *La composizione negoziata compie un anno: breve itinerario fra le prime applicazioni*, in *Giur. it.*, 2023, p. 1700; G. Scognamiglio, *La composizione negoziata*, in *Giur. comm.*, 2023, I, p. 360; F. Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023, p. 462; P. Vella, *Le finalità della composizione negoziata e la struttura del percorso. Confronto col CCII*, in *Fallimento*, 2021, p. 1490. Trib. Milano, 16 settembre 2022, in *Dirittodellacrisi.it*; Trib. Pescara, 9 maggio 2022, in *Dirittodellacrisi.it*; Trib. Firenze, 6 giugno 2022, in *Dirittodellacrisi.it*. Ma, sulla concorsualità della composizione v., A. Castagnola, *La composizione negoziata*, in *Giur. comm.*, 2023, I, p. 364.

2. L. Panzani, *Gli esiti possibili delle trattative e gli effetti in caso di insuccesso*, in *Il Fall.*, 2021, p. 1591.

sentire una ordinata progressione delle trattative al riparo dal rischio che nelle more una parte del patrimonio possa essere “spolpata” da taluni creditori. Diversamente, le misure di cui agli artt. 54 e 55 CCII mirano, in modo più diretto, ad evitare che vengano alterate le posizioni tra creditori.

Sennonché ci è ben noto che il debitore che avvia la composizione negoziata resta ben saldo al timone dell’impresa³, pur se deve adattare la gestione mettendo davanti a tutto l’interesse dei creditori quando l’impresa è o può divenire a breve insolvente, mentre negli strumenti tradizionali i criteri di gestione vengono ribaltati (v. art. 46 CCII) nel periodo di accesso con riserva (art. 44 CCII) e, sempre, anche nel concordato preventivo. Non a caso una disposizione di fondamentale importanza è quella che chiude il comma 1 dell’art. 18 CCII: “non sono inibiti i pagamenti”, disposizione-manifesto in ordine ai poteri gestori dell’imprenditore.

La composizione negoziata resta distante anche dagli accordi di ristrutturazione dove pure la gestione dell’impresa non è soggetta a sorveglianza da parte degli organi della procedura. Infatti, negli accordi di ristrutturazione pur in assenza di regole distributive di fonte legale e del classico effetto conformativo del concordato (art. 117 CCII), il debitore procede – in base agli accordi con i creditori – a ripartire tra i creditori le risorse patrimoniali che destina al soddisfacimento dei creditori anteriori.

Le superiori considerazioni, qui solo enunciate, consentono di fare un passo avanti: chi deve assistere un debitore deve avere ben chiaro il perimetro di operatività della composizione negoziata e di quello, *in primis*, del concordato preventivo, a questo ci si riferisce perché si tratta ancora dello strumento più diffuso.

Un piano di concordato e un progetto di piano di risanamento nella composizione negoziata devono avere presupposti e punti di caduta profondamente diversi perché i canestri da cui pescare, all’occorrenza, le regole, non sono affatto omogenei.

La scelta dovrà essere operata con grande prudenza, e soprattutto con grande professionalità, perché il modello non potrà essere preso a caso tra i “preferiti” dall’*advisor*, ma dovrà essere calato nel caso concreto.

La diversa tipologia della crisi – finanziaria, patrimoniale, economica, attuale, prospettica – e la diversa platea dei creditori – fornitori, banche, agenzie fiscali, lavoratori – imporranno una scelta meditata. Tuttavia, occorre anche essere consapevoli che una scelta benchè meditata, non debba necessariamente restare intrappolata nel singolo istituto e tutta la storia della Direttiva *Insolvency* 1023/2019 mostra come uno dei valori da perseguire sia quello della flessibilità delle reazioni del debitore alla crisi: il passaggio dall’uno all’altro strumento/istituto deve essere favorito.

Ciò posto, dobbiamo però verificare sino a che punto sia ammissibile un passaggio, in avanti o all’indietro, tra composizione negoziata e strumenti di regolazione della crisi⁴.

2. La composizione negoziata preceduta dall’accesso a uno strumento di regolazione della crisi

Nel decreto-legge 118/2021 il legislatore inserì una previsione che vietava al debitore di fare accesso alla composizione negoziata qualora avesse, in precedenza, presentato una domanda di concordato preventivo (anche ai sensi dell’art. 161, comma 6, L. fall.) o di omologazione degli accordi di ristrutturazione.

Era evidente la preoccupazione che un debitore potesse tornare sui suoi passi e ottenere determinati effetti (ad esempio quelli correlati alle misure protettive) da giustapporre a quelli già conse-

guiti. Sullo sfondo aleggiava il tema dell’abuso degli strumenti concorsuali e così si preferì una soluzione *tranchant*, quella di impedire il “percorso del gambero”. Una volta eletta la via del concordato (o degli accordi) si era “bruciato” lo spazio di accesso alla composizione negoziata. Quel principio, con talune varianti, è confluito nell’art. 25 *quinquies* CCII, là dove si stabilisce che in pendenza del procedimento aperto ai sensi dell’art. 40 (ma anche con riserva ed anche con le misure del c.d. pre-accordo di ristrutturazione) è inibito l’accesso alla composizione negoziata e tale inibizione si protrae per quattro mesi quando il debitore dopo aver eletto il percorso di cui all’art. 40 CCII vi abbia poi rinunciato.

Il Codice della crisi ha, dunque, confermato il divieto del “percorso del gambero”, solo precisando che dopo una moratoria di quattro mesi l’istanza di cui all’art. 12 CCII potrà essere depositata.

La disposizione contiene due diverse proposizioni.

In un primo caso si parla di pendenza del procedimento, termine tecnico che può essere adoperato perché quelli di cui agli artt. 40, 44, 54, comma 3, e 74 (concordato minore) CCII regolano tasselli del procedimento unitario o del procedimento “cautelare”.

Sino a che è pendente un procedimento unitario innescato – volontariamente⁵ dal debitore – ai sensi dell’art. 40 CCII la composizione negoziata è inibita, il che significa sino a quando non interviene un provvedimento della autorità giudiziaria che vi pone fine: possiamo pensare al decreto di inammissibilità (art. 47 CCII), al decreto di revoca (art. 106 CCII), alla sentenza che nega l’omologazione (art. 48 CCII). Ed ancora se qualcuno di questi provvedimenti è impugnato, l’inibizione scorre in avanti sino a quando il gravame non è definito.

Semmai, v’è da chiedersi se una volta venuto meno lo strumento e non disposta la liquidazione giudiziale, esista da subito la facoltà del debitore di fare accesso alla composizione negoziata; la norma sembra consentire questa opportunità e questo risultato non mi pare così pericoloso da giustificare una norma prescrittiva che risolva il problema.

Infatti, se è ben vero che un debitore potrebbe subito dopo la cessazione della procedura presentare una istanza di accesso, ad esempio per allungare il “brodo” delle misure protettive e ritardare ancora la liquidazione giudiziale, il rischio può essere paralizzato da appropriati antidoti: (i) da una parte le misure sono soggette al rilascio/conferma del giudice; (ii) dall’altra parte l’esperto designato, tenuto conto dell’insuccesso della procedura avrebbe buon

3. E. Bissocoli, *La composizione negoziata della crisi d’impresa alla prova del sistema calcio: il caso UC Sampdoria*, in *Dirittodellacrisi.it*, 27 dicembre 2023, p. 24.

4. Le considerazioni che seguono non includono tutte le questioni che, invece, pertengono al regime disciplinare del procedimento nel quale si dibattono le misure, sul quale v., per tutti, L. Baccaglioni, *Il procedimento di conferma, revoca o modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari, nella composizione negoziata della crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 635.

5. M. Montanari, *I rapporti della composizione negoziata della crisi con i procedimenti concorsuali*, in *Dirittodellacrisi.it*, 24 novembre 2021, p. 11; F.S. Damiani, *La composizione negoziata della crisi d’impresa*, in *Diritto della crisi d’impresa*, a cura di G. Trisorio Liuzzi, Bari, 2023, p. 41; U. Corea, *Sub art. 2 quinquies, in Il codice della crisi e dell’insolvenza*, a cura di F. Santangeli, Milano, 2023, p. 200. Il discorso cambia con riferimento alla pendenza del procedimento di liquidazione giudiziale perché in questo caso vi è una ben nota discussione se vi sia una preclusione. Nel senso della preclusione v., Trib. Bergamo, 23 gennaio 2024, in *Dirittodellacrisi.it*; Trib. Palermo, 22 maggio 2023, in *Dirittodellacrisi.it*; nell’opposta direzione, Trib. Bologna, 23 giugno 2023, in *Dirittodellacrisi.it*; App. Potenza, 27 dicembre 2022, in *Dirittodellacrisi.it*. Sulla incompatibilità tra composizione negoziata e amministrazione straordinaria v., M. Montanari, *op. cit.*, p. 6.

giuoco a chiedere immediatamente l'archiviazione della composizione per l'impossibilità di perseguire il risanamento. In tale cornice una attività interpretativa dovrebbe essere più che sufficiente per stabilire che l'art. 25 *quinquies* non contiene una lacuna.

Il secondo caso pertiene, invece, ad un atto dispositivo del debitore che sceglie di rinunciare allo strumento o alla misura protettiva (art. 54, comma 3, CCII): per questo si prevede un periodo di inibizione – di quattro mesi – nel quale i creditori rientrano nella piena disponibilità dei propri diritti e delle proprie azioni. La norma è chiara nel voler evitare, come detto, il “percorso del gambero”. Se il debitore ritiene di non proseguire il percorso più strutturato per deviare verso il percorso più agile lo può fare ma con una soluzione di continuità che deve reputarsi adeguata perché interrompe la catena dei periodi di operatività delle misure protettive. Quando all'esito della rinuncia il debitore riesce ad evitare aggressioni da parte dei creditori è ragionevole che la situazione dell'impresa non sia così compromessa e dunque non è irrazionale che possa ancora essere perseguito il risanamento. Il periodo di quattro mesi sembra ben calibrato perché consente ai creditori di recuperare le loro prerogative e al contempo non penalizza, troppo, il debitore.

3. La composizione negoziata che anticipa l'accesso a uno strumento di regolazione della crisi

L'art. 25 *quinquies* non disciplina la fattispecie rovesciata perché non detta la regola da applicare alla successione “composizione negoziata strumento di regolazione della crisi”; tuttavia, occorre domandarsi se la regola disciplinare, pur non resa evidente nella norma, sia desumibile dall'assetto di sistema, ovvero se non si renda necessario un intervento del legislatore.

Mentre in linea di massima possiamo ritenere che lo sviluppo retrogrado segnali qualche profilo di patologia, lo sviluppo “discendente” ci appare del tutto naturale⁶ se come si è visto, la composizione negoziata è un percorso; non a caso, uno degli epiloghi della composizione è proprio l'accesso ad uno strumento di regolazione della crisi. Ed allora possiamo formulare, sin da subito, una prima conclusione: lo scenario di scivolamento dalla composizione ad uno strumento è del tutto ortodosso e quasi fisiologico e tuttavia questa prima conclusione non ci esime dal proporre qualche ulteriore argomento per verificare che la sequenza delle situazioni trovi una corretta regolamentazione.

Non possiamo nutrire dubbi sul fatto che all'esito della composizione negoziata il debitore possa avere libero accesso ad uno degli strumenti, ma dobbiamo, parimenti, mettere in guardia dal fatto che la linearità di questo percorso possa essere ostacolata da una sequenza di eventi non proprio ben disegnati.

Detto in altre parole: se è razionale che alla composizione negoziata faccia seguito uno strumento, occorre intendersi su cosa si intende per “seguito”, perché bisogna essere molto cauti.

La tesi che si vuole qui esporre – anche per valutare se sia compatibile con un dettato normativo sufficientemente chiaro o se questo sia bisognoso di qualche addendo – è presto detta: l'accesso ad uno strumento non è ammissibile sino a che non è chiusa la composizione negoziata.

È possibile incuneare durante la fase delle trattative una domanda

di accesso ad uno strumento, ad esempio, al solo fine di vedere garantita una continuità tra le misure protettive di cui all'art. 18 CCII e quelle di cui all'art. 54 CCII? Nonostante il quesito non abbia una soluzione di immediata percezione, vi sono vari indizi che a mio avviso conducono, tutti, nella direzione negativa.

Procediamo con ordine ed esaminiamo i dati normativi rassicuranti. Il primo: il concordato semplificato (art. 25 *sexies* CCII) può essere richiesto dal debitore entro sessanta giorni da quando l'esperto ha rilasciato la relazione finale e la relazione finale (v., art. 17 CCII)⁷ è l'adempimento che precede immediatamente l'archiviazione⁸ da parte del segretario generale della camera di commercio. Pertanto, il concordato semplificato presuppone che vi sia stata l'archiviazione della composizione⁹. Tutt'al più si potrebbe assumere che il *dies a quo* sia la relazione finale dell'esperto – anche non accompagnata dall'archiviazione – che viene a stabilizzarsi per effetto (a) dell'inserimento nella piattaforma e (b) per la sua trasmissione a mezzo posta elettronica certificata¹⁰ al debitore.

Di sicuro, fino a che l'esperto non consegna la relazione finale la composizione negoziata deve intendersi aperta, persino quando si esaurisce con l'accordo *ex* art. 23, comma 1, lett. a) o c).

Passando all'accordo di ristrutturazione, l'art. 23, comma 2, lett. b) CCII prevede che il *quorum* dei creditori aderenti ad un accordo ad efficacia estesa di cui all'art. 61 CCII, possa scendere dal 75% al 60% quando dalla relazione finale dell'esperto si ricava che l'accordo è il frutto della negoziazione avvenuta nella composizione. Quindi, anche in questo caso, mi sembra che la relazione finale dell'esperto sia presupposto di ultimazione della composizione, quantunque si possa obiettare che negli accordi-base e in quelli agevolati (artt. 57 e 60 CCII) la relazione finale non sia indispensabile. Tuttavia, si creerebbe una bizzarra asimmetria tra diversi tipi di accordo, sì che pare preferibile considerare (quanto meno) la relazione finale presupposto di accesso, pur se va confermato che meglio sarebbe l'avvenuto adempimento dell'archiviazione.

Per quanto pertiene al concordato preventivo nessuna traccia si rinviene nell'art. 23 CCII, ma nell'art. 90 CCII si stabilisce che per evitare una proposta concorrente il debitore che abbia praticato (“utilmente”) la composizione negoziata può proporre ai creditori chirografari un soddisfacimento almeno pari al 20% (in luogo del 30%). Anche in questo caso se si deve certificare l'utilità, a me pare imprescindibile che vi sia una conforme relazione finale dell'esperto con la conseguenza che si ricade nelle conclusioni precedenti.

La stessa frammentazione tra primo e secondo comma dell'art. 23 CCII segnala una profonda differenza tra le soluzioni di uscita, perché quelle del primo comma sono “interne” alla composizione e del loro conseguimento deve dare atto l'esperto, mentre quelle del secondo comma sono “esterne”¹¹.

7. P. Riva - G. Rocca, *L'esito dell'intervento dell'esperto e il contenuto della relazione finale*, in AA.VV., *La composizione negoziata quale soluzione alla crisi d'impresa*, Milano, 2023, p. 226.

8. C. Esposito, *Il concordato semplificato*, Milano, 2023, p. 95; I. Pollastro, *La composizione negoziata della crisi*, in *Lineamenti di diritto della crisi e dell'insolvenza*, a cura di M. Irrera, F. Pasquariello e M. Perrino, Bologna, 2023, p. 86.

9. App. Salerno, 6 aprile 2023, in *Dirittodellacrisi.it*; V. Zanichelli, *Gli esiti possibili della composizione negoziata*, in *Dirittodellacrisi.it*, 26 ottobre 2021, p. 10.

10. L'art. 17 non prevede il mezzo di comunicazione ma v'è da ritenere che questo avvenga con la PEC.

11. G. D'Attorre, *Manuale di diritto della crisi e dell'insolvenza*, Torino, 2022, p. 42.

6. A. Nigro - D. Vattermoli, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2023, p. 93.

Tutte queste considerazioni muovono compatte nella direzione di predicare che uno strumento di regolazione della crisi non può mescolarsi con il percorso della composizione negoziata¹².

Prima si metta da parte la composizione e poi si avvii, se utile, uno strumento; l'effetto è quello di mettere in fila composizione e strumenti assecondando una ordinata progressione che eviti commistioni a danno dei creditori¹³.

3.1. Le ragioni di un'ordinata progressione

Nel paragrafo precedente sono state messe in luce le regole del Codice che spingono per reputare preferibile che l'accesso allo strumento sia successivo all'archiviazione della composizione negoziata (o comunque alla trasmissione della relazione finale dell'esperto). Questa soluzione non è, soltanto, quella più in armonia con le regole del Codice, ma è anche quella che evita possibili commistioni di regimi disciplinari diversi. Quando si accede alla composizione negoziata il debitore conserva la gestione dell'impresa senza limitazioni salve le formalità connesse all'espressione dell'eventuale dissenso dell'esperto (art. 21 CCII)¹⁴; quando, invece, il debitore accede ad uno strumento con riserva, la gestione dell'impresa è re-

12. Sulla incompatibilità, a doppio senso, v., Trib. Napoli Nord, 4 gennaio 2024, in *Dirittodellacrisi.it*; secondo il tribunale campano "In via del tutto preliminare deve rilevarsi l'improcedibilità del reclamo proposto, dovuta alla contemporanea pendenza, in uno all'impugnazione in esame, di una procedura di concordato preventivo ex art. 44 Codice della crisi, che laponente ha avviato con istanza depositata in data 28 novembre 2023 (cf. doc. 34 allegato al deposito di parte reclamante del 6 dicembre 2023). Presentando domanda di concordato preventivo ex art. 44 Codice della crisi (con apposita ed autonoma istanza di concessione delle relative misure protettive a norma dell'art. 54, secondo comma, Codice della crisi), la reclamante ha, nei fatti, dimostrato di non aver più un concreto interesse a definire in via stragiudiziale la situazione di crisi determinatasi. Del resto, l'incompatibilità tra le due procedure (la composizione negoziata, a natura stragiudiziale, ed il concordato preventivo, che si caratterizza, invece, per l'ampio coinvolgimento dell'autorità giurisdizionale, il cui controllo culmina nel giudizio di omologa) emerge in maniera nitida dall'analisi della nuova disciplina dettata dal Codice della crisi. Basti considerare, da questo punto di vista, il disposto di cui all'art. 25 quinquies Codice della crisi, che nel prevedere che l'istanza di cui all'articolo 17, non può essere presentata dall'imprenditore in pendenza del procedimento introdotto con ricorso depositato ai sensi dell'articolo 40, anche nelle ipotesi di cui agli articoli 44, comma 1, lettera a), 54, comma 3, e 74. L'istanza non può essere altresì presentata nel caso in cui l'imprenditore, nei quattro mesi precedenti l'istanza medesima, abbia rinunciato alle domande indicate nel primo periodo, di fatto enuclea un principio di generale incompatibilità tra i due strumenti di regolazione della crisi, che può ritenersi applicabile, mutatis mutandis, anche al caso di specie. Se è vero, infatti, che, in pendenza di un procedimento unitario, l'imprenditore che versi in una condizione di squilibrio non può presentare un'istanza volta all'apertura di una composizione negoziata della crisi d'impresa, dovendo, quest'ultimo, servirsi degli strumenti giudiziali di risoluzione, previsti dalla disciplina del concordato preventivo (nelle sue diverse ed eterogenee formulazioni), deve anche coerentemente e conseguentemente ritenersi che, una volta intrapresa iniziativa di cui all'art. 44 Codice della crisi, l'imprenditore non possa contestualmente coltivare l'interesse ad una proroga delle misure protettive già concesse nell'ambito di una composizione negoziata od addirittura, come effettuato nel caso di specie, coltivare l'interesse ad una riapertura della procedura di composizione negoziata, nelle more archiviate sulla base della relazione finale dell'esperto".

13. Nel senso della necessità della archiviazione, mi pare, anche V. Zanicchi, *op. cit.*

14. M. dal Linz, *La gestione dell'impresa in pendenza delle trattative, in Come gestire la composizione negoziata nel risanamento dell'impresa*, a cura di F. Ghignone, Sant'Arcangelo di Romagna, 2023, p. 216; A. Nigro - D. Vattermoli, *op. cit.*, p. 103; U. Corea, *op. cit.*, p. 141.

golata dall'art. 46 CCII e quando si entra nel concordato preventivo la gestione è affidata alla regola di cui all'art. 94 CCII.

Se nella persistenza delle misure protettive di cui all'art. 18 CCII sopravviene una domanda "piena" o "con riserva" (artt. 40 e 44 CCII) in cui è inclusa l'istanza di concessione delle misure protettive il regime di protezione a quale regola si riferisce?

Nel caso in cui durante la composizione negoziata il debitore avanzi la richiesta di autorizzazione alla cessione dell'azienda con i vantaggi di cui all'art. 22 CCII e poi sopraggiunga la domanda di concordato preventivo, la cessione dell'azienda va affidata al regime di cui all'art. 22 o di quello dell'art. 94?

A questi interrogativi si potrebbe rispondere che si tratta di quesiti banali perché nel momento in cui il debitore chiede l'accesso allo strumento, dimostra di voler abbandonare il percorso della composizione negoziata e, comunque, le regole previste per gli strumenti dovrebbero prevalere su quelle previste per la composizione negoziata.

Da un punto di vista fattuale è molto probabile che sia così; tuttavia, le interconnessioni si possono verificare e sarebbe decisamente meglio che le regole fossero chiare per tutti e per i creditori in particolare.

A mio modo di vedere non ci può essere commistione perché il regime disciplinare uno soltanto deve essere e gli istituti del Codice non possono essere maneggiati come giocattoli. Aggiungo che il principio generale che vuole che le condotte dei protagonisti dello scenario di crisi siano improntate a buona fede – enfatizzato nell'apice del Codice (art. 4 CCII)¹⁵ – deve tradursi, anche, nella trasparenza dei comportamenti e delle scelte in modo che tutti, esperto, tribunale, creditori siano messi nelle condizioni di comprendere esattamente in quale cornice giuridica ci si muove.

La commistione potrebbe generare ulteriore confusione se pensiamo al caso in cui durante la composizione – non esaurita – sopraggiunga una domanda di concordato preventivo che il tribunale reputi immediatamente inammissibile ai sensi dell'art. 47 CCII; cosa accadrebbe? Tornerebbe in auge la composizione negoziata non ancora archiviata? È ben vero che secondo un ordine razionale degli eventi, non appena l'esperto prenda atto dell'accesso ad uno strumento di regolazione dovrebbe, quasi automaticamente, certificare l'impossibilità di prosecuzione del percorso negoziato, ma ove questo non accada (o non accada subito) le complicazioni emergono a tutto tondo.

Infine, a composizione negoziata aperta, l'istanza di accesso ad uno strumento è solo atto di organizzazione o è anche atto di gestione dell'impresa con la conseguenza che andrebbero invocati i presidi di cui all'art. 21 CCII? Può apparire un quesito paradossale ma non mi pare che la criticità non meriti di costituire un ulteriore argomento per concludere che l'accesso allo strumento presuppone che la composizione negoziata sia – non solo nella sostanza ma anche nella forma – chiusa.

Se tutto questo vale nei rapporti tra composizione negoziata e strumenti, non è detto, però, che valga automaticamente anche tra composizione negoziata e procedimenti che non sono strumenti. Ci si vuole riferire alla fattispecie di cui all'art. 54, comma 3, CCII che costituisce il diretto discendente del c.d. pre-accordo di ristrutturazione di cui all'art. 182 *bis*, comma 6, L. fall.

V'è allora da chiedersi se a composizione negoziata pendente vi possa essere uno spazio per l'innesto del pre-accordo di ristrutturazione e in particolare se le misure di protezione di cui all'art.

15. L. Panzani, *I doveri delle parti*, in *Dirittodellacrisi.it*, 14 settembre 2022, p. 5; S. Ambrosini, *op. cit.*, p. 1702; G. Meo, *La responsabilità nella composizione negoziata della crisi*, in *Dir. fall.*, 2023, p. 850.

54, comma 3, si possano saldare con quelle già concesse ai sensi dell'art. 18 CCII.

La ragione di questo interrogativo muove dal fatto che nel comma 3 si parla espressamente di trattative e questo parrebbe rimandare al nucleo portante della composizione negoziata: se la "cifra" della composizione negoziata è la gestione della trattativa, non vi dovrebbe essere alcuna incompatibilità con le trattative intessute nel pre-accordo. L'indicazione è suggestiva e tutt'altro che irrazionale perché si potrebbe immaginare che giunti ad un certo punto della trattativa in presenza dell'esperto, la trattativa assuma i connotati qualificanti presupposti nella attestazione del professionista. Il risultato concreto potrebbe rinvenirsi, proprio, nella saldatura tra le misure protettive in scadenza nella composizione negoziata e quelle innestate dalla domanda *ex* art. 54, comma 3, CCII.

Provando a lasciare in disparte il tema dell'abuso dello strumento, a me pare che la scelta di limitare il periodo di vigenza delle misure protettive nella composizione negoziata a 240 giorni, pur quando le trattative possano durare sino a 360 giorni vuole rappresentare il fatto che è tollerabile far marciare le trattative – senza più il riparo della protezione *ex* art. 18 CCII – a condizione che ai creditori sia restituita piena libertà di azione, sì che le trattative proseguono virtuosamente proprio quando non vi sono tensioni con i creditori. Innestare la protezione-*bis* del pre-accordo pare una forzatura, fermo restando che se si chiude la composizione nulla impedirà al debitore di seguire proprio la via del pre-accordo che, però, stando all'art. 23 CCII non vale da solo come soluzione finale della crisi. Pertanto, anche il pre-accordo – ancorché fattispecie autonoma rispetto ai procedimenti¹⁶ – soffre di quelle criticità tipiche dei procedimenti e non mi sembra soluzione percorribile all'interno della composizione negoziata¹⁷.

4. Consecuzione tra istituti ed effetti distanti dalla consecuzione tra procedimenti o procedure

Una volta che abbiamo risolto il fatto che l'accesso agli strumenti e al pre-accordo deve presupporre la chiusura della composizione negoziata resta da vedere cosa accada sul piano degli effetti tra l'ultimazione della composizione e l'avvio dello strumento. Possiamo serenamente escludere che il fenomeno vada descritto come consecuzione tra procedure¹⁸ o anche solo tra procedimenti giacché la composizione non è né l'uno né l'altro. Non potremo

così discorrere di retrodatazione del periodo sospetto all'avvio della composizione negoziata qualora la crisi si concluda con l'apertura della liquidazione giudiziale (art. 170 CCII)¹⁹. Parimenti, la sospensione degli interessi (artt. 96 e 153 CCII) si applicherà solo con l'apertura della liquidazione giudiziale.

Ciò nondimeno, la legge vuole che taluni effetti della composizione negoziata prendano vigore se e proprio quando segua uno strumento di regolazione o la liquidazione giudiziale: pensiamo al regime degli atti autorizzati (art. 22 CCII) e alla loro persistenza – senza rischi di inefficacia – nelle successive procedure.

Il caso, se si vuole più eclatante, è quello della prededuzione sui finanziamenti visto che l'art. 22 CCII si riferisce direttamente alla prededucibilità dei finanziamenti autorizzati dal tribunale, prededucibilità che assumerà un significato proprio quando seguirà un procedimento nel quale vigono regole legali di distribuzione del valore²⁰.

Tuttavia, se vogliamo restare ancorati alla stretta connessione tra composizione negoziata e successivo accesso allo strumento, condito dalla richiesta di misure protettive, dobbiamo chiederci quale rapporto leghi le misure della composizione e quelle dello strumento e, in particolare, se si possa predicare una consecutività tra le stesse.

Fermo restando il fatto che la durata massima complessiva delle misure protettive è di dodici mesi (art. 8 CCII) si pongono due ipotesi: (i) la composizione si chiude quando sono ancora pendenti le misure e subito dopo la chiusura il debitore fa ricorso ai sensi dell'art. 54, comma 2, CCII; (ii) la composizione si chiude quando le misure sono scadute e subito dopo la chiusura il debitore fa ricorso ai sensi dell'art. 54, comma 2, CCII. Nel primo caso ci potrebbe essere uno spazio di qualche giorno e nel secondo caso anche di qualche mese. In questo spazio si potrebbe insinuare un creditore che avvia una azione esecutiva o cautelare o iscrive una ipoteca o anche più semplicemente chiede l'apertura della liquidazione giudiziale.

Se riteniamo che non vi sia una consecuzione tra le misure protettive²¹, comunque, il debitore non è soggetto a rischi con riguardo ad azioni esecutive o cautelari²² perché la loro regolamentazione è tutta interna allo stesso meccanismo di protezione di cui all'art. 54, comma 2. Dal momento che è inibita la prosecuzione delle azioni, il fatto che l'accesso allo strumento sia stato (o no) preceduto dalla composizione negoziata non è rilevante.

Il discorso cambia per ciò che pertiene alle ipoteche giudiziali

16. Trib. Avellino, 20 settembre 2023, in *Dirittodellacrisi.it*.

17. Benché non si ponga tutti questi problemi, per quanto è dato comprendere, anche S. Pacchi, *Gli sbocchi della composizione negoziata e, in particolare, il concordato semplificato*, in *Ristrutturazioni aziendali*, p. 25 sembra escludere che il pre-accordo possa essere innestato all'interno della composizione negoziata.

18. In luogo di molti, V. Giorgi, *Consecuzione di procedure concorsuali e prededucibilità dei crediti*, Milano, 1996, p. 1 ss.; G. Lo Cascio, *Consecuzione di procedimenti concorsuali e retrodatazione del periodo sospetto per l'esperimento dell'azione revocatoria fallimentare*, in *Giust. civ.*, 1988, I, p. 1831; B. Inzitari, *Il problema della «retrodatazione» dei termini per la revocatoria fallimentare nella consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 1991, I, p. 253; A. Didone, *Note minime sulla consecuzione delle procedure concorsuali*, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 2457; A. Pazzi, *L'infinito mondo della consecuzione fra procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 2015, p. 22. Per Cass., 1° giugno 2019, n. 15724, la consecuzione tra procedure concorsuali è un fenomeno generalissimo consistente nel collegamento tra procedure di qualsiasi tipo, volte a regolare una coincidente situazione di dissesto dell'impresa, che trova nell'art. 69 *bis* L. fall. una sua particolare disciplina nel caso in cui esso si atteggi a consecuzione fra una o più procedure minori e un fallimento finale.

19. M. Ferro, *La composizione negoziata e il riposizionamento delle istituzioni della concorsualità giudiziale dopo il D.L. n. 118/2021*, in *Il Fall.*, 2021, p. 1589.

20. M. Fabiani, *Nuova finanza prededucibile negli accordi di ristrutturazione e nell'esecuzione del concordato preventivo: alla ricerca della razionalità*, in *Dirittodellacrisi.it*, 13 novembre 2023, p. 8.

21. Ma sulla diversità delle misure v., Trib. Bergamo, 24 febbraio 2022, in *Dirittodellacrisi.it*; G. Ivone, *Misure protettive e cautelari, autorizzazioni del tribunale e rinegoziazione dei contratti nelle nuove regole sulla crisi d'impresa*, in *La nuova composizione negoziata per la soluzione della crisi d'impresa*, a cura di G. Sancetta, A.I. Baratta e C. Ravazzin, Milano, 2022, p. 115; F. De Santis, *Sub art. 18, in Il codice della crisi e dell'insolvenza*, a cura di F. Santangeli, Milano, 2023, p. 126; A. Carratta, *Le misure cautelari e protettive nel CCI dopo il d.lgs. n. 83/2022*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 859; M. Aiello, *La protezione del debitore nel codice della crisi: un approccio sistematico*, in *Dir. fall.*, 2023, p. 326. In particolare, sulla diversità funzionale v., F. Di Marzio, *op. cit.*, p. 372.

22. Qui il riferimento alle misure cautelari contro il debitore e non quelle richieste dal debitore, v., I. Pagni, *Il "sistema" delle misure protettive e cautelari negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza: note a margine di un provvedimento del Tribunale di Milano*, in *Il Fall.*, 2024, p. 287.

poiché il debitore è protetto solo per quelle iscritte nei novanta giorni anteriori al deposito della domanda di accesso allo strumento (art. 46, comma 5, CCII), talché non è protetto per quelle iscritte prima dei novanta giorni mentre era in corso ovvero era appena terminata la composizione negoziata. I casi che ci possono interessare sono almeno due: (i) un creditore iscrive ipoteca, contro il divieto di cui all'art. 18 CCII²³, durante la composizione negoziata ma poi questa si esaurisce; (ii) un creditore iscrive ipoteca dopo che sono cessate le misure protettive di cui all'art. 18 CCII ma la composizione è ancora pendente e poi sopravviene, ma oltre i novanta giorni la domanda di accesso ad uno strumento.

Al cospetto di queste due ipotesi ci si deve chiedere se sussista una consecuzione tra misure protettive ovvero se il periodo di assenza di protezione renda le misure tra loro non comunicanti.

Benché la prima soluzione possa apparire quella più funzionale alla gestione efficiente della crisi, in mancanza di una regola espressa credo che la soluzione più coerente sia la seconda soprattutto con riferimento alla fattispecie sub (ii).

In primo luogo, occorre chiarire la natura della sanzione che si vuole applicare alla violazione del divieto di iscrizione di ipoteca giudiziale in costanza delle misure protettive di cui all'art. 18 CCII. Infatti, se l'iscrizione è nulla quell'ipoteca non solo non garantisce al creditore un diritto di prelazione durante la composizione negoziata ma anche allo spirare di questa non produrrà i propri effetti; al contrario, se la sanzione è quella della inefficacia dell'ipoteca durante la composizione, una volta che questa è cessata l'ipoteca prenderà l'efficacia che prima mancava, con la conseguenza che nel successivo strumento se ne dovrà tenere conto (perché iscritta oltre i novanta giorni).

Anche al lume del mutamento di lessico rispetto all'art. 168 L. fall. (dove il termine era "nullità", con riguardo alle azioni esecutive e cautelari) la sanzione che colpisce l'iscrizione ipotecaria fatta in violazione del divieto per coerenza andrebbe ricondotta alla categoria della inefficacia²⁴ con il risultato che al cessare delle misure protettive l'ipoteca acquisisce piena efficacia rispetto al debitore e agli altri creditori. Sennonché, come era legittimo fare, il Codice stabilisce che al cessare delle misure, per revoca o per naturale scadenza, il divieto di acquisire diritti di prelazione non concordati viene meno a far data dalla revoca o cessazione (art. 55, comma 8, CCII) il che si traduce in una permanenza dell'effetto di inefficacia il che genera una assimilazione di questa inefficacia assoluta alla categoria della invalidità. Assai diverso è il

discorso se dalla composizione negoziata tracciamo in uno strumento, specie se si tratta di un concordato preventivo, e l'ipoteca viene iscritta durante la composizione ma dopo che sono cessate le misure protettive.

Qui si apprezza facilmente che, se si dovesse postulare la consecuzione tra misure protettive, taluno potrebbe suggerire che – in presenza di una stessa crisi – le ipoteche iscritte tra una misura protettiva e l'altra potrebbero risultare inefficaci. Va, infatti, rammentata quella diffusa lettura secondo la quale il criterio che regge la teoria della consecuzione è quello della identità della crisi, non quello semplicemente temporale posto che una consecuzione è ammessa anche quando vi è soluzione di continuità tra una procedura e l'altra ma questo lasso di tempo nel 'limbo' non è espressivo di un definitivo superamento della crisi²⁵. In moltissime occasioni la giurisprudenza ha quindi avuto modo di precisare che consecuzione può ricorrere anche a distanza di tempo tra l'avvio della prima e l'ultima ed anche quando la successione cronologica è interrotta da un periodo in cui manca, proprio, una procedura²⁶.

Se è comprensibile che una tesi di questo tenore possa essere affacciata, ciò nondimeno anche nell'ottica di un bilanciamento di interessi tra debitore e creditori è decisamente preferibile escludere ogni forma di consecuzione (o, se si vuole, di contaminazione) tra misure²⁷ con la precisazione che questa più rigorosa conclusione non è davvero inefficiente per il debitore e per gli altri creditori tenendo conto del fatto che quella ipoteca sarà, in ogni caso, soggetta all'azione revocatoria concorsuale ai sensi degli artt. 166, comma 1, lett. d) e 170 CCII nell'ambito del periodo sospetto semestrale²⁸.

5. Conclusioni

Avevamo aperto questo breve contributo chiedendoci se un intervento normativo per sciogliere alcuni nodi interpretativi sarebbe opportuno o finanche necessario.

Per le superiori considerazioni non credo che sia necessario qualche innesto, mentre un chiarimento sul fatto che l'accesso allo strumento deve presupporre la chiusura della composizione negoziata potrebbe rivelarsi opportuno anche e proprio per continuare a marcare la distanza tra la composizione negoziata e gli strumenti di regolazione della crisi.

²³. Il divieto, secondo Trib. Bergamo, 24 febbraio 2022, in *Dirittodella-crisi.it*, si applicherebbe ai soli creditori destinatari delle misure, ma ciò non esclude che il divieto sia estensibile *erga omnes* se la richiesta non è selettiva.

²⁴. Cass., 8 luglio 2022, n. 21758.

²⁵. Cass., 20 maggio 2022, n. 16414; Cass., 16 aprile 2018, n. 9290 ha statuito che in tema di revocatoria fallimentare, nel caso in cui dopo la revoca dell'ammissione del debitore al concordato preventivo si frapponga un intervallo di tempo prima della sua dichiarazione di fallimento, non è esclusa la consecuzione delle procedure concorsuali e, quindi, la retrodatazione del termine iniziale del periodo sospetto al momento della detta ammissione, purché si tratti di un intervallo di estensione non irragionevole, tale cioè da non costituire esso stesso elemento dimostrativo dell'intervenuta variazione dei presupposti delle due procedure; A. Pazzi, *op. cit.*, p. 26.

²⁶. Tra le più recenti pronunce di merito v., Trib. Pisa, 30 maggio 2023, in *Dejure.it*; Trib. Milano, 14 febbraio 2023, in *Dejure.it*; App. Salerno, 14 aprile 2022, in *Dejure.it*; Trib. Terni, 4 aprile 2022, in *Corti umbre*, 2022, p. 327.

²⁷. G. Rana, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al D.L. n. 118/2021*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 309.

²⁸. Una lettura non condivisibile – perché difforme dal diritto positivo – è quella proposta da M.L. Guarneri, *Sub art. 17, in Il codice della crisi e dell'insolvenza*, a cura di F. Santangeli, Milano, 2023, p. 111, ad avviso della quale con l'archiviazione vengono travolti *ex tunc* tutti gli effetti della composizione negoziata.

Misure cautelari e misure protettive nel Codice della crisi: una chiave di lettura per l'impiego anche combinato dei diversi strumenti di tutela

ILARIA PAGNI Ordinario di diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Firenze

LAURA BACCAGLINI Ordinario di diritto processuale civile nell'Università di Trento

4 Marzo 2024

Il commento è stato sottoposto in forma anonima alla valutazione di un referee.

Le Autrici, muovendo da un provvedimento ligure, compiono un' articolata riflessione sul diverso spettro temporale e operativo in cui sono suscettibili di innestarsi nel CCII – secondo l'approccio accolto – le misure protettive e quelle cautelari.

Trib. Imperia, 20 febbraio 2024, Est. Cappello

COMPOSIZIONE NEGOZIATA DELLA CRISI – Misure protettive – Termine massimo di durata – Consumazione – Misure cautelari – Contenuto sovrapponibile a quello delle misure protettive – Ammissibilità.

In pendenza di una composizione negoziata, la consumazione del termine massimo di durata delle misure protettive, previsto dall'art. 19 CCII, non osta alla concessione di una misura cautelare volta ad inibire a creditori predeterminati l'esercizio di azioni esecutive o cautelari ovvero l'acquisizione di diritti di prelazione non concordati. Il termine di 240 giorni previsto dall'art. 19 e quello complessivo annuale di cui all'art. 8 sono riferiti soltanto alle misure protettive, che costituiscono un ombrello generalizzato a garanzia della conservazione del patrimonio del creditore nella fase iniziale delle trattative. I predetti termini possono essere superati dalla concessione di misure cautelari, dal medesimo contenuto delle misure protettive: è infatti rimesso al giudice il temperamento del sacrificio imposto ai singoli creditori destinatari della misura cautelare con i risultati già conseguiti in caso di trattative avanzate ai fini dell'individuazione di una soluzione negoziata della crisi.



TRIBUNALE DI IMPERIA
SEZIONE CIVILE – PROCEDURE CONCURSUALI
ORDINANZA

procedura di composizione negoziata; Sentite le parti e i creditori interessati all'udienza del 15.2.2024; Acquisiti i pareri dell'esperto e dell'ausiliario;
A scioglimento della riserva ivi assunta;

OSSERVA

Visti gli atti;

Vista l'istanza di concessione di misure cautelari depositata da (OMISSIS) in data 24.1.2024;

Preso atto della proroga della composizione negoziata della crisi intervenuta, previo parere favorevole espresso dai creditori maggiormente significativi, con verbale dell'esperto del 26.1.2024; Previa nomina del Dott. Stefano Gorgoni – con studio in Pavia, Piazza del Carmine n. 1 – già intervenuta in sede di procedimento di concessione di misure protettive introdotto in data 1.1.2023, nomina quindi da intendersi senza soluzione di continuità riferendosi alla medesima crisi e alla medesima

Con ricorso, ex art. 19 D. lgs 14/2019 e succ. mod., depositato in data 1.6.2023, (OMISSIS) ha domandato la conferma delle misure protettive funzionali al buon esito delle trattative, avviate ai sensi della procedura di composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa, di cui agli artt. 12 e ss. CCII; domanda accolta dal Tribunale con decreto del 29.6.2023.

In data 27.9.2023, la società ha chiesto la proroga delle misure di cui sopra, nella prospettiva di poter usufruire di un ulteriore periodo (sino al 26 gennaio 2024) che consentisse lo sviluppo definitivo del piano di risanamento, alla luce del Piano d'Ambito – in allora in corso d'approvazione – e del piano tariffario.

In data 3.11.2023, questo Tribunale ha accolto la richiesta di

proroga che, alla data del 26.1.2024, ha esaurito i suoi effetti: in pari data il procedimento di composizione negoziata per la soluzione della crisi di impresa è stato prorogato – previo parere favorevole dei creditori maggiormente significativi – sino al 31.3.2024.

Con ricorso, depositato in data 24.1.2024, (OMISSIS) ha chiesto la concessione di misure cautelari nei confronti di (OMISSIS) (oltre al Rag. (OMISSIS) e (OMISSIS), domanda rinunciata in sede di verbale di udienza del 15.2.2024) aventi ad oggetto l'inibitoria rivolta ai predetti creditori di avviare nei confronti di (OMISSIS) qualsiasi azione esecutiva e/o cautelare e/o concorsuale.

All'udienza del 15 febbraio 2024 i creditori, previamente notiziati del ricorso, si sono opposti alla concessione delle misure predette e hanno concluso per il rigetto del ricorso sulla base della sostanziale elusione del termine normativo di fissazione del termine massimo delle misure protettive del patrimonio e ravvisando l'insussistenza dei requisiti del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*.

La domanda della società ricorrente è fondata e deve essere accolta. L'art. 2 lett. q) CCII definisce le misure cautelari come: *"provvedimenti cautelari emessi dal giudice competente, a tutela del patrimonio o dell'impresa del debitore che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative e gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e delle procedure di insolvenza"*.

La formula della norma è ampia e generica e si riferisce a misure cautelari evidentemente atipiche, a contenuto conservativo o anticipatorio, senza che questo significhi che in concreto il contenuto della misura possa essere determinato direttamente dal giudice, prescindendo dall'applicazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, che, invece, anche in questo caso assume diretta rilevanza.

Trattasi quindi di provvedimenti selettivi, con destinatari determinati, dal contenuto vario ed atipico connotati esclusivamente dal loro scopo: assicurare provvisoriamente l'esito delle trattative (nel procedimento di composizione negoziata della crisi, ex art. 19 CCII) e gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e delle procedure di insolvenza (nel caso di misure attivate ai sensi dell'art. 54 CCII). L'impostazione, proposta dai primi commentatori del codice, volta a distinguere le misure protettive e quelle cautelari sulla base del potere di iniziativa (le prime proprie del debitore e le seconde riservate ai creditori) non appare coerente con l'impianto normativo che non opera alcuna diversificazione in tal senso, così come non appare condivisibile la tesi di una preclusione per il debitore a richiedere misure cautelari volte a paralizzare le azioni esecutive e concorsuali di alcuni creditori, motivata dal rischio di aggirare il termine fissato per la concessione delle misure protettive, ex art. 8 e 19 c. 5 CCII (cfr. in questo senso Tribunale di Milano, 22.11.2023).

Tale termine perentorio deve essere, invece, circoscritto alle sole "misure protettive" che costituiscono un ombrello generalizzato a garanzia della conservazione del patrimonio del creditore nella fase iniziale delle trattative non potendosi escludere la possi-

bilità di concedere misure determinate e riguardanti singoli creditori qualora queste si rendano necessarie a non pregiudicare la contrattazione (e i risultati già conseguiti, nel caso di trattative avanzate).

La possibilità di prorogare la composizione negoziata della crisi sarebbe incoerente se non accompagnata da misure idonee a renderne effettivo lo scopo, specie laddove aggressioni esecutive o iniziative concorsuali potrebbero vanificarne totalmente il percorso.

L'obiezione dell'elusione normativa del termine di 240 giorni o del termine annuale di cui all'art. 8 CCII, appare superabile rimettendo al giudice il vaglio concreto della proporzionalità del sacrificio imposto ai singoli creditori oggetto di inibitoria cautelare e la risoluzione negoziata della crisi di impresa (cfr. in tal senso Tribunale di Torino del 5.12.2023), non essendo al giudicante preclusa la fissazione di un ulteriore termine, coerente con la proroga della composizione negoziata, per contemperare i contrapposti interessi.

Deve, quindi, ritenersi ammissibile la richiesta di misure cautelari proposta da (OMISSIS) e volta ad inibirne le azioni esecutive e concorsuali, con ricorso del 24.1.2024.

Una volta chiarita l'ammissibilità del ricorso di parte ricorrente, occorre vagliare il merito della domanda.

I provvedimenti cautelari collegati alla composizione negoziata della crisi possono essere richiesti solo dal debitore al Tribunale competente a seguito dell'accettazione da parte dell'esperto e sono anch'essi finalizzati, come le misure protettive, ad assicurare il raggiungimento dell'obiettivo del risanamento, rendendosi «necessari per condurre a termine le trattative» (artt. 19, 1° comma, CCI e 7, 1° comma, D.L. n. 118/2021).

Di conseguenza, sono provvedimenti che, sebbene definiti cautelari, rispondono alla stessa finalità delle misure protettive e rispetto ai quali non si rinviene la tradizionale strumentalità al diritto da tutelare in sede di merito dei veri e propri provvedimenti cautelari, non foss'altro per il fatto che nella procedura di composizione negoziata manca del tutto il giudizio di merito nel quale il diritto inciso dal provvedimento verrà tutelato.

Per queste ragioni, l'indagine sul *fumus boni iuris* non può che essere verificato analizzando la funzionalità delle misure al buon esito delle trattative e la proporzionalità delle stesse rispetto al pregiudizio dei creditori.

In tal senso, occorre riferirsi alle conclusioni raggiunte dall'esperto e dall'ausiliario del Tribunale che, in questi mesi, hanno partecipato alle trattative tra (OMISSIS) e i creditori e hanno curato i rapporti con la struttura commissariale a cui sono attribuiti i fondamentali passaggi necessari alla predisposizione del bando della gara a doppio oggetto mirante all'individuazione del socio privato che – mediante conferimento di capitale sociale – renderà possibile la ristrutturazione del debito sociale.

Le conclusioni dei professionisti consentono di affermare che il percorso compiuto nell'ottica del risanamento è in fase di avanzata attuazione.

Segnatamente, la società – a seguito dell'approvazione del piano d'ambito e della tariffa unica da parte del commissario ad acta con decreti del 27.10.23 e 2.11.23 – ha predisposto il piano di ristrutturazione, così strutturato:

- continuazione in capo a (OMISSIS) della gestione unitaria del S.I.I. nell'A.T.O. Imperiese;
- “trasformazione” di (OMISSIS) da “società in house” a “società mista”, a maggioranza pubblica, ma con gestione affidata ad un socio privato da individuarsi all'esito di una gara europea “a doppio oggetto” che verrà indetta dal Commissario ad acta. Tale Socio Privato effettuerà il suo ingresso nel capitale sociale di (OMISSIS) mediante la sottoscrizione di un aumento di capitale (corredato da un finanziamento soci) ad esso riservato;
- la sottoscrizione tra (OMISSIS) e i propri creditori di un “fascio” di accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 57 e 61 CCII e, ove ne sussistano i presupposti, ex art. 23, comma 2, lett. b) CCII, previa loro suddivisione in cinque classi;

La Società ha, poi, provveduto ad inoltrare ai propri creditori sociali la proposta di accordo di ristrutturazione dei debiti da sottoscrivere ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 57 e 61 CCII e, ove ne sussistano i presupposti, 23, comma 2, lett. b) CCII, trasmettendo loro anche una sintesi delle linee guida del predetto piano di ristrutturazione.

Creditori rappresentanti un monte crediti pari a € 61.931.873 hanno aderito alla proposta, mentre creditori per un importo sensibilmente più ridotto (per circa € 1.439.53) hanno manifestato il proprio dissenso (cfr. relazione ausiliario p. 6).

Parallelamente, il professionista incaricato di redigere la relazione di cui all'art. 57, comma 4, CCII con lettera in data 16 gennaio 2024 ha dichiarato, sulla base delle verifiche sino ad ora effettuate, che: *salvo il verificarsi di fenomeni ad oggi non prevedibili, non sembrano allo stato sussistere elementi che possano precludere ad una valutazione positiva sull'attuabilità e fattibilità del Piano* (cfr. p. 7 della comfort letter predisposta dall'attestatore, doc. 6 ricorso introduttivo del giudizio). Questi dati consentono di ritenere il percorso di trattative avviato in modo serio e concreto e la semplice considerazione per cui numerosi creditori non si siano ancora espressi né in senso favorevole, né in senso contrario – silenzio comprensibile a fronte della complessità dell'accordo proposto e dal ristretto tempo a disposizione per esaminarlo (gli accordi sono stati inoltrati a gennaio 2024) – induce a ritenere utile se non necessaria la concessione di misure cautelari volta ad impedire ai dissenzienti – quantomeno nell'attesa che si esprimano tutti i creditori – di aggredire il patrimonio sociale o introdurre domande concorsuali. Entrambe le prospettive costituirebbero un serio pregiudizio alle trattative in corso e determinerebbero un'inevitabile alterazione della *par condicio creditorum*.

Quanto al *periculum in mora* lo stesso deve ritenersi sussistente avuto a riguardo all'intero ammontare dei crediti per cui è stata chiesta l'inibitoria, poiché laddove questi venissero azionati cagionerebbero un pregiudizio irreparabile alle trattative intaccando la garanzia patrimoniale aziendale e favorendo alcuni fornitori a discapito della generalità.

Le criticità tuttora sussistenti rispetto alla concreta attuazione del piano di ristrutturazione dovuti all'incertezza dei tempi di indizione della gara a doppio oggetto, essenziale al risanamento aziendale, impongono come necessaria la fissazione di un termine, al fine di circoscrivere l'efficacia di tali misure inibitorie e dar voce ai contrapposti interessi del ceto creditorio dissenziente.

In tal senso, appare congruo fissare il termine di efficacia della presente inibitoria al 31.3.2024, termine coerente con la proroga della composizione negoziata, ritenendolo ragionevole per consentire a tutti i creditori di esprimersi in merito alle proposte di accordo inviate dalla società.

La novità della questione e la presenza di giurisprudenza di merito contrastante consente l'integrale compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale, in composizione monocratica ex art. 19 c. VII CCII, in accoglimento del ricorso proposto in data 24.1.2024;

- inibisce, sino al 31.3.2024, a (OMISSIS) e ai terzi pignorati l'effettuazione di pagamenti a favore di (OMISSIS) in relazione alla procedura esecutiva pendente dinanzi al Tribunale di Imperia sub R.G.E 435/2023 e al titolo ivi dedotto e ordina a (OMISSIS) di astenersi sino al 31.3.2024 dal proseguire tal azione esecutiva e dall'avviare ulteriori azioni cautelari e/o esecutive e/o concorsuali a tutela del credito oggetto della suddetta azione;
- inibisce, sino al 31.3.2024, a (OMISSIS) l'effettuazione di pagamenti a favore di (OMISSIS) in relazione ai crediti oggetto dei titoli già ottenuti da tali creditori e ordina sino al 31.3.2024 a (OMISSIS) di astenersi dall'avviare nei confronti di (OMISSIS) qualsivoglia azione esecutiva e/o cautelare e/o concorsuale sulla base dei suddetti titoli e/o di altri eventuali titoli che vengano medio tempore emessi a loro favore con riferimento ai crediti oggetto della proposta di Accordo di Ristrutturazione e/o, più in generale, dall'avviare qualsivoglia altra azione a tutela di tali crediti;
- inibisce, sino al 31.3.2024, a (OMISSIS) l'effettuazione di pagamenti a favore del (OMISSIS) e (OMISSIS) in relazione ai crediti da quest'ultimo vantati e ordina sino al 31.3.2024 al (OMISSIS) di astenersi dall'avviare qualsiasi azione tesa ad ottenere un qualsivoglia titolo e/o provvedimento esecutivo e/o cautelare a tutela dei propri asseriti crediti;
- compensa integralmente le spese del giudizio.

Così deciso, in Imperia il 20.2.2024.

Il GD
Paola Cappello

Sommario

1. Il provvedimento del Tribunale di Imperia
2. Il contenuto delle misure protettive e di quelle cautelari
3. L'intreccio tra le misure e la valorizzazione della strumentalità cautelare anche rispetto alla durata della protezione del patrimonio

1. Il provvedimento del Tribunale di Imperia

Col provvedimento che si commenta, il Tribunale di Imperia ha affrontato un quesito particolare in ordine al rapporto tra misure protettive e cautelari, che finora era stato risolto, a quanto consta, in termini negativi dalla giurisprudenza, a fronte delle aperture della dottrina. La questione che si è posta è se il debitore che abbia ottenuto, nella composizione negoziata, la conferma delle misure protettive e una successiva proroga utile a consentire lo sviluppo definitivo del piano di risanamento (fino al totale di 240 giorni consentito dal Codice), possa, in pendenza del percorso di composizione la cui durata sia stata a propria volta prorogata di un tempo più lungo, chiedere misure cautelari nei confronti di alcuni creditori, volte all'inibitoria di avviare qualsiasi azione esecutiva, cautelare o concorsuale¹. In altre parole, il Tribunale ha dovuto pronunciarsi sulla possibilità di utilizzare le misure cautelari per andare oltre il termine previsto per le misure protettive. Nel caso di specie, si trattava di superare il termine interno alla composizione negoziata; analogo quesito, però, si sarebbe potuto porre con riferimento al termine di cui all'art. 8 CCII, che dispone che la durata complessiva delle misure protettive (là da intendersi, a nostro avviso, soltanto come quelle tipiche, del divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive o cautelari sul patrimonio del debitore oppure sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa) fino alla omologazione dello strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o alla apertura della procedura di insolvenza, non può superare il periodo, anche non continuativo, di dodici mesi, inclusi eventuali rinnovi o proroghe, tenuto conto anche di quanto disposto in pendenza della composizione negoziata. L'interrogativo offre l'occasione al Tribunale di esaminare da vicino anche il possibile contenuto delle misure cautelari, alla luce della definizione offerta dall'art. 2, lett. q), CCII, la loro direzione, la legittimazione a richiederle, il criterio che le distingue dalle misure protettive. Secondo il Tribunale le misure cautelari del Codice sono misure "evidentemente atipiche, a contenuto conservativo o anticipatorio, senza che questo significhi che in concreto il contenuto della misura possa essere determinato direttamente dal giudice, prescindendo dall'applicazione del principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato, che, invece, anche in

questo caso assume diretta rilevanza". Lo scopo è quello di assicurare provvisoriamente l'esito delle trattative, nel caso della composizione negoziata, o gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi, nel caso di provvedimenti richiesti ex art. 54. Si tratta di misure certamente selettive, con destinatari determinati, e che, dal lato attivo, non si distinguono rispetto alle misure protettive sulla base del potere di iniziativa: è questo un profilo che non influisce sul loro contenuto chiunque sia il soggetto che le richiede. Infatti – si legge nella pronuncia – non si può sostenere che la circostanza che le misure protettive siano rimesse alla legittimazione attiva del debitore impedisca, a questi, di richiedere misure cautelari per paralizzare le azioni esecutive e cautelari di alcuni creditori, mentre ben potrebbero ottenere quel divieto in via cautelare i creditori, che non hanno titolo a richiedere misure protettive.

Per il Tribunale il termine perentorio degli artt. 8 e 19 CCII dev'essere circoscritto all'"ombrello generalizzato a garanzia della conservazione del patrimonio del creditore nella fase iniziale delle trattative" e non si può "escludere la possibilità di concedere misure determinate e riguardanti singoli creditori qualora queste si rendano necessarie a non pregiudicare la contrattazione (e i risultati già conseguiti, nel caso di trattative avanzate)".

Secondo un diverso orientamento giurisprudenziale, invece, sarebbe proprio il contenuto atipico rivestito dalle misure cautelari a precludere al debitore di farvi ricorso per ottenere effetti sovrapponibili a quelli delle misure protettive, quand'esse – per decorso del termine massimo previsto – non possano più operare². L'obiezione della elusione della normativa del termine di 240 giorni o del termine annuale di cui all'art. 8, sollevata dall'orientamento contrario all'impiego delle misure cautelari, è parsa invece superabile per il Tribunale di Imperia, "rimettendo al giudice il vaglio concreto della proporzionalità del sacrificio imposto ai singoli creditori oggetto di inibitoria cautelare e la risoluzione negoziata della crisi d'impresa", "non essendo al giudicante preclusa la fissazione di un ulteriore termine, coerente con la proroga della composizione negoziata, per contrapporre i contrapposti interessi"³.

2. Il contenuto delle misure protettive e di quelle cautelari

L'idea di utilizzare le misure cautelari, che non scontano il limite temporale dell'art. 8, quando, pur essendo decorsi i dodici mesi, serva ancora un po' di tempo per ottenere l'omologazione dello

1. Sulle misure protettive e cautelari nella composizione negoziata, anche con riferimento alla disciplina contenuta nel D.L. 24 agosto 2021, n. 118, conv. in L. 21 ottobre 2021, n. 147, v. L. Baccaglini - F. De Santis, *Misure protettive e provvedimenti cautelari a presidio della composizione negoziata della crisi: profili processuali*, in *Dirittodellacrisi.it*, 12 ottobre 2021; L. Baccaglini, *Il procedimento di conferma, revoca o modifica delle misure protettive e di concessione delle misure cautelari, nella composizione negoziata della crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, p. 635 ss.; Eadem, *Composizione negoziata della crisi e misure protettive: presupposti, conseguenze ed effetti della loro selettività sulle azioni esecutive individuali*, in *Il Fall.*, 2022, p. 1091 ss.; G. Rana, *Le misure protettive e cautelari nella composizione negoziata di cui al D.L. 118/2021*, in *Dir. fall.*, 2022, p. 282; A. Didone, *Le misure protettive/cautelari*, in *Il Fall.*, 2022, p. 1251 ss.

2. Trib. Milano, 22 novembre 2023, in *Dirittodellacrisi.it*. Secondo il Tribunale di Milano, non è neppure rilevante il fatto che l'istanza cautelare non venga avanzata nei confronti della generalità dei creditori, ma sia invece diretta a inibire ad alcuni soltanto di essi l'esercizio di azioni esecutive e l'iscrizione di ipoteche giudiziali.

3. In termini analoghi, I. Pagni, *Il "sistema" delle misure protettive e cautelari negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza: note a margine di un provvedimento del Tribunale di Milano*, in *Il Fall.*, 2024, p. 273.

strumento, in tal modo rimettendo alla valutazione del giudice l'effettiva necessità di una estensione della protezione e l'esame della strumentalità di tale estensione rispetto all'attuazione della sentenza che omologa la soluzione negoziale, pur non pacifica in giurisprudenza, era stata sostenuta in dottrina, anche da chi scrive⁴. La misura cautelare del Codice della crisi, infatti, è una misura flessibile, che interviene a colmare i bisogni di tutela assicurati dalle misure protettive, non solo sotto il profilo del contenuto ma anche sotto quello della durata, e supplisce all'assenza di misure protettive atipiche nella composizione negoziata.

La protezione del patrimonio durante le trattative è sempre quella tipica, sia nella composizione negoziata che nel preaccordo. Sono tipiche anche le misure che si possono chiedere quando si accede agli strumenti senza il deposito del piano, della proposta e degli accordi, ex art. 44. Il contenuto tipizzato varia, a seconda delle norme, ma il nucleo essenziale è il medesimo: il divieto di azioni esecutive e cautelari proposte dai creditori.

È solo dopo l'integrazione della domanda, o in caso di accesso effettuato direttamente con domanda "piena", che alle misure tipiche dei primi due periodi del secondo comma si accompagna la possibilità di "ulteriori misure temporanee" per evitare il pregiudizio che "determinate azioni di uno o più creditori" possono arrecare al buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza (art. 54, secondo comma, ultimo periodo). In questo caso il contenuto non è predeterminato.

Si tratta infatti di misure dal contenuto non specificato, che possono rivolgersi anche verso "iniziative" dei creditori, e non soltanto verso "azioni" in senso tecnico, quali sarebbero le azioni esecutive o quelle cautelari, già colpite dalle misure tipiche⁵. Questo punto è chiarito proprio per quanto è scritto nelle definizioni, dove la lett. p) dell'art. 2, indiscutibilmente volta a ricomprendere anche provvedimenti a contenuto atipico, menziona genericamente le misure che colpiscono le "azioni" dei creditori intendendo con ciò necessariamente anche semplici condotte. Semmai, c'è da chiedersi se l'impiego del sostantivo "azioni" implichi necessariamente comportamenti attivi, e non consenta di immaginare anche misure che colpiscano comportamenti omissivi. Può trattarsi dunque di inibitorie collegate alla violazione di obblighi di fare, contenenti la prescrizione di divieti, e, se si ritiene che il termine azioni debba intendersi in senso ampio, anche di obblighi di non fare, col correlato contenuto impositivo di obblighi di fare⁶.

4. Ivi, p. 273; nello stesso senso, già con riferimento al testo originario del D.Lgs. n. 14/2019; M. Fabiani, *Le misure cautelari e le misure protettive nel nuovo Codice della crisi*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, p. 855 ss. V. inoltre P. Russolillo, *Misure protettive negli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza alternativi alla liquidazione giudiziale e procedure esecutive individuali*, in *Dirittodellacrisi.it*, 6 giugno 2023; M. Morotti, *Temporaneità delle misure protettive*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 1405 ss.

5. Sul punto, v. Trib. Napoli, 27 ottobre 2022, in *Il Fall.*, 2023, p. 684, con nota di P. Farina, *Le misure protettive richieste dopo la domanda di accesso allo strumento negoziale: dall'inibitoria dell'azione di sfratto per morosità alla iscrizione, nel registro delle imprese, della domanda integrativa*, che ha concesso una misura protettiva atipica per sospendere un processo volto alla risoluzione di un contratto strategico, concluso tra creditore e debitore.

6. L'inibitoria a un fare o a un non fare è contenuto che può riguardare sia le misure protettive atipiche sia quelle cautelari, come nella composizione negoziata della crisi, in cui le misure protettive sono solo tipiche. Per un'applicazione in questo senso, cfr. Trib. Verona, 22 gennaio 2024, in *Dirittodellacrisi.it*, che ha ordinato a un istituto di credito di dare esecuzione al contratto di affidamento bancario che era sospeso senza ragione dopo che il debitore aveva depositato istanza di nomina dell'esperto, condannando la banca al pagamento di una penalità ex art. 614 bis c.p.c. per ogni giorno di ritardo nell'adempimento dell'ordine.

Il debitore, se passa attraverso la composizione negoziata o la domanda prenotativa, ma non se sceglie la via del preaccordo, ha sempre a disposizione anche le misure cautelari⁷.

È evidente che, quando vengono chieste dal debitore, le misure cautelari assomigliano alle misure protettive atipiche, e non è semplice differenziarle.

Dottrina e giurisprudenza spesso affermano che le seconde non debbano invadere il campo delle prime, ma l'intreccio, in realtà, è postulato fin dalla norma definitoria: seppur con parole diverse, ma dal medesimo significato, infatti, tanto la lett. p) quanto la lett. q) dell'art. 2, alludono, entrambe, all'unica esigenza di assicurare il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi o dell'insolvenza.

Per valutare quando ricorrere alla misura protettiva atipica o alla misura cautelare, bisogna ripartire ancora una volta dalle definizioni.

Le misure protettive, nella lett. p) dell'art. 2, sono rivolte verso le azioni dei creditori. Le misure cautelari, nella lett. q), invece, non hanno uno specifico destinatario: sono per definizione provvedimenti selettivi, con destinatari determinati, non necessariamente i creditori. È sufficiente che si tratti di provvedimenti emessi a tutela del patrimonio o dell'impresa che appaiano, secondo le circostanze, più idonei ad assicurare provvisoriamente il buon esito delle trattative e gli effetti degli strumenti di regolazione della crisi e delle procedure di insolvenza.

Il fatto che la previsione sia modellata sulla falsariga dell'art. 700 c.p.c. non significa neppure che il legislatore postuli l'esigenza di un *periculum in mora* imminente e irreparabile o escluda un contenuto anche conservativo delle misure. Lo prova il fatto che l'art. 54, comma 1, oltre a includere espressamente tra i provvedimenti la nomina di un custode, come nei sequestri, precisa anche che il provvedimento non deve assicurare, anticipandoli, "gli effetti", quanto piuttosto "l'attuazione" delle sentenze di omologazione degli strumenti di regolazione e di apertura delle procedure di insolvenza: il che può avvenire, appunto, anche con provvedimenti a carattere conservativo.

Anziché essere collegata alla necessaria natura anticipatoria delle misure, dunque, l'esclusione espressa, nell'art. 54, comma 1, degli artt. 669 *octies*, primo, secondo e terzo comma, e 669 *novies*, primo comma, c.p.c., serve piuttosto a ribadire che la strumentalità è comunque solo funzionale e non anche strutturale, perché non c'è, propriamente, una causa di merito la cui mancata introduzione o estinzione possa determinare l'inefficacia della misura. Si tratta in ogni caso di giurisdizione cautelare, dunque contenziosa e non di giurisdizione volontaria, come conferma il fatto che nell'art. 55 il legislatore ha eliminato il riferimento al reclamo dell'art. 124 contenuto nella prima versione del Codice, prevedendo sempre, come forma di controllo, quella regolata all'art. 669 *terdecies* c.p.c.

Dato il contenuto ampio, e la finalità convergente con quella delle misure protettive, i provvedimenti cautelari possono essere rivolti, come queste, a impedire la potenziale disgregazione aziendale o patrimoniale dell'impresa, ma possono anche più semplicemente assicurare il successo degli strumenti di regolazione. Non avendo destinatari determinati, tempi prestabiliti e finalità necessariamente protettive del patrimonio, coprono ogni bisogno di tutela che le misure protettive non riescono a garantire.

7. Sulle misure nel caso di preaccordo v. Trib. Bologna, 5 ottobre 2022; Trib. Mantova, 26 luglio 2023; Trib. Avellino, 20 settembre 2023, tutte in *Dirittodellacrisi.it*.

3. L'intreccio tra le misure e la valorizzazione della strumentalità cautelare anche rispetto alla durata della protezione del patrimonio

Dunque, guardando da questa prospettiva al sistema delle misure protettive e cautelari, si può concludere che il legislatore della riforma ha ritenuto di non dover lasciare scoperto alcun bisogno di tutela, grazie a una gamma di strumenti che permette di coprire tutte le esigenze nel rispetto del principio di effettività della tutela giurisdizionale avente fondamento normativo negli artt. 24 Cost., 6 e 13 CEDU e 47 CDFUE.

È questo il criterio guida per intendere l'assetto della tutela interinale nel Codice della crisi. Al di là del tradizionale divieto delle azioni esecutive e cautelari, infatti, il debitore e i soggetti legittimati alla domanda di apertura della liquidazione giudiziale possono chiedere, in via atipica, nel rispetto dei principi generali, "tutto quello e proprio quello" che il legislatore sostanziale riconosca nella loro titolarità.

Certo, i principi generali del diritto processuale si debbono coniugare con quelli speciali della materia concorsuale, ma in questo ambito il raccordo è meno complicato che altrove. Del resto, già le regole del procedimento, contemplate negli artt. 19 e 55 CCII, mimano quelle degli artt. 669 *bis* ss. c.p.c., oppure richiamano quelle norme espressamente.

L'individuazione del contenuto delle misure, anche protettive e non solo cautelari, soggiace al principio della domanda, come ribadisce del resto l'art. 54, comma 1, richiamando in modo espresso, con riferimento ai provvedimenti cautelari, la necessità dell'istanza di parte, per superare situazioni che si erano verificate durante la vigenza della legge fallimentare, in cui taluni provvedimenti, resi *ex art.* 15, comma 8, L. fall., erano stati dati con un contenuto diverso da quello che era stato l'oggetto del ricorso. La distribuzione degli oneri probatori rispecchia quella della tutela giurisdizionale a carattere contenzioso e il principio del contraddittorio è sempre doverosamente assicurato. La possibilità dell'udienza in videocollegamento ha anticipato quella che sarebbe stata poi, a regime, la disciplina delle udienze nel codice processuale.

Sia per le misure protettive atipiche che per quelle cautelari, il Codice richiede che il giudice individui, nel concederle, la correlazione funzionale tra il tipo di provvedimento richiesto e l'obiettivo avuto di mira, a riprova della natura *lato sensu* cautelare di entrambe le misure. La strumentalità, lo si rimarca, è particolare, ma ci dev'essere: sia quando l'iniziativa proviene dal debitore, nel

qual caso con le une e con le altre si mira ad assicurare il buon esito delle iniziative assunte per la regolazione della crisi; sia quando l'iniziativa proviene dai soggetti legittimati alla domanda di apertura della liquidazione giudiziale, nel qual caso con la misura cautelare si assicurano non gli effetti delle sentenze che pronunciano, nel merito, su quella domanda, ma, semmai, la loro attuazione.

Si è già detto che la definizione di misura cautelare ricorda quella del provvedimento urgente del codice di rito, anche se la previsione è più ampia.

Occorre però non confondere i diversi piani. La similarità delle misure cautelari del Codice col provvedimento d'urgenza del codice processuale, che può essere concesso solo quando non è prevista una misura tipica, non implica necessariamente l'applicazione del principio di residualità: in ogni caso, non è corretto concludere, come ha fatto talvolta la giurisprudenza ragionando a rovescio, che non vi sia spazio per misure protettive atipiche il cui risultato sia raggiungibile con le misure cautelari⁸; a tutto concedere, dovrebbe essere l'opposto, e cioè si dovrebbe ricorrere alle misure cautelari solo quando non è possibile, per il debitore, ottenere misure protettive anche atipiche⁹.

Se occorre, allora, estendere la protezione oltre la durata predefinita dal legislatore, è possibile fare leva sulle misure cautelari: ovviamente, perché non si abbia un abuso dello strumento, dev'esserci una ragione particolarmente forte per allungare i tempi del divieto di azioni esecutive e cautelari, sia sotto il profilo del *fumus boni iuris* che sotto il profilo del *periculum in mora*; ma, come correttamente osserva il Tribunale di Imperia, l'obiezione dell'elusione normativa del termine di 240 giorni o del termine annuale di cui all'art. 8 appare superabile "rimettendo al giudice il vaglio concreto della proporzionalità del sacrificio imposto ai singoli creditori oggetto di inibitoria cautelare e la risoluzione negoziata della crisi d'impresa". A questa conclusione si può giungere anche considerando che la prescrizione della Direttiva *Insolvency* che ha determinato l'art. 8 CCII (art. 6, paragrafo 8) si riferiva al generale divieto di azioni esecutive, e non a misure selettive, a destinatari determinati, quali sono le misure protettive atipiche e le misure cautelari: dunque, soprattutto se non si chiede che il giudice estenda l'intero ombrello protettivo ma inibisca singole iniziative dei creditori, non è corretto parlare neppure di superamento del termine previsto dal Codice ma di una iniziativa mirata, volta a ottenere che sia il giudice, nel contraddittorio con gli interessati, a bilanciare gli opposti interessi.

⁸ Trib. Milano, 30 marzo 2023, in *Il Fall.*, 2024, p. 273, con nota di I. Pagni, *op. cit.*

⁹ Ivi, p. 283.

Brevissime note in tema di effetti della pronuncia sulla domanda di omologa degli accordi di ristrutturazione dei debiti*

MASSIMO MONTANARI Ordinario di diritto processuale civile nell'Università di Parma

21 Febbraio 2024

Il saggio è stato sottoposto in forma anonima alla valutazione di un referee.

Il lavoro affronta alcune questioni poste dalla disciplina degli effetti che la pronuncia in tema di omologazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti è idonea a produrre, con precipuo riferimento ai vincoli che possono derivare, dalla decisione che essa omologa abbia riaccolto, nei confronti del giudice che sia parallelamente o successivamente adito con istanza di liquidazione giudiziale contro il medesimo debitore.

Sommario

1. L'efficacia "specificata" dell'omologazione
2. L'autonomo rilievo degli accordi non omologati e le sorti della successiva domanda di apertura della liquidazione giudiziale:
 - a) le dimensioni del problema
3. Segue: b) l'ipotesi del cumulo di domande (con *excursus extra ordinem* sui differenti problemi che la fattispecie genera)
4. Segue: c) le ragioni della negata omologa dell'accordo e il vincolo che ne deriva nel separato giudizio di apertura della liquidazione giudiziale
5. L'immediata esecutività della pronuncia di omologazione
6. Le esenzioni dalla revocatoria: questioni superate e dubbi irrisolti sullo sfondo della nuova legislazione

1. L'efficacia "specificata" dell'omologazione

Le presenti considerazioni debbono prendere logicamente le mosse da quella che rappresenta l'opinione comunemente recepita intorno all'argomento che mi è stato assegnato e, cioè, che l'efficacia propriamente negoziale degli accordi di ristrutturazione di cui agli artt. 182 *bis* L. fall. e, oggi, 57 ss. CCII – e si allude, in particolare, anche se non soltanto, all'efficacia *lato sensu* esdebitatoria dei medesimi, che nei confronti di fideiussori, coobbligati, soci illimitatamente responsabili della società debitrice, è soggetta a differente regolamentazione, a seconda si tratti degli accordi base oppure a efficacia estesa, a livello dell'art. 59 del Codice – vivrebbe, siffatta efficacia, "di vita propria" rispetto all'omologazione¹. Con il che s'intende che essi accordi, non importa se va-

lutati singolarmente oppure nel loro complesso, debbono reputarsi efficaci sin dalla loro stipulazione²; e, correlativamente, quello che la pronuncia di omologazione vien loro ad aggiungere, ossia il così definito *quid pluris* omologatorio, non sarebbe apprezzabile sul piano del diritto sostanziale – se non, al più, per quanto attiene al riscadenziamento dei pagamenti dovuti ai creditori estranei,

2010, p. 213; E. Frascaroli Santi, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti a norma dell'art. 182 bis L. fall.*, in F. Vassalli - F.P. Luiso - E. Gabrielli (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2014, IV, p. 515; V. Zanichelli, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali dopo il D.Lgs. 12.9.2007, n. 169*, Assago, 2008, p. 452; D. Manente, *Non omologabilità degli accordi ex art. 182 bis legge fallim. e procedimento per dichiarazione di fallimento del debitore*, in *Dir. fall.*, 2008, II, p. 309 ss.; C. Trentini, *Piano attestato di risanamento e accordi di ristrutturazione dei debiti*, Assago, 2016, p. 439; ed oggi, sullo sfondo del nuovo Codice, A. Nigro - D. Vattermolli, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, 5ª ed., Bologna, 2021, p. 472 ss.; A. di Majo, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti con intermediari finanziari*, Torino, 2019, p. 31. *Contra* e, dunque, per la mancata omologa come evento atto a determinare l'automatica caducazione degli accordi e della loro intrinseca efficacia negoziale, P. Valensise, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella legge fallimentare*, Torino, 2012, p. 460; S. Ambrosini, *Diritto delle imprese in crisi*, Pisa, 2022, p. 143, che, peraltro, ammette la possibilità di salvaguardare quell'efficacia attraverso un'apposita clausola dell'accordo.

2. Ovvero, stando almeno alla lettera degli artt. 182 *bis*, comma 2, L. fall. e 40, comma 4, CCII, dalla relativa pubblicazione nel registro delle imprese: per la necessità di privilegiare questi dati letterali ai fini dell'identificazione

* Il presente lavoro costituisce il testo, debitamente integrato e arricchito delle note, della relazione presentata al convegno, sul tema "Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nel Codice della crisi: attualità e prospettive", svoltosi a Reggio Emilia in data 20 ottobre 2023 e promosso dal Centro Studi "Diritto della crisi e dell'insolvenza" in collaborazione con questa Rivista.

1. Si riprende qui, e nel periodo immediatamente successivo, l'incisivo lessico di G. Carmellino, *I giudizi di omologazione tra degiurisdizionalizzazione e contratto*, Napoli, 2018, p. 118 ss. Nel senso dell'autonomia dell'efficacia negoziale degli accordi rispetto all'omologa giudiziale o, il che è sostanzialmente lo stesso, dell'ultrattività della prima rispetto all'eventuale diniego della seconda, v. pure M. Fabiani, *"Competizione" fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali*, in *Il Fall.*,

quale delineato dall'art. 57, comma 3, CCII –, bensì, come efficacemente s'è detto, “*si sostanzia in un fascio di prerogative proprio della concorsualità*”³, ossia legate all'ipotetica apertura di una successiva procedura concorsuale⁴ e, quindi, rilevanti in via, almeno tendenzialmente, esclusiva in quella dimensione⁵, come è a dirsi: a) dell'esenzione dalla revocatoria di atti, pagamenti e garanzie su beni del debitore posti in essere in esecuzione dell'accordo (art. 166, comma 3, lett. e, CCII); b) dell'esenzione dalla revocatoria di atti, pagamenti e garanzie legalmente posti in essere dal debitore dopo il deposito della domanda di omologa dell'accordo (*ibidem*)⁶; c) dell'attribuzione del regime della prededucibilità ai crediti professionali sorti in funzione della domanda di omologa dell'accordo (art. 6, comma 1, lett. b, CCII)⁷; d) della sottrazione all'area della punibilità per i reati di bancarotta preferenziale o bancarotta semplice dei pagamenti e delle operazioni compiuti in esecuzione degli accordi (art. 324 CCII)⁸.

del *dies a quo* di decorrenza degli effetti negoziali degli accordi, cfr., nella più recente letteratura, G. Ferri jr, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti: funzione, struttura ed effetti*, in *Accordi di ristrutturazione, piani di risanamento e convenzioni di moratoria. Dalla legge fallimentare al Codice della crisi*, a cura di G. Ferri jr e D. Vattermoli, Pisa, 2021, p. 61 ss., ove anche la critica, in quanto, segnatamente, destinata a girare a vuoto alla luce della nuova figura, introdotta dal Codice, di esenzione dalla revocatoria di cui appresso, nel testo, *sub b*), dell'opposta tesi – per la quale v. A. Nigro - D. Vattermoli, *op. cit.*, p. 472 ss.; S. Ambrosini, *op. cit.*, p. 134 ss. – secondo cui le norme appena richiamate farebbero riferimento agli effetti specifici dell'omologazione (v. ancora in immediato prosieguo della trattazione), sancendone una sorta di retroattività.

3. G. Carmellino, *op. cit.*, p. 118.

4. O, del caso, esecutiva: v. *infra*, alla successiva nota 7.

5. L'impiego della formula prudenziale “almeno tendenzialmente” non si lega soltanto al dato di cui alla prec. nota 4 (e di cui più ampiamente sarà detto alla prossima nota 7) ma anche al fatto che le esenzioni cui sarà riferimento, quali espressioni del c.d. *quid pluris* omologatorio, nell'immediato prosieguo della trattazione attengono pure, *per tabulas*, all'azione revocatoria ordinaria e non può aprioristicamente escludersi che la prescrizione debba valere anche per l'azione revocatoria che sia esercitata dai singoli creditori in sede extra-concorsuale: sul punto, v. anche alle successive note 33 e 34.

6. L'inserimento di questa esenzione nel presente elenco rispecchia l'orientamento assunto al riguardo da M. Fabiani, *Sistema, principi e regole del diritto della crisi d'impresa*, Milano, 2023, p. 375 ss., che all'omologa mostra di guardare come a *condicio iuris* dell'esenzione medesima, ancorché la norma non lo preveda espressamente; cfr. anche A. Nigro - D. Vattermoli, *op. cit.*, p. 223.

7. Alla luce della previsione di cui al comma 2 dello stesso art. 6 CCII – alla stregua della quale il regime di prededucibilità che assiste i crediti presi in considerazione dal precedente comma 1 (inclusi, pertanto, quelli di cui s'è appena fatta menzione nel testo) è destinato a permanere anche nell'ambito di successive procedure concorsuali o esecutive –, si spiega l'alternativo riferimento compiuto a quest'ultima tipologia di procedure nella trascorsa nota 4.

8. Secondo A. Nigro - D. Vattermoli, *op. cit.*, p. 480 ss., quelli che si sono appena enumerati andrebbero catalogati come effetti legali *secondari* della pronuncia di homologazione, il cui effetto primario o principale andrebbe, viceversa, individuato “*nel formale riconoscimento e attestazione da parte dell'autorità giudiziaria [dell'] idoneità [dell'accordo] alla rimozione della crisi: il tutto in funzione, anche e proprio, della prevenzione della liquidazione giudiziale. Nel senso che, a fronte di una simile attestazione, il giudice eventualmente adito per l'apertura della procedura liquidativa a carico del debitore dovrebbe senz'altro respingere l'istanza per mancanza del presupposto dell'insolvenza*”. In realtà, pare a chi scrive che le valutazioni circa l'idoneità degli accordi intervenuti con i creditori a rimuovere lo stato di crisi o insolvenza appartengano alla *motivazione* del provvedimento, il cui contenuto precettivo o dispositivo – considerato che la domanda di omologa degli accordi può concorrere con quella di apertura della liquidazione giudiziale (v. anche *infra*, § 3), si che il contenuto precettivo della relativa decisione di accoglimento debba risultare in qualche modo equiparabile o comparabile a/con quello della pronuncia d'accoglimento della domanda concorrente – va ne-

Ora, che gli accordi di ristrutturazione, in se considerati, siano in grado di sopravvivere al diniego giudiziale della relativa omologazione, salva, ovviamente, una diversa volontà delle parti, concretatasi in una clausola dell'accordo che ne subordini l'efficacia alla sopravvenuta declaratoria di omologa, al modo di vera e propria condizione, a seconda dei casi sospensiva o risolutiva⁹, ecco, su tutto ciò ben si può convenire e non è certo mia intenzione, in questa sede, aprire una discussione al riguardo. Ciò di cui si può discutere viceversa, e che dà precipuamente un senso a queste riflessioni, sono alcuni svolgimenti di quella premessa, meritevoli di particolare interesse, almeno se si assume, come punto di vista, quello del cultore del diritto processuale.

2. L'autonomo rilievo degli accordi non omologati e le sorti della successiva domanda di apertura della liquidazione giudiziale: a) le dimensioni del problema

Il discorso avviato a conclusione del paragrafo che immediatamente precede si ricollega direttamente a una posizione a suo tempo professata da Massimo Fabiani¹⁰ e di recente ribadita dallo stesso Autore nel suo pregevole studio, apparso come fascicolo monografico della rivista *Il Foro italiano*, sulla tutela giurisdizionale nel sistema del Codice della crisi, dove, testualmente, si legge che “*l'autonomia dell'accordo rispetto alla sua omologazione dovrebbe rilevare ai fini della deliberazione sullo stato d'insolvenza, nel senso che la richiesta di liquidazione giudiziale può essere respinta pur quando un accordo fra i creditori vi sia e sia tale da liberare risorse sufficienti per pagare i creditori estranei, anche se per una qualunque ragione l'accordo non sia stato omologato*”¹¹.

Il dato di partenza del ragionamento è senz'altro condivisibile: l'autonomia efficacia, in particolare esdebitatoria, di cui sono muniti gli accordi di ristrutturazione a prescindere da quella che ne sia la successivamente accordata, o negata, omologazione, fa sì che il giudice adito con domanda di apertura della liquidazione giudiziale, a séguito di un provvedimento che l'omologa medesima abbia rifiutato, non possa riguardare essi accordi, in sede di deliberazione sullo stato di insolvenza, *tamquam non essent*.

Ma tale autonomia dell'accordo rispetto all'omologa non può, a mio sommo avviso, essere spinta sino al punto indicato dall'apprezzato Autore con l'inciso “*per una qualunque ragione l'accordo non sia stato omologato*”, ossia sino al punto di ammettere

cessariamente rimodulato nei termini dell'*ammissione del debitore al beneficio della ristrutturazione convenzionale come strumento di regolazione della crisi*, quale disposta, tale ammissione, in forza dell'accertamento di tutte le condizioni all'uopo richieste dalla legge, tra le quali, senz'altro, la disponibilità delle risorse necessarie tanto per far fronte agli impegni assunti con i creditori paciscenti che per soddisfare integralmente le pretese dei creditori estranei. Con la conseguenza che, diversamente da quanto opinato dai chiari studiosi, gli effetti impeditivi della liquidazione giudiziale che dalla pronuncia di omologa vengono a sprigionarsi non possano essere ricondotti ai vincoli conformativi promananti dall'accertamento racchiuso in quella pronuncia, bensì vadano intesi come il naturale portato dell'applicazione, nella fattispecie, del tradizionale divieto di coesistenza, nei confronti del medesimo soggetto e nel medesimo momento storico, di due distinte/i procedure o strumenti di regolazione dell'insolvenza.

9. Sull'ammissibilità di questa clausola, cfr. M. Fabiani, “*Competizione*”, *op. cit.*, p. 213; A. Nigro - D. Vattermoli, *op. cit.*, p. 473.

10. Nel citato scritto M. Fabiani, “*Competizione*”, *op. cit.*, p. 213.

11. M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel Codice della crisi d'impresa*, Milano, 2023, p. 93.

che la domanda di apertura della liquidazione giudiziale possa essere respinta indipendentemente dai motivi per i quali gli accordi intercorsi con il ceto creditorio si siano visti negata l'omologa.

Nulla quaestio, ovviamente, allorché il rigetto della domanda di omologa sia stato disposto per ragioni d'ordine formale o, meglio, per ragioni non attinenti a quei profili della relativa fattispecie legittimante che gli accordi di ristrutturazione condividono con la liquidazione giudiziale (*rectius*, che la domanda di omologa dei primi condivide con la domanda di apertura della seconda), vale a dire, qualità di imprenditore soprasoglia del debitore e, sia pure a segno invertito nel passaggio da una procedura all'altra, sussistenza dello stato d'insolvenza: profili che perverrebbero al vaglio del giudice della procedura liquidatoria del tutto vergini e imprejudicati qualora l'omologa fosse rifiutata, ad es., per mancato raggiungimento della soglia richiesta per legge di creditori aderenti all'accordo¹²; e proprio perché imprejudicate, il tribunale adito con la domanda di liquidazione potrebbe risolvere le relative questioni come meglio crede, senza vincoli promananti dalla sentenza di negata omologa e, dunque, con la piena facoltà di respingere l'istanza liquidatoria.

Ma può valere lo stesso allorché la richiesta di omologa dell'accordo sia stata disattesa per avere il giudice constatato l'inattuabilità dell'accordo e, dunque, l'inettitudine dello stesso a liberare le risorse sufficienti per far fronte alle pretese dei creditori non aderenti? Esplicitando: la diagnosi di incapacità dell'accordo di rimuovere lo stato d'insolvenza in cui versa il debitore può essere completamente ribaltata dal giudice investito della domanda di liquidazione giudiziale innanzi al quale l'accordo, sul conclamato presupposto della sua ultrattività rispetto al diniego di omologazione, sia stato invocato a titolo di eccezione avverso l'esperita domanda liquidatoria?

Io direi di no, allo stesso modo e, soprattutto, sulla scorta delle stesse ragioni per cui direi di no a fronte dell'interrogativo, per certi versi speculare, se, dopo che l'omologa sia stata negata per avere il giudice rilevato che quella svolta dal debitore istante fosse attività professionale e non un'attività d'impresa, sia dato sconfessare questa valutazione in sede di giudizio di apertura della liquidazione controllata del sovraindebitato, così da mettere capo anche qui – beninteso, una volta acclarato anche il superamento di taluna o talaltra delle soglie dimensionali di cui all'art. 2, lett. d), CCII – al rigetto dell'istanza liquidatoria avanzata in via consequenziale al diniego dell'omologa degli accordi¹³.

Quali siano dette ragioni, è mio dovere, ovviamente, spiegarlo: ma procediamo con ordine.

3. Segue: b) l'ipotesi del cumulo di domande (con *excursus extra ordinem* sui differenti problemi che la fattispecie genera)

La questione, testé affacciata, se gli accertamenti di merito sul cui fondamento la domanda di omologa dell'accordo di ristrutturazione sia stata respinta siano o meno in grado di spiegare un vincolo conformativo nei confronti del giudice innanzi al quale sia stata proposta domanda di apertura della liquidazione giudiziale avverso il medesimo debitore, non ha invero, tale questione, neppure motivo di porsi nei casi in cui, muovendo in conformità alle prescrizioni dell'art. 7, comma 1, CCII – consacrante il principio di trattazione unitaria delle domande di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza –, le contrapposte domande di omologa dell'accordo e di apertura della liquidazione giudiziale siano state oggetto di riunione entro l'involucro di un

unico procedimento: dove l'armonia delle decisioni su quelli che costituiscono gli elementi a rilevanza comune delle due domande può dirsi assicurata per definizione, nella misura in cui essa armonia esprime la ragion d'essere più profonda dell'istituto del *simultaneus processus*, almeno dove previsto, come nelle ipotesi di cui alla norma ult. cit., per ragioni di connessione oggettiva tra le domande interessate¹⁴. A sollecitare l'attenzione del processualista nella fattispecie ora in considerazione può essere, semmai, un diverso problema, come quello inerente alle modalità di svolgimento del giudizio cumulativo scaturito dalla predetta operazione riunificatoria. Un approfondimento al riguardo rappresenta indiscutibilmente un fuor d'opera rispetto al dichiarato obiettivo di queste riflessioni; ma difficile è resistere alla tentazione di gettare almeno un fugace sguardo anche in quella direzione. L'occasione è infatti propizia per denunciare il carattere, se non improvvisato, certo non adeguatamente ponderato della soluzione dettata, seppure in termini generali, a quel fine dal secondo decreto correttivo della Riforma (D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83, altrimenti noto come decreto attuativo della direttiva *Insolvency*), che ha disposto l'inserimento, in coda al predetto art. 7, comma 1, CCII, di un successivo, e secondo, periodo, a tenore del quale il giudizio cumulativo cui si verrebbe a far luogo ai sensi del precedente e primo periodo dovrebbe svolgersi nelle forme di cui agli artt. 40 e 41 del Codice, *ergo* nelle forme del *giudizio di apertura della liquidazione giudiziale*. Ecco, questa soluzione, palesemente fondata sulla *ratio* del superiore tasso di formalizzazione ed annesse garanzie di difesa che caratterizza l'iter di accesso alla liquidazione giudiziale, se ben si attaglia ai casi di riunione di questo giudizio con quello, drasticamente deformalizzato, di ammissione al concordato preventivo; assai meno si attaglia ai differenti casi in cui detta rifusione *ad unitatem* debba avvenire con i giudizi, decisamente più formalizzati, di omologazione del concordato preventivo o, appunto, degli accordi di ristrutturazione dei debiti¹⁵.

Tanto per fare un esempio, pensiamo all'ipotesi in cui la domanda di omologazione dell'accordo sopravvenga nelle more tra deposito del ricorso per l'apertura della liquidazione e celebrazione della relativa udienza, quale fissata dal giudice con decreto in calce al ricorso medesimo. È ragionevole, in questa ipotesi, supporre che, disposta la riunione delle domande, si debba far luogo a un rinvio dell'udienza precedentemente fissata¹⁶, in modo tale da

12. Per questo esempio v. lo stesso M. Fabiani, "Competizione", *op. cit.*, p. 123, nota 41.

13. Risponde probabilmente a uno scrupolo eccessivo rimarcare come soggette alla procedura di liquidazione controllata del sovraindebitato siano anche le cc.dd. imprese minori, qualificate come tali in virtù del possesso congiunto dei requisiti dimensionali di cui alla norma appena rammentata nel testo: con la conseguenza che, ai fini del rigetto della relativa domanda di apertura, non basti il ribaltamento della valutazione precedentemente compiuta dal giudice dell'omologa degli accordi in punto di natura dell'attività svolta dal debitore insolvente – tale da condurre semplicemente alla riclassificazione di quella come attività d'impresa – ma sia necessario altresì escludere che si tratti di impresa minore, in forza, per l'appunto, dell'accertato superamento di una delle soglie dimensionali di cui al menzionato art. 2, lett. d), CCII.

14. Cfr., per ogni altro, C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile. II: Il processo di primo grado e l'impugnazione delle sentenze*, 13ª ed., Torino, 2023, p. 7 ss.

15. Si rammenta, in proposito, l'inquadramento che in dottrina si è proposto di questi giudizi come riconducibili a un modello di rito camerale "ibrido", idoneo ad offrire "maggior respiro e garanzie": così C. Cecchella, *Il diritto della crisi dell'impresa e dell'insolvenza*, Milano, 2020, p. 520.

16. Senza escludere, naturalmente, che alla riunione si proceda direttamente a quell'udienza medesima.

concedere, ai soggetti interessati a proporre opposizione all'omologa, tra cui, presumo, lo stesso creditore istante per la liquidazione, i) la possibilità di fruire integralmente del relativo termine di trenta giorni dall'iscrizione della domanda nel registro delle imprese; ii) nonché il diritto alla trattazione in udienza di quell'opposizione medesima: ma è chiaro che, così procedendo, si fuoriesca dal binario tracciato dall'art. 41 del Codice, disattendendo la scelta legislativa di voler integralmente affidata a questa norma la regolamentazione del processo cumulativo derivante dalla riunione in discorso.

E tutto questo a tacere di altre questioni collaterali. Ad esempio: se a chiedere la liquidazione giudiziale sia stato il pubblico ministero, esso pure è legittimato a proporre opposizione all'omologa? Oppure le sue contestazioni al riguardo possono essere diversamente veicolate? E accogliendo quest'ultima opzione, si può in via generale assumere che quella dell'opposizione non sarebbe più la forma vincolata delle contestazioni avverso l'omologa degli accordi, allorché la relativa domanda sia stata svolta in seno al giudizio pendente di apertura della liquidazione e così, ad es., il predetto termine di trenta giorni non debba più, a quel punto, ricevere doverosa applicazione?

Il discorso ci potrebbe portare molto lontano, per cui è meglio chiudere immediatamente questo, invero non furtivo, intermezzo e tornare al filone principale del ragionamento.

4. Segue: c) le ragioni della negata omologa dell'accordo e il vincolo che ne deriva nel separato giudizio di apertura della liquidazione giudiziale

Abbiamo appena visto che la riunione delle contrapposte domande di omologa dell'accordo di ristrutturazione e di apertura della liquidazione giudiziale nell'alveo di un *simultaneus processus* garantisce l'uniformità delle rispettive decisioni sui profili a rilevanza comune.

Il punto è, però, che a detta riunione non sempre è dato addvenire. L'istanza liquidatoria potrebbe sopravvenire quando il giudizio di omologazione già sia venuto a conclusione; così come potrebbe sopravvenire quando la causa già sia stata rimessa al collegio per la decisione, dunque oltre l'ultimo momento utile designato dall'art. 40, comma 9, CCII¹⁷, perché alla riunione si possa provvedere. Ed altresì potrebbe accadere che, per una qualsivoglia ragione, alla riunione delle domande non si dia corso ancorché l'istanza liquidatoria sia stata tempestivamente presentata, tanto più, questo, ove si ritenga, in linea con quanto sostenuto da uno dei più attenti studiosi della figura di *simultaneus processus* di cui si sta discorrendo, che la pretermissione di quella misura non possa rilevare di per se stessa come causa d'invalidità delle successive attività processuali, ossia possa rilevare come tale solamente quando si sia tradotta in una violazione della regola di prioritaria trattazione delle istanze d'accesso agli strumenti alternativi alla liquidazione, posta dal comma 2 del predetto art. 7 del Codice¹⁸.

Ebbene, tornando al quesito da cui siamo partiti e meglio pun-

tualizzandolo in relazione alle eventualità che si sono appena tratteggiate di omessa riunione delle domande, possiamo effettivamente pensare che l'accertamento per cui l'accordo messo in campo dal debitore non sarebbe in grado di liberare le risorse necessarie per soddisfare i creditori estranei e, quindi, di porre rimedio alla denunciata situazione d'insolvenza, non abbia a spiegare effetti vincolanti nei confronti del giudice adito in separata sede con la domanda di liquidazione giudiziale del patrimonio di quel debitore medesimo?

Indubbiamente, quell'accertamento è racchiuso nella parte motiva della pronuncia di negata omologa dell'accordo¹⁹ ed è comune avviso che l'autorità del giudicato non copra la soluzione delle questioni via via affrontate dal giudice per arrivare alla decisione finale sulla domanda sottoposta al suo esame e, come tali, confinate nella motivazione del provvedimento medesimo. V'è, però, un non trascurabile particolare che occorre tenere presente e, cioè, che l'accertamento di cui si discorre, ben lungi dal rappresentare un mero passaggio intermedio dell'iter logico-giuridico che abbia condotto il giudice a decretare il rigetto della domanda di omologa, ne esprime al contrario, il fondamento, il sostegno necessario, nella fattispecie, in buona sostanza, incarnando quel "motivo portante" della decisione che, secondo una teoresi ormai largamente recepita nella dottrina processualistica²⁰, imprescindibilmente concorre alla definizione del giudicato e del perimetro oggettivo dei vincoli che, di volta in volta, ne scaturiscono²¹; in linea, peraltro, di sostanziale continuità, come è stato esattamente notato²², con quel radicato insegnamento giurisprudenziale postulante l'estensione del giudicato al così definito antecedente logico necessario della sentenza finale²³.

Ma anche a voler prendere le distanze da questo modo di vedere le cose²⁴, le conclusioni, nella sostanza, non cambierebbero.

Certo, il rifiuto delle impostazioni concettuali testé accennate im-

19. Per quanto non manchino, come sappiamo, opzioni dottrinali di segno divergente: v. *retro*, nota 8.

20. Cfr., in particolare, S. Menchini, *Diritto processuale civile*, Torino, 2023, I, p. 425 ss.; E. Merlin, *Elementi di diritto processuale civile*, Torino, 2022, I, pp. 99 ss., 188 ss.

21. E a poco rileva, almeno ai presenti fini, che nel vincolo al motivo portante non si ravvisi una vera e propria forma di estensione dell'oggetto del giudicato, bensì una sorta di mera preclusione extraprocessuale, esclusivamente finalizzata ad evitare che il secondo processo, attraverso una rivalutazione dei presupposti comuni al primo processo, metta capo a risultati distonici, sul piano sostanziale, rispetto a quest'ultimo: così C. Consolo - F. Godio, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 232 ss., rileggendo altresì in questa chiave tanto l'originaria elaborazione germanica della teoresi in discorso, vale a dire la così definita *Begründungstheorie* di cui alla monografia di A. Zeuner, *Die objektiven Grenzen des Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen, 1959 (per un ampio *excursus* sui cui passaggi fondamentali e sull'influenza che essa avuto sulla giurisprudenza tanto italiana che, soprattutto, d'Oltralpe, si rinvia al rigoroso studio di S. Dalla Bontà, *Una "benefica inquietudine". Note comparate in tema di oggetto del giudicato nella giurisprudenza alla luce delle tesi zeuneriane*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 891 ss.) che il richiamo operato a quella elaborazione da parte delle Sezioni Unite nelle non meno note (ovviamente soltanto da noi) sentenze "gemelle" del 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243, con nota di I. Pagni, *Il "sistema" delle impugnative negoziali dopo le Sezioni Unite*, in *Giur. it.*, 2015, p. 70.

22. S. Menchini, *op. cit.*, p. 426.

23. Tra le cui più recenti testimonianze si ricordano Cass., Sez. I, 17 maggio 2021, n. 13218; Cass., Sez. Lav., 17 aprile 2018, n. 9409; Cass., Sez. Lav., 28 novembre 2017, n. 28415; Cass., Sez. III, 20 aprile 2017, n. 9954; Cass., Sez. Lav., 12 aprile 2010, n. 8650; per analoga terminologia, in dottrina, F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, 11ª ed., Milano, 2020, I, p. 171 ss.

24. Cfr., ad es., G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 5ª ed., Bari, 2019, II, p. 309 ss.

17. Anche qui parliamo di una disposizione che non figurava nel testo primario del Codice, bensì inserita nel corpo di quest'ultimo dal secondo decreto correttivo.

18. Così G. Rana, *La trattazione congiunta di istanze liquidatorie e ricorsi per la soluzione negoziata nel Codice della Crisi e dell'Insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2021, p. 525; Idem, *Le regole del procedimento unitario della crisi d'impresa dopo il D. Lgs. n. 83/2022*, in *Il Fall.*, 2023, p. 156.

plicherrebbe dover prendere atto di ciò, che, nell'obiettivo divergenza intercorrente tra la decisione che non abbia concesso l'omologa all'accordo perché reputato inidoneo a rimuovere lo stato d'insolvenza in cui versa il debitore e quella che rifiuti l'apertura della liquidazione giudiziale nei suoi confronti assumendo che detta insolvenza, l'accordo, sarebbe in realtà idoneo a rimuoverla, non siano ravvisabili gli estremi del contrasto pratico di giudicati, bensì, al più, quelli del contrasto logico o teorico²⁵ se non, addirittura, del mero conflitto tra motivazioni²⁶: situazioni notoriamente tollerate dall'ordinamento e reputate, per certi versi, come inerenti alla fisiologia del sistema.

Attenzione, però. Quanto appena osservato può essere vero nell'ottica del contenzioso ordinario, ossia, con maggior precisione, nell'ottica di quello che è il sistema ordinario di tutela dichiarativa dei diritti soggettivi; e può esserlo perché quel sistema offre molteplici strumenti, dalle domande di accertamento incidentale alle domande riconvenzionali, dall'intervento volontario di terzi nel processo alla chiamata in causa di terzi, atti a prevenire o neutralizzare siffatte situazioni di contrasto logico tra i giudicati o tra le rispettive premesse o motivazioni, al punto da potersi dire che chi ne abbia a scontare le conseguenze pregiudizievoli, *imputet sibi*. Ed invero: *i*) costui ha avuto il mezzo per evitare quel contrasto di decisioni; *ii*) non ne ha profittato; *iii*) peggio per lui.

Ma qui, nel settore giurisdizionale attualmente sotto la nostra lente d'osservazione, ammesso che taluno di quegli strumenti sia disponibile – come già s'è detto, in effetti, della domanda di apertura della liquidazione giudiziale esperita in via incidentale al giudizio di omologa degli accordi –, è obiettivamente difficile sostenere che chi non se ne avvalga meriti per ciò stesso di essere penalizzato nei termini, per l'appunto, del contrasto logico cui s'è ora fatto riferimento. Perché se, come è possibile leggere in una recente pronuncia del Tribunale di Bologna²⁷, “*a fronte della mancanza negli accordi di ristrutturazione di una procedura che importi comunicazione effettiva ai creditori e possibilità di esprimere un consenso informato, il mero rimedio dell'opposizione all'omologa potrebbe risultare insufficiente per la tutela dei propri interessi*”, onde la necessità di sottoporre il merito dell'accordo a un vaglio officioso del giudice²⁸; identicamente, e per le stesse ragioni – difetto di comunicazione effettiva –, la possibilità di agire per l'apertura della liquidazione in via incidentale/riconvenzionale al giudizio di omologa degli accordi non può apprezzarsi come garanzia sufficiente a mettere al riparo i creditori dal rischio che accordi giudicati inadeguati ai fini della rimozione dello stato d'insolvenza in sede di omologazione dei medesimi appaiano viceversa, a quello stesso fine, adeguati al giudice conseguentemente chiamato ad aprire la procedura liquidatoria.

Tirando le fila di questo complessivo ragionamento, ritengo, pertanto, di poter esprimere il convincimento che, negata l'omologa agli accordi di ristrutturazione suggellati dal debitore, un vincolo alle ragioni fondanti di quel diniego, ove si tratti di ragioni di merito, si debba necessariamente manifestare nelle sedi giudiziali che siano successivamente adite per la regolazione dell'insolvenza di quel debitore medesimo. E così, laddove, a determinare quel diniego, sia stata la reputata inidoneità degli accordi conclusi a generare le risorse necessarie per pagare i creditori estranei, la domanda di apertura della liquidazione che sia successivamente proposta potrà anche essere rigettata, ma giammai assumendo che grazie agli accordi, comunque rimasti sulla scena, quelle risorse in realtà vi sarebbero. Così come, respinta la domanda di omologa sul presupposto della natura non imprenditoriale dell'attività svolta dal debitore, l'accesso alla liquidazione giudiziale dovrebbe considerarsi definitivamente precluso, spazio residuan-

do soltanto per strumenti di regolazione dell'insolvenza attinti dall'area delle procedure da sovraindebitamento.

5. L'immediata esecutività della pronuncia di omologazione

Dopo essermi soffermato con forse eccessiva diffusione sugli effetti promananti dalla sentenza che all'accordo di ristrutturazione dei debiti presente sulla scena abbia a negare la richiesta omologazione, doveroso è trascorrere, o, meglio, tornare, agli effetti della pronuncia che detta omologazione abbia viceversa concesso. Alla luce della previsione originariamente contenuta nell'art. 182 *bis*, comma 1, lett. *a*), L. fall., ed oggi puntualmente replicata a livello dell'art. 57, comma 3, ancora lett. *a*), CCII – a mente della quale il pagamento integrale dei creditori estranei agli accordi deve avvenire entro centoventi giorni dall'omologazione, ove si tratti di crediti già scaduti a quella data –, e della circostanza che questo specifico termine di 120 giorni sia fatto decorrere dall'omologazione *tout court* e non, ad es., dall'omologazione definitiva, è approdo generalmente condiviso che la predetta pronuncia omologatoria godrebbe di un regime di immediata esecutività²⁹.

Nulla da obiettare in proposito. Ma doverosa è l'avvertenza che il pratico rilievo di quel regime si esaurisce in corrispondenza al profilo appena evocato, considerato che i restanti effetti dell'omologa, siccome destinati ad esplicarsi nell'ambito o in relazione a procedure concorsuali che si vengano successivamente ad aprire, non possono, tali restanti effetti, non presupporre l'avvenuto passaggio in giudicato di quella pronuncia, giacché, in pendenza dei termini per impugnare al riguardo o del giudizio di gravame effettivamente promosso, spazio per quelle distinte procedure di regolazione dell'insolvenza non vi dovrebbe essere³⁰.

6. Le esenzioni dalla revocatoria: questioni superate e dubbi irrisolti sullo sfondo della nuova legislazione

La *species* più significativa e di maggior impatto pratico degli effetti che la legge vuole riannodati all'omologa giudiziale degli accordi di ristrutturazione dei debiti è senz'altro rappresentata dalla

25. Cfr. C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*. I: *Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale*, 13ª ed., Torino, 2023, p. 133.

26. Così, in particolare, M. Gradi, *Il contrasto teorico fra giudicati*, Bari, 2020, p. 92, ove, in nota 98, ulteriori riferimenti di segno conforme.

27. Si allude alla sentenza del 28 giugno 2023, rel. A. Mirabelli, consultabile sul portale *Ilcaso.it*.

28. Analogamente, e a firma della stessa relatrice, Trib. Modena, 19 novembre 2014, in *IUS Crisi d'impresa*; per una giustificazione negli stessi termini della legittimità di tale sindacato officioso, cfr., in letteratura, V. Zanichelli, *op. cit.*, p. 451.

29. P. Valensise, *op. cit.*, p. 462 ss.; F. Rolfi - E. Staunovo-Polacco - R. Ranalli, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Autonomia negoziale e concorsualità*, 2ª ed., Milano, 2017, pp. 167, 171.

30. Questo spazio può viceversa crearsi a seguito della revoca dell'omologazione conseguente all'accoglimento del reclamo ex art. 51 CCII interposto nei suoi confronti. Ma difficile è immaginare che gli effetti di tenore sostanzialmente premiale che la legge ricollega all'omologa degli accordi di ristrutturazione si possano spiegare sul fondamento di una pronuncia della quale, in quanto oggetto di un provvedimento di revoca, sia stata formalmente accertata l'illegittimità o ingiustizia.

peculiare figura di esenzione dalla revocatoria disciplinata *sub lett. e)* dell'art. 166, comma 3, CCII: ed è proprio a questa categoria degli effetti *de quibus* che vorrei dedicare i cenni finali del mio intervento. Doveroso, in prima battuta, è dar conto dell'opportunità della scelta effettuata dai codificatori di pronunciare una parola definitiva sulla questione, che aveva visto diviso il fronte degli interpreti della legge fallimentare, se le esenzioni dalla revocatoria previste in relazione alla decretata omologa degli accordi dovessero valere soltanto per la revocatoria fallimentare³¹ oppure anche per la revocatoria ordinaria³², segnatamente, per quella esercitata dal curatore in via incidentale al fallimento ai sensi dell'art. 66 della stessa legge³³: questione che il Codice ha risolto nella direzione più estensiva, esplicitamente ricomprendendo la revocatoria ordinaria entro il raggio operativo di quelle esenzioni³⁴.

A questa segnalazione deve, peraltro, associarsi il rammarico per non avere, il legislatore, colto l'occasione che gli era offerta dalla direttiva, veramente *bonne à tout faire*, di cui all'art. 2, lett. m), della legge delega (l. 19 ottobre 2017, n. 155) – “*riformulare le disposizioni che hanno originato contrasti interpretativi, al fine di favorirne il superamento, in coerenza con i principi stabiliti*” da essa legge medesima – per intervenire e sciogliere il contiguo dilemma, di ancor maggiore rilievo pratico-applicativo, attinente al se, delle esenzioni dalla revocatoria di cui stiamo parlando, possano beneficiare anche i creditori estranei all'accordo e non solo quelli aderenti.

Ed invero, ad onta delle diverse ragioni spese in passato a suffragio dell'impostazione più restrittiva, configurante quelle esenzioni come provvidenze riservate ai soli creditori aderenti – da quella, di cui è stato incisivo propugnatore Sido Bonfatti, per cui né le ipoteche giudiziali iscritte dai creditori estranei sui beni del debitore,

a seguito del mancato pagamento delle loro spettanze, né, ancorché contemplati dal piano, i pagamenti eseguiti a favore di quei soggetti, possono riguardarsi come atti strumentali all'esecuzione dell'accordo³⁵; a quella per cui un'esenzione così soggettivamente circoscritta fungerebbe da incentivo per l'adesione all'accordo, nel senso, per riprendere le parole di Ilaria Pagni, che s'imporrebbe “*al creditore che non aderisce all'accordo di valutare se sia meglio accettare la ristrutturazione del proprio credito, e contare sull'esonero da revocatoria, oppure pretendere l'adempimento integrale, ma rinunciare alla protezione che il legislatore ha contemplato*”³⁶ –, ecco, a dispetto di tutto ciò, si odono ancora voci a favore di un'estensione di quell'esonero anche a beneficio dei creditori estranei all'accordo³⁷, sì che un'esplicita presa di posizione sul punto da parte del legislatore, che valesse a sopire definitivamente la questione, sarebbe stato senz'altro auspicabile. Anche perché, è doveroso aggiungere, neppure la tesi estensiva di cui appena s'è detto manca di frecce al suo arco³⁸, in particolare quella per cui, essendo in gran parte rimessa al debitore la scelta dei soggetti con cui entrare in trattativa per la stipula dell'accordo di ristrutturazione, ammettere che siano i soli aderenti a fruire dell'esenzione da revocatoria significherebbe attribuire al debitore il potere di individuare i soggetti destinati a godere o meno di quell'esenzione medesima³⁹.

Un argomento che echeggia, per non dire in forte sintonia, con le considerazioni che, in precedenza, abbiamo visto svolte dal Tribunale di Bologna in ordine al *deficit* comunicativo e informativo insito alle dinamiche di formazione degli accordi di ristrutturazione dei debiti ed al quale *deficit* gli interpreti debbono cercare di porre rimedio, mitigando in qualche modo gli oneri gravanti, in sede di omologa degli accordi, sui soggetti che ne siano coinvolti, onde per cui, allora: *i)* l'ammissibilità di un sindacato giudiziale sul merito degli accordi, *i.e.* sulla loro attuabilità, indipendentemente dallo spiegamento di eventuali opposizioni al riguardo; *ii)* la necessità di garantire la coerenza delle pronunce sulla domanda di omologa e su quella di apertura della liquidazione giudiziale, anche quando quest'ultima non sia stata proposta in via incidentale o, comunque, riunita alla prima; *iii)* e se si crede, appunto, l'estensione anche ai creditori estranei all'accordo del beneficio dell'esenzione dalla revocatoria, anche se, a questo fine, non sembra potersi prescindere, a fronte di un dato testuale decisamente ostativo, da un apposito intervento vuoi del giudice delle leggi vuoi, e forse sarebbe meglio, del legislatore stesso.

31. Così M. Sciuto, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, p. 367 ss.; C. D'Ambrosio, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in G. Fauceglia - L. Panzani (diretto da), *Fallimento e altre procedure concorsuali*, Assago, 2009, 3, p. 1825; E. Sabatelli, *La revocatoria degli atti "anormali" nella riforma del diritto fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, I, p. 1017; G. Limitone, *sub art. 67*, in M. Ferro (a cura di), *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, 3ª ed., Padova, 2014, p. 853; G. Verna, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis, legge fallim.)*, in *Dir. fall.*, 2007, I, p. 959; nel senso della irrealizzabilità, nella circostanza, delle condizioni richieste dall'art. 2901 c.c., cfr. G. La Croce, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. it.*, 2010, p. 2467.

32. Cfr. S. Bonfatti, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli ai creditori. Le azioni revocatorie*, in A. Jorio - B. Sassani, *Trattato delle procedure concorsuali*, Milano, 2014, II, p. 254; L. Guglielmucci, *Diritto fallimentare*, a cura di F. Padovini, 8ª ed., Torino, 2017; G. Racugno, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale. Profili di diritto sostanziale*, in V. Buonocore - A. Bassi (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, I, p. 554, nota 360; P. Valensise, *op. cit.*, p. 492; G.B. Nardecchia, *Le nuove esenzioni del terzo comma dell'art. 67 L. fall.*, in *Il Fall.*, 2009, p. 19 ss.; C. Trentini, *op. cit.*, p. 431.

33. Laddove, con riguardo alla revocatoria ordinaria esperibile al di fuori del recinto del fallimento, si poneva non immotivatamente il problema relativo all'individuazione dei soggetti effettivamente legittimati a promuovere quell'iniziativa, concludendosi nel senso che tale legittimazione sarebbe in definitiva spettata ai soli creditori le cui ragioni fossero maturate in momento successivo all'omologazione, con annesso assoggettamento dei medesimi all'onere della *probatio diabolica* relativa a ciò, che un atto conforme all'accordo sarebbe stato, al contempo, dolosamente preordinato al fine di pregiudicare il soddisfacimento delle ragioni da essi vantate: cfr. F. Rolfi - E. Staunovo-Polacco - R. Ranalli, *op. cit.*, p. 174 ss.

34. Con l'esclusione, però, dei casi in cui l'azione, in quanto sia mancata l'apertura della liquidazione nei confronti del debitore, sia rimessa all'iniziativa dei singoli creditori pregiudicati: così M. Fabiani, *Sistema*, *op. cit.*, p. 188. Resta inteso che anche nel contesto dell'ordinamento riformato tale iniziativa dovrebbe fare i conti con i problemi di cui s'è detto alla prec. nt. 33, ovviamente in quanto correttamente evocati sullo sfondo del previgente sistema.

35. S. Bonfatti - P.F. Censoni, *Manuale di diritto fallimentare*, 4ª ed., Padova, 2011, p. 659; analogamente A. Castiello D'Antonio, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 611; A. Gentili, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 649 ss.

36. I. Pagni, *Contratto e processo nel concordato preventivo e negli accordi di ristrutturazione dei debiti: analogie e differenze*, in V. Buonocore - A. Bassi (diretto da), *Trattato di diritto fallimentare*, Padova, 2010, I, p. 606, nota 464; l'argomento è pressoché letteralmente ripreso da M. Fabiani, *Sistema*, *op. cit.*, p. 187 ss.; e che a fruire delle esenzioni in parola siano soltanto i creditori aderenti, in sostanza adducendo entrambi gli argomenti, d'ordine, rispettivamente, “*letterale*” e “*logico*” (così V. Zanichelli, *I Concordati giudiziali*, Assago, 2010, p. 620) appena riportati nel testo, v. pure A. Patti, *Gli effetti del fallimento sugli atti pregiudizievoli per i creditori*, in G. Schiano di Pepe (a cura di), *Il diritto fallimentare riformato*, Padova, 2007, p. 200; C. Trentini, *op. cit.*, p. 427 ss.; V. Zanichelli, *I Concordati*, *op. cit.*

37. A. Nigro - D. Vattermolli, *op. cit.*, p. 481; E. Frascaroli Santi, *Sub art. 57 CCII*, in A. Maffei Alberti, *Commentario breve alle leggi su crisi d'impresa e insolvenza*, 7ª ed., Milano, 2023, p. 423.

38. V., diffusamente, P. Valensise, *op. cit.*, p. 489 ss., con estesi riferimenti di conforme dottrina.

39. Così F. Rolfi - E. Staunovo-Polacco - R. Ranalli, *op. cit.*, p. 174, richiamandosi a G. Buccarella, *I “nuovi” accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2013.

Il controllo sulla fattibilità del concordato con continuità aziendale nel CCII: una prima applicazione dello standard europeo

NICCOLÒ USAI Assegnista di ricerca in Diritto commerciale nell'Università di Firenze

9 Aprile 2024

Il commento è stato sottoposto in forma anonima alla valutazione di un referee.

L'Autore, muovendo da una recente pronuncia triestina, si sofferma sulla tematica della fattibilità in ambito di concordato preventivo, nel quadro del riformato sistema.

Trib. Trieste, 15 settembre 2023, Pres. Picciotto, Est. Venier

■ CONCORDATO PREVENTIVO – Continuità – Omologazione – Fattibilità Finanziamenti – Codice della Crisi.

Deve essere omologato un concordato con continuità aziendale allorché, pur in presenza di incertezza sull'esecuzione del piano, questo non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza (nella specie, per l'esecuzione del piano erano necessari finanziamenti che il debitore non aveva ancora ottenuto, ma non vi erano elementi tali da escludere che potesse ottenerli in tempi coerenti con l'esecuzione del piano).

■ CONCORDATO PREVENTIVO – Giudizio di omologa – Intervento del creditore non dissenziente – Legittimazione ed interesse – Ammissibilità.

Nell'ambito del procedimento di omologazione ex art. 48 CCII, la limitazione di cui al comma 2 del diritto di proporre opposizione ai soli creditori dissenzienti e a qualsiasi interessato non esclude che anche i creditori non dissenzienti possano spiegare intervento – pur senza proporre opposizione – nel giudizio. In particolare, tale intervento potrà considerarsi ammissibile nel caso in cui il creditore non dissenziente alleggi un interesse giuridicamente qualificato e meritevole di tutela (fattispecie nella quale il Tribunale ha ritenuto ammissibile l'intervento del creditore non dissenziente, a fronte della richiesta di quest'ultimo di acquisire ulteriori elementi volti a riscontrare l'idoneità del piano al superamento della crisi).



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI TRIESTE
Sezione Specializzata in materia di Impresa**

riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei Magistrati:

dott. Arturo Picciotto	Presidente
dott. Daniele Venier	Giudice rel.
dott.ssa Monica Pacilio	Giudice

nel procedimento promosso ai sensi dell'art. 44 CCII da (OMISSIS), con sede legale (OMISSIS) e sede effettiva in (OMISSIS), codice fiscale e numero di iscrizione presso il Registro delle Im-

prese di Roma (OMISSIS), Partita IVA (OMISSIS) e R.E.A. Roma n. (OMISSIS), in persona del presidente del Consiglio di Amministrazione e legale rappresentante, (OMISSIS), rappresentata e difesa dall'Avv. Bruno Malattia del Foro di Pordenone, e dagli Avv.ti Ugo Molinari, Alessandro Fontana, Giacomo Colombo e Livia De Rosa del Foro di Milano, e dall'Avv. Maurizio Consoli ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo, in Trieste, Via del Coroneo n. 5
letti gli atti;
a scioglimento della riserva di cui al verbale d'udienza dd. 12.9.2023;
sentito il giudice relatore;
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

1. In data 20.10.2022 (OMISSIS) – società interamente controllata dalla (OMISSIS), la quale detiene le 16.200.000 azio-

ni rappresentative dell'intero capitale sociale – azienda italiana *leader*, anche sul mercato internazionale, nella progettazione, fornitura e montaggio di strutture complesse in acciaio, specializzata nell'esecuzione di ponti, viadotti, stadi, edifici civili e industriali, infrastrutture militari, travi saldate per le industrie e navali, paratoie in acciaio, tubi di grosso spessore e diametro e scafi per navi, presentava domanda prenotativa ai sensi dell'art. 44 CCII¹, nella quale esponeva che nell'ambito dell'attività aziendale non erano emersi, almeno sino al 7 settembre 2022, particolari indizi o segnali di crisi, né condizioni di squilibrio patrimoniale o economico-finanziario che rendessero probabile la crisi o l'insolvenza, e che solo una volta accertati gli elementi di anomalia e irregolarità dell'operatività in contratti derivanti su cambi, la società avrebbe preso cognizione della tensione finanziaria e del deficit patrimoniale legati al valore fortemente negativo dei predetti strumenti finanziari (per quanto si rappresentino sussistere plurimi profili di contestazione degli stessi).

Con decreto dd. 24.10.2022, il Tribunale concedeva il termine di giorni 60 per la presentazione della proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'articolo 39, comma 1 e 2, CCII, e, in accoglimento della richiesta di applicazione delle misure protettive, confermava il divieto – dalla data di iscrizione della domanda ex art. 44, comma 1, CCII, nel registro delle imprese – per i creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio della società o sui beni e sui diritti con i quali viene esercitata l'attività d'impresa, per la durata di quattro mesi dall'iscrizione medesima.

Il predetto termine era prorogato, come richiesto, per ulteriori 60 giorni, con decreto dd. 19.12.2022.

In data 20.2.2023 (OMISSIS) depositava quindi la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo in continuità aziendale ex art. 40, comma 2, CCII unitamente al piano concordatario di cui all'art. 87 CCII, all'attestazione di cui al comma 3 del medesimo articolo e alla documentazione prevista dall'art. 39 CCII.

Con decreto dd. 22.3.2023 il Tribunale dichiarava l'apertura del concordato preventivo, nominando giudice delegato il dott. Daniele Venier e fissando il giorno 20.7.2023 quale data iniziale e il giorno 10.8.2023 quale data finale per l'espressione del voto dei creditori.

In data 2.5.2023 la società depositava un primo atto modificativo di piano e proposta di concordato², con cui rappresentava di voler procedere, in luogo del trasferimento a titolo oneroso del complesso aziendale in continuità a una società di nuova costituzione interamente controllata da (OMISSIS), al conferimento del complesso aziendale ad una società per azioni di nuova costituzione il cui capitale sociale sarebbe stato detenuto interamente dalla società medesima. Con decreto dd. 12.5.2023 il giudice delegato

disponeva che la ricorrente depositasse un'attestazione di professionista indipendente, con il contenuto previsto dal comma 3 dell'art. 87 CCII in ordine ai profili oggetto della modifica e integrazione.

Seguiva, in data 31.5.2023, il deposito, da parte della ricorrente, di un aggiornamento del piano concordatario avente a oggetto i contenuti del primo atto modificativo, nonché dell'attestazione del professionista indipendente, dott. (OMISSIS), redatta ai sensi dell'art. 87, comma 3, CCII relativa ai profili oggetto di modifica.

In data 7.6.2023 il commissario giudiziale depositava la relazione particolareggiata ex art. 105, commi 1 e 2, CCII (corredata dei pareri dei coadiutori avv. prof. (OMISSIS) e prof. dott. (OMISSIS), nominati su autorizzazione del giudice delegato).

In data 30.6.2023, e quindi entro il termine previsto dall'art. 105, comma 4, secondo periodo, CCI, era depositato il secondo e ultimo atto modificativo di piano e proposta di concordato, con cui è stata prevista, in luogo del trasferimento dell'azienda a (OMISSIS) (a titolo oneroso ovvero mediante conferimento), la continuazione diretta dell'attività d'impresa in capo alla società debitrice.

In data 5.7.2023 il commissario giudiziale depositava la relazione integrativa ex art. 105, comma 5, CCII, avente anche funzione illustrativa della proposta definitiva del debitore ai sensi dell'art. 107, comma 3, CCII, corredata dell'aggiornamento dei pareri resi dai coadiutori;

Nel termine di dieci giorni prima della data iniziale stabilita per il voto, pervenivano osservazioni ai sensi dell'art. 107, comma 4, CCII dalla società debitrice, e dai seguenti creditori: (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS) (nell'interesse di (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS)), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS), (OMISSIS).

In data 13.7.2023 il commissario giudiziale depositava la relazione definitiva ex art. 107, comma 6, CCII, che era comunicata in pari data ai creditori, al debitore ed agli altri interessati. Con decreto ex art. 107, comma 7, CCII del 18.7.2023, il giudice accoglieva, per quanto di ragione, le osservazioni proposte da (OMISSIS), (OMISSIS) e (OMISSIS); disponeva che la ricorrente fornisse agli istituti finanziari tutte le informazioni necessarie per la verifica dello stato di avanzamento lavori delle singole commesse sui cui i primi fossero esposti quali garanti; rigettava le rimanenti osservazioni pervenute dai creditori. Svoltesi dal 20 luglio al 10 agosto 2023 le operazioni di voto con modalità telematica a mezzo posta elettronica certificata inviata al commissario giudiziale, quest'ultimo depositava la relazione prevista dall'art. 110, comma 1, CCII, dalla quale emergeva che la proposta di concordato era stata approvata dai creditori complessivamente titolari di un importo di crediti pari a Euro 470.595.789,82, che rappresentava la maggioranza (88,829%) dei crediti ammessi al voto (pari a Euro 529.775.709,6), e che risultavano aver votato favorevolmente 11 classi sulle 12 legittimate al voto, essendo stata

raggiunta in ciascuna di esse la maggioranza dei crediti ammessi ad esprimerlo.

Con istanza dd. 14.8.2023 (OMISSIS) chiedeva che il Tribunale omologasse ai sensi dell'art. 112, comma 2, CCII il concordato preventivo.

Veniva quindi fissata udienza di comparizione delle parti e del commissario giudiziale al 12.9.2023, con assegnazione di termini per la presentazione delle eventuali opposizioni da parte dei creditori dissenzienti e di qualsiasi interessato, per il deposito del motivato parere da parte del commissario giudiziale, e per il deposito di memoria da parte della ricorrente.

Entro il termine fissato non pervenivano opposizioni di sorta dai creditori; (OMISSIS) depositava una memoria di costituzione con la quale, pur precisando di non opporsi all'omologazione, chiedeva che il Tribunale rinviasse l'udienza del 12.09.2023, al fine di consentire l'acquisizione di ulteriori elementi idonei a *"riscontrare la presenza (e non già l'attuale difetto) del registro della ragionevole prospettiva che il piano consenta di superare l'insolvenza"* (pag. 8). Replicava (OMISSIS), eccependo – tra l'altro – la carenza di legittimazione ad agire e di interesse di (OMISSIS), avendo la stessa espresso voto favorevole e non essendosi opposta all'omologazione.

Infine, all'esito dell'udienza del 12.9.2023 il giudice delegato si è riservato di riferire al Collegio.

2. Il quinto comma dell'art. 109 CCII prevede che *"il concordato in continuità aziendale è approvato se tutte le classi votano a favore"*.

Come sopra evidenziato, l'unanimità non è stata raggiunta, avendo votato favorevolmente 11 delle 12 classi ammesse al voto.

Trova quindi applicazione l'art. 112, co. 2 CCII, richiamato – per il caso di non approvazione – dall'art. 109, co. 5 CCII, il quale dispone che, in caso di dissenso di una o più classi, il Tribunale, su richiesta del debitore, possa omologare il concordato se ricorrono congiuntamente le condizioni previste dalle lettere da a) a d), oltre a quelle – si intende – previste dal primo comma dello stesso articolo 112, dalla lettera a) alla lettera g).

3. Quanto a queste ultime, va innanzitutto verificata la *"regolarità della procedura"* (lett. a).

Dalla dettagliata esposizione contenuta nel primo paragrafo emerge come siano state rispettate le norme procedurali nelle fasi dalla presentazione della domanda all'omologazione. Peraltro, la genericità della formula *"regolarità della procedura"* (già contemplata dall'art. 180 legge fallimentare) induce a estendere l'accertamento della sussistenza delle condizioni di ammissibilità già deliberate all'atto dell'apertura della procedura.

A tale riguardo, vanno confermate:

- la competenza per materia della Sezione Specializzata in materia di Impresa presso questo Tribunale ai sensi dell'art. 27, comma 1 CCII (secondo il quale *"Per i procedimenti di accesso a uno strumento di regolazione della crisi e dell'insolvenza o a una procedura di insolvenza e le controversie che ne derivano relativi [...] ai*

gruppi di imprese di rilevante dimensione³ è competente il tribunale sede delle sezioni specializzate in materia di imprese di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168), atteso che la ricorrente è una *"impresa figlia"*, interamente controllata dall'*"impresa madre"* (OMISSIS), società entrambe incluse nel bilancio consolidato e che rispettano – alla luce dei dati esposti nel ricorso introduttivo (pag. 21) e documentati (all. 4, 5 e 6 allo stesso ricorso) – i limiti numerici di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013;

- la competenza per territorio del Tribunale adito, quale *sede della sezione specializzata in materia di imprese... individuato a norma dell'articolo 4 del decreto legislativo 27 giugno 2003, n. 168, avuto riguardo al luogo in cui il debitore ha il centro degli interessi principali* (art. 27, comma 1 CCII), avendo la ricorrente offerto significativi e univoci elementi idonei a superare la presunzione (v. art. 27, comma 3, lett. c CCII) di identificazione tra sede legale (OMISSIS) e centro degli interessi principali della società, elementi costituiti dall'ubicazione in (OMISSIS) del centro effettivo di direzione, amministrazione e controllo della società (v., tra gli altri, sub all. 6 al ricorso introduttivo, verbale dell'assemblea dd. 4.8.2022 di approvazione del bilancio di esercizio 2021, tenutasi presso gli Uffici Amministrativi, a (OMISSIS), e relazione sulla gestione redatta dal Presidente del Consiglio di Amministrazione in Porcia il 14.6.2022);
- il rispetto delle condizioni prescritte dall'art. 120 bis CCII in tema di approvazione e sottoscrizione della domanda;
- l'allegazione della documentazione di cui all'art. 39, comma 3 CCII;
- la documentata sussistenza sia del presupposto soggettivo per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza (v. artt. 64 bis, 84 e 121 CCII), sia di uno stato di crisi ai sensi dell'art. 2, comma 1, lett. a), CCII.

4. Quanto, in secondo luogo, all'*"esito della votazione"* (lett. b dell'art. 112, co. 1 CCII), va dato atto che non è stato necessario, per il giudice delegato, adottare decisioni in ordine all'ammissione provvisoria dei creditori al voto; che quest'ultimo è stato preceduto da adeguata informazione ai creditori; che il calcolo dell'esito del voto comunicato dal commissario giudiziale è corretto; che non sono state segnalate dai creditori, né sono emerse questioni di sorta in relazione alla validità dei voti espressi.

5. In ordine alla *"ammissibilità della proposta"*, il Tribunale è chiamato a verificare che non risultino violate norme imperative nelle modalità di soddisfazione dei creditori, e che sia assicurato a ciascuno di questi ultimi *"un'utilità specifi-*

³ A loro volta definiti come *"gruppi di imprese composti da un'impresa madre e imprese figlie da includere nel bilancio consolidato, che rispettano i limiti numerici di cui all'articolo 3, paragrafi 6 e 7, della direttiva 2013/34/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013"*.

camente individuata ed economicamente valutabile”, ai sensi dell’art. 84, co. 3 CCII.

Al riguardo la valutazione non può che essere positiva, alla luce del dettagliato contenuto della proposta, di seguito riassunto sulle base dell’esposizione contenuta nella relazione ex art. 105 CCII del commissario giudiziale.

La proposta⁴, in esito alla seconda integrazione, prevede:

- il pagamento integrale delle spese di procedura e dei debiti assunti per la gestione e prosecuzione della Società nell’ambito della procedura, e di tutte le altre passività in prededuzione (Euro 26.214.547);
- il pagamento dei debiti anteriori all’apertura del concorso, in forza delle autorizzazioni rilasciate ex art. 100 CCII (Euro 18.284.668);
- il pagamento integrale dei creditori assistiti da privilegio ex art. 2751 *bis* c.c., con le seguenti tempistiche: a. quanto alle passività verso dipendenti (cessati), per Euro 59.301 oltre ad Euro 57.464 per TFR, entro e non oltre il 30° giorno dalla data di definitiva omologa; b. quanto ai privilegi di cui all’art. 2751 *bis*, n. 2 e ss. c.c. per Euro 3.383.307, entro e non oltre il 180° giorno dalla data di definitiva omologa; c. quanto alla porzione del debito per IVA di rivalsa capiente per Euro 52.666, entro e non oltre il 180° giorno dalla data di definitiva omologa;
- il soddisfacimento integrale dei debiti verso Istituti di Previdenza (artt. 2753 e 2754 c.c.) per Euro 390.453 e dei debiti tributari capienti (art. 2752 c.c.) per Euro 2.456.448;
- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 1 (creditori ipotecari e FRIE capienti) per Euro 40.968.115 mediante rimborso integrale del debito secondo i termini e condizioni del relativo accordo di riscadenamento ipotecari (nonché con previsione di voto ex art. 109, co. 5, CCI);
- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 2 (crediti SACE e FRIE capienti) per Euro 4.292.296 (credito FRIE Capiente) ed Euro 75.894.004 (fondo SACE) mediante rimborso integrale del debito secondo i termini e condizioni del relativo accordo di riscadenamento SACE (nonché con previsione di voto ex art. 109, co. 5, CCI);
- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 3 (crediti SACE e FRIE incapienti) per Euro 1.367.414 mediante (i) pagamento di complessivi Euro 273.483 (pari al 20% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del SFP Up-Side fino ad un ulteriore 15% dei crediti;
- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe

4 (debiti tributari incapienti) per Euro 1.998.075 mediante (i) pagamento di complessivi euro 359.654 (pari al 18% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del SFP Up-Side fino ad un ulteriore 15% dei crediti;

- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 5 (debito per IVA di rivalsa) per Euro 3.407.621 mediante (i) pagamento di complessivi euro 579.296 (pari al 17% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del SFP Up-Side fino ad un ulteriore 15% dei crediti;
- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 6 (debiti per imposte, tasse e tributi di Comuni e Province) per Euro 448.754 mediante (i) pagamento di complessivi euro 71.801 (pari al 16% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del SFP Up-Side fino ad un ulteriore 15% dei crediti;
- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 7 (passività assistite da garanzia ipotecaria e/o privilegio speciale incapiente) per Euro 12.638.744 mediante (i) pagamento di complessivi euro 1.959.005 (pari al 15,5% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del SFP Up-Side fino ad un ulteriore 15% dei crediti;
- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 8 (fornitori chirografari) per Euro 53.363.542 mediante (i) pagamento di complessivi euro 8.004.531 (pari al 15% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del SFP Up-Side fino ad un ulteriore 15% dei crediti;
- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 9 (imprese minori) per Euro 64.078 mediante (i) pagamento di complessivi Euro 9.612 (pari al 15% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del SFP Up-Side fino ad un ulteriore 15% dei crediti;
- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 10 (passività finanziarie verso istituti di credito) per Euro 292.107.586 mediante (i) pagamento di complessivi Euro 43.816.138 (pari al 15% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del SFP Up-Side fino ad un ulteriore 15% dei crediti (con previsione di sterilizzazione del voto del creditore contestato (OMISSIS));
- il soddisfacimento dei creditori appartenenti alla classe 11 (crediti *intercompany* di natura commerciale e debiti verso amministratori) per Euro 3.135.839 ed Euro 283.871 (congiuntamente euro 3.419.710) mediante (i) pagamento di complessivi euro 512.956 (pari al 15% dei crediti) entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del SFP Up-Side fino ad un ulteriore 15% dei crediti;
- classe 12 (istituti finanziatori assistiti da garanzia Italia), per Euro 134.630.846, da soddisfarsi mediante (i) pagamento del 15% dei crediti entro il 31 dicembre 2025; e (ii) attribuzione del SFP Up-Side fino ad un ulteriore 15% dei crediti.

Sono stati altresì analiticamente indicati (ed esposti alle pagine 114-116 della relazione ex art. 105 CCII, cui si rinvia) i tempi di esecuzione della Proposta, che la ricorrente ha

4. Di cui la ricorrente ha riconosciuto (v. pag. 24 della seconda integrazione del piano e della proposta dd. 30.6.2023) carattere promissorio limitatamente:

- alla componente relativa ai pagamenti per cassa in favore dei creditori prededucibili e privilegiati soddisfatti nei termini di cui all’art. 109, comma 5, CCII;
- ai pagamenti a favore dei creditori chirografari per le percentuali previste dalla Proposta;
- con riferimento alla classe 12, al pagamento in misura pari al 15% della porzione di credito (il 10%) non coperta dalle Garanzie SACE.

precisato essere *“meramente indicative e non vincolanti”*.

6. *“La corretta formazione delle cassi”* (lett. d dell’art. 112 CCII) e *“la parità di trattamento dei creditori all’interno di ciascuna classe”* (successiva lett. e) vanno esaminate congiuntamente.

La valutazione del Tribunale attiene non al merito delle scelte del debitore nel configurare una determinata classe, ma al rispetto dei principi che sovrintendono al classamento dei creditori, relativi all’omogeneità della posizione giuridica e di interessi economici (art. 2, lett. r, CCII).

L’omogeneità della posizione giuridica *“riguarda la natura oggettiva del credito e concerne le qualità intrinseche delle pretese creditorie, tenendo conto dei loro tratti giuridici caratterizzanti, del carattere chirografario o privilegiato, della eventuale esistenza di contestazioni nella misura o nella qualità del credito, della presenza di un eventuale titolo esecutivo provvisorio”* (Cass., ord. n. 9378/2018).

La pronuncia della Cassazione ora citata prosegue rilevando che *“L’omogeneità degli interessi economici, essendo un criterio volto a garantire sul piano sostanziale la par condicio, ha riguardo alla fonte e alla tipologia socio-economica del credito... e al peculiare tornaconto vantato dal suo titolare (in ragione ad esempio dell’entità del credito rispetto all’indebitamento complessivo, della presenza di coobbligati o dell’eventuale interesse a proseguire il rapporto con l’imprenditore in crisi), al fine di garantire secondo canoni di ragionevolezza una maggiore adeguatezza distributiva in presenza di condizioni di omogeneità di posizione”*.

Il classamento indicato dalla debitrice, la quale ha distinto e raggruppato i creditori privilegiati, prelatizi e chirografari secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei, appare rispettoso di entrambi i parametri, considerato che come peraltro evidenziato dal commissario giudiziale nella relazione ex art. 105 CCII – i creditori prelatizi sono stati inseriti in apposita classe per la porzione non capiente dei rispettivi crediti (classi da 3 a 7), in conformità a quanto previsto dagli artt. 85, co. 2 e 3, e 109, co. 5, CCII; i creditori per finanziamenti FRIE, già inseriti nella classe 7, sono stati inseriti nelle classi 2 e 3, per le rispettive quote di credito FRIE capiente e non; le imprese minori, creditrici chirografarie in forza di rapporti di fornitura di beni e servizi, sono state inserite in apposita classe (classe 9) come previsto dall’art. 85, co. 3, CCII; la classe 12 (istituti finanziatori assistiti da (OMISSIS)) è stata introdotta per dare evidenza, ai sensi dell’art. 85, co. 2, CCII, della presenza di creditori titolari di garanzie prestate da terzi.

7. La lettera f) dell’art. 112, co. 1, CCII dispone che, in caso di concordato in continuità aziendale, il Tribunale debba verificare – tra l’altro – *“che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l’insolvenza e che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l’attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori”*.

7.1 Al riguardo, (OMISSIS) ha depositato in data 1.9.2023 una *“memoria di costituzione nel giudizio di omologazione”* con la quale, pur rilevando di *“non opporsi*

all’omologa del concordato preventivo” (pag. 7), ha rappresentato una serie di circostanze tali da influire sulla valutazione del Tribunale, chiedendo un rinvio dell’udienza di omologazione *“affinché venga acquisita alla procedura di concordato la possibilità di riscontrare la presenza (e non già l’attuale difetto) del requisito della ragionevole prospettiva che il piano consenta di superare l’insolvenza qualora (OMISSIS) non provveda entro la predetta udienza a implementare con adeguata documentazione gli elementi sulla base dei quali il Tribunale possa pronunciarsi sulla ricorrenza di tutte le condizioni di cui all’art. 112 CCII”* (pag. 8).

In particolare, la creditrice ha evidenziato la persistente incertezza relativa al reperimento, da parte di (OMISSIS), della nuova finanza sotto forma di garanzie, necessaria per sostenere la prosecuzione dell’attività di impresa, tenuto anche conto della rilevanza che assumono le auspiccate modifiche dell’attuale governance della debitrice – con *“il rafforzamento delle deleghe gestorie in capo al nuovo amministratore delegato e alla presenza di due amministratori non esecutivi indipendenti di gradimento delle Banche”* (pag. 2 delle note di udienza del 12.9.2023, depositate telematicamente) – sull’avvio, da parte delle banche stesse, di qualsiasi attività istruttoria del credito, allo stato non documentata.

(OMISSIS) ha eccepito la carenza di legittimazione ad agire della creditrice, avendo la stessa espresso voto favorevole all’omologazione, e non rivestendo quindi la qualità di creditore dissenziente abilitato come tale a intervenire ai sensi dell’art. 48, co. 2 CCII, né ricorrendo la fattispecie prevista dall’art. 110, co. 3 CCII, costituita dal sopravvenire di mutamenti delle condizioni di fattibilità del piano, che fonda il diritto dei creditori tutti a costituirsi in giudizio.

Ulteriormente, la debitrice ha eccepito la carenza di interesse ad agire di (OMISSIS), non avendo la stessa allegato alcuna lesione di un proprio interesse, né il perseguimento di vantaggio da ottenersi attraverso l’accoglimento delle proprie richieste, ma essendosi limitata a denunciare una situazione procedimentale asseritamente irregolare e a sollecitare il Tribunale a compiere *“il proprio dovere istituzionale”* (memoria di replica dd. 8.9.2023, pag. 6) verificando la sussistenza dei presupposti per l’omologazione.

Ferme le difese pregiudiziali che precedono, (OMISSIS) ha altresì replicato nel merito, deducendo il ricorrere dei requisiti di cui alla lettera f) dell’art. 112, co. 1 CCII anche in relazione alla c.d. nuova finanza.

- 7.2 Va preliminarmente disattesa l’eccezione di inammissibilità della memoria di costituzione depositata da (OMISSIS).

E, inverso, l’art. 48, co. 2 CCII si limita a stabilire che il diritto di proporre opposizione spetti ai creditori dissenzienti e a *“qualsiasi interessato”*, ma non esclude che, nel giudizio che si svolge in camera di consiglio

e nel contraddittorio delle parti possano spiegare intervento, pur senza proporre opposizione, anche i creditori non dissenzienti, ove – si intende – allegghino un interesse giuridicamente qualificato e meritevole di tutela, quale quello fatto valere nella specie da (OMISSIS), a una *“omologazione stabile”* (pag. 2 delle note d’udienza del 12.9.2023), in quanto frutto di un rigorosa accertamento, da parte del Tribunale, delle condizioni di omologabilità del concordato preventivo.

7.3 Nel merito, il Collegio è tenuto in primo luogo a verificare che *“il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l’insolvenza”*.

La formulazione, in negativo, della disposizione normativa rende evidente che oggetto d’esame non è l’accertamento dell’idoneità del piano a regolare la crisi, ma la non implausibilità dello stesso a consentire il risanamento dell’impresa. Il piano predisposto dal debitore, e attestato dal professionista indipendente nella relazione prevista dal terzo comma dell’art. 87 CCII, deve risultare non *prima facie* inadeguato, non evidentemente inadatto a consentire il raggiungimento degli obiettivi indicati.

Ciò premesso, il piano – nella seconda e definitiva versione sottoposta al voto dei creditori – prevede, così come riassunto dal Commissario Giudiziale nella relazione ex art. 105 CCII (pagg. 11-112):

- (i) la prosecuzione dell’attività aziendale sull’attuale perimetro, in forma diretta, senza alcun trasferimento a terzi e/o ipotesi di continuità cd. *“indiretta”* relativamente al *business* operativo;
- (ii) la soddisfazione dell’onere concordatario da parte della società a mezzo dei flussi ritraibili dalla continuità aziendale *“diretta”*, in uno alle ulteriori fonti già previste a Piano *“(inclusa l’assegnazione degli SFP Up-Side nei medesimi termini già descritti nel Ricorso, nel Piano e nella Proposta)”*;
- (iii) l’implementazione di una nuova struttura di governance societaria a presidio tanto dell’esecuzione del Piano e della Proposta, quanto dei creditori concordatari e dei soggetti che forniranno le linee di firma a sostegno del Piano medesimo;
- (iv) la previsione di impegni di informativa periodica sullo stato di avanzamento del Piano e della Proposta;
- (v) l’esecuzione da parte dell’(OMISSIS) di un aumento di capitale a servizio del Piano per un importo non inferiore ad euro 5.400.000,00, da effettuarsi per il tramite della società controllante (OMISSIS), ovvero altra società al medesimo riconducibile;
- (vi) la distribuzione: (i) del valore di liquidazione secondo la cd. *absolute priority rule*; e (ii) del valore eccedente quello di liquidazione secondo la cd. *relative priority rule*;

in uno agli elementi già previsti dal Piano, relativi a:

- (vii) l’assegnazione alla Società, in esecuzione della proposta concordataria del Socio, di uno strumento finanziario partecipativo di patrimonio che consentirebbe – in caso di esito positivo del contenzioso pendente nei confronti dell’intermediario – di ritrarre ulteriori flussi da destinare alla soddisfazione dei creditori chirografari;
- (viii) la dismissione dei beni non strumentali alla continuità aziendale da parte della Società per complessivi euro 47.484.000 ed in particolare:
 - partecipazione in (OMISSIS), per euro 32.611.000 (comprensivi dell’incasso del credito verso la controllata pari ad euro 9.479.970);
 - terreni e fabbricati siti in San Giorgio di Nogaro (Area ex Cranchi), per euro 7.015.059;
 - terreni e fabbricati siti in San Giorgio di Nogaro (Via Fermi), per euro 7.858.142;
- (ix) il mantenimento dei livelli occupazionali (ricorrendo come, alla data del 31 gennaio 2023, la Società impiegasse 785 lavoratori dipendenti);
- (x) il mantenimento dei rapporti commerciali con i fornitori strategici;
- (xi) il consolidamento degli investimenti effettuati dal Gruppo.

La non irrealizzabilità, dal punto di vista tecnico, di tali linee guida è stata in primo luogo positivamente vagliata dal professionista attestatore, dott. (OMISSIS), il quale – con un giudizio esaustivamente motivato – ha osservato (v, relazione ex art. 87, co. 3 CCII, all. 54 al piano depositato il 30.6.2023) che *“In considerazione delle analisi svolte sul portafoglio ordini della Società al 19.10.2022 e sulle ipotesi in ordine alle nuove acquisizioni, si ritiene possibile concludere che il Piano si fonda su assunzioni sostanzialmente ragionevoli”* (pag. 38), rilevando che *“che il Nuovo Piano di (OMISSIS) è atto a impedire o superare l’insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell’impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale”* (pag. 125).

La coerenza del piano rispetto agli obiettivi prefissati è stata, in secondo luogo, confermata dal commissario giudiziale nella relazione di cui all’art. 105, co. 5 CCII, nella quale è stato evidenziato – in esito ad approfondite verifiche degli aspetti industriali e finanziari del piano, supportate dai contributi tecnici forniti dai coadiutori prof. avv. (OMISSIS) e dal prof. dott. (OMISSIS) – come *“il piano di concordato preventivo in continuità aziendale non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l’insolvenza”* (pag. 156), conclusione ribadita nel motivato parere ex art. 48, co. 2 CCII favorevole all’omologazione, nel quale è stato dato atto del non sopravvivere di *“circostanze nuove o diverse idonee a determinare modifiche alle conclusioni favorevoli raggiunte nell’ambito delle pro-*

prie precedenti relazioni di cui agli artt. 105 e 107 CCII" (pag. 14).

- 7.4** Quanto alle criticità lamentate da (OMISSIS), poste a fondamento della richiesta di rinvio dell'udienza di comparizione delle parti e costituite da un lato dalle modifiche sostanziali all'attuale governance di (OMISSIS), *"nell'ottica della massima discontinuità e indipendenza degli organi gestionali"* (pag. 3 della memoria di costituzione), e dall'altro dalla carenza di elementi certi relativamente alla concessione della c.d. nuova finanza necessaria all'esecuzione della proposta concordataria, si ribadisce che la valutazione in merito da parte del Tribunale va condotta sulla base del criterio previsto dalla lettera f) dell'art. 112, co. 1 CCII, e quindi della non irragionevolezza dello scenario prospettato dalla società debitrice ai fini del superamento dell'insolvenza.

Al riguardo, nel parere ex art. 48, co. 2 CCII il commissario giudiziale ha elencato gli elementi sopravvenuti, allegati dalla debitrice, che offrono adeguato riscontro agli aspetti problematici sollevati dalla banca creditrice.

In particolare, quanto alla *governance*, (OMISSIS) ha rilevato di avere previsto sia l'integrazione dell'organo amministrativo mediante l'inserimento di tre nuovi consiglieri indipendenti graditi agli istituti finanziari, con la conseguenza che la maggioranza dell'organo, composto da 5 membri, già sarebbe risultata di espressione esterna alla proprietà, sia l'assegnazione a uno di essi della delega al presidio delle funzioni amministrative e di controllo, e di essere disponibile ad apportare un'ulteriore limitazione alla delega tecnica da assegnare all'attuale presidente, prevedendo che le commesse di importo superiore ad un limite da concordare con gli istituti di credito (o aventi una marginalità inferiore ad una data percentuale) siano oggetto di delibera collegiale.

In relazione, in secondo luogo, alla nuova finanza, l'oggetto della valutazione prevista dall'art. 112, co. 1 lett. f) CCII, correlata alla non irragionevolezza del piano predisposto dalla debitrice, esclude la necessità che quest'ultima dimostri che risultino già emesse, da parte delle banche interessate, le c.d. delibere di pre-affidamento, la cui mancata allegazione è stata lamentata da (OMISSIS), sufficiente essendo che la concessione di credito si prospetti come non plausibile, conclusione quest'ultima che appare adeguatamente sorretta dalle considerazioni sopra esposte al paragrafo 7.3, e che risultano rafforzate sia dalle previsioni della debitrice in tema di discontinuità e indipendenza della *governance*, sia dalla prospettata riduzione del fabbisogno di garanzie rispetto a quanto originariamente comunicato alle banche, il cui picco è allegato debba verificarsi nella fase terminale del periodo di piano.

- 7.5** In ordine, infine, alla verifica *"che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano*

e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori", osserva il Collegio che la ricorrente ha espressamente previsto (v. pag. 34 del secondo aggiornamento del piano) sia un complessivo fabbisogno pari a Euro 250 milioni sotto forma di nuove linee di firma e/o controgaranzie essenziali per il rilascio della bondistica connessa all'esecuzione delle commesse in portafoglio, sia *"l'introduzione di un meccanismo di incentivazione all'emissione di linee di firma basato sull'assegnazione di Warrant (emessi da (OMISSIS)) in favore dei soggetti, creditori e non, che assumeranno, entro il termine di 2 mesi dall'omologa, l'impegno a fornire le linee di firma bancarie (e/o relative controgaranzie) a supporto del raggiungimento degli obiettivi di Piano. La richiesta di nuove linee di firma (e/o relative controgaranzie) a supporto del Piano, pari a Euro 250 milioni, sarà rivolta ai soggetti abilitati, con diritto di prelazione (right to match) a favore dei soggetti – della medesima qualifica – che siano già creditori concordatari di (OMISSIS)"*.

L'eventualità di nuovi finanziamenti risulta quindi specificamente prevista nel piano ed è da ritenersi necessaria in ragione dell'attività caratteristica d'impresa esercitata da (OMISSIS), nell'ambito della quale l'acquisizione di nuove commesse è spesso subordinata alla prestazione di garanzie in favore della parte committente.

Non appaiono, da ultimo, riscontrabili elementi che inducano a ritenere che l'erogazione dei nuovi finanziamenti – prededucibili ai sensi dell'art. 101, co. 1 CCII e funzionali a supportare la continuazione dell'attività aziendale, volta al risanamento dell'impresa – possa comportare una riduzione dell'attivo a disposizione dei creditori, risultando quindi positivamente conclusa anche la verifica del presupposto di cui alla lettera f) dell'art. 112, co. 1 CCII.

- 8.** L'ultima verifica cui è chiamato il Tribunale (da compiersi, secondo la tesi prevalente in dottrina e giurisprudenza, anche nel concordato in continuità) attiene alla fattibilità (art. 112, co. 1, lett. g CCII).

Si tratta di una valutazione, peraltro, che va condotta, come precisato dalla norma in esame, nei limiti della *"non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati"*, formula contenuta anche nell'art. 47, co. 1 lett. a) CCII con riferimento all'apertura del concordato preventivo liquidatorio.

Si tratta quindi di una prognosi di realizzabilità dei risultati attesi indicati nel piano, da condursi – similmente a quanto previsto con riferimento al requisito di cui alla lettera f) dello stesso articolo 112 – in termini di non irragionevolezza del loro verificarsi.

E, al riguardo, utili elementi a riscontro della sussistenza del requisito sono forniti dalla relazione dell'attestatore del professionista indipendente ex art. 87, co. 3 CCII che – in esito a una approfondita analisi estesa alla stima e alla ragionevolezza dei flussi attesi dalla prosecuzione diretta dell'attività d'impresa, alla stima del previsto valore di rea-

lizzo dei beni non strumentali, alla capacità prospettica dell'(OMISSIS) di operare il previsto aumento di capitale sociale, e agli elementi di convenienza (o di trattamento non deteriore) per i creditori della procedura concordataria rispetto alla liquidazione giudiziale – ha motivatamente concluso per la realizzabilità, con i limiti connaturati a un giudizio prognostico, degli obiettivi prefissati.

9. Come già osservato, il dissenso di una delle classi subordina l'omologa anche alla sussistenza delle condizioni previste dal secondo comma, lettere a), b), c), d) dell'art. 112 CCII.

- 9.1 Secondo la lettera a) dell'art. 112, co. 2 CCII, *"il valore di liquidazione è distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione"*.

Come osservato nel parere redatto dal commissario giudiziale ex art. 48, co. 2 CCII, del valore di liquidazione, pari a Euro 179.904.000, è stata prevista nel piano (v. pag. 17) la distribuzione secondo la cd. *absolute priority rule* e dunque nel rispetto delle cause legittime di prelazione. Con particolare riferimento alla richiesta del Comitato di gestione del FRIE di collocazione in via privilegiata del credito residuo di Euro 1.367.414, degradato in via chirografaria per incapacienza e collocato nella classe 3, si osserva che il giudice delegato, con decreto del 18.7.2023, ha affermato la natura mobiliare del privilegio in questione e la limitazione del privilegio stesso ai soli beni specificamente individuati dalla debitrice. In ogni caso, per l'ipotesi di una diversa graduazione del credito, la ricorrente ha previsto nel piano la costituzione del fondo generico privilegiato, idonea a evitare i rischi derivanti da una eventuale contestazione della graduazione dei crediti proposta.

- 9.2 La seconda condizione che deve ricorrere è che *"il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando quanto previsto dall'articolo 84, comma 7"*.

Soccorre anche in tale caso il parere del commissario giudiziale, che ha evidenziato che il valore eccedente è stato specificamente quantificato dalla debitrice in complessivi Euro 65.518.086, di cui è prevista la distribuzione secondo la cd. *relative priority rule* e dunque prevedendosi che i crediti inseriti in una classe riceveranno complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore.

Quanto al trattamento previsto per i crediti inclusi nella classe risultata dissenziente (classe 4 – debiti tributari – art. 2752 C.C. (IVA) incapienti), agli stessi la debitrice ha proposto il soddisfacimento mediante pagamento di complessivi Euro 359.654 (pari al 18% dei crediti) entro il 31.12.2025, e attribuzione del SFP Up-Side fino ad un ulteriore 15% dei crediti, tratta-

mento che, nella sua componente di natura promissoria, risulta da un lato inferiore a quello della classe chirografaria di grado poziore (il 20% offerto ai creditori inseriti nella classe 3 – crediti SACE e FRIE incapienti), e dall'altro più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore (17% offerto ai creditori inseriti nella classe 5 – (debito per IVA di rivalsa), risultando quindi integrata anche la condizione di cui alla lettera b) dell'art. 112, co.2 CCII.

- 9.3 Ricorre anche la condizione di cui alla lettera c), considerato che *"nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito"*.

- 9.4 Infine, posto che, come si ricava dalla relazione del commissario giudiziale sull'esito delle operazioni di voto, la proposta della società è stata approvata dalla maggioranza delle classi (11 su 12), due delle quali formate da creditori prelazionari non soddisfatti entro 180 giorni integralmente ed in denaro (classi 1 e 2) e quattro da creditori originariamente prelazionari e degradati per incapacienza (classi da 3 a 7 con l'esclusione della classe 4), è integrata anche la condizione di cui alla lettera d) del comma 2 dell'art. 112 CCII, costituita dal fatto che *"la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione, oppure, in mancanza, la proposta è approvata da almeno una classe di creditori che sarebbero almeno parzialmente soddisfatti rispettando la graduazione delle cause legittime di prelazione anche sul valore eccedente quello di liquidazione"*.

10. Il dissenso di una delle classi impone al Tribunale anche il vaglio di cui all'art. 120 quater CCII, che prevede che il concordato può essere omologato se *"il trattamento proposto a ciascuna delle classi dissenzienti sarebbe almeno altrettanto favorevole rispetto a quello proposto alle classi del medesimo rango e più favorevole di quello proposto alle classi di rango inferiore, anche se a tali classi venisse destinato il valore complessivamente riservato ai soci"*.

Ricorre tale condizione, posto che l'assunto della debitrice, secondo cui nessun valore risulterebbe complessivamente riservato ai soci (il cui trattamento sarebbe quindi deteriore rispetto a quello proposto alla classe 4 dissenziente), è stato confermato dalla revisione effettuata dal coadiutore del commissario giudiziale, prof. (OMISSIS), il quale ha ritenuto – analizzato l'elaborato del dott. (OMISSIS) allegato dalla società relativo alla verifica del presupposto di cui all'art. 120 quater CCII che *"l'equity value assume valore prossimo allo zero"*, non sussistendo dunque alcun valore riservato ai soci di (OMISSIS).

11. Sussistendone dunque tutti i presupposti, viene omologato il concordato preventivo di (OMISSIS).

P.Q.M.

- 1) OMOLOGA il concordato preventivo di (OMISSIS), con sede legale in (OMISSIS) e sede effettiva in (OMISSIS), codice fiscale e numero di iscrizione presso il Registro delle Imprese

di Roma (OMISSIS), Partita IVA (OMISSIS) e R.E.A. Roma n. (OMISSIS);

- 2) dispone che il legale rappresentante della società ricorrente amministri quest'ultima secondo quanto previsto dal piano che sostiene la proposta e che viene omologato con essa, sotto la sorveglianza continuativa del commissario giudiziale;
- 3) dispone che il commissario giudiziale:
 - a. sorvegli l'adempimento delle obbligazioni concordatarie e riferisca al giudice delegato ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori, ivi compresi ingiustificati ritardi nelle operazioni; per tali fini il commissario giudiziale è autorizzato a effettuare ogni più opportuno controllo sull'attività inerente alla continuazione diretta dell'attività di impresa, con facoltà di accesso alla contabilità e ai libri sociali della ricorrente;
 - b. rediga ogni sei mesi, successivi alla presentazione della relazione di cui all'art. 105, co. 1 CCII, un rapporto riepilogativo delle attività svolte e delle informazioni raccolte, accompagnato dal conto della gestione e dagli estratti del conto bancario o postale della procedura e lo trasmetta ai creditori. Conclusa l'esecuzione del concordato, depositerà un rapporto riepilogativo finale redatto in conformità a quanto previsto dall'art. 130, co. 9 CCII; ai fini del miglior assolvimento degli obblighi informativi di cui sopra, il commissario giudiziale è facoltizzato a:
 - compiere atti di ispezione e controllo, anche, e con particolare riguardo, ai libri sociali ed alle scritture contabili;
 - assistere alle sedute degli organi sociali;
 - chiedere agli amministratori notizie, anche con riferimento a società controllate, sull'andamento delle operazioni sociali o su determinati affari;
 - scambiare informazioni con gli organi sociali e di controllo delle società controllate in merito all'andamento generale dell'attività sociale;
 - c. informi, in caso di rilevanti inadempimenti, i creditori ai fini dell'eventuale iniziativa da adottare ai sensi degli artt. 119 e 120 CCII;
- 4) dispone che alle vendite, alle cessioni e ai trasferimenti legalmente posti in essere in esecuzione del concordato si applichino le disposizioni sulle vendite nella liquidazione giudiziale in quanto compatibili;
- 5) resta riservato al giudice delegato il potere di assumere ogni altro opportuno provvedimento e di autorizzare ogni ulteriore e diversa attività non espressamente prevista nei punti precedenti, che si rivelasse necessaria nella fase di attuazione del concordato;
- 6) dispone che la presente sentenza sia notificata alla Società e al P.M. e sia trasmessa per estratto per l'iscrizione presso l'ufficio del registro delle imprese di Roma e di Trieste.

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del 15/09/2023

Il Giudice estensore
dott. Daniele Venier

Il Presidente
dott. Arturo Picciotto

Sommario

1. Il caso
2. La pronuncia del Tribunale di Trieste e il mutato contesto normativo
3. La pronuncia delle Sezioni Unite del 2013 e la manifesta inattitudine del piano
4. Il controllo di fattibilità nella Direttiva (UE) 2019/1023 e nel Codice della crisi
5. Il mutamento del controllo di fattibilità: tra il precedente regime e il CCII
6. La legittimazione a intervenire nel procedimento di omologazione
7. Conclusioni

1. Il caso

Con la sentenza citata, il Tribunale di Trieste ha omologato un concordato con continuità aziendale di una società specializzata nella realizzazione di infrastrutture. Vari sono i punti di interesse, ma fra questi spicca il tema dell'estensione del controllo di fattibilità del tribunale in sede di omologazione, alla luce dell'entrata in vigore del CCII.

Su sollecitazione di una banca intervenuta nel giudizio di omologazione, il Tribunale di Trieste, nella sua pronuncia, ha affrontato il tema dell'estensione del potere del tribunale in ordine al sindacato di fattibilità del piano, della quale la creditrice chiedeva un accertamento positivo, chiedendo "di riscontrare la presenza (e non già l'attuale difetto) del requisito della ragionevole prospettiva" del piano di superare l'insolvenza del debitore.

Nel caso in esame, la banca ha sollevato dei dubbi in ordine alla capacità del debitore di ottenere nuovi finanziamenti sotto forma di garanzie, essenziali per la prosecuzione dell'attività, laddove subordinati a un radicale mutamento del precedente assetto di *governance* della società e alla relativa istruttoria da avviarsi da parte delle banche.

Il Tribunale di Trieste, richiamando la nuova formulazione legislativa introdotta dal Codice della crisi e che sarà analizzata nei successivi paragrafi, ha, da un lato, definito il perimetro della valutazione rimessa al tribunale mentre, dall'altro lato, ha valorizzato l'analisi e le conclusioni sul punto di quanto attestato dal professionista indipendente e riferito dal commissario giudiziale. Prima di affrontare tale questione, il tribunale triestino è stato chiamato a decidere su una questione preliminare, sollevata dalla società debitrice, avente ad oggetto la legittimazione della banca,

espressasi in senso favorevole in sede di voto, a richiedere al tribunale un vaglio ulteriore in ordine alle questioni sopra richiamate. Il Tribunale di Trieste, dopo aver richiamato la formulazione del nuovo art. 48, comma 2, CCII, ha affermato la legittimazione del creditore aderente a intervenire in sede di omologazione, pur disattendendo nel merito, come diremo *infra*, la richiesta sollevata dal creditore di procedere a un supplemento di istruttoria.

2. La pronuncia del Tribunale di Trieste e il mutato contesto normativo

Come appena anticipato, il Tribunale di Trieste si è espresso sul delicato e centrale tema dell'ampiezza dei poteri del tribunale, in relazione al vaglio di fattibilità, in sede di omologazione, del piano proposto dal debitore¹.

Il piano in questione prevedeva la continuità aziendale e, per la sua esecuzione, faceva affidamento sull'ottenimento di finanziamenti – non ancora concessi – da parte delle banche ed espressamente subordinati da parte di queste ultime, anche solo al fine di avviare la relativa istruttoria, a un mutamento radicale della *governance* della società debitrice.

Il piano prevedeva molteplici e, tra loro connesse, condizioni da soddisfare (mutamento della *governance*, esito positivo dell'istruttoria delle banche, successo delle misure "operative" previste dal piano, una volta ottenuti i finanziamenti) e, dunque, altrettanti fattori di incertezza, riguardanti le varie fasi in cui si articolava quest'ultimo. Il Tribunale di Trieste, nonostante i profili di incertezza che il piano presentava, ha omologato il concordato ritenendo, sulla base di quanto attestato e rilevato dai professionisti incaricati all'interno della procedura, che il piano non fosse privo di una prospettiva ragionevole di superare la crisi della società debitrice.

Come si colloca la pronuncia in commento nel contesto del Codice della crisi, attuativo – per il concordato con continuità – della Direttiva (UE) 2019/1023? Per rispondere a tale quesito, occorre accennare sinteticamente al precedente assetto, nel vigore della previgente legge fallimentare, per poi evidenziarne le differenze rispetto ad oggi.

1. Senza alcuna pretesa di completezza, si rimanda a S. Ambrosini, *Il controllo giudiziale su domanda e piano concordatari e i compiti dell'attestatore*, in *Giur. comm.*, 2017, I, p. 387 ss.; P. Vella, *L'affinamento della giurisprudenza di legittimità dopo le sezioni unite sulla "causa concreta" del concordato: ha ancora senso la distinzione tra fattibilità giuridica ed economica?*, in *Il Fall.*, 2015, 4, p. 435 ss.; G. Fauceglia, *Ancora sui poteri del Tribunale per l'ammissibilità del concordato preventivo: errare è umano, perseverare diabolico*, in *Il Fall.*, 2008, 6, p. 573 ss.; V. Giorgi, *Poteri del giudice nell'omologazione del concordato preventivo e degli accordi di ristrutturazione del debito*, in *Il Fall.*, 2015, 1, p. 386 ss. C. Trentini, *Il controllo del tribunale sulla fattibilità economica del concordato: un "ritorno" legittimo?*, in *Il Fall.*, 2017, 11, p. 1220 ss. M. Fabiani, *Per la chiarezza delle idee su proposta, piano e domanda di concordato preventivo e riflessi sulla fattibilità*, in *Il Fall.*, 2011, 2, p. 172 ss. V. altresì L. Mandrioli, *Il piano di ristrutturazione nel concordato preventivo tra profili giuridici ed aspetti aziendalistici*, in *Il Fall.*, 2005, 11, p. 1337 ss.; D. Galletti, *Il sindacato del giudice nel concordato preventivo un anno dopo: prove tecniche di actio finium regundorum?*, in *Ilfallimentarista.it*, 22 gennaio 2014; M. Terenghi, *Verso un superamento della distinzione tra "fattibilità giuridica" e "fattibilità economica" nel concordato in continuità?*, in *Il Fall.*, 2017, 8-9, p. 923 ss.; A. Patti, *La fattibilità del piano nel concordato preventivo tra attestazione dell'esperto e sindacato del tribunale*, in *Il Fall.*, 2012, 1, p. 42 ss.

3. La pronuncia delle Sezioni Unite del 2013 e la manifesta inattitudine del piano

Come è noto, sull'oggetto del controllo di fattibilità è intervenuta la Cassazione con una pronuncia a Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521), in un tentativo di razionalizzare il potere del tribunale di sindacare la fattibilità del piano proposto dal debitore e, in ultima analisi, limitare quest'ultimo alla verifica della fattibilità giuridica, con esclusione della fattibilità economica. A tal riguardo, la Corte ha affermato che non spetta al tribunale "un sindacato sull'aspetto pratico-economico della proposta", dovendo il potere di controllo del tribunale esplicarsi nella verifica della c.d. "fattibilità giuridica" del piano, nonché nella verifica della "correttezza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni addotte dal professionista a sostegno del formulato giudizio di fattibilità del piano" e, in generale, della correttezza della procedura (ivi compresa la corretta informazione dei creditori)². Il controllo in questione è richiesto, nella lettura fornita dalla Cassazione, al fine di verificare il rispetto della "causa concreta" della procedura, quest'ultima identificata (i) nel superamento della situazione di crisi dell'imprenditore e nel (ii) soddisfacimento, "sia pur ipoteticamente modesto e parziale", dei creditori³.

Una serie di pronunzie, di merito e della stessa Cassazione a sezioni semplici, ha tuttavia interpretato in modo ampio il potere di verifica avente ad oggetto la causa concreta del concordato⁴. Tale lettura, in estrema sintesi, ha giustificato la reintroduzione di un giudizio di fattibilità economica nei limiti della "non mani-

2. A sostegno delle conclusioni riportate nel testo, la Corte Suprema afferma che il tribunale "non può esercitare un controllo sulla prognosi di realizzabilità dell'attivo nei termini indicati dall'imprenditore, esulando detta prognosi dalla causa del concordato ... essendo la stessa rimessa alla valutazione dei creditori quali diretti interessati". V. per un'analisi della pronuncia in questione F. De Santis, *Le Sezioni Unite ed il giudizio di fattibilità della proposta di concordato preventivo: vecchi principi e nuove frontiere*, in *Il Fall.*, 2013, 3, pp. 435 ss., 447 ss.; V. Giorgi, *op. cit.*, p. 400 ss.; I. Pagni, *Il controllo di fattibilità del piano di concordato dopo la sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521: la prospettiva "funzionale" aperta dal richiamo alla "causa concreta"*, in *Il Fall.*, 2013, 3, p. 286 ss., ove si pone in evidenza, da un lato, l'accentuazione dell'importanza dell'autonomia privata all'interno delle soluzioni negoziali alla crisi d'impresa e, dall'altro lato, la necessità "strutturale" della presenza dell'autorità giudiziaria all'interno della singola procedura al fine di consentire un corretto dispiegarsi della stessa autonomia privata. V. anche L. Abete, *La struttura contrattuale del concordato preventivo: riflessioni a latere della sentenza n. 1521/2013 delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, 2013, 6, pp. 867 ss. e 870 ove si osserva che "la ricostruzione delle Sezioni Unite fa perno ... sulla dicotomia 'fattibilità giuridica - fattibilità economica', la prima ricompresa, la seconda esulante dall'alveo del sindacato demandato all'autorità giudiziaria". Per un'analisi di tale dicotomia introdotta dalle Sezioni Unite v. altresì M. Fabiani, *La fattibilità del piano concordatario nella lettura delle Sezioni Unite*, in *Il Fall.*, 2013, 2, p. 156 ss. ove, fermo il giudizio positivo in relazione all'impostazione seguita dalla pronuncia in questione, l'A. evidenzia anche l'ambiguità della nozione di causa in concreto utilizzata dalla Suprema Corte. V. ancora G. Ciervo, *Ancora sul giudizio di fattibilità del piano di concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2015, 1, p. 58 ss. e G.B. Nardecchia, *La fattibilità del concordato preventivo al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Dir. fall.*, 2013, 2, p. 185 ss., ove si evidenzia, *inter alia*, l'importanza dell'informazione dei creditori, su cui ci soffermeremo più avanti.

3. Cfr. Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Il caso.it*, 2013.

4. V. su tutti Cass., Sez. 1, 7 aprile 2017, n. 9061, in *Il caso.it*, 2017. Nel merito, ex multis, Trib. Bergamo, 24 novembre 2016; Trib. Ravenna, 27 novembre 2015; App. Firenze, 6 dicembre 2016, disponibili su *Il caso.it*. Per un'esposizione e attenta analisi delle pronunce che, con diverse declinazioni, hanno allargato il concetto di fattibilità in relazione al vaglio del tribunale in fase di omologazione del concordato C. Trentini, *op. cit.*, pp. 1222-1223.

fešta inattitudine” (talvolta “inettitudine”) del piano a superare la crisi. Si è infatti affermato che la verifica di fattibilità in questione “proprio in quanto correlata al controllo della causa concreta del concordato, comprende necessariamente anche un giudizio di idoneità, che va svolto rispetto all’assetto di interessi ipotizzato dal proponente in rapporto ai fini pratici che il concordato persegue”.

Il giudizio “di idoneità” in questione – che ignora esplicitamente la divisione tra il controllo di fattibilità giuridica e il controllo di fattibilità economica richiesta dalla Cassazione a Sezioni Unite – ha determinato, dunque, con riferimento al concordato con continuità aziendale, l’affermarsi di (i) una positiva e “rigorosa verifica della fattibilità ‘in concreto’” del piano sulla base di (ii) “un’analisi inscindibile dei profili giuridici ed economici” direttamente da parte del tribunale⁵.

Il potere di controllo che emerge da tali pronunce non verte, invero, sulla coerenza e completezza delle relazioni dei professionisti chiamati a esprimersi sul piano del debitore⁶, bensì giunge a

5. Così Cass., Sez. 1, 7 aprile 2017, n. 9061, ove si afferma “non è esatto porre a base del giudizio una summa divisio tra controllo di fattibilità giuridica astratta (sempre consentito) e un controllo di fattibilità economica (sempre vietato)”.

6. Come è noto, il commissario giudiziale è chiamato a svolgere un’attività di controllo e informativa su quanto proposto e compiuto dal debitore a seguito dell’apertura della procedura. Il commissario giudiziale è tenuto ad analizzare il piano presentato dal debitore e a valutarne la fattibilità: nel solco delle proprie funzioni, il commissario giudiziale dovrà quindi interagire con il tribunale e i creditori, svolgendo un ruolo informativo fondamentale al fine di garantire che i loro interessi siano adeguatamente considerati e tutelati. In quest’ottica, ai sensi dell’art. 105, comma 1, CCII il commissario giudiziale è inoltre tenuto a redigere sia l’inventario del patrimonio del debitore sia una relazione particolareggiata sulle cause del dissesto dell’impresa, fornendo informazioni sulla “condotta del debitore, sulle proposte di concordato e sulle garanzie offerte ai creditori”, in modo tale da integrare le informazioni, spesso parziali, in possesso dei creditori e del tribunale. Per una ricognizione e analisi delle funzioni e poteri attribuiti al commissario giudiziale nel Codice della crisi v. F. De Santis, *Rapporti e flussi comunicativi interorganici nella procedura di ammissione del concordato preventivo (secondo il Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza)*, in *Dir. fall.*, 2020, 3-4, p. 610 ss. Si rimanda altresì a L. Abete, *Gli organi del concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2020, 10, p. 1237 ss. E. Ricciardiello, *Il ruolo del commissario giudiziale nell’era del “fallimento del contrattualismo concorsuale”*, in *Giur. comm.*, 2015, 4, p. 715 ss. Similmente, il professionista attestatore è chiamato a fornire ai creditori e al tribunale una valutazione e attestazione circa il contenuto del piano proposto dal debitore. Invero, come è noto, nell’ambito della procedura di concordato preventivo, l’art. 87, comma 3, CCII prevede che un professionista indipendente attesti la “veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano” nonché, qualora sia prevista dal piano la continuità aziendale, che “il piano è atto a impedire o superare l’insolvenza del debitore”. Tale attività, in estrema sintesi, fornisce alle informazioni e alle misure incluse nel piano un’attendibilità rafforzata, nel momento in cui è coinvolto un soggetto qualificato, terzo e indipendente che, sotto la propria responsabilità, verifica e attesta l’affidabilità di quanto ivi previsto. Con riferimento al ruolo svolto dal professionista attestatore nell’ambito delle procedure concorsuali ove tali figure sono previste e, in particolare, alla funzione informativa svolta nei confronti dei creditori si rimanda a G. Lo Cascio, *Il professionista attestatore*, in *Il Fall.*, 2013, 11, pp. 1325 ss., 1329 ove si pone in evidenza la natura “essenzialmente privatistica” dell’attività dell’attestatore anche in considerazione del fatto che “il professionista è designato dal debitore e non dal tribunale, non assume la veste di consulente tecnico di ufficio, deve attestare la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano, esercitando una funzione valutativa e di certificazione con contenuto probatorio”. F. Santangeli, *Auto ed etero tutela dei creditori nelle soluzioni concordate delle crisi d’impresa. Le tutele giudiziali dei crediti nelle procedure ante crisi*, in *Dir. fall.*, 2009, p. 606 ss.; M. Fabiani, *Per la chiarezza*, op. cit., p. 171 ss.

richiedere che il giudice verifichi che il piano con continuità aziendale sia “idoneo a dimostrare la sostenibilità finanziaria della continuità stessa”⁷.

Sulla base di tale parametro, probabilmente, la pronuncia in commento del Tribunale di Trieste sarebbe risultata diversa (e dunque di non omologazione del concordato), giacché la “dimostrazione” della fattibilità del piano sopra richiamato, a ben vedere impossibile, avrebbe richiesto l’assenza di una serie di fattori di incertezza pressoché ineliminabili nell’ambito di un tentativo di ristrutturazione.

4. Il controllo di fattibilità nella Direttiva (UE) 2019/1023 e nel Codice della crisi

Si è anticipato che la Direttiva (UE) 2019/1023 è intervenuta in relazione ai poteri riconosciuti al tribunale in sede di omologazione, riconoscendo:

- (i) da un lato, la necessità di mettere a disposizione dell’impresa in crisi uno strumento che consenta la sua ristrutturazione sulla base di un piano che abbia ricevuto il consenso dei creditori. Ciò al fine di consentire a imprese “sane”, e tuttavia in uno stato di disequilibrio finanziario-patrimoniale, di superare lo stato di crisi o insolvenza in cui si trovano, intervenendo precocemente sulle difficoltà riscontrate e massimizzando l’interesse di tutti i soggetti coinvolti⁸;
- (ii) dall’altro lato, la necessità di ricalibrare il potere dell’autorità giudiziaria in sede di omologazione limitando, all’art. 10, par. 3, il potere del tribunale di rifiutare l’omologazione al piano di ristrutturazione “che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l’insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell’impresa”, introducendo così una verifica di carattere “negativo”, consistente nell’assenza di quantomeno una ragionevole prospettiva di risanamento da parte del piano proposto⁹.

Il Codice della crisi ha recepito il contenuto dalla Direttiva, regolando i poteri del tribunale in relazione al sindacato di fattibilità del piano proposto dal debitore ed esplicitando, all’interno dell’art. 112 CCII, i limiti che tale sindacato deve rispettare.

In particolare, con riferimento all’omologazione del concordato con continuità aziendale all’esito della votazione dei creditori, l’art. 112, comma 1, lett. f), CCII richiede che il tribunale verifichi che il “piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire

7. *Ibidem*.

8. Cfr. Considerando n. 2 della Direttiva (UE) 2019/1023, ove si rileva che “i quadri di ristrutturazione preventiva dovrebbero innanzitutto permettere ai debitori di ristrutturarsi efficacemente in una fase precoce e prevenire l’insolvenza e quindi evitare la liquidazione di imprese sane”. Cfr. art. 10, par. 2, lett. d), e Considerando n. 49 in relazione all’assenza di pregiudizio che deve caratterizzare il trattamento riservato ai creditori dalla proposta del debitore. Sul punto L. Stanghellini, *Il governo della società fra codice civile e codice della crisi*, in *AGE*, 2023, 1-2, pp. 19 ss., 33.

9. Cfr. Art. 10, par. 3, Direttiva (UE) 2019/1023 e il Considerando n. 50 ove è fissata la scelta a livello europeo in relazione alla sindacabilità da parte del tribunale del piano di ristrutturazione. Per un’analisi del raccordo tra la disposizione in esame e le sue ricadute nel nostro ordinamento, in sede di recepimento della Direttiva si rimanda a L. Stanghellini, *Il Codice della crisi dopo il d.lgs. 83/2022: la tormentata attuazione della direttiva europea in materia di “quadri di ristrutturazione preventiva”*, in *Il caso.it.*, 21 luglio 2022, p. 8.

o superare l'insolvenza", utilizzando la stessa formulazione adottata in sede europea¹⁰.

5. Il mutamento del controllo di fattibilità: tra il precedente regime e il CCII

La nuova formulazione legislativa di matrice europea in cosa differisce dal precedente controllo sulla manifesta inattitudine del piano con continuità aziendale?

A parte l'utilizzo di un'espressione linguistica differente¹¹, è possibile cogliere l'essenza della differenza tra la verifica attuata attraverso la lente della "manifesta inattitudine" nel previgente assetto e la verifica oggi richiesta proprio grazie alla pronuncia in commento¹².

Il Tribunale di Trieste osserva, in relazione alle sue prerogative in sede di omologazione in ordine al vaglio di fattibilità del piano approvato dai creditori, che "oggetto d'esame non è l'accertamento dell'idoneità del piano a regolare la crisi, ma la non implausibilità dello stesso a consentire il risanamento dell'impresa", facendo pieno affidamento, al fine accertare che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di risanamento, sulle relazioni sia del professionista indipendente, sia del commissario giudiziale, la cui attività di verifica aveva dato esito positivo¹³.

In quest'ottica, ed è questa la cifra caratterizzante rispetto al precedente assetto – il tribunale, *da una parte*, si è astenuto dal richiedere la dimostrazione della realizzabilità del piano e, *dall'altra parte*, ha compiuto una verifica "negativa" avente ad oggetto la (non) assenza di ragionevoli prospettive di risanamento, per il tra-

mite di un vaglio della completezza e coerenza di quanto attestato dai professionisti sopra richiamati: l'esito positivo di tale verifica ha consentito di ritenere che il piano proposto dal debitore non era "prima facie inadeguato, non evidentemente inadatto a raggiungere gli obiettivi prefissati"¹⁴.

Il Tribunale di Trieste ha altresì verificato – *inter alia* e come richiesto nella parte finale dell'art. 112, comma 1, lett. f), CCII – che i nuovi finanziamenti fossero (i) "necessari per l'attuazione del piano" e che (ii) non pregiudicassero "ingiustamente gli interessi dei creditori", richiamando le condizioni e la finalità di tali finanziamenti evidenziate nel piano. La tipologia di attività svolta dalla società debitrice, che per sua natura richiede la concessione di ingenti finanziamenti sotto forma di garanzie, nonché la constatazione che i finanziamenti in questione erano funzionali al mantenimento della continuità aziendale e, comunque, in linea con gli obiettivi di risanamento della debitrice, ha indotto il tribunale a ritenere superata con esito positivo anche tale ulteriore verifica¹⁵.

Di minor pregio appare, invece, il successivo e ulteriore richiamo

10. V., senza pretesa di esaustività, per un'analisi delle novità introdotte dal Codice della crisi anche alla luce dell'ultimo correttivo M. Fabiani, *Il diritto diseguale nella concorsualità concordataria postmoderna*, in *Il Fall.*, 2022, 12, p. 1485 ss.; L. Stanghellini, *Il Codice della crisi*, op. cit.; G. Guerrieri, *Il d.lgs. 17 giugno 2022, n. 83 e l'entrata in vigore del codice della crisi e dell'insolvenza*, in *NLCC*, 2023, p. 1 ss. V. altresì A. Nigro, *Codice della crisi, secondo correttivo e diritto societario della crisi*, in *Dir. banc. mer. fin.*, 2022, 3, p. 97 ss. Con particolare riferimento ai poteri del tribunale, come si avrà modo di analizzare in dettaglio più avanti, viene in rilievo l'art. 10 (par. 3) della Direttiva (UE) 2019/1023, ove questo prevede che "gli Stati membri assicurano che l'autorità giudiziaria o amministrativa abbia la facoltà di rifiutare di omologare il piano di ristrutturazione che risulti privo della prospettiva ragionevole di impedire l'insolvenza del debitore o di garantire la sostenibilità economica dell'impresa". Tale disposizione ha rappresentato il volano, in fase di recepimento di tale direttiva nel nostro ordinamento, per l'elaborazione dell'attuale assetto normativo del Codice della crisi e dei poteri assicurati al tribunale sia in fase di apertura del concordato, sia di sua omologazione.

11. Quantomeno per il concordato con continuità aziendale giacché l'art. 112 CCII, comma 1, lett. g), prevede che, in ogni altro caso, la fattibilità del piano deve essere "intesa come non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati".

12. Come si evince dalla lettura combinata delle norme richiamate nel precedente paragrafo, nonché dalla pronuncia in commento, la riforma del sistema concorsuale italiano ha introdotto – sulla scorta di quanto rilevato nel precedente paragrafo con riferimento alla Direttiva – un'espressa e chiara delimitazione del potere del tribunale di sindacare la fattibilità del piano, sia in fase di ammissione, sia in fase di omologazione del concordato, assente nella previgente legge fallimentare e rimessa al solo formante giurisprudenziale.

13. V. la pronuncia del Tribunale di Trieste in commento, ove è posto in primo piano, al fine di compiere la valutazione richiesta dall'art. 112 CCII, il fatto che "la non irrealizzabilità, dal punto di vista tecnico, di tali linee guida è stata in primo luogo positivamente vagliata dal professionista attestatore" proseguendo poi che "... la coerenza del piano rispetto agli obiettivi prefissati è stata, in secondo luogo, confermata dal commissario giudiziale nella relazione ex art. 105, comma 5 CCII ...".

14. In senso analogo alla pronuncia in commento v. Trib. Napoli, 21 febbraio 2024, disponibile su *Dirittodellacrisi.it*, ove si evidenzia che "il concordato guadagna ... l'avallo dell'omologa, non più sulla scorta di una prognosi fausta, ma sulla base di una valutazione non negativa, adducendosi alla omologa non in quanto presumibilmente idoneo ad assorbire la crisi, ma in quanto non palesemente inidoneo a regolarla, quindi non irrazionale, né implausibile". In dottrina v. L. Stanghellini, *Il Codice della crisi*, op. cit., p. 8, ove si evidenzia che "la Direttiva si limita a prevedere che il giudice possa rifiutare l'omologazione di concordati e accordi 'privi della ragionevole prospettiva di evitare l'insolvenza'. Fra la positiva verifica di fattibilità economica e la verifica negativa dell'evidente inattuabilità del piano si colloca la massima parte dei casi reali, quelli in cui non vi sono certezze, ma possibilità". Sul punto v. anche V. Zanichelli, *Il Giudice nella ristrutturazione*, in *Dirittodellacrisi.it*, 15 novembre 2022, pp. 12-13 ed anche G.B. Nardecchia, *L'omologazione dei Concordati*, in *Il Fall.*, 2022, 10, p. 1246. In senso parzialmente contrario, G. Fichera, *Il giudizio di omologazione nei concordati liquidatori e in continuità aziendale*, in *Dirittodellacrisi.it*, 1 novembre 2022, p. 10, per il quale sussiste una sostanziale continuità nei poteri del tribunale tra la precedente e l'attuale disciplina. Il diverso (e maggiormente) limitato potere del tribunale di sindacare la fattibilità "economica" del piano appare ancor più confermato in relazione al concordato con continuità aziendale. L'art. 112, comma 1, lett. f), CCII, richiedendo che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza, traccia chiaramente il solco in cui si inserisce il vaglio richiesto al tribunale, fissandolo in una deliberazione circa una "non assenza" di ragionevoli prospettive di risanamento. Parallelamente, sempre nell'ipotesi di concordato con continuità aziendale, l'art. 112, comma 1, CCII, nel richiedere una verifica da parte del tribunale avente ad oggetto l'effettiva necessità di nuovi finanziamenti previsti per l'attuazione del piano e, comunque, che questi "non pregiudichino ingiustamente" gli interessi dei creditori, pone una misura di salvaguardia onde evitare fenomeni di abuso dello strumento che potrebbero aggravare il sacrificio sopportato da alcuni creditori a fronte del riconoscimento della prededuzione a nuovi finanziamenti non funzionali al tentativo di ristrutturazione.

15. Con riferimento alla verifica rimessa al tribunale dall'art. 112, comma 1, lett. f) in ordine ai nuovi finanziamenti si rimanda a M. Fabiani, *Nuova finanza prededucibile negli accordi di ristrutturazione e nell'esecuzione del concordato preventivo: alla ricerca della razionalità*, in *Dirittodellacrisi.it*, 13 novembre 2023, ove si rileva, in senso critico, che "il semplice ritorno in bonis dell'impresa dopo l'omologazione di un concordato" non giustifica l'accesso alla nuova finanza, dovendo il giudice compiere una verifica maggiormente rigorosa in ordine ai requisiti richiamati *supra*. La disposizione in questione deriva dal recepimento nel nostro ordinamento della Direttiva (UE) 2019/1023 ove all'art. 10, par. 2, lett. e), questa richiede che il tribunale verifichi che "qualsiasi nuovo finanziamento sia necessario per attuare il piano di ristrutturazione e non pregiudichi ingiustamente gli interessi dei creditori". Sul punto v. altresì G.B. Nardecchia, *L'omologazione*, op. cit., p. 1247.

da parte della pronuncia in commento all'art. 112, comma 1, lett. g), CCII. Tale disposizione richiede infatti che il tribunale – “in ogni altro caso” rispetto a quanto previsto alla precedente lett. f) dello stesso articolo con riferimento al concordato con continuità aziendale – verifichi la “non manifesta inattitudine” del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati. Il Tribunale di Trieste sembrerebbe infatti aggiungere alla verifica prevista per il concordato con continuità aziendale dall'art. 112, comma 1, lettera f, CCII (della quale ora si è detto) anche un'ulteriore verifica di fattibilità, che la legge espressamente prevede per tutti gli altri casi, cioè per i casi diversi dal concordato con continuità aziendale.

L'ambito di tale ulteriore verifica, del tutto ultronea ed espressamente inapplicabile al caso di specie, è tuttavia circoscritto dallo stesso tribunale, laddove afferma che la verifica in questione deve essere condotta “similmente a quanto previsto con riferimento al requisito di cui alla lettera f) dello stesso articolo 112”.

6. La legittimazione a intervenire nel procedimento di omologazione

L'ultimo punto di interesse della pronuncia in esame riguarda la legittimazione del creditore, che abbia espresso voto favorevole sul piano proposto dal debitore, a intervenire, pur senza opporsi, nel giudizio di omologazione. Nel caso in commento, il debitore ha eccepito l'inammissibilità dell'intervento della banca creditrice nel giudizio di omologazione richiamando l'art. 48, comma 2, CCII, il quale dispone che “le opposizioni dei creditori dissenzienti e di qualsiasi interessato devono essere proposte con memoria depositata nel termine perentorio di almeno dieci giorni prima dell'udienza”, identificando coloro che sono legittimati a opporsi all'omologazione da parte del tribunale¹⁶.

Il Tribunale di Trieste ha rigettato tale eccezione rilevando, in modo condivisibile, che il secondo comma dell'art. 48 CCII si limita a disciplinare il diritto di opposizione nel giudizio di omologazione, e non il diritto di intervento *tout court* in tale sede, ritenuto invece ammissibile dal tribunale in ragione di un richiamo al rito camerale. Invero, tale rito ammette la possibilità di intervento per

i soggetti dotati di un interesse giuridicamente qualificato a prescindere dal voto espresso sul piano, identificato nel caso di specie nell'interesse a un'“omologazione stabile”. Coerentemente con tale lettura, deve escludersi la possibilità per il creditore che abbia approvato il piano di *opporsi* in sede di omologazione. Ciò in quanto qualora si ritenesse ammissibile l'opposizione anche da parte del creditore espressosi favorevolmente sul piano, si rischierebbe a ben vedere di frustrare il senso della norma, nella misura in cui questa ha inteso limitare il potere dei creditori aderenti di contestare quanto già oggetto di accordo col debitore¹⁷.

7. Conclusioni

La disciplina prevista dal CCII – quantomeno con riferimento al concordato con continuità aziendale – ha ridimensionato i poteri del tribunale nell'ambito del controllo di fattibilità del piano rispetto all'espansione di questi ultimi, a cui si è assistito per il tramite dell'applicazione del criterio della “manifesta inattitudine” di matrice giurisprudenziale nel previgente regime normativo.

Con un ritorno ai principi originariamente fissati dalle Sezioni Unite della Cassazione nel 2013, largamente disattesi dalle successive pronunce giurisprudenziali richiamate *supra*, sono i creditori chiamati a valutare la fattibilità del piano e la convenienza della proposta concordataria, per il tramite del loro voto informato alla luce di quanto riferito dai professionisti che intervengono nella procedura. Sono dunque i creditori, cioè, a dover valutare se, pur in presenza di elementi di incertezza, la *chance* che il piano venga eseguito sia preferibile rispetto all'alternativa, di solito liquidatoria.

In quest'ottica, il tribunale è chiamato a valutare la completezza e la coerenza delle relazioni di tali professionisti al fine di verificare che, nell'accettare il rischio, i creditori abbiano ricevuto una corretta informazione e che, pur in presenza di rischi anche elevati di esecuzione, il piano non sia privo di una ragionevole prospettiva di portare al risanamento dell'impresa, essendo da evitare, in un'ottica di sistema, solo l'omologazione di piani che già *ex ante* appaiano del tutto privi di qualsiasi possibilità di successo.

¹⁶ V. per un'analisi dei principali profili processuali che interessano l'omologazione e, in particolare, l'opposizione presentata da uno o più creditori dissenzienti, I. Pagni - M. Fabiani, *I giudizi di omologazione nel Codice della Crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 31 agosto 2022, in particolare p. 14, ove si osserva, condivisibilmente, che nel giudizio di omologazione l'opposizione non ha ad oggetto un provvedimento del giudice, a ben vedere ancora assente, ma che tale opposizione è invece volta a far sì che “la pronuncia del tribunale abbia un contenuto diverso da quello cui mira il proponente”. Sempre sul punto si rimanda a M. Montanari, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali e processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 2020, 1, p. 270 ss.; S. Leuzzi, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo: oggetto, regole, controlli*, in *Dirittodellacrisi.it*, 9 ottobre 2023 e G.B. Nardecchia, *L'omologazione*, op. cit., p. 1235 ss. V. altresì F. Di Marzio, *Sulla omologazione del concordato preventivo*, in *Giustiziacivile.com*, 22 agosto 2023 e, per un raffronto tra il previgente e l'attuale assetto normativo con specifico riferimento al giudizio di opposizione, G. Nuzzo, *Profili problematici del giudizio di omologazione del concordato preventivo nella disciplina del Codice della crisi*, in *Dir. fall.*, 2020, 1, p. 84 ss.

¹⁷ Nel senso di quanto qui sostenuto v. Cass., Sez. 1, 26 luglio 2012, n. 13284, in *CED Cassazione*, 2012 ove si rileva, nel vigore del precedente regime normativo, che “la partecipazione consentita, nell'area dei creditori, non è solo riconosciuta ai dissenzienti, che la norma considera a pieno titolo legittimati, ma anche a quelli che non avendo dissentito – per non aver preso parte all'adunanza fissata per il voto, o perché non convocati, o ancora perché non ammessi al voto, o infine perché astenuti – intendano contrastare la omologazione, prospettando l'interesse diretto e attuale al giudizio, in riferimento al trattamento loro riservato dalla proposta”, per tale via escludendo i creditori che abbiano aderito alla proposta concordataria. Sul punto v. anche S. Leuzzi, op. cit., p. 10, ove si afferma che “il discrimine è sempre e solo l'interesse”, nonché che il creditore può “del tutto legittimamente ... rimanersene in disparte nella fase delle votazioni, per poi reagire a ragion veduta col mezzo oppositivo”.

Disciplina delle spese nella Liquidazione giudiziale

PASQUALE RUSSOLILLO Giudice delegato nel Tribunale di Avellino

18 Gennaio 2024

Il saggio è stato sottoposto in forma anonima alla valutazione di un referee.

Il contributo offre una panoramica completa della disciplina delle spese nella liquidazione giudiziale evidenziando come l'accesso privilegiato al beneficio del patrocinio a spese dello Stato, quando non vi sia denaro sufficiente per gli atti richiesti dalla legge, costituisce un'ineliminabile garanzia volta ad assicurare il compimento delle attività immediate richieste al curatore e l'attuazione degli scopi della procedura. Oltre a soffermarsi sui casi in cui il meccanismo dell'anticipazione erariale opera a beneficio dei professionisti nominati come coadiutori e su quello dell'attestazione del giudice delegato ai fini della fruizione del patrocinio a spese dello Stato nei giudizi in è costituita la curatela, lo scritto pone in evidenza come al beneficio in esame fanno da contrappeso specifici presidi atti ad assicurare l'immediato recupero erariale non appena sopravvenga liquidità, così evidenziando come l'accesso alle risorse pubbliche da parte del curatore vada esercitato con estrema prudenza e nel rispetto delle regole di priorità sancite dal testo unico. Si evidenzia, da ultimo, che la disciplina delle spese di giustizia nella liquidazione giudiziale priva di denaro risponde a finalità comuni alla procedura di liquidazione controllata, che tuttavia resta estranea alla vigente disciplina del testo unico, così facendo sorgere dubbi di legittimità costituzionale puntualmente evidenziati da una recente ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale emessa dal Tribunale di Verona.

Sommario

1. Spese processuali e procedure di liquidazione giudiziale prive di liquidità
2. L'ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato nei giudizi in cui è parte la curatela
3. La liquidazione del compenso del legale della procedura ammessa al patrocinio a spese dello Stato
4. Le spese di giustizia e gli altri oneri in prededuzione in caso di procedure di liquidazione giudiziale con attivo insufficiente
5. Lo speciale caso della procedura di liquidazione controllata priva di liquidità

1. Spese processuali e procedure di liquidazione giudiziale prive di liquidità

Quando la procedura di liquidazione giudiziale si apre, ma non vi è liquidità per il compimento degli atti richiesti dalla legge (atti necessari), alcune spese sono prenotate a debito e altre sono anticipate dall'Erario (art. 146 D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, d'ora innanzi T.u.s.g.)¹.

Le spese di giustizia per le quali la procedura in esame fruisce del beneficio di legge sono dunque riconducibili a due macro-categorie:

- le spese prenotate a debito: l'imposta di registro; l'imposta ipotecaria e catastale; il contributo unificato, i diritti di copia;
- le spese anticipate dall'Erario: le spese di spedizione o le indennità di trasferta degli ufficiali giudiziari per le notificazioni a richiesta d'ufficio; le indennità e le spese di viaggio spettanti ai magistrati e agli appartenenti agli uffici per il compimento di atti del processo fuori dalla sede in cui si svolge; le spese e gli onorari degli ausiliari del magistrato; le spese

per gli strumenti di pubblicità dei provvedimenti dell'autorità giudiziaria.

Le spese prenotate a debito hanno la caratteristica di essere predeterminate *ex lege* nel *quantum* e di non essere soggette a pagamento immediato, in quanto vengono annotate a futura memoria per l'eventuale successivo recupero.

Le spese anticipate dall'Erario, all'opposto, non sono predeterminate, ma liquidate dal giudice delegato ed inoltre vengono pagate dall'Erario, che provvede poi al successivo recupero. Fra queste la Corte Costituzionale (sent. 28/04/2006, n. 174) ha stabilito debbano farsi rientrare anche il compenso e gli esborsi anticipati dal curatore².

¹ L'art. 146 T.u.s.g. fa ancora letteralmente riferimento alla procedura fallimentare, non essendo il Codice della Crisi direttamente intervenuto sulla disposizione in esame, e tuttavia, ai sensi dell'art. 349 C.C.I., in tutte le disposizioni normative vigenti l'espressione "procedura fallimentare" deve intendersi sostituita con "procedura di liquidazione giudiziale".

² Nel dichiarare che l'art. 146, comma 3, T.u.s.g. viola l'art. 3 Cost. nella parte in cui non prevede che sono anticipate dall'Erario le spese e gli onorari al curatore, la Corte Costituzionale ha ravvisato che "in presenza di un sistema che prevede – per il carattere pubblicistico del procedimento concorsuale – l'anticipazione da parte dell'Erario delle spese ed onorari ad ausiliari del magistrato e di una norma (art. 39 L.fall.) che enuncia il diritto del curatore al compenso per l'attività svolta, è manifestamente irragionevole che l'esclusione dell'anticipazione da parte dell'Erario delle spese e degli onorari riguardi, ormai, il solo curatore. La volontarietà e non obbligatorietà dell'incarico e la non assimilabilità della posizione del curatore a quella del lavoratore non escludono il diritto del curatore al compenso, né giustificano la non ricomprensione delle spese e degli onorari al curatore fra quelle che, come le spese e gli onorari agli ausiliari del giudice, sono anticipate dallo Stato, in caso di chiusura del fallimento per mancanza di attivo".

Condizione necessaria e sufficiente perché la procedura di liquidazione giudiziale possa fruire dei benefici della prenotazione a debito e dell'anticipazione è che, al momento della sua apertura, non vi sia “denaro” sufficiente ad assolvere gli obblighi di pagamento, sicché, in mancanza di liquidità prontamente disponibile, è del tutto irrilevante che la massa attiva comprenda beni mobili o immobili destinati alla successiva vendita.

L'ammissione della procedura di liquidazione giudiziale ai benefici di legge sopra descritti è automatica e non richiede alcuna statuizione da parte del Tribunale o del giudice delegato, avendo il T.u.s.g. abrogato l'art. 91 L. fall. che prevedeva l'emissione di un decreto apposito.

Non è tuttavia infrequente che pervengano richieste di autorizzazione all'anticipazione a carico dell'Erario di fatture relative all'adempimento degli obblighi pubblicitari relativi alle vendite.

Nel caso della pubblicità sul Portale delle Vendite Pubbliche (PVP), sempre che essa riguardi beni immobili o mobili registrati (poiché diversamente nulla è dovuto), tale necessità è avvertita in considerazione del disposto dell'art. 18 *bis*, comma 1, secondo periodo, T.u.s.g., laddove è previsto che “quando la parte è ammessa al patrocinio a spese dello stato, il contributo per la pubblicazione è prenotato a debito”, sicché è il Portale a richiedere il caricamento di un provvedimento di ammissione reso dal giudice delegato.

Negli altri casi un'autorizzazione siffatta è un atto superfluo, ma viene spesso sollecitata, nel caso delle anticipazioni, quale visto di congruità sull'importo della fattura ammessa al beneficio, affinché essa possa poi essere liquidata dall'ufficio pagatore.

L'elenco delle spese contenuto nell'art. 146 T.u.s.g. è tassativo e non è suscettibile di applicazione analogica, trattandosi di norma eccezionale, ma ciò non toglie che sorgano numerosi dubbi applicativi legati alla pur sempre possibile interpretazione estensiva della *littera legis*, soprattutto con riferimento alla categoria delle anticipazioni.

Si discute ad esempio se rientrino in questa voce:

- a) i compensi dei coadiutori nominati dal curatore ai sensi dell'art. 129, comma 2, CCII;
- b) i compensi del notaio incaricato per la redazione della relazione sostitutiva di certificazione resa per consentire la vendita degli immobili;
- c) i compensi dello stimatore e le spese da quest'ultimo sostenute per la redazione della relazione di stima.

Tutte le fattispecie in questione vanno in realtà accomunate, in quanto riferite ad attività professionali affidate a soggetti muniti di specifiche competenze, della cui opera il curatore si avvale per la gestione della procedura, sempre previa autorizzazione del C.d.C. o del giudice delegato nei casi previsti dall'art. 140, comma 4, CCII³.

Una prima soluzione possibile è quella di parificare i suddetti coadiutori ad ausiliari del magistrato, ed in quanto tali ritenerli ammessi al beneficio dell'anticipazione ai sensi dell'art. 146, comma 3, lett. d) T.u.s.g.

Si noti che la Corte Costituzionale, con la già ricordata sent.

3. Al riguardo va segnalato che il Codice della Crisi ha da ultimo chiarito che anche lo stimatore, la cui attività è necessaria e prodromica alla vendita dei beni (salvo quelli di modesto valore ex art. 216, comma 1, quarto periodo CCII), è nominato dal curatore ai sensi dell'art. 129, comma 2, CCII, ovvero formulando la relativa istanza di autorizzazione al Comitato dei Creditori.

174/2006, nell'estendere la portata della norma al compenso del curatore, argomentava la ritenuta violazione dell'art. 3 Cost. da parte dell'art. 146, comma 3, lett. d) T.u.s.g. proprio sul presupposto che quel professionista, diversamente dagli altri nominati dal giudice delegato, in quanto ausiliario di giustizia e non ausiliario del giudice, era “il solo” a non essere retribuito per l'attività svolta nelle procedure prive di attivo.

La citata pronuncia riguardava una procedura anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 5/2006, quando cioè la legge fallimentare attribuiva direttamente al giudice delegato anziché al curatore la nomina dei coadiutori, sicché oggi è senza alcun dubbio più arduo qualificare questi ultimi come “ausiliari del magistrato”.

Va tuttavia rimarcato che la scelta del legislatore della riforma del 2006 di attribuire al curatore l'individuazione dei professionisti della cui opera intende avvalersi per esigenze della procedura, oggi confermata dal Codice della Crisi, risulta dettata non già da una mutata fisionomia dell'attività che agli stessi viene affidata, bensì all'intento di far ricadere sull'organo di gestione della procedura la piena responsabilità della scelta compiuta.

Sull'operato dei coadiutori del curatore permane inoltre un potere di vigilanza e controllo da parte del giudice delegato, al quale non solo è demandata la liquidazione del compenso, ma anche la revoca dell'incarico (art. 129, lett. d), CCII).

La Corte di Cassazione, del resto, sembra confortare questa impostazione, quando riconosce all'attività dei coadiutori del curatore natura ausiliaria rispetto agli scopi della procedura, integrativa dei compiti di gestione demandati al curatore stesso, e dunque non riconducibile ad un contratto d'opera libero professionale (Cass., 9 maggio 2011, n. 10143)⁴.

Pare dunque potersi ragionevolmente affermare che l'anticipazione del compenso a carico dell'Erario sia ammessa anche per compensi e spese sostenute da coadiutori nominati dal curatore ai sensi dell'art. 129, lett. d), CCII, tutte le volte che la prestazione da essi svolta serva ad integrare, sulla scorta di competenze specialistiche, compiti di gestione che la legge demanda al curatore stesso⁵.

Diversamente deve opinarsi però quando le prestazioni libero professionali richieste dal curatore riguardino attività non direttamente funzionali alla procedura. Si pensi al caso dell'assistenza tecnica e rappresentanza legale nei giudizi in cui la curatela è costituita⁶, ovvero ad attività che, pur inerenti alla procedura, non sono ausiliarie rispetto ai precisi compiti di gestione del curatore, come accade in caso di contratti di fornitura, di somministrazione, di custodia, di locazione, di lavoro subordinato, ovvero appalti d'opera o di servizi stipulati direttamente dal curatore, o nei quali egli sia subentrato all'imprenditore *in bonis*.

Per quanto riguarda le prestazioni professionali svolte nei giudizi promossi dalla curatela o nei quali la stessa si sia costituita si ri-

4. Con la richiamata pronuncia la Corte di Cassazione ha escluso che il coadiutore possa essere assimilabile ad un lavoratore autonomo in quanto la sua attività integra quella del curatore, tanto da renderlo partecipe della medesima qualità di “ausiliario del giudice”. Per questa ragione il compenso del coadiutore deve essere determinato in base alla tariffa giudiziale per i periti e i consulenti tecnici, oggi e non in base alla tariffa professionale.

5. Resta inteso che anticipazioni relative agli onorari dei professionisti vanno corrisposte al termine della loro attività, così come previsto dall'art. 83 T.u.s.g., il che esclude la possibilità di riconoscere acconti.

6. La Corte di Cassazione, con riferimento alla prestazione svolta da un consulente tecnico di parte nominato dal curatore, ha chiarito che il nominato professionista espleta l'incarico, ancorché di carattere tecnico, in virtù di un rapporto di lavoro autonomo, di valenza puramente contrattuale, in quanto si tratta di attività squisitamente difensiva e non ausiliaria rispetto a quelle tipicamente demandate al curatore (Cass., 22 settembre 2011, n. 19399).

manda alle considerazioni del successivo paragrafo ad esse dedicato.

Quanto alle altre attività negoziali sopra menzionate esse non sono qualificabili come integrative dei compiti gestori ordinariamente demandati al curatore, ma piuttosto funzionali ai più generali scopi di conservazione o miglior realizzo dei beni appresi alla massa, sicché, esclusa la possibilità di farne ricadere il costo sull'Erario mediante il meccanismo delle anticipazioni, la disciplina degli oneri da esse derivanti deve essere sussunta nel disposto dell'art. 222 CCII, relativo ai crediti prededucibili.

Ne consegue che, in caso di attivo insufficiente, il credito spettante al contraente insoddisfatto non potrà essere anticipato dall'Erario, ma andrà annotato al passivo e dovrà essere soddisfatto in base alle regole del concorso e secondo criteri di graduazione e proporzionalità⁷.

La soluzione proposta impone, in tutta evidenza, che la scelta del curatore di far maturare costi di natura prededucibile che non possono gravare sull'Erario va improntata a criteri di efficienza ed economicità della gestione, dovendo evidentemente egli prospettare la funzionalità della spesa ad una migliore realizzazione dell'attivo e pronosticare la ragionevole copertura di essa con il ricavato della successiva liquidazione.

2. L'ammissione al beneficio del patrocinio a spese dello Stato nei giudizi in cui è parte la curatela

In caso di mancanza di liquidità, mentre, come sopra evidenziato, per i costi giudiziali interni alla procedura si ricorre al meccanismo delle anticipazioni e prenotazioni a debito previsto dall'art. 146 T.u.s.g., per quelli relativi a giudizi esterni, in cui la curatela intende costituirsi, deve farsi ricorso alla speciale procedura di ammissione al gratuito patrocinio disciplinata dall'art. 144 T.u.s.g. La norma prevede che la procedura è ammessa d'ufficio al patrocinio a spese dello Stato se il giudice delegato, con apposito decreto, attesta che non è disponibile il denaro necessario per le spese.

Si tratta di una speciale ipotesi di accesso di una parte processuale "non abbiente" (la curatela) al beneficio di legge, in quanto non occorre che la relativa richiesta sia presentata al Consiglio dell'Ordine degli Avvocati, come previsto dall'art. 124 T.u.s.g., né che sia corredata dalla documentazione elencata all'art. 79 T.u.s.g., ma è sufficiente che il curatore, di regola contestualmente alla richiesta di autorizzazione a costituirsi in giudizio, illustri le disponibilità liquide della procedura (opportuno allegando l'estratto conto) e formuli, alla luce degli impegni di spesa già assunti, una prognosi sulla non idoneità delle stesse a far fronte ai costi dell'instaurando giudizio.

L'istanza in esame deve essere formulata esclusivamente dal curatore, non essendo consentito al giudice attestare d'ufficio l'assenza di liquidità, né al legale della procedura farne richiesta in

via sostitutiva in caso di inerzia dell'organo della procedura, salvo che egli non attivi lo specifico mezzo di reclamo previsto dall'art. 133 CCII⁸.

Il giudice delegato nel verificare che la previsione di incapienza fatta dal curatore a sostegno dell'istanza è ragionevole deve limitarsi a considerare la disponibilità liquida (il "denaro") attualmente in cassa o prontamente disponibile, non potendo invece fare affidamento su quanto in futuro ricavabile da altre attività liquidatorie o recuperatorie in essere⁹.

Va poi da sé che, in ossequio ai principi di economicità ed efficienza che devono informare le attività gestionali del curatore, il giudice delegato è anche tenuto a controllare, se si vuole con maggior rigore rispetto a quanto accade in presenza di sufficiente liquidità, che l'iniziativa giudiziale da assumere sia "*utile per il miglior soddisfacimento dei creditori*", ovvero non solo risulti ragionevolmente fondata, ma anche conveniente e cioè tale da assicurare un vantaggio economico superiore ai costi da sostenere, anche avuto riguardo alla solvibilità della parte convenuta eventualmente soccombente.

Il provvedimento del giudice delegato produce *ex lege* ed *ex nunc*, – dunque limitatamente alle attività difensive successive e con esclusione di quelle già poste in essere – tutti gli effetti dell'ammissione al gratuito patrocinio, senza necessità di alcun provvedimento ulteriore da parte del giudice della causa, salvo per il curatore l'onere di allegazione del decreto recante l'attestazione *ex art.* 144 T.u.s.g.

Inoltre, una volta acclarati i presupposti per l'accesso della curatela al beneficio di legge, l'ammissione deve intendersi definitiva e non già provvisoria, sicché è soltanto il giudice delegato a poterne disporre la revoca, escluso che una simile statuizione possa essere assunta dal giudice della causa, persino quando egli ritenga che l'organo della procedura ha agito o resistito con mala fede o colpa grave¹⁰.

Il giudice delegato, per conto suo, provvede alla revoca del beneficio non appena la procedura abbia acquisito la liquidità sufficiente a sostenere le spese di giudizio, provvedimento che sottende una valutazione estesa a tutti costi prededucibili maturati, oltre che prevedibilmente maturandi, in quel momento.

Il provvedimento di revoca per sopravvenuta acquisizione di risorse liquide sufficienti non è peraltro equiparabile a quello previsto dall'art. 136, comma 1, T.u.s.g., per il caso in cui la parte

7. L'art. 222, comma 4, CCII prevede che, in caso di attivo insufficiente, i crediti prededucibili, pur quando non contestati per collocazione ed ammontare, non possono essere pagati fuori riparto, ma devono essere soddisfatti con la liquidità disponibile secondo i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge. In termini operativi, dunque, il curatore chiede al giudice il riconoscimento della natura prededucibile del credito e del suo ammontare mediante annotazione nello stato passivo, senza necessità di fissare l'udienza di verifica, rinviando però l'esecuzione del pagamento alla predisposizione del progetto di riparto, salvo non si realizzi nelle more la liquidità necessaria all'integrale soddisfo.

8. La Corte di Cassazione ha chiarito che l'unico soggetto legittimato a formulare l'istanza *ex art.* 144 T.u.s.g. al giudice delegato è il curatore, in quanto atto rientrante fra i suoi poteri esclusivi di gestione, con la conseguenza che non è riconosciuta alcuna legittimazione sostitutiva in capo ai terzi interessati, compreso il legale incaricato, e che neppure è ammessa l'adozione d'ufficio del provvedimento su sollecitazione di quest'ultimo (Cass., 19 novembre 2018, n. 29747). La pronuncia richiamata precisa, peraltro, che la presentazione dell'istanza *ex art.* 144 T.u.s.g. costituisce non una mera facoltà, ma un dovere d'ufficio del curatore, e pertanto, laddove non vi ottemperi, potrà senz'altro risponderne a titolo risarcitorio nei confronti del professionista eventualmente danneggiato.

9. In caso di accoglimento dell'istanza proposta dal curatore il giudice delegato adotta un provvedimento del seguente tenore "*si attesta che la procedura non dispone, allo stato, di liquidità sufficiente a sostenere le spese del giudizio e, pertanto, deve ritenersi ammessa d'ufficio ex art. 144 tusg al beneficio del patrocinio a spese dello Stato*".

10. Chiarisce Cass., 30 novembre 2020, n. 27310 che ogni valutazione sulla non temerarietà della lite è già compiuta dal giudice delegato al momento dell'attestazione, con la conseguenza che il giudice della causa successivamente intrapresa non può disporre la revoca del patrocinio ai sensi dell'art. 136, comma 2, T.u.s.g. sul presupposto che la curatela abbia agito o resistito in giudizio con mala fede o colpa grave.

ammessa al beneficio abbia mutato in corso di causa le proprie condizioni reddituali, in quanto, almeno secondo l'opzione interpretativa qui condivisa, non è finalizzata solo ad evitare esborsi futuri a carico dell'Erario, ma anche a consentire la reintegrazione dei costi pubblici fino a quel momento sostenuti.

Se così intesa la revoca dell'ammissione al gratuito patrocinio non solo produce effetti retroattivi rispetto ai giudizi in corso, ma si estende addirittura a quelli già definiti e può essere disposta dopo la loro conclusione.

Di questo avviso è la Direzione Generale degli Affari Interni presso il Dipartimento degli Affari di Giustizia (DAG) del Ministero della Giustizia, che, nella risposta a quesito posto dall'Ispettorato generale n. 13688.U del 22/01/2021¹¹, ritiene che i giudizi nei quali è parte la curatela “*si innestano*” nella procedura concorsuale e sono dunque compresi nel dettato letterale dell'art. 146 T.u.s.g., nella parte in cui impone il recupero allo Stato delle somme anticipate e prenotate a debito non appena vi siano disponibilità liquide sufficienti e fino al momento della chiusura del fallimento (ora liquidazione giudiziale).

La citata risposta a quesito aggiunge che gli effetti derivanti dalla revoca del beneficio per sopravvenuta capacità della procedura di sostenere le spese dei giudizi promossi non equivalgono a quelli previsti dall'art. 136 T.u.s.g., in quanto non sono limitati alle sole spese processuali successivamente maturate (effetto *ex nunc*), ma si estendono ad ogni spesa anteriore già anticipata o prenotata a debito (effetto *ex tunc*), persino quando il giudizio sia definito.

Ed infatti, l'esigenza generale di evitare che i costi della procedura concorsuale restino a carico della collettività, impone di ritenere che la rivalsa dell'Erario verso la curatela divenuta solvibile possa essere esercitata anche dopo la conclusione del giudizio ed indipendentemente dall'esito della lite, dunque anche al di fuori delle ipotesi in cui l'art. 134 T.u.s.g. consente il recupero delle spese nei confronti della parte ammessa al patrocinio.

Va detto a tal proposito che l'art. 134 T.u.s.g. disciplina i casi in cui la rivalsa erariale è consentita nei confronti della parte non abbiente dopo la definizione del giudizio e prevede le seguenti condizioni che devono ricorrere cumulativamente:

- a) l'Erario non sia riuscito a recuperare le spese dalla parte abbiente risultata soccombente e condannata alla rifusione in via diretta nei suoi confronti ai sensi dell'art. 133 T.u.s.g.;
- b) la parte non abbiente, per effetto della vittoria della lite a cui il beneficio si riferisce o per transazione, sia stata posta in condizione di restituire le spese anticipate ed abbia ottenuto almeno il sestuplo di quelle prenotate a debito.

Al di fuori dei suddetti casi – a cui si aggiunge quello, desumibile dai commi 4 e 5 dell'art. 134 T.u.s.g., di estinzione del giudizio per rinuncia o mancata comparizione della curatela ammessa al beneficio del patrocinio a spese dello Stato – nessun recupero è possibile nei confronti del soggetto non abbiente.

Ne consegue che la rivalsa erariale è ordinariamente esclusa nei confronti del non abbiente in caso di sua soccombenza, ovvero in ogni caso in cui il giudizio abbia carattere di mero accertamento o natura costitutiva.

Diversamente, stando alle conclusioni della nota ministeriale, nei confronti della curatela il recupero, sarebbe consentito in ogni caso di liquidità sopravvenuta, anche se percepita *aliunde* (ad esempio da altro giudizio o per effetto della liquidazione di beni),

ed indipendentemente dall'esito della lite, quindi anche nel caso di soccombenza o quando la causa abbia natura costitutiva o di mero accertamento.

Le conclusioni della risposta a quesito resa dal Ministero della Giustizia appaiono condivisibili nell'ottica di favorire in ogni caso il recupero dei costi sostenuti dallo Stato quando la procedura abbia conseguito *ex post* liquidità sufficiente al rimborso, tanto più che, ai fini dello speciale accesso al beneficio di legge da parte del curatore non si guarda al “reddito” dell'imprenditore sottoposto alla liquidazione giudiziale (nel quale andrebbero in tal caso inclusi anche valori riferibili alle proprietà mobiliari ed immobiliari), ma esclusivamente al “denaro” già disponibile, ovvero alla liquidità prontamente utilizzabile per sostenere i costi processuali, sicché, in definitiva, alla base dell'ammissione non vi è la tutela del non abbiente, ma una ragione di efficienza dell'azione del curatore che suggerisce di non subordinare i tempi di recupero dei crediti litigiosi alla realizzazione di altra liquidità.

Tale necessità, che giustifica una speciale protezione delle esigenze della massa, non può evidentemente ridondare in locupletazione ai danni dell'Erario, ove per mera casualità le condizioni legittimanti il beneficio siano venute meno sol dopo la definizione del giudizio e non anteriormente.

Deve peraltro darsi conto di un diverso orientamento.

Si è sostenuto, infatti, che la revoca del gratuito patrocinio per sopravvenuta liquidità, non diversamente da quanto previsto dall'art. 136 T.u.s.g., produce effetti *ex nunc*, e cioè a partire da quando essa sia sopravvenuta.

Seguendo tale impostazione, dunque – fermo restando il venir meno degli effetti del beneficio di legge dal momento della declaratoria di revoca resa dal giudice delegato – le spese di causa già anticipate dall'Erario o prenotate a debito sono recuperate alle sole condizioni previste dall'art. 134 T.u.s.g., ovvero: 1) in caso di vittoria della lite o transazione che consentano il recupero di somme sufficienti ai sensi del comma 2, sempre che lo Stato non abbia recuperato dalla controparte soccombente ai sensi dell'art. 133 T.u.s.g.; 2) nel caso di rinuncia al giudizio o di estinzione della causa per mancata comparizione delle parti¹².

3. La liquidazione del compenso del legale della procedura ammessa al patrocinio a spese dello Stato

Il legale nominato dalla curatela ammessa al beneficio del patrocinio a spese dello Stato (così come il c.t.u.)¹³, al termine della lite

¹² In tal senso le linee guida sul patrocinio a spese dello Stato nelle procedure concorsuali redatte dal Tribunale di Catania (ver. 4.0 agg. al 16/12/2020), disponibili sul sito ufficiale dell'ufficio (https://www.tribunalecatania.it/fallimentare_circolari_operative.aspx), dove peraltro è precisato che, intervenuta la revoca del gratuito patrocinio da parte del giudice delegato, le spese anticipate e prenotate a debito nella causa in cui la curatela era costituita iscritte nel foglio notizie del giudizio intrapreso non devono essere corrisposte, salvo non ricorra una delle ipotesi previste dall'art. 134 T.u.s.g. Il curatore deve peraltro trattare il credito erariale così maturato quale onere prededucibile nel riparto finale, comunicando il progetto al Ministero della Giustizia con esplicitazione delle ragioni che non ne consentano l'integrale o parziale soddisfazione.

¹³ Per il c.t.u. v., infatti, la sentenza della Corte Costituzionale n. 217 del 1/10/2017, che ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 131 T.u.s.g., nella parte in cui prevede che gli onorari e le indennità del c.t.u. sono prenotati a debito a domanda se non è possibile la ripetizione, anziché direttamente anticipati dall'Erario.

¹¹ Documento reperibile all'indirizzo <https://ispettorato.giustizia.it>.

deve rivolgere l'istanza di liquidazione del proprio compenso non al giudice delegato, ma al giudice procedente ai sensi dell'art. 82 T.u.s.g., il quale provvede con decreto ponendo l'onere del pagamento dell'onorario e delle spese a carico dell'Erario, che provvederà poi, in caso di sopravvenuta liquidità, al recupero secondo le modalità sopra illustrate.

Va al riguardo considerato che la liquidazione fatta dal giudice ai sensi del T.u.s.g. è soggetta, nell'ipotesi di patrocinio esercitato nelle cause civili, alla dimidiazione prevista dall'art. 130 T.u.s.g. Accade perciò di frequente, che il legale, all'esito della lite, avvertito dal curatore della sopravvenuta liquidità nella procedura concorsuale, preferisca attendere la revoca del beneficio e la conseguente determinazione del compenso da parte del giudice delegato. Lo stesso curatore, del resto, potrebbe caldeggiare una siffatta soluzione per accelerare i tempi di definizione della procedura concorsuale.

Ove si ritenga, come sostenuto nel precedente paragrafo, che lo Stato abbia in ogni caso diritto al recupero nei confronti della massa, non dovrebbero esservi particolari ragioni per negare una siffatto *modus procedendi*, posto che la soluzione di attingere la liquidità necessaria al pagamento del legale direttamente dai fondi della procedura ha solo il vantaggio di semplificare del complesso *iter* burocratico di anticipazione erariale e successiva rivalsa – foriero di un rallentamento dei tempi di definizione della procedura concorsuale – e non comporta alcun aggravio in termini di costi per i creditori concorsuali, se non quello derivante dalla mancata dimidiazione dell'onorario, che a sua volta pare previsione poco giustificabile a svantaggio del professionista richiedente una volta che la procedura disponga delle risorse sufficienti.

Viceversa, laddove si dovesse sostenere che la procedura, sopravvenuta la liquidità, non sia tenuta a sostenere i costi erariali se non nei casi di vittoria o di transazione che abbiano comportato, in diretta conseguenza della causa, l'acquisizione delle risorse a ciò destinate (così come previsto dall'art. 134 T.u.s.g.), le conclusioni non potranno che essere diametralmente opposte¹⁴.

Seguendo questo orientamento, si porrebbe, infatti, in modo evidente il rischio di far gravare sulla massa costi che, viceversa, sono destinati a restare definitivamente a carico dello Stato, ad esempio perché il giudizio è stato definito con soccombenza della curatela o si sia concluso con pronuncia di mero accertamento o costitutiva, ovvero nei casi in cui, pur essendo la lite vittoriosa non abbia consentito alcun recupero, essendo la liquidità sopravvenuta invece derivante da altri giudizi o da altre attività di realizzazione dell'attivo. Deve poi considerarsi, anche a voler sposare la prima delle tesi sopra esposte e condivisa nel presente scritto, che un limite alla liquidazione diretta del compenso del legale della curatela ammessa al gratuito patrocinio da parte del giudice delegato potrebbe trarsi in ogni caso quando la lite sia esitata vittoriosamente per

la procedura e la controparte soccombente sia stata condannata alla distrazione delle spese in favore dello Stato ai sensi dell'art. 133 T.u.s.g.

Il successivo art. 134, comma 1, T.u.s.g. prevede, infatti, in questa ipotesi, che lo Stato debba tentare anzitutto, secondo la regola del *beneficium excussionis*, il recupero nei confronti della parte non ammessa al beneficio potendo, dunque, esercitare la rivalsa nei confronti della parte vittoriosa ammessa al patrocinio (nella specie la curatela) solo in via sussidiaria ed in caso di azione infruttuosa¹⁵.

Assicurando al legale della procedura il pagamento diretto a carico della massa vi è, dunque, il concreto rischio che la procedura anticipi un costo che dovrebbe, invece, gravare almeno in via prioritaria sulla parte soccombente *in bonis*, con l'aggravante che, a fronte dell'esborso eseguito in favore del professionista, la curatela non disporrebbe neppure di un titolo per il recupero, posto che la pronuncia giudiziale, come si è visto, reca il capo sulla distrazione delle spese di lite in favore dello Stato *ex art. 133 T.u.s.g.*

4. Le spese di giustizia e gli altri oneri in prededuzione in caso di procedure di liquidazione giudiziale con attivo insufficiente

L'art. 146 T.u.s.g., come si è visto, ammette automaticamente ai benefici ivi previsti (anticipazione e prenotazione a debito) la procedura che sia priva del denaro necessario a sostenere i costi di giustizia.

È stato anche chiarito che il beneficio dell'anticipazione riguarda non solo le spese documentate previste dal comma secondo della citata norma, ma anche gli onorari e i compensi liquidati dal tribunale o dal giudice delegato, quando siano rispettivamente riferibili ad attività svolte dal curatore o, secondo l'interpretazione qui condivisa, dagli altri coadiutori qualificabili come ausiliari del curatore.

Le spese di procedura prenotate a debito ed anticipate dall'Erario devono essere recuperate appena sopravvengano disponibilità derivanti “dalla liquidazione dell'attivo” (art. 146, comma 4, T.u.s.g.) – espressione normativa che va estesa ovviamente anche dal recupero di crediti – con l'aggiunta che il giudice delegato ne assume una diretta responsabilità, in quanto egli assicura il “*tempestivo recupero*” (art. 146, comma 5, T.u.s.g.).

Ne deriva, come previsto dalle circolari di numerosi uffici, che, non appena sia realizzata liquidità, il curatore deve richiedere la quantificazione delle spese da rimborsare in cancelleria e l'emissione del mandato di pagamento, e ciò anche quando esse non possano essere interamente onorate, avendo un preciso obbligo in tal senso la cui violazione può determinare la revoca dell'incarico¹⁶.

14. È tuttavia opportuno osservare che, nel caso forse più frequente nella prassi, in cui sopravvenga liquidità a seguito di conclusione transattiva della lite in cui la curatela era ammessa al patrocinio a spese dello Stato, una volta disposta dal giudice delegato la revoca del beneficio, l'onere di pagamento degli importi iscritti nel foglio notizie grava senz'altro sulla massa, tenuta in solido con le altre parti a rimborsare l'Erario, così come previsto dall'art. 134 commi 2 e 3 T.u.s.g., e ciò sia nell'ipotesi in cui la transazione sia stata recepita nel processo verbale di causa ai sensi dell'art. 88 disp. att. c.p.c., sia nel caso in cui abbia avuto natura stragiudiziale ed abbia condotto all'estinzione del processo per rinuncia delle parti. Una volta eseguito il rimborso erariale la curatela provvederà a recuperare la quota delle spese che, in base agli accordi transattivi, deve gravare sulle altre parti, ferma restando la nullità dell'eventuale clausola che preveda l'accoglienza esclusiva delle stesse al soggetto ammesso al patrocinio (art. 134, comma 3, T.u.s.g.).

15. Per il funzionamento di questo meccanismo di recupero del credito erariale v. M. Vaccari, *Il patrocinio a spese dello Stato nei processi civili*, Milano, 2020, p. 126 ss., dove si precisa che, quando il recupero delle anticipazioni non sia stato possibile nei confronti del soccombente condannato alla rifusione diretta delle spese in favore dell'Erario ai sensi dell'art. 133 T.u.s.g., l'azione di rivalsa verso la parte vittoriosa presuppone la prova dell'infruttuosità dell'azione esecutiva già esperita.

16. Si legge, ad esempio, nella Circolare del Tribunale di Catania richiamata nella nota 10 che “non appena vi sia disponibilità di fondi a soddisfare il credito, dovrà procedersi al pagamento del foglio notizie del fallimento (art. 146, comma 4, D.P.R. n. 115/2002, 111 e 111 bis l.f.)” e che “prima di procedere a qualsiasi altro pagamento, il Curatore dovrà, quindi, curare la corresponsione delle spese di giustizia, prenotate a debito e anticipate, annotate nel foglio notizie del fallimento e nei fogli notizie delle cause e dei

Il rimborso delle spese di giustizia, anche se non integrale e nei limiti della liquidità disponibile, precede dunque ogni ripartizione dell'attivo e l'esecuzione di ogni altro pagamento, in deroga al disposto dell'art. 222, comma 4, CCII, a mente del quale, se l'attivo è insufficiente, la distribuzione deve avvenire secondo criteri della graduazione e proporzionalità conformemente all'ordine assegnato dalla legge.

A ben vedere tuttavia tale deroga è limitata all'esecuzione del pagamento fuori riparto, ma non al rispetto dell'ordine delle preazioni, atteso che le spese di procedura assumono, fra i crediti in prededuzione, un rango sempre prioritario alla luce degli artt. 2755, 2770 e 2777 c.c.

Deve ora darsi conto della possibilità che l'attivo realizzato consenta il recupero delle spese prenotate a debito e di eventuali anticipazioni già eseguite dall'Erario ai sensi dell'art. 146, comma 3, T.u.s.g., ma non sia sufficiente per la soddisfazione integrale degli altri crediti prededucibili maturati, inclusi quelli dei soggetti, come il curatore, che abbiano operato quali ausiliari. Vi è da chiedersi, cioè, se in questi casi, sia ancora possibile l'anticipazione erariale per la parte del compenso rimasta insoddisfatta.

Del tema si è occupata la recente pronuncia della Corte di Cassazione n. 27442 del 27 settembre 2023, secondo cui la menzionata regola dell'art. 146 T.u.s.g., nel consentire l'anticipazione degli oneri degli ausiliari del magistrato, ancorché dettata per il caso tipico del fallimento privo di attivo, si estende per identità di *ratio* al caso in cui la procedura, pur non totalmente incapiente, disponga di un attivo insufficiente¹⁷. Ciò posto, si pone allora la delicata problematica del coordinamento fra le regole sulla distribuzione dell'attivo disponibile, ma insufficiente, fra i creditori in prededuzione con il perdurante diritto all'anticipazione erariale di cui possono beneficiare alcuni di essi.

Il curatore, a fronte della previsione di insufficienza, della quale avrà contezza una volta ottenuta la determinazione di tutti i compensi e le spese maturati in prededuzione, deve procedere anzitutto all'applicazione del disposto dell'art. 222, comma 4, CCII, provvedendo alla ripartizione delle somme disponibili secondo criteri di gradualità e proporzionalità.

Dopo l'esecuzione del riparto egli stesso e gli ausiliari ammessi al beneficio dell'anticipazione potranno ottenere dall'Erario il riconoscimento della sola differenza rimasta insoddisfatta¹⁸.

procedimenti in cui è parte o è stata parte la curatela ex art. 144 del D.P.R. n. 115/2002, in quest'ultimo caso nei limiti degli artt. 134 e 135 (per come meglio si dirà nel prosieguo): ogni istanza di pagamento dovrà recare specificazione in ordine all'avvenuto pagamento di tali spese".

17. La pronuncia richiamata ha revocato il decreto del giudice delegato che aveva ridotto il compenso del curatore nei limiti dell'attivo disponibile escludendo la possibilità di porre l'eccedenza a carico dell'Erario, affermando che "la regola per cui se tra i beni compresi nel fallimento non vi è denaro per gli atti richiesti dalla legge le spese ed onorari del curatore sono anticipati dall'erario, dettata per il caso tipico del fallimento privo di attivo, si estende per identità di *ratio* anche al caso di fallimento con attivo insufficiente". Lo stesso principio deve valere, evidentemente, anche per i coadiutori del curatore per la cui opera è consentito, secondo quanto evidenziato nel presente scritto, il beneficio dell'anticipazione erariale.

18. È poi questione dibattuta quella della graduazione da attribuire, fra le prededuzioni, al compenso del curatore, atteso che secondo alcuni esso è da ritenersi parificabile a quello degli altri professionisti incaricati dalla procedura, ex art. 2751 *bis*, n. 2, c.c., secondo altri, invece, è da considerare spesa di giustizia e dunque soggetta a soddisfazione poizore secondo la regola dell'art. 2755 e 2770 c.c. (così Trib. Milano, 9 gennaio 2014, *Il caso.it*, secondo cui il compenso del curatore va pagato al di fuori del riparto e prima di esso, in quanto si tratta di costo necessario della procedura, senza il quale essa non potrebbe aver corso).

Costituisce, per contro, un erroneo *modus procedendi*, fonte di responsabilità erariale, quello di escludere *ex ante* dal riparto delle somme disponibili il compenso del curatore e quello degli altri professionisti che possono accedere al beneficio di cui all'art. 146, comma 3, T.u.s.g., al fine di consentire una maggiore soddisfazione degli altri crediti in prededuzione, posto che così operando si finirebbe col far gravare sulla finanza pubblica una somma che invece avrebbe dovuto essere pagata con la liquidità acquisita alla massa.

Alla luce delle superiori considerazioni il curatore deve dunque essere prudenzialmente avvertito, in ogni momento utile (ad esempio quando sia presentato il programma di liquidazione, ovvero chiesta la nomina di professionisti o la liquidazione dei compensi agli stessi spettanti), che le spese di procedura vanno immediatamente recuperate non appena vi sia liquidità e che le somme realizzate vanno accantonate nella misura presumibilmente necessaria al pagamento del proprio compenso, quand'anche suscettibile di anticipazione a carico dell'Erario, non potendo diversamente egli corrispondere ad altri professionisti incaricati alcuna somma neppure a titolo di mero acconto.

Viene da sé che la possibilità di dar corso ad un riparto parziale in favore dei prededucibili, in presenza di liquidità limitata, si complica ulteriormente quando vi siano giudizi pendenti in cui la procedura è ammessa al patrocinio a spese dello Stato, dovendo in tal caso essere sempre preservata una disponibilità di cassa idonea a favorire il recupero erariale alle condizioni illustrate nel precedente paragrafo.

5. Lo speciale caso della procedura di liquidazione controllata priva di liquidità

Sia consentita una breve digressione sul punto, tenuto conto della delicatezza della materia, che ad oggi pone interrogativi irrisolti. Si è già ricordato che la disciplina del T.u.s.g., nel regolare la materia delle spese di giustizia in caso di mancanza di liquidità, utilizza ancora la dizione "procedura fallimentare", lemma che deve intendersi, giusta previsione dell'art. 349 CCII, sostituito da "procedura di liquidazione giudiziale".

Già la L. n. 3/2012 aveva tuttavia esteso il campo delle procedure di insolvenza agli imprenditori minori, ai professionisti e consumatori sovraindebitati, introducendo l'istituto della liquidazione del patrimonio, oggi sostituito dalla liquidazione controllata.

Né la legge 3 citata, né il Codice della Crisi, hanno tuttavia aggiornato il T.u.s.g., sicché alle speciali regole di accesso al beneficio del patrocinio a spese dello Stato restano estranee le suindicate procedure di sovraindebitamento.

E tuttavia anche la liquidazione controllata prevede costi iniziali (ad esempio il contributo unificato o l'imposta di registro) che potrebbero non essere sostenibili con le risorse disponibili al momento dell'apertura, così come prevede la presenza di un organo necessario allo svolgimento della fase esecutiva, il liquidatore giudiziale, il cui compenso va pagato dopo l'approvazione del rendiconto finale della gestione (art. 275, comma 4, CCII).

Inoltre il liquidatore, su autorizzazione del giudice delegato, è legittimato a proporre e a proseguire, se già pendente, ogni azione finalizzata conseguire la disponibilità dei beni compresi nel patrimonio del debitore e ogni azione diretta al recupero crediti, nonché ogni azione diretta a far dichiarare inefficaci gli atti compiuti dal debitore in pregiudizio dei creditori secondo le norme del codice civile, sicché analogamente, in mancanza di denaro necessario a sostenere i costi della lite, si pone il problema dell'estensione applicativa dell'art. 144 T.u.s.g.

Ad oggi i rischi dell'impossibilità di funzionamento di una procedura di liquidazione a carico del sovraindebitato sono stati in parte attenuati dall'orientamento giurisprudenziale che, in caso di iniziativa del debitore persona fisica, ha posto, quale condizione di accesso alla procedura, la disponibilità di risorse sufficienti a consentire almeno il pagamento degli oneri in prededuzione e la destinazione di un'eccedenza ai creditori concorsuali¹⁹.

La questione del reperimento delle risorse economiche necessarie a coprire i costi di procedura si porrà però, in modo ancor più pressante, dopo l'entrata in vigore del Codice della Crisi, atteso che la liquidazione controllata può essere ora aperta anche su domanda del creditore, il cui accoglimento non impone la verifica preventiva dell'esistenza di risorse quantomeno necessarie a coprire i costi di procedura, salvo che il procedimento non riguardi un debitore persona fisica e quest'ultimo, costituendosi in giudizio, faccia attestare all'OCC la totale assenza di attivo da destinare ai creditori.

Non mancano pronunce giurisprudenziali che, avvedutesi delle difficoltà operative sopra evidenziate, hanno esteso in via erme-

neutica l'ambito applicativo dell'art. 146 T.u.s.g. alla materia della liquidazione del patrimonio ed oggi a quella della liquidazione controllata²⁰.

Sebbene sia apprezzabile tale sforzo interpretativo, deve però convenirsi con quanti hanno ravvisato, in accordo con numerose pronunce della Corte Costituzionale (fra cui la 174/2006 già richiamata), la natura eccezionale delle norme che consentono l'accesso privilegiato al gratuito patrocinio per le procedure di fallimento ed ora di liquidazione giudiziale.

In coerenza con tale assunto il Tribunale di Verona ha di recente ritenuto di dover sollevare questione di legittimità costituzionale dell'art. 144 T.u.s.g. nella parte in cui non prevede che, anche nei processi in cui è parte una procedura di liquidazione controllata, se il decreto del giudice delegato attesta che non è disponibile il denaro per le spese, la procedura si considera ammessa al patrocinio a spese dello Stato, nonché dell'art. 146 T.u.s.g., nella parte in cui non prevede la sua applicabilità alla procedura di liquidazione controllata, dalla sentenza di apertura alla chiusura, ravvisando la violazione degli artt. 3 e 24 Cost.²¹.

19. Es. Trib. Palermo, 30 settembre 2022, e più di recente Trib. Bergamo, 7 giugno 2023, entrambi su *Dirittodellacrisi.it*. L'ultima delle pronunce citate ha escluso l'accesso alla procedura al debitore privo di ogni bene mobile o immobile così come di redditi, pur quando abbia offerto ai creditori finanza esterna. La ragione di questo orientamento è individuata nella necessità che il sovraindebitato persona fisica incapiente ottenga, se meritevole, il beneficio dell'esdebitazione ricorrendo alla specifica procedura a ciò deputata.

20. Ad es. Trib. Salerno, 2 dicembre 2022, in *Il caso.it*; Trib. Roma, 1 dicembre 2022, in *Tribunale.roma.it*.

21. Si tratta dell'ordinanza di Trib. Verona, 28 novembre 2023, reperibile in *Dirittodellacrisi.it*, alla cui ampia motivazione si rimanda, potendo qui richiamarsi il passaggio nel quale opportunamente il giudice remittente evidenzia come il diritto del liquidatore di azione e difesa è pregiudicato dall'assenza di disposizioni che consentano alla procedura di beneficiare dell'ammissione al patrocinio a spese dello Stato, con l'aggiunta che il pregiudizio è tanto più evidente ove si consideri che la tutela giurisdizionale rappresenta per la procedura uno strumento necessario per realizzare il suo scopo.

Brevi note sulla domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi ex art. 40, comma 10, CCII presentata dopo la “prima udienza” rinviata per bonario componimento

CHIARA BRIGUGLIO Dottoranda in Diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Roma “La Sapienza”
25 Gennaio 2024

Il commento è stato sottoposto in forma anonima alla valutazione di un referee.

Il contributo si propone di analizzare le dinamiche processuali sottese al procedimento unitario a partire da una decisione del Tribunale di Salerno del 29 ottobre 2023, in cui si è statuito che il termine decadenziale per proporre istanza di regolazione della crisi *ex latere debitoris*, previsto all'art. 40, comma 10, CCII, non spira quando la prima udienza è stata rinviata per bonario componimento della lite. L'A., in particolare, incentra l'attenzione sull'attuale formulazione dell'art. 40, comma 10, CCII (introdotto dal D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83) per comprendere se questa possa dirsi pienamente compatibile con l'obiettivo della “trattazione prioritaria” delle domande diverse dalla liquidazione giudiziale (art. 7, comma 2, CCII) e, più in generale, con il canone della effettività della tutela giurisdizionale.

Trib. Salerno, 29 ottobre 2023, Pres. Est. Jachia

DOMANDA DI ACCESSO A STRUMENTO DI REGOLAZIONE DELLA CRISI E DELL'INSOLVENZA – Termine decadenziale in pendenza di procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale – Compimento alla prima udienza anche in caso di rinvio per bonario componimento – Insussistenza.

Il termine decadenziale dalla facoltà di formulare istanza di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi *ex latere debitoris*, contemplato dall'art. 40, comma 10, CCII, non spira quando non vi è effettiva apertura della prima udienza avendo entrambe le parti preventivamente depositato istanza di rinvio per bonario componimento.



TRIBUNALE DI SALERNO

C.F.: (OMISSIS)
rappr. e dif. da avv. COSIMO PIO DI BENDETTO

DEBITORE

ESPONENDO LE SEGUENTI

RAGIONI DELLA DECISIONE

IN COMPOSIZIONE COLLEGIALE NELLE PERSONE DEI MAGISTRATI:

Dottor Giorgio Jachia	Presidente Est.
Dottorressa Francesca Sicilia	Giudice
Dottorressa Enza Faracchio	Giudice

PRONUNCIA LA SEGUENTE:

ORDINANZA DI CONCESSIONE DEL TERMINE PER INTEGRARE LA DOCUMENTAZIONE

IN RELAZIONE ALLA CONCESSIONE DEL TERMINE EX ART. 44 CCII
RICHIESTO DA
(OMISSIS)

1. INTEGRAZIONE DOCUMENTALE

1.1

Il ricorso proposto ai sensi degli artt. 40 e 44 CCII in data 24 ottobre 2023 nel procedimento unitario n. 75 sub. 2 dal debitore per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza con richiesta di concessione di un termine per il deposito della proposta, del piano e degli accordi non può essere allo stato accolto risultando indispensabile acquisire ulteriore documentazione.

Infatti ai sensi degli artt. 40 e 44 CCII l'atto introduttivo del ri-

corso di accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza con richiesta di concessione di un termine per il deposito della proposta, del piano e degli accordi deve essere depositato unitamente alla documentazione prevista dal comma 3 dell'art. 39 CCII e quindi unitamente (quantomeno) ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi, all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione, oltre che con l'indicazione del loro domicilio digitale, se ne sono muniti.

Nel caso di pendenza di ricorsi per liquidazione giudiziale, come questo, occorre anche (ai sensi del c. 10 dell'art. 40 CCCII) il rispetto degli obblighi di cui all'art. 39 CCCII.

2. DI QUESTO PROCEDIMENTO UNITARIO

2.1

Va premesso che il ricorso è stato depositato, come già detto, nel subprocedimento sub. 2 perchè nel subprocedimento sub. 1 sono pendenti i ricorsi riuniti formulati da tre creditori ((OMISSIS)) richiedenti l'apertura della liquidazione giudiziale a carico della debitrice.

2.2

Va subito poi osservato che il debitore non allega al ricorso iscritto nel procedimento sub.2 alcun documento.

2.3

Va poi rammentato che nel procedimento sub. 1 si è già tenuta la c.d. prima udienza in data 20 giugno 2023 in forma scritta nel corso della quale si è accolta la richiesta di rinvio per bonario componimento formulata dalla società debitrice.

2.4

Va poi fin da adesso segnalato che i creditori, sebbene onerato nel decreto di fissazione, non hanno notificato l'invito per l'udienza del 20 giugno 2023 al socio accomandatario.

2.5

Per completezza va precisato che la società debitrice si è costituita nel fascicolo sub. 1 depositando i tre ultimi bilanci.

2.6

Come già rammentato il collegio esaminato il ricorso depositato nel sub. 2 a ridosso della c.d. seconda udienza del sub. 1 ha rappresentato alle parti con l'ordinanza del 24.10.23 che appunto si era già tenuta la prima udienza nel corso della quale era stata formulata ed accolta l'istanza di rinvio e che quindi era già decorso il termine di cui all'articolo 40 c.10 CCII per presentare istanze del debitore di accesso alle procedure preventive.

In tale provvedimento il Tribunale vista l'istanza ex art. 44 CCII, ritenuto necessario sentire le parti prima di provvedere, fissava l'udienza del 25.10.23 contestuale a quella già fissata nella procedura per la liquidazione giudiziale avanti al G.D. autorizzando il deposito di memorie scritte.

2.7

Va ora ricordato che nel corso dell'udienza del 25 ottobre 2023 il difensore del debitore eccepiva la nullità della prima udienza del ricorso proposto dai creditori per mancata notifica al socio accomandatario e quindi l'infondatezza del rilievo reso di ufficio sulla non tempestività del ricorso proposto dal debitore; concludeva pertanto chiedendo di accogliere la propria istanza ex art. 40 e 44 CCII.

Per contro il difensore di uno dei creditori prendeva atto del rilievo della resistente debitrice in ordine alla mancata notifica del ricorso al socio accomandatario ma rappresentava che se era vero che non era stata fatta la notifica al socio accomandatario era vero anche che il ricorso era fondato e che si sarebbe dovuto procedere subito alla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale solo per la società e rinviare a breve per quella inerente il socio accomandatario.

Il difensore di uno dei creditori osservava inoltre che nei confronti della società la prima udienza si è già regolarmente tenuta.

2.8

Tanto intervenuto Il Giudice Delegato concedeva termine fino al 27 ottobre 2023 per note a tutte le parti e trasmetteva al collegio tanto per valutare se sia celebrata la prima udienza nel procedimento sub. 1 quanto per esaminare il ricorso del debitore sub. 2.

3. DELLA C.D. PRIMA UDIENZA

3.1

In questo caso l'udienza inerente la società convenuta si è con ogni evidenza arrestata in limine perché il creditore ricorrente il 16 giugno 2023 ha depositato poche righe nelle quali ha scritto In ottemperanza alla richiesta di svolgimento dell'udienza in modalità cartolare, disposta dal Giudice, con le predette note di trattazione scritta, redatte nel rispetto dei criteri di chiarezza, sinteticità e non ridondanza, nell'interesse della sua assistita NON SI OPPONE alla richiesta di rinvio al fine di consentire la definizione bonaria del presente procedimento, qualora ne sussistano le condizioni.

3.2

Come noto tutto il procedimento unitario si regge sul principio di buona fede sicchè appare del tutto incongruo ritenere che si sia concretizzata la decadenza dalla facoltà di proporre gli strumenti alternativi a seguito di una richiesta congiunta di rinvio dell'udienza per l'apertura della liquidazione giudiziale. Peraltro in questo caso essendo udienza cartolare il giudice delegato ha soltanto raccolto la volontà congiunta delle parti e disposto un rinvio.

3.3

In dottrina la tematica è esposta incisivamente laddove si chiede di definire *quale sia il segmento processuale della c.d. "prima udienza"* e se si tratti della prima comparizione fisica o telematica delle parti innanzi al giudice *designato all'istruttoria*

ed alla trattazione del procedimento unitario per l'apertura della liquidazione giudiziale, se si debba tener conto anche di udienze di mero rinvio o di non effettiva trattazione ovvero di un rinvio fuori udienza in cui lo spazio ed il segmento processuale non si sia affatto tenuto.

In giurisprudenza (cfr., Tribunale di Messina, decreto 2 dicembre 2022, in Diritto della Crisi) si è precisato che il termine decadenziale contemplato dall'art. 40, comma 10, CCII ai fini dell'eventuale proposizione di una richiesta di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi ex latere debitoris coincide con la prima udienza di reale trattazione del procedimento, non già con quella in origine fissata e successivamente non celebrata. Questo caso è differente dal presente perché qui **la prima udienza si è celebrata telematicamente, ma solo in limine e quindi senza reale trattazione, anzi con l'accordo di non svolgere una reale trattazione.**

In realtà a ben vedere emerge che le parti avevano implicitamente stipulato un accordo di rinvio con **salvaguardia dei diritti di prima udienza** depositando due note scritte concordate. Certo la riserva dei diritti di prima udienza non vi è ma l'interpretazione proposta dal ricorrente potrebbe determinare una limitazione alla facoltà di tutela dei diritti, precludendo al debitore l'accesso ad uno strumento di risoluzione della crisi o insolvenza alternativo alla liquidazione giudiziale, sol per l'adesione ad un accordo processuale di rinvio.

4. DELLA MANCATA CITAZIONE DEL SOCIO ACCOMANDATARIO

4.1

Pertanto emerge che il creditore che oggi chiede di dichiarare la decadenza del debitore ha ommesso di notificare il ricorso al socio accomandatario ben descritto come tale nel decreto di fissazione dell'udienza nel Procedimento Unitario.

Tanto, se è vero che non vi è litisconsorzio necessario tra società e socio illimitatamente responsabile, concreta tuttavia ulteriore indizio per ritenere che l'udienza si sia svolta in limine, senza neppure costituire le parti.

5. DELL'INTEGRAZIONE DOCUMENTALE E DEI DOCUMENTI IN ATTI

5.1 IN BILICO TRA 7 C.2 E 44 C. 2

Attenta lettura in via di consolidamento del principio di trattazione prioritaria della domanda del debitore diretta a regolare la crisi porta ad affermare che le tre eccezioni fissate dal secondo comma dell'art. 7 non si applichino alla prima fase del ricorso ex art. 40 e 44 CCII, al ricorso con riserva di deposito. Tuttavia tale lettura va integrata alla luce del primo e secondo comma dell'art. 44 laddove al primo comma indica al giudice la possibilità di concedere un termine tra trenta e sessanta giorni, il che disciplina una discrezionalità tecnica senza neppure fare riferimento ai giustificati motivi indicati alla lettera solo per l'eventuale proroga. Soprattutto va integrata con la disamina del potere di revoca del termine quando emergono concodotte

del debitore tali da pregiudicare una soluzione efficace della crisi.

Queste precisazioni sono qui formulate per comprendere quale sia l'attuale fattispecie, dapprima segnalando quali documenti non siano stati depositati e poi evincendo dati da quelli depositati.

5.2 MANCATO DEPOSITO DELL'ELENCO NOMINATIVO DEI CREDITORI

Come si rappresenta in dottrina l'elenco nominativo dei creditori va depositato perché il Tribunale deve disporre di una situazione aggiornata dei debiti dell'imprenditore, sovente non chiaramente evincibili nei bilanci, che per lo più riportano il dato in maniera aggregata e comunque non attuale rispetto al deposito del ricorso.

5.3 DEL MANCATO DEPOSITO DEGLI ALTRI DOCUMENTI DI CUI ALL'ARTICOLO 39

A bene vedere, dando per depositati i tre bilanci perché presenti nel fascicolo sub. 1, non manca soltanto l'elenco nominativo dei creditori

Infatti l'art. 40 c. 10 precisa che in caso di pendenza, come in questa fattispecie, di ricorsi dei creditori si chiede il rispetto degli obblighi di cui all'articolo 39 CCII.

Quindi, quando l'istanza di concessione di un termine per proporre uno strumento alternativo concreta una domanda riconvenzionale del debitore convenuto a seguito di un Procedimento Unitario aperto su iniziativa dei creditori il debitore non può limitarsi a depositare i tre ultimi bilanci e l'elenco nominativo dei crediti; deve anche depositare tutti i documenti richiesti dall'art. 39 C. 1 CCII ed in particolare: 1) una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata; 2) uno stato particolareggiato ed estimativo delle sue attività; 3) un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi; 4) una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione.

5.4 DOCUMENTI IN ATTI

Il resistente, come già detto, ha depositato il bilancio al 31.12.22 attestante una perdita di € 4.360.106,75 ma non ha depositato la relazione sulla situazione economica patrimoniale e finanziaria aggiornata chiesta dal tribunale nel decreto di convocazione per l'udienza del 20 giugno 2023.

Inoltre nelle memorie in atti non ha spiegato le ragioni per le quali le obbligazioni dei ricorrenti non inadempite.

Soprattutto il resistente non ha spiegato le ragioni dell'istituzione di ben 5 procedimenti per esecuzione mobiliare e per le quali i ricavi si sono quasi azzerati dal 2021 al 2022.

Tali elementi dovrebbero emergere dalle relazioni del debitore che dovrebbero descrivere con attenzione gli elementi attivi e le ragioni per le quali è possibile proporre ai creditori una soluzione concordata della crisi.

5.5 INTEGRAZIONE SECONDO BUONA FEDE

In estrema sintesi il Tribunale rammenta alle parti che anche nel corso della fase dell'integrazione documentale per l'ammissione allo strumento di regolazione con riserva del deposito della proposta e del piano e nella successiva eventuale fase

dell'apertura con riserva dello strumento di regolazione le parti devono ai sensi dell'art. 4 C. 1 CCII comportarsi secondo buona fede.

In particolare ai sensi dell'art. 4. C. 2 CCII il debitore ha precisi obblighi che, in una situazione nella quale emergono carenze documentali tanto nel procedimento unitario aperto dai creditori, vanno rimarcati.

5.6 TERMINE PER INTEGRARE E PER CITARE SOCIO ACCOMANDATARIO

Il tribunale ritiene quindi necessario concedere un termine, ai sensi dell'art. 47 c. 4, per integrare l'apparato documentale a corredo del ricorso del debitore e per citare il socio accomandatario nonché per sentire le parti prima di provvedere.

PQM

- (1). Dispone la trattazione unitaria dei ricorsi;
- (2). Dispone di costituire come parti nel subprocedimento sub. 2 anche dei creditori ricorrenti nel sub. 1 inserendo

a cura della cancelleria copia dei loro ricorsi senza documenti, in quanto il procedimento è unitario;

- (3). fissa il termine del 12.11.23 per il deposito nel fascicolo n. 75 sub. 2 dei documenti da parte del debitore;
- (4). fissa il termine del 12.11.23 per il deposito nel fascicolo n. 75 sub. 2 dei documenti da parte dei creditori;
- (5). Autorizza tutte le parti al deposito di memorie scritte fino al 15.11.23;
- (6). Fissa l'udienza del 15.11.23;
- (7). Prende atto che il Presidente del Collegio ed il G.D. con separato provvedimento dispongono l'abbreviazione dei termini e la citazione del socio accomandatario;
- (8). Dispone trasmettersi copia al debitore, ai creditori ricorrenti ed al P.M.

COSÌ DECISO IN SALERNO IL 29/10/2023

Il Presidente Estensore
Giorgio Jachia

Sommario

1. La decisione del Tribunale di Salerno e le questioni sollevate
2. La prima udienza e il rinvio per bonario componimento della lite
3. Il termine di decadenza ex art. 40, comma 10, CCII
4. La "pregiudizialità di sistema" tra le procedure nel procedimento unitario
5. Conclusioni

1. La decisione del Tribunale di Salerno e le questioni sollevate

Con provvedimento del 29 ottobre 2023 che qui si annota, il Tribunale di Salerno ha disposto trattazione unitaria dei procedimenti sub. 1 e sub. 2, ordinando che venissero riuniti, conformemente a quanto statuito dall'art. 7, comma 1, CCII.

Si trattava, in particolare, di un primo procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale richiesto dai creditori, cui ha fatto seguito il ricorso di accesso agli strumenti di regolazione della crisi, presentato dal debitore ex artt. 40 e 44 CCII, in data 24 ottobre 2023.

Occorre segnalare che nel procedimento sub. 1 si era già tenuta la prima udienza (20 giugno 2023), "in forma scritta nel corso della quale si è accolta la richiesta di rinvio per bonario componimento formulata dalla società debitrice".

Il collegio, esaminando gli atti e la documentazione relativi al proc. sub. 2, rappresentava alle parti, con ordinanza del 24 ottobre 2023, che era ormai decorso il termine di decadenza previsto all'art. 40, comma 10, CCII per la proposizione di istanze di accesso a strumenti di regolazione della crisi alternativi alla liquidazione giudiziale (quest'ultima già pendente).

Veniva, così, fissata l'udienza del 25 ottobre 2023, "contestuale a quella già fissata nella procedura di liquidazione giudiziale davanti

al G.D. autorizzando il deposito di memorie scritte". All'esito dell'udienza e delle successive note scritte depositate, il ragionamento seguito dal collegio si incentra – *inter alia* – sulla questione della definizione e conseguente individuazione del momento (o "segmento processuale", per riprendere il testo della sentenza in commento) in cui venga *effettivamente* celebrata la cd. "prima udienza". E ciò al fine di stabilire l'eventuale decorso del termine del già citato art. 40, comma 10, CCII. Richiamando un recente orientamento della giurisprudenza di merito (Trib. Messina, 2 dicembre 2022, Pres. Minutoli, Est. Bisignano), si è privilegiato un indirizzo maggiormente flessibile, volto a scoraggiare un'interpretazione (fin troppo) restrittiva del termine di decadenza fissato dall'art. 40, comma 10, CCII, almeno ogniqualvolta "la prima udienza si è celebrata telematicamente, ma solo *in limine* e quindi senza reale trattazione, anzi con l'accordo di non svolgere una reale trattazione".

Alla luce delle precedenti osservazioni e in ossequio al principio di buona fede su cui si regge tutto il procedimento unitario, il Tribunale di Salerno ha salvaguardato il diritto del debitore di ottenere la regolazione concorsuale dei crediti con una modalità diversa da quella offerta dalla liquidazione giudiziale, disponendo, in definitiva, la riunione di entrambi i ricorsi (quello dei creditori e quello del debitore) all'interno di un unico procedimento.

2. La prima udienza e il rinvio per bonario componimento della lite

Come anticipato nel paragrafo precedente, la decisione del Tribunale di Salerno merita attenzione nella parte in cui ha posto l'interrogativo relativo al momento in cui può dirsi consumato il diritto del debitore di formulare domanda di accesso agli strumenti di regolazione della crisi, ogniquale sia stata già richiesta, ad opera dei soggetti indicati dall'art. 37 CCII, l'apertura della liquidazione giudiziale.

Il limite temporale previsto dall'art. 40, comma 10, CCII (introdotto dal D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83) è quello della prima udienza¹, dopo la quale "la domanda non può essere proposta autonomamente sino alla conclusione² del procedimento per la apertura della liquidazione giudiziale".

Ebbene, nel caso di specie, la cd. prima udienza del proc. sub. 1, prevista in modalità cartolare, si era arrestata *in limine* poiché entrambe le parti, in data 16 giugno 2023, avevano depositato delle note di trattazione scritte concordate, in cui manifestavano la volontà di non opporsi alla richiesta di rinvio "al fine di consentire la definizione bonaria del ... procedimento, qualora ne sussistano le condizioni".

Secondo il collegio, a far venir meno il carattere di prima udienza *tout court* non sarebbe, di certo, la modalità telematica (che, infatti, sostituisce *in toto* e appieno l'udienza in presenza), quanto piuttosto la (non) attività in essa svolta. Si è trattato, infatti, di un momento processuale in cui le parti hanno – *sic et simpliciter* – reso edotto l'organo giudiziario della comune volontà di rinviare la trattazione. Non vi è stato, dunque, un vero e proprio contatto tra le parti e il giudice avente ad oggetto la pretesa alla regolazione del credito secondo con le garanzie offerte dalla liquidazione giudiziale, ma il deposito di note scritte concordate, che hanno indotto il Tribunale a parlare di "accordo di rinvio con salvaguardia dei diritti di prima udienza". Entro questi termini, il ragionamento valorizzato dal collegio merita adesione, dal momento che un mero passaggio interlocutorio in attesa della definizione bonaria e stragiudiziale della lite (poi mai raggiunta) non può propriamente esaurire il contraddittorio che normalmente caratterizza la prima udienza di trattazione.

Pare difficile, del resto, immaginare che un'udienza di mero rinvio, priva di qualsivoglia attività difensiva e priva di contraddittorio, sostituisca una di trattazione e – *ad abundantiam* – faccia

maturare delle preclusioni processuali previste dal legislatore "a pena di decadenza". Si potrebbe obiettare che il riferimento al precedente conforme del Tribunale di Messina, sopra già richiamata, riguarda il caso – non del tutto analogo – di un'udienza che *effettivamente* non ha avuto luogo perché *in nuce* mai celebrata³. Ciò che qui, però, si ritiene dirimente è l'intento delle parti (creditori da un lato e debitore dall'altro) di accordarsi bonariamente sul contenuto di quella che sarebbe stata la domanda di apertura di liquidazione giudiziale.

È da questa iniziale intenzione che si potrebbe rintracciare la volontà di non accedere – almeno in prima battuta – alla procedura concorsuale liquidatoria per eccellenza. Tanto i creditori quanto il debitore, infatti, optando per un rinvio al fine di raggiungere un accordo stragiudiziale, perseguono (paradossalmente!) proprio quell'obiettivo che l'art. 40, comma 10, CCII intende paralizzare: la composizione negoziale della crisi/insolvenza. Se ciò non vale ad integrare una rinuncia nel merito della domanda di cui all'art. 37 CCII, induce – quantomeno – ad interpretare con molta flessibilità il decorso del termine di cui all'art. 40, comma 10, CCII, specialmente se si considera che non manca chi sostiene la più flessibile tesi per cui "le preclusioni dovrebbero essere riferite all'esaurimento della complessiva 'fase' e non della singola udienza, ammettendo così che la trattazione possa liberalmente diluirsi in più udienze"⁴.

3. Il termine di decadenza ex art. 40, comma 10, CCII

Conviene, ora, volgere l'attenzione alla parte del provvedimento in epigrafe in cui il collegio afferma che l'interpretazione restrittiva dell'art. 40, comma 10, CCII, proposta dal ricorrente, "potrebbe determinare una limitazione alla facoltà di tutela dei diritti, precludendo al debitore l'accesso ad uno strumento di risoluzione della crisi o l'insolvenza alternativo alla liquidazione giudiziale".

Tale osservazione offre lo spunto per interrogarsi sui caratteri generali del termine di decadenza previsto dalla disposizione citata, introdotto dal D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83, di recepimento, all'interno del Codice della crisi, della Direttiva *Insolvency* (Dir. (UE) 1023/2019). L'art. 40, comma 10, CCII regola lo scenario verificatosi nel caso che ci occupa: in pendenza del giudizio per l'apertura della liquidazione giudiziale, ritualmente instaurato da uno dei soggetti indicati all'art. 37 CCII, il debitore propone istanza di accesso agli strumenti di regolazione pattizia della crisi/insolvenza. Tale domanda può, alternativamente, confluire nel

1. Come precisa l'art. 40, comma 10, CCII, il termine di decadenza non si applica se la domanda di accesso allo strumento di regolazione diverso dalla liquidazione giudiziale è proposta all'esito della composizione negoziata, "entro sessanta giorni dalla comunicazione di cui all'articolo 17, comma 8". Secondo R. D'Alonzo - F. De Santis, *Il cd. procedimento unitario per l'accesso agli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza*, in *Studi sull'avvio del Codice della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 4 ottobre 2022, p. 50 ss., spec. 53, nota 13, quest'ultimo referente temporale – poco chiaramente tratteggiato nel dettato normativo – deve individuarsi nel periodo antecedente a che siano "decorsi i sessanta giorni dalla comunicazione dell'esperto alla camera di commercio ai fini dell'archiviazione della domanda di composizione negoziata".

2. Per G. Rana, *Le regole del procedimento unitario della crisi d'impresa dopo il D.Lg. n. 83/2022*, in *Il Fall.*, 2023, p. 158, il riferimento alla "conclusione del procedimento" imporrebbe di "attendere che vi sia una decisione reiettiva ma irrevocabile, della domanda liquidatoria e solo allora si possa proporre, finalmente, la domanda di ristrutturazione". Nello stesso senso si orientano, I. Pagni, *La trattazione unitaria dell'alternativa tra la liquidazione giudiziale e gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza nell'art. 7 CCII*, in *Dirittodellacrisi.it*, 16 ottobre 2023; R. Tiscini, *Procedimento unitario e coordinamento tra strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza e liquidazione giudiziale*, in *Il Processo*, 2022, p. 785 ss.

3. Per una maggiore chiarezza, non pare irrilevante riportare la massima della sentenza del Tribunale di Messina, 2 dicembre 2022, in *Dirittodellacrisi.it*, secondo cui "In tema di procedimento unitario, qualora consti una domanda di apertura della liquidazione giudiziale, il termine decadenziale contemplato dall'art. 40, comma 10, CCII ai fini dell'eventuale proposizione di una richiesta di accesso ad uno strumento di regolazione della crisi ex latere debitoris coincide con la prima udienza di reale trattazione del procedimento, non già con quella in origine fissata e successivamente non celebrata".

4. Così A. Scarpa, *Ruolo del giudice e poteri delle parti nell'udienza di trattazione*, in *Corriere del merito*, 2011, p. 902 ss. Nel contributo citato l'A. propende per una lettura estensiva del concetto di preclusione (ancorché non ancora maturata), atteso che "ben può l'accordo tra le parti o la rinuncia di una di esse a facoltà processuale consentire di disporre dello schema delineato dal legislatore". Tra gli accordi di rilevanza processuale, l'A. annovera (anche) quelli volti ad ottenere "un mero rinvio, sia pure sul dichiarato presupposto della pendenza di trattative di bonario componimento".

corso del primo procedimento secondo una tecnica riconvenzionale⁵, oppure essere proposta separatamente, nel qual caso verrà riunita⁶ alla prima.

Lo sbarramento temporale della proposizione di domande non oltre la prima udienza persegue molteplici intenti: il primo – più fisiologico – è quello di evitare di causare ritardi nella regolazione della crisi/insolvenza; il secondo – da ritenersi il più importante e connesso strettamente al primo – è quello di contrastare le pratiche di abuso del processo⁷, scongiurando pretestuose richieste di accesso a strumenti negoziali al solo e deliberato scopo di ag-

girare (o ritardare) l'apertura di procedure a carattere dissolutorio, aggravando – *medio tempore* – l'indice di indebitamento di un'impresa già insolvente. Il terzo – e ultimo – obiettivo è quello di “razionalizzazione del procedimento, che resterebbe altrimenti esposto, come nel gioco dell'oca, al rischio di un continuo ritorno all'indietro, imposto dalla proposizione successiva della domanda di accesso allo strumento pattizio”⁸.

Ora, l'interpretazione restrittiva dell'art. 40, comma 10, CCII proposta dal ricorrente nel caso di specie finirebbe, così, per privilegiare la seconda finalità descritta, nella misura in cui tende a scoraggiare la presentazione di una domanda negoziale che possa avere finalità meramente dilatorie. Un simile sistema avrebbe, però, la conseguenza per cui l'eventuale *abuso del processo* non sarebbe connesso al contenuto pretestuoso della domanda o alla manifesta inadeguatezza della proposta, bensì alla sola proposizione⁹ della stessa. In altri termini, non si avrebbe una situazione in cui “con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, si utilizzano strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti”¹⁰, ma la generalizzata ed aprioristica compressione di un

5. Il tema dell'introduzione, all'interno del procedimento unitario, di una tecnica riconvenzionale è ampiamente trattato da G. Rana, *op. cit.*, p. 165. L'A. ritiene, infatti, che a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 17 giugno 2022, n. 83 viene abilitata una “tecnica riconvenzionale in senso ampio: se il debitore propone domanda concorrente successiva, essa si avvicina alla domanda riconvenzionale classica (nella specie dell'incompatibilità con la principale) ed è soggetta ad una rigida preclusione”. Una simile interpretazione, del resto, sembra non essere contraddetta dalla più recente giurisprudenza di legittimità, secondo cui “in tema di procedimento civile, la relazione tra domanda principale e domanda riconvenzionale, ai fini dell'ammissibilità di quest'ultima, non va intesa in senso restrittivo, nel senso che entrambe debbano dipendere da un unico ed identico titolo, essendo invece sufficiente che fra le contrapposte pretese sia ravvisabile un collegamento obiettivo, tale da rendere consigliabile ed opportuna la celebrazione del simultaneus processus, a fini di economia processuale ed in applicazione del principio del giusto processo di cui all'art. 111, comma 1, Cost.” (Cass., Sez. 2, 24 gennaio 2018, n. 1752, in www.onelegale.it). Dello stesso avviso, anche i più recenti orientamenti di merito, tra cui – *inter alia* – App. Catania, Sez. II, 17 febbraio 2022, n. 342, in www.dejure.it, a tenore della quale: “In tema di procedimento civile e domanda giudiziale, la relazione tra domanda principale e domanda riconvenzionale, ai fini dell'ammissibilità di quest'ultima, non va intesa in senso restrittivo, nel senso che entrambe debbano dipendere da un unico ed identico titolo, essendo sufficiente che fra le contrapposte pretese sia ravvisabile un collegamento obiettivo”.

6. Il concetto di “riunione” degli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza all'interno del procedimento unitario è molto discusso. L'opinione maggioritaria (I. Pagni, *L'alternativa tra la liquidazione giudiziale e gli strumenti di regolazione della crisi*, in *Il Fall.*, 2022, p. 1196; Idem, *La trattazione unitaria dell'alternativa*, in *Dirittodellacrisi.it*, 16 ottobre 2023, p. 8, tende a interpretarlo come “sineddoche che il legislatore utilizza tanto per comprendere il caso di vera e propria riunione di procedimenti distinti, quanto il caso di proposizione di domande riconvenzionali o interventi nel procedimento già aperto dal ricorso del debitore o di uno dei soggetti di cui all'art. 37”. Nello stesso senso, si orienta R. Tiscini, *Procedimento unitario*, *op. cit.*, p. 790 ss., che non manca di osservare come l'art. 40, comma 10 CCII faccia riferimento ad un'atecnica “riunione di domande”, piuttosto che di “cause”.

7. Il tema dell'abuso del processo nel contesto delle procedure concorsuali – e con particolare riferimento ai rapporti tra concordato e liquidazione giudiziale (ex fallimento) – gode di un'ampia e approfondita trattazione in dottrina. Taluni esponenti collegano l'istituto dell'abuso dello strumento concordatario al tema dell'abuso del diritto: emblematica, in tal senso, è la voce di G. Lo Cascio, *Percorsi virtuosi ed abusi nel concordato preventivo*, in *Il Fall.*, 2012, p. 891 ss., spec. 902, secondo cui “Il tema dell'abuso del diritto ha interessato anche l'ambito concorsuale e specificamente l'utilizzazione del concordato, ricollegandovi i principi in tema di buona fede oggettiva e di correttezza nel contratto”. In senso conforme cfr., N. Nisivocchia, *Alcuni principi in tema di concordato fallimentare*, in *Il Fall.*, 2011, p. 422. Una diversa corrente di pensiero, colloca l'abuso dello strumento concordatario nel terreno processuale, atteso che “in seno al diritto dei contratti non pare che si possa riconoscere dignità al principio di giustizia contrattuale” (M. Perrino, *Abuso del diritto e concordato fallimentare: un tentativo di affermare il principio della giustizia contrattuale?*, nota a Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Foro.it*, 2011, I, p. 2117). Seguono questo indirizzo anche G. D'Atorre, *L'abuso del concordato preventivo*, in *Giur. comm.*, 2013, II, p. 1059 ss.; A. Penta, *L'abuso dello strumento concordatario*, in *Dir. fall.*, 2014, I, p. 116 ss.; F. De Santis, *Principio di prevenzione ed abuso della domanda di concordato: molte conferme e qualche novità dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Il Fall.*, 2015, p. 915 ss.; R. Rordorf, *Il diritto esorbi-*

tante: abuso del diritto, abuso del processo, abuso del concordato, in *Il Fall.*, 2020, p. 1208 ss. Ai fini di un approfondimento più ampio sul tema dell'abuso del processo e della sua interferenza con il principio del giusto processo, si consenta di rinviare a A. Panzarola, *Presupposti e conseguenze della creazione giurisprudenziale del c.d. abuso del processo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 23 ss.; Idem, *La visione utilitaristica del processo civile e le ragioni del garantismo*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 2020, p. 97 ss.; Idem, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, p. 67 ss.; M.F. Ghirga, *Recenti sviluppi giurisprudenziali e normativi in tema di abuso del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 458; Idem, *L'abuso del processo e alcune norme nell'ultima riforma della giustizia civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, p. 390 ss.; Idem, *A proposito del recente libro di tropea, di abuso del processo e di positivismo giuridico*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, p. 362 ss.; Idem, *La meritevolezza della tutela richiesta. Contributo allo studio sull'abuso dell'azione giudiziale*, Milano, 2004; G. Verde, *Abuso del processo e giurisdizione*, in www.judicium.it; Idem, *Il processo sotto l'incubo della ragionevole durata*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 528.

8. Così, F. De Santis, *Le fasi introduttive del c.d. procedimento unitario*, in *Il Fall.*, 2022, p. 1212. Tale esigenza di razionalizzazione sembra, peraltro, in linea con le ragioni che hanno portato all'introduzione del procedimento unitario ex artt. 7 e 40 CCII, fatte palesi dalla legge delega per la riforma delle procedure concorsuali (L. 19 ottobre 2017, n. 155), all'art. 2, lett. d).

9. Si noti come anche chi ammette che il fenomeno dell'abuso del processo nel diritto della crisi è connesso alla sola domanda di concordato, non prenda in considerazione il solo (ed esclusivo!) frangente di presentazione della stessa, facendo riferimento ad uno scenario più composito e articolato, dove appare evidente la finalità dilatoria. Entro questi termini, ad esempio, G. D'Atorre, *op. cit.*, p. 1071 ss., richiama la situazione della “presentazione di una domanda volutamente incompleta” oppure nella “abusiva modifica ‘a ripetizione’ della proposta di concordato”. Anche dalla giurisprudenza emerge che la categoria dell'abuso dello strumento concordatario non può concretizzarsi per effetto della sola presentazione dell'apposita domanda; cfr., in tal senso Trib. Milano, 24 ottobre 2012, in *Giur. comm.*, 2013, p. 1056 ss., che fa riferimento al “... il meccanismo della presentazione della domanda di concordato e della sua rinuncia con contestuale presentazione di nuova domanda di pre-concordato” per mezzo del quale si dilaterebbero “ad libitum gli effetti protettivi di cui al novellato art. 168 L. fall., ossia il divieto di proseguire le azioni cautelari ed esecutive già proposte, di intraprenderne di nuove, di procurarsi titoli di prelazione, l'inefficacia delle ipoteche giudiziali iscritte nei 90 giorni che precedono la data di pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese”.

10. Questa la lettura del concetto di abuso dello strumento concordatario fatta da F. Lamanna, *Retromarcia sul principio di prevenzione/prevalenza del concordato: come non detto, il principio ancora esiste*, in *IUS Crisi d'impresa*, 2015.

diritto potestativo processuale¹¹, indipendentemente da un accertamento rimesso al prudente apprezzamento del giudice.

Escludere *a priori* che la domanda autonoma di concordato possa essere presentata sino al provvedimento di chiusura della liquidazione giudiziale si atteggia, poi, come una severa restrizione dei diritti e delle facoltà spettanti ai soggetti incisi dal fenomeno della crisi/insolvenza. Occorre, allora, come sostenuto da alcuni commentatori, introdurre un fattore di bilanciamento tra il principio di ragionevole durata del processo e il canone della ragionevolezza, “posto che non è possibile affermare che ogni domanda di regolazione pattizia della crisi o dell’insolvenza presentata dopo la prima udienza del procedimento per l’apertura della liquidazione giudiziale sia, per ciò stesso, da ritenersi mossa da finalità dilatoria, e come tale viziata da un abuso”¹².

Porre il vincolo dell’improponibilità¹³ sino alla conclusione del procedimento di liquidazione giudiziale sembra atteggiarsi – lo si ripete – come una limitazione fin troppo consistente, per lo meno laddove non si specifica “cosa si intenda per prima udienza, qualora subentrino dei rinvii per lo svolgimento delle medesime attività”¹⁴.

11. M. Fabiani, *L'oggetto del processo per dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 767 ss., spec. 772, sia pure in riferimento all’oggetto del processo per dichiarazione di fallimento, richiama una “situazione potestativa processuale...” in cui la domanda è “diretta ad ottenere una modifica del trattamento di un credito, e questo trattamento è quello concorsuale, in alternativa a quello civilistico”. Si ritiene che tali considerazioni possano riferite anche alla domanda del debitore ex art. 40, comma 10 CCII, dal momento che anche quest’ultimo potrebbe “avere un interesse a sostituire alla regolazione privatistica dei crediti, una regolazione concorsuale” (M. Fabiani, *La tutela giurisdizionale nel Codice della crisi d’impresa*, Roma, 2023, p. 53). Si tratta, come aggiunge l’A., di un “procedimento di attuazione di diritti potestativi, nel quale l’oggetto è dato dal potere di produrre un determinato effetto giuridico”. Nello stesso senso, v., Idem, *Sistema, principi e regole della crisi d’impresa*, Roma-Piacenza, 2023, p. 124. In dottrina non manca chi interpreta la situazione giuridica soggettiva tutelata in capo all’imprenditore-debitore come diritto di azione, in cui egli “agisce per la tutela di un proprio interesse alla conservazione del suo patrimonio nella sua universalità, in ossequio ai principi del concorso e all’effetto esdebitativo al termine della liquidazione giudiziale” (C. Cecchella, *Il diritto della crisi d’impresa e dell’insolvenza*, Padova, 2020, p. 103). Diversamente, in una – sia pur risalente – giurisprudenza, a fronte del giudicato di rigetto del procedimento per dichiarazione di fallimento, si fa perno sulla categoria del diritto soggettivo processuale (Cass., Sez. 1, 18 gennaio 2000, n. 474, in *Foro.it*, 2000, I, p. 2232). Per più ampi rilievi sulla figura di diritto soggettivo processuale, si consenta di rinviare a R. Tiscini, *Il ricorso straordinario in cassazione*, Torino, 2005, p. 162.

12. Così, F. De Santis, *Le fasi introduttive*, op. cit., p. 1212. Nel commento all’art. 40, comma 10 CCII, l’A. non risparmia posizioni critiche orientate sul criterio di ragionevolezza, che non esimerebbe, d’altro canto, il Tribunale che abbia “rinvenuto nella presentazione della domanda di risoluzione pattizia gli estremi della strumentalità e, dunque, dell’abuso – di dichiararla... inammissibile, pur se introdotta dentro i limiti preclusivi previsti dal comma 10 dell’art. 40”. In senso conforme, in dottrina, R. D’Alonzo - F. De Santis, op. cit., p. 54, che si interrogano criticamente “se il legislatore delegato (non compulsato verso l’una o l’altra opzione dalle previsioni del diritto eurounitario) non potesse, per caso, mettere in campo tecniche diverse di contenimento dell’abuso, ad esempio... affidandosi alla valutazione giudiziale – da condurre caso per caso, anche dopo la prima udienza – dell’ammissibilità della domanda di regolazione pattizia introdotta nella pendenza del giudizio per l’apertura della liquidazione giudiziale”. Ancora, M.P. Gasperini, *I termini processuali nel Codice della crisi, tra semplificazione e ragionevole durata delle procedure concorsuali*, in *Il Fall.*, 2023, esprime una posizione dubitativa in relazione alla scelta del legislatore di “dare per scontato il carattere strumentale e abusivo dell’istanza di regolazione pattizia... per il solo fatto di essere proposta successivamente al limite temporale di cui si è detto”.

13. Così, R. Tiscini, *Procedimento unitario*, op. cit., § 7.

14. Ivi, § 7, spec. nota 67.

Il margine di incertezza creato dalla norma aumenta, inoltre, se si considera la contraddizione insita all’interno dell’art. 40, comma 10, CCII. Mentre, infatti, nella prima parte si dispone che il termine di decadenza vale tanto per la domanda di accesso a strumenti negoziali proposta “nel medesimo procedimento” quanto per quella incardinata “separatamente”, nella seconda e ultima parte della disposizione sembra che ad essere colpita dalla “sanzione” dell’improponibilità sia la sola domanda proposta – oltre la prima udienza – “autonomamente”¹⁵ (non anche, quindi, quella proposta “in via riconvenzionale”).

Emerge, qui, un certo disallineamento nell’utilizzo degli strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza, specialmente se si confronta la norma appena passata in rassegna con quella contenuta all’art. 40, comma 9, CCII. In quest’ultimo caso, in modo notevolmente più elastico, si prevede che in pendenza di una soluzione negoziale, la domanda di apertura della liquidazione giudiziale possa essere presentata “fino alla rimessione della causa al collegio per la decisione”. È fin troppo evidente che una simile impostazione sul piano processuale faciliti il ricorso alla soluzione liquidatoria a detrimento di quella concordata, sbarrata *ab origine* da un termine di decadenza che rischia di essere sproporzionato rispetto alla dichiarata finalità di evitare l’abuso del processo, oltreché lesivo del diritto di difesa del convenuto di cui all’art. 24 Cost.

Al di là dei profili di ricostruzione sistematica, *quid* sul piano dell’effettività della tutela giurisdizionale, se una stessa pretesa di regolazione concorsuale del debito/credito va incontro a preclusioni processuali a seconda della tipologia della procedura (*recitius*, procedimento) cui si richiede accesso?

4. La “pregiudizialità di sistema” tra le procedure nel procedimento unitario

I rilievi critici sin qui sollevati consentono, da ultimo, di affrontare le conseguenze che una lettura restrittiva dell’art. 40, comma 10, CCII possa o meno avere sulla struttura generale del procedimento unitario.

Merita ricordarsi, infatti, che il tenore letterale dell’art. 7 CCII – nato secondo l’intento della legge delega L. 19 ottobre 2017, n. 155 di introdurre “un unico modello processuale volto all’accertamento dello stato di crisi o di insolvenza e disciplinato in conformità all’art. 15 L. fall.”¹⁶ – oggi positivizza, al comma 2, una regola di trattamento che assegna priorità alle domande di natura negoziale¹⁷.

La scelta di politica legislativa è stata, dunque, quella di assecon-

15. La seconda parte dell’art. 40, comma 10 CCII recita, infatti, che “Successivamente alla prima udienza, la domanda non può essere proposta autonomamente sino alla conclusione del procedimento per la apertura della liquidazione giudiziale”.

16. Così, I. Pagni, *L’accesso alle procedure di regolazione nel codice della crisi e dell’insolvenza*, in *Il Fall.*, 2019, p. 549 ss.

17. Per una maggiore chiarezza, si ritiene opportuno riportare il tenore letterale del citato art. 7, comma 2, CCII, secondo cui: “Nel caso di proposizione di più domande, il tribunale esamina in via prioritaria quella diretta a regolare la crisi o l’insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale o dalla liquidazione controllata, a condizione che: a) la domanda medesima non sia manifestamente inammissibile; b) il piano non sia manifestamente inadeguato a raggiungere gli obiettivi prefissati; c) nella proposta siano espressamente indicate la convenienza per i creditori o, in caso di concordato in continuità aziendale, le ragioni della assenza di pregiudizio per i creditori”.

dare il progetto di degiurisdizionalizzazione¹⁸ e privatizzazione¹⁹ del fenomeno della crisi d'impresa, privilegiando una sua potenziale risoluzione/gestione nella più flessibile dimensione dell'accordo tra le parti, prima di ricorrere al meccanismo dell'esecuzione concorsuale imposto dal procedimento per l'apertura di liquidazione giudiziale. Una scelta, questa, che porta con sé non irrilevanti corollari: *in primis*, la possibilità di risanare l'impresa grazie ad un piano di continuità aziendale, cui si aggiungono la salvaguardia dei livelli occupazionali, il mantenimento del valore di avviamento dell'impresa (anche) in vista di una futura liquidazione e la conservazione degli *assets* materiali e immateriali funzionali allo svolgimento dell'attività economia organizzata di cui si tratta in concreto. Sul piano strettamente processuale, il legislatore del Codice della crisi ha, così, recepito quell'orientamento delle Sezioni Unite della Cassazione che postula una necessaria *consecutio*, declinata in termini "continenza per specularità"²⁰, tra concordato preventivo e fallimento.

18. M. Fabiani - C. Ferro, *Dai Tribunali ai ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione della crisi d'impresa*, in *Il Fall.*, 2004, p. 132 ss.; F. De Santis, *Sulla c.d. "degiurisdizionalizzazione" del concorso collettivo e sui limiti dei giudicati endofallimentari dopo le riforme*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 367 ss.; C. Cavallini - M. Gaboardi, *New Creditors' Bargain Theory e la crisi d'impresa tra diritto interno e direttive europee. Verso un modello globale di Insolvency Law*, in *Riv. soc.*, 2021, p. 991 ss., spec. 1001; G. Limitone, *Degiurisdizionalizzazione della crisi d'impresa e composizione negoziata: una figlia naturale non (ancora) riconosciuta. Con notazioni a margine*, in *Ristrutturazioni aziendali. ilcaso.it*, 2022; A. Paluchowski, *I mutevoli orizzonti del diritto della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 14 giugno 2022; T.A. Ghiotto, *Riti processuali, giurisdizione e degiurisdizionalizzazione nella crisi e nell'insolvenza d'impresa*, Pisa, Pacini, 2022.

19. Ai fini di una riflessione più ampia sul tema, v., A. Jorio, *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa tra "privatizzazione" e tutela giudiziaria*, in *Il Fall.*, 2005, p. 1455 ss.; P. Oliva, *Privatizzazione dell'insolvenza: inquadramento giuridico delle operazioni di ristrutturazione*, in *Il Fall.*, 1999, p. 826. Per una riflessione attualizzata al Codice della crisi cfr., M. Montanari, *Il Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza: profili generali e processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, p. 270 ss., spec. 273.

20. Si fa riferimento all'insegnamento di Cass., Sez. Un., 15 maggio 2015, nn. 9934, 9935, 9936. Eppure, già da alcuni anni prima la Suprema Corte argomentava variamente i rapporti tra la domanda di concordato e quella di fallimento in termini di "incompatibilità" o "alternatività". In tal senso, v., Cass., 14 luglio 2011, n. 15532, in *Rep. Foro.it*, voce *Competenza civile*, p. 84, secondo cui la "continenza sussiste non solo quando due cause, pendenti contemporaneamente davanti a giudici diversi, abbiano identità di soggetti e di causae petendi e differenza quantitativa di petitum (cd. continenza in senso stretto), ma anche quando vi sia una coincidenza parziale di causae petendi, ovvero qualora le questioni dedotte in una causa costituiscano il presupposto logico-giuridico necessario per la definizione dell'altra causa, o siano in tutto o in parte comuni alla decisione di entrambe, avendo le rispettive domande origine dal medesimo rapporto negoziale, risultando tra loro interdipendenti o contrapposte, cosicché la soluzione dell'una interferisce su quella dell'altra (cd. continenza per specularità) ...". In senso conforme, più di recente, v., anche Cass., Sez. Un., 17 gennaio 2017, n. 964, in *www.onelegale.it*. Anche in dottrina non mancavano voci adesive alla nozione appena tratteggiata di continenza per specularità: cfr., in tal senso, cfr., I. Pagni, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza di istruttoria fallimentare*, in *Il Fall.*, 2013, p. 1075 ss. Per l'interpretazione dottrinale di questo orientamento v., *inter alia*, F. De Santis, *Principio di prevenzione*, op. cit., p. 900 ss.; I. Pagni, *I rapporti tra concordato e fallimento in pendenza dell'istruttoria fallimentare dopo le sezioni unite del maggio 2015*, in *Il Fall.*, 2015, p. 992 ss. Secondo altri (ed è questa l'impostazione cui ci sentiamo di aderire), più che interrogarsi sulla necessaria interpretazione della *relatio* tra concordato e fallimento avvalendosi delle categorie processualcivilistiche, si dovrebbe prendere atto della loro consequenzialità ai fini di un "mero coordinamento". In quest'ultimo senso, v., R. Tiscini, *Esigenze di coordinamento tra concordato preventivo e fallimento e categorie del diritto processuale*, in *Corr. giur.*, 2015, p. 557 ss., spec. 561.

A fronte della proposizione di domande tra loro diverse, l'art. 7, comma 2, CCII fissa la regola della "trattazione prioritaria" di quella volta a regolare la crisi/insolvenza con strumenti diversi dalla liquidazione giudiziale (si pensi, ad esempio, ad un'istanza di concordato o accordi di ristrutturazione e ad una concorrente istanza per l'apertura della liquidazione giudiziale). Si finisce, così, per irregimentare una sorta di "pregiudizialità²¹ sistemica" (corrispondente nostro) tra procedure concorsuali: una progressione (eventuale) di schemi procedurali, la cui tassonomia dipende non solo da un fattore assiologico (che impone privilegiare la soluzione meno drastica per l'imprenditore in crisi), ma anche da esigenze di efficienza nella realizzazione del *simultaneus processus*.

In quest'ultimo senso considerato, tuttavia, il comma 10 del citato art. 40 CCII tende a creare notevoli perplessità, poiché, precludendo perentoriamente qualsiasi ulteriore iniziativa di natura negoziale, inverte l'ordine di preferenza delle soluzioni concordate rispetto a quelle liquidatorie e favorisce un criterio di priorità solo cronologica (ossia la domanda presentata per prima)²². Né – si ritiene – valga a ripristinare una qualche possibilità di regolazione pattizia – *ex post* – la circostanza che la relativa domanda "torni" ad essere proponibile una volta conclusosi il procedimento per l'apertura della liquidazione giudiziale. Non si vede, infatti, quale potrebbe essere lo scenario di conclusione se non quello del rigetto per carenza dei presupposti di cui all'art. 121 CCII²³ o per la mancata allegazione dei documenti di cui all'art. 39 CCII. D'altra parte, quand'anche si volesse immaginare che non sussista il presupposto oggettivo dello stato di insolvenza e vi sia una situazione di crisi che possa giustificare il ricorso al concordato o agli accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 40, comma 10, ultima parte, si dovrebbe comunque attendere che la decisione di chiusura della liquidazione giudiziale sia irrevocabile. Si dovrebbe, dunque, accertare l'esaurimento dei mezzi di impugnazione indicati all'art. 50 CCII e, dunque, la generale "immutabilità" della

21. Vale la pena specificare, in questa sede di riflessione giuridica, che il concetto di *pregiudizialità*, riferito all'ordine di trattazione delle procedure concorsuali nel contesto dell'art. 7, comma 2 CCII, non è da intendersi in senso tecnico. Molteplici e unanimi sono, infatti, i contributi che negano la *relatio* tra concordato preventivo e fallimento in termini di pregiudizialità-dipendenza, sul presupposto della differenza delle rispettive situazioni sostanziali, con conseguente inapplicabilità dell'istituto della sospensione necessaria di cui all'art. 295 c.p.c. Per una più approfondita analisi delle posizioni dottrinali sul punto, v., F. De Santis, *Ancora sui rapporti tra istruttoria prefallimentare e procedura concordata di soluzione della crisi di impresa*, in *Il Fall.*, 2011, p. 1202; M. Fabiani, *Un chiarimento sui rapporti fra procedimento per dichiarazione di fallimento e per l'ammissione al concordato*, in *Il Fall.*, 2014, p. 648 ss., spec. 649; più di recente R. Tiscini, *Procedimento unitario*, op. cit., p. 785 ss., spec. § 6. In giurisprudenza, cfr. Cass., 24 ottobre 2012, n. 18190; Cass., 23 gennaio 2013, n. 1521; in *Foro.it*, 2013, I, p. 1534, con note di G. Costantino, M. Fabiani ed E. Scoditti, e osservazioni di Carmellino; in *Il Fall.*, 2013, p. 156, con nota di M. Fabiani e postille di F. De Santis e I. Pagni; in *Dir. fall.*, 2013, II, p. 1, con nota di A. Didone.

22. Emblematica, in questo senso, è il contributo di R. Tiscini, *Procedimento unitario*, op. cit., p. 785 ss., § 7, secondo cui l'aggiunta degli ultimi due commi dell'art. 40 CCII, tradendo il principio di prevalenza delle soluzioni concordate su quelle liquidatorie di cui all'art. 7, comma 2, CCII, finisce per "segnare la priorità tra l'una e l'altra in ragione della tempistica nella proposizione delle relative domande".

23. Per una maggiore chiarezza, si ricorda che ai fini dell'apertura della liquidazione giudiziale occorre accertare il requisito oggettivo dello stato di insolvenza (inteso come "stato del debitore che si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrano che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni"), cui si aggiunge il requisito soggettivo dello status di imprenditore non minore, definito ai sensi dell'art. 2, comma 1 lett. d) CCII.

sentenza che “ha per oggetto la verifica del potere di dare impulso al processo e la sussistenza dei presupposti per i quali quel potere può essere esercitato”²⁴.

Un simile scenario non può, di certo, dirsi compatibile con il principio della ragionevole durata e con l’obiettivo di un’emersione tempestiva della crisi (sempre che di “crisi” si possa parlare, dal momento che un frangente temporale così dilatato ben potrebbe aver aggravato l’indice di solvibilità dell’imprenditore, “condannandolo” al *dissesto*).

5. Conclusioni

Il provvedimento qui brevemente annotato offre l’occasione per approfondire le dinamiche di realizzazione del *simultaneus processus* nel contesto del procedimento unitario nel nuovo Codice della crisi d’impresa e dell’insolvenza.

La disamina sin qui condotta ci induce a ritenere che il Tribunale di Salerno abbia fatto buon governo del principio di correttezza e buona fede, interpretando estensivamente il “segmento processuale della prima udienza” di cui all’art. 40, comma 10, CCII e

disponendo, in definitiva, la riunione delle due domande. Al di là della questione inerente alla perentorietà del termine di decadenza fissato dalla norma (che pure potrebbe orientare nel senso opposto a quello qui prospettato), la soluzione concretamente adottata ci sembra la più garantista, soprattutto considerando la natura precaria e incerta della formulazione di cui all’art. 40, commi 9 e 10.

Questi ultimi, nati originariamente per contrastare pratiche di rallentamento o abuso dello strumento concordatario, finiscono inevitabilmente per varare un approccio talmente limitativo da far intravedere finalità dilatorie nel semplice esercizio del diritto di difesa da parte del debitore, tradendo il sostrato assiologico e l’attitudine principale del procedimento unitario: favorire un “ingresso nella concorsualità ... tendenzialmente anticipato, a tutela crescente e a protezione progressiva ...”²⁵.

Si auspica, dunque, in una prospettiva *de iure condendo*, che vengano più efficacemente chiarite le tempistiche e le modalità della proposizione della domanda di accesso a strumenti di regolazione della crisi e dell’insolvenza in pendenza della liquidazione giudiziale, nell’ottica di tutelare maggiormente le prerogative difensive del debitore e di salvaguardare la stabilità del procedimento.

24. Così, M. Fabiani, *L’oggetto del processo*, op. cit., p. 766 ss.

25. Rel. Illustrativa alla legge delega L. 19 ottobre 2017, n. 155 (G.U. del 30 ottobre 2017, n. 254), in https://documenti.camera.it/apps/nuovosito/attigoverno/Schedalavori/getTesto.aspx?file=0053_F001.pdf&leg=XVIII

Codice della crisi e legislazione antimafia: una convivenza possibile?

PASQUALE ADDESSO Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale Ordinario di Milano

25 Marzo 2024

Il saggio è stato sottoposto in forma anonima alla valutazione di un referee.

Nel diritto fallimentare tradizionale l'interesse dell'impresa era "occasionalmente" protetto in quanto la primazia era riconosciuta alla tutela e soddisfazione dei diritti dei creditori; il nuovo diritto della ristrutturazione sorge da una nuova consapevolezza del fenomeno dell'impresa ove il superamento della crisi e il ritorno al valore di impresa si realizza anche attraverso la conformazione dei diritti dei creditori, se necessario, per consentire la ristrutturazione dell'attività. Partendo da tale premessa, il presente contributo ricostruisce i rapporti tra il codice della crisi e la legislazione di contrasto all'impresa mafiosa, analizzando i possibili aspetti critici, il nuovo ambito della composizione negoziata della crisi, con uno sguardo rivolto alle collegate tematiche dell'indisponibilità del credito tributario e della partecipazione alle procedure di gara previste dal nuovo codice dei contratti pubblici.

In traditional bankruptcy law, the company's interest was "occasionally" protected as primacy was recognized in the protection and satisfaction of creditors' rights; the new restructuring law arises from a new awareness of the business phenomenon where overcoming the crisis and returning to business value is also achieved through the conformation of creditors' rights, if necessary, to allow the restructuring of the business. Starting from this premise, this contribution reconstructs the relationships between the crisis code and the legislation to combat the mafia enterprise by analyzing the possible aspects, the new scope of the negotiated settlement of the crisis, with a look at the related issues of the unavailability of the tax credit and of participation in the tender procedures provided for by the new public contracts code.

Sommario

1. L'insolvenza nel nuovo codice: cosa è cambiato?
2. La disciplina delle interferenze tra Codici
3. Gli strumenti di regolazione della crisi
4. L'ambito della composizione negoziata della crisi: una trattativa "rischiosa"
5. La resistenza di un "antico" pregiudizio
6. Considerazioni conclusive

1. L'insolvenza nel nuovo codice: cosa è cambiato?

L'insolvenza costituisce un problema molto avvertito nelle relazioni economiche tra imprese e nei rapporti tra imprese e consumatori in quanto rappresenta un pericolo per la stabilità di qualsiasi contesto socioeconomico fondato sul reciproco rispetto degli impegni assunti e la fiducia dei creditori nell'impresa¹.

La direttiva (UE) 2019/1023² considera l'insolvenza delle imprese

1. La valorizzazione della regola morale della fiducia è stata positivamente anche nel nuovo codice dei contratti pubblici quale principio legato a doppio filo a legalità, trasparenza e correttezza, rappresentando, sotto questo profilo, una versione evoluta della clausola generale di buona fede resa parametro di legittimità dell'azione amministrativa.

2. La Direttiva (UE) 2019/1023 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 giugno 2019, sui quadri di ristrutturazione preventiva, l'esdebitazione e le interdizioni, e le misure volte ad aumentare l'efficacia delle procedure di ristrutturazione, insolvenza ed esdebitazione, e che modifica la direttiva (UE) 2017/1132 (direttiva sulla ristrutturazione e sull'insolvenza). La direttiva è finalizzata ad armonizzare le normative degli Stati membri sulla crisi d'impresa per garantire un miglior funzionamento del mercato interno e realizzare una maggiore tutela della libertà di circolazione all'interno dell'Unione.

una condizione da prevenire al fine di evitare la liquidazione di imprese recuperabili al valore e massimizzare, al contempo, il soddisfacimento dei creditori nell'interesse del mercato e della sua competitività; tuttavia, il nostro ordinamento giuridico stabilisce quale regola imperativa che gestire un'impresa richiede imprescindibilmente di preservarne la continuità aziendale adottando tutti gli strumenti disponibili per il contrasto tempestivo all'insorgere della crisi e dell'insolvenza (art. 2086 c.c.)³.

La normativa europea fissa altresì un'altra esigenza primaria che le imprese irreversibilmente insolventi siano liquidate, il più presto possibile, in modo da non aggravare i danni già maturati disponendo la cessazione dell'attività, secondo le procedure previste

3. Il tema della legalità riferito all'impresa pone un problema di finalità correlate all'organizzazione dell'impresa; per trovare una composizione tra libertà e legalità occorre partire dal contratto di società (art. 2247 c.c.) in cui è insita la contrapposizione tra scopo strumentale, cioè l'organizzazione, e quello finale, cioè la distribuzione della ricchezza prodotta (finalità lucrativa). L'impresa è un'entità economica in cui, ciò che è imprescindibile per la sua permanenza in vita non è il lucro ma lo scopo di economicità cioè che la società non deve produrre perdite.

dalla legge realizzando la responsabilità patrimoniale del debitore, in un ambito processuale, attraverso la conversione dei beni e i crediti vantati dal debitore verso terzi in denaro da restituire ai creditori, in modo da ridurre l'impatto negativo dell'inadempimento.

Il diritto dell'insolvenza è, per le ragioni evidenziate, caratterizzato dalla variabile determinante data dall'attività economica esercitata dal debitore compromessa dall'incapacità di adempiere; quando la crisi assume carattere sistemico può investire l'intera realtà economica cagionando fallimenti "in serie" o l'insolvenza può colpire imprenditori che gestiscono attività economiche di grandi dimensioni oppure operatori in determinati settori di mercato, (es. bancario finanziario), determinando anche crisi di ampia portata. Anche nei casi di minor rilievo, l'insolvenza costituisce un problema significativo; si tratta di una condizione soggettiva negativa che può determinare l'impossibilità della prosecuzione dell'attività di impresa del debitore con pregiudizio non soltanto dei creditori ma anche dei lavoratori e dei consumatori, che abitano nel territorio in cui l'impresa operava.

Il nuovo diritto delle ristrutturazioni fondato sulla regola valoriale dell'art. 2086 c.c. offre all'interprete, quale prima chiave di lettura, la valorizzazione dell'impresa ancora capace di produrre ricchezza che è necessario preservare; l'acquisizione dei fattori produttivi necessari allo svolgimento dell'attività economica presuppone la solvibilità dell'imprenditore che, in caso contrario, vedrà compromessa la prosecuzione dell'attività fino all'interruzione della continuità aziendale; l'impresa, infatti, non si limita a creare ricchezza (che è qualcosa di diverso dalla logica del profitto) ma, per il suo stesso dinamismo, ne realizza la redistribuzione verso i creditori (lavoratori fornitore professionisti erario enti previdenziali banche). Il valore di un'attività economica non riguarda solo la capacità di produrre utili, che possono anche mancare, ma l'attitudine a generare o mantenere rapporti di lavoro, sviluppare il tessuto economico del territorio, mantenere i rapporti con i sub fornitori o l'indotto. L'insolvenza impedisce questa fondamentale funzione e suscita l'esigenza del monitoraggio dell'efficienza e del recupero precoce dell'efficacia perduta nell'esercizio dell'impresa. Nel diritto tradizionale, l'insolvenza costituiva un concetto compatto e indicava una condizione di irrecuperabile impotenza del debitore; nel diritto del nuovo codice (D.Lgs. n. 14/2019) il concetto di insolvenza è stato ridefinito in una concezione più ampia, in cui insolvenza in senso tradizionale costituisce la fase terminale di un processo degenerativo, variamente indicato nei suoi sviluppi che vanno: dallo stato di "pre crisi" alla "crisi" (o pericolo di insolvenza), all'insolvenza reversibile, all'insolvenza definitiva e non reversibile; l'insolvenza resta, tuttavia, il concetto cardine in quanto le ulteriori definizioni di crisi o precisi ne costituiscono delle varianti definite in relazione ad essa⁴.

Nel diritto fallimentare tradizionale l'interesse dell'impresa era "occasionalmente" protetto in quanto condizioni imprescindibili era la soddisfazione dei diritti dei creditori; nel nuovo diritto della ristrutturazione emerge la maggiore consapevolezza del fenomeno dell'impresa ove il superamento della crisi e il ritorno al valore di impresa si realizza anche attraverso la conformazione dei diritti dei creditori se necessaria per consentire la ristrutturazione dell'attività. Il rigore del sistema di responsabilità patrimoniale è attenuato consentendo la cancellazione dei debiti non pagati l'intangibilità dei beni sopravvenuti in ciò emerge l'accrescimento del numero degli interessi coinvolti nella disciplina dell'insolvenza.

2. La disciplina delle interferenze tra Codici

La contaminazione tra disciplina eterogenee è recepita e resa tangibile anche a livello di normazione positiva; nei tre codici che si occupano di impresa, in diverse prospettive: crisi e ristrutturazione (D.Lgs. n. 14/2019), contratti pubblici (D.Lgs. n. 36/2023) e legislazione antimafia (D.Lgs. n. 159/2011), troviamo reciproci richiami tesi a adattare e regolare le rispettive discipline alla presenza di imprese che utilizzino uno dei nuovi strumenti di regolazione della crisi. È evidente, nell'evoluzione della lettura dei diversi istituti, che la presenza dell'impresa esercita un'influenza determinante; nel prosieguo verranno analizzate le disposizioni di raccordo tra percorsi di ristrutturazione e la normativa antimafia, con uno sguardo al connesso tema della partecipazione alle gare pubbliche.

Le direttive europee sugli appalti, a partire dalla prima, la n. 305 del 1971, sino all'ultima, la n. 24 del 2014, pur contemplando (quest'ultima all'art. 57.4, lett. b) il fallimento e le altre procedure concorsuali tra i possibili motivi di esclusione, hanno tuttavia sempre rimesso agli stati membri e alle loro amministrazioni aggiudicatrici la scelta del se e come escludere i concorrenti che si trovano in stato di crisi o insolvenza, attribuendo ai legislatori nazionali la facoltà di non applicare affatto tali cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale domestica con un grado di rigore variabile a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale (Corte di giustizia, 28 marzo 2019, in causa C-101/18).

In armonia con le regole europee, il nostro legislatore ha introdotto significative deroghe al divieto contenuto nell'art. 94 co 5 lett. d) del D.Lgs. n. 36/2023⁵ che costituiscono la positivizzazione del *favor* riconosciuto alla continuità aziendale, secondo quanto previsto dai commi da 1 a 5 dell'articolo 95 del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, nonché dall'articolo 186 *bis*, comma 5, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e dall'articolo 124 del D.Lgs. n. 36/2023 (fase di esecuzione); la disposizione del nuovo codice dei contratti pubblici, prevede infatti che "*l'esclusione non opera se, entro la data dell'aggiudicazione, sono stati adottati i provvedimenti di cui all'articolo 186 bis, comma 5, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 e all'articolo 95, commi 3 e 4, del codice di cui al decreto legislativo n. 14 del 2019, a meno che non intervengano ulteriori circostanze escludenti relative alle procedure concorsuali*". Nella disciplina del concordato preventivo, in particolare l'art. 95 CCII ("*Disposizioni speciali per i contratti con le pubbliche amministrazioni*") per i contratti in corso di esecuzione, stipulati con pubbliche amministrazioni, si esclude la risoluzione per effetto del deposito della domanda di concordato, con inefficacia di eventuali patti contrari. Al comma 3 è previsto altresì che successivamente al deposito della domanda di cui all'articolo 40, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici non è preclusa all'impresa in concordato ma richiede un controllo giurisdizionale attraverso l'autorizzazione del tribunale, e, dopo il decreto di apertura, dal giudice delegato, acquisito il parere del commissario giudiziale ove già nominato. L'autorizzazione consente la partecipazione alla gara previo deposito di una relazione

5. La regola generale è contenuta nell'art. 94, comma 5, lett. d) del D.Lgs. n. 36/2023 che stabilisce il divieto di partecipazione alle gare dell'operatore economico sottoposto a liquidazione giudiziale, che si trovi in stato di liquidazione coatta, di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per l'accesso a una di tali procedure, trattasi di una causa di esclusione obbligatoria che opera automaticamente e necessariamente, salvo provvedimento del giudice civile.

4. F. Di Marzio, *Diritto dell'insolvenza*, Milano, 2023.

del professionista indipendente che attesta la conformità al piano, ove predisposto, e la ragionevole capacità di adempimento del contratto. Fermo quanto previsto dal comma 4, l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in raggruppamento temporaneo di imprese, sempre che nessuna delle altre imprese aderenti al raggruppamento sia assoggettata ad una procedura concorsuale⁶.

La disciplina sulla liquidazione giudiziale prevede la possibilità che il tribunale autorizzi il curatore a proseguire l'esercizio dell'impresa, anche limitatamente a specifici rami dell'azienda, purché la prosecuzione non arrechi pregiudizio ai creditori⁷; il curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa non può partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto, tuttavia, l'art. 124, comma 4, del D.Lgs. n. 36/2023 prevede che *“Il curatore della procedura di liquidazione giudiziale, autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa, può, su autorizzazione del giudice delegato, stipulare il contratto qualora l'aggiudicazione sia intervenuta prima della dichiarazione di liquidazione giudiziale ed eseguire i contratti e gli accordi quadro già stipulati dall'impresa assoggettata alla liquidazione giudiziale. L'autorizzazione alla stipulazione del contratto deve intervenire entro il termine di cui all'articolo 18, comma 2; in mancanza il curatore è da intendersi sciolto da ogni vincolo e la stazione appaltante procede ai sensi dei commi 1 e 2”*.

Si tratta di un novità legislativa significativa che, modificando il regime previgente, esclude l'automatica decadenza dall'aggiudicazione in caso di sopravvenienza della liquidazione giudiziale potendo il contratto essere stipulato col curatore autorizzato all'esercizio dell'impresa, previa autorizzazione del giudice delegato; risulta evidente la ratio di preservare il valore dell'impresa quando la partecipazione e l'aggiudicazione della gare sono avvenute in una situazione di solvenza dell'operatore economico, in modo del tutto legittimo ed occorra soltanto l'aspetto formale della stipulazione. La meritevolezza dell'aspettativa della curatela alla sottoscrizione del contratto è nella tutela della consistenza del patrimonio dell'imprenditore in liquidazione giudiziale e delle ragioni dei creditori, previa verifica del curatore e del giudice delegato della sostenibilità da parte della società fallita dell'esecuzione del contratto.

L'ambito interpretativo dell'espressione “contratti stipulati” di cui al previgente art. 110, comma 3 decreto legislativo n. 50 del 2016 è stato inoltre ampliato ricomprendendo nel comma 4 della disposizione proposta anche gli accordi quadro (e quindi i contratti applicativi successivi); si è così risposto al dubbio se il curatore potesse stipulare contratti applicativi dell'accordo quadro, oppure se l'accordo quadro stipulato rimanesse comunque valido, ma “sospeso” fino al subentro di un nuovo soggetto acquirente dell'azienda o cessionario del contratto.

L'art. 124 D.Lgs. n. 36/2023, infine, si occupa dell'esecuzione o completamento dei lavori, servizi o forniture in caso di insolvenza o di impedimento alla prosecuzione dell'affidamento con l'esecutore designato e corrisponde all'art. 110 del decreto legislativo n. 50 del 2016⁸ prevedendo che *“Fatto salvo quanto previsto dai*

commi 4 e 5, in caso di liquidazione giudiziale, di liquidazione coatta e concordato preventivo, oppure di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 122 o di recesso dal contratto ai sensi dell'articolo 88, comma 4 ter, del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, oppure in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, le stazioni appaltanti interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, per stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture, se tecnicamente ed economicamente possibile”.

La norma effettua un bilanciamento tra contrapposte esigenze della stazione appaltante: da un lato, contenere i costi dell'opera pubblica, ma anche di completarne la realizzazione (ovvero, per gli appalti di servizi e forniture di contenerne i costi, ma pervenire alla conclusione del servizio o della fornitura). Il comma 2 un secondo periodo prevede la facoltà per la stazione appaltante di disporre nei documenti di gara che, in caso di subentro con scorrimento della graduatoria, le condizioni economiche del contratto saranno quelle proposte dal subentrante (sempre che il subentro sia economicamente e tecnicamente possibile ai sensi del comma 1 riformato)⁹.

Il tema è analogo all'ipotesi in cui subentri una interdittiva in fase di esecuzione del contratto; in entrambi i casi (art. 124, commi 1 e 3), al collegio consultivo tecnico è consentito di valutare la preferibilità a proseguire o meno, come per tutti gli altri casi che si dovessero presentare. Del resto, ciò è in linea con l'art. 94, commi 3 e 4, del D.Lgs. n. 159/2011 dove si legge che: *“I soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, non procedono alle revoche o ai recessi di cui al comma precedente nel caso in cui l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi”* e che *“Le disposizioni di cui ai commi 2 e 3 si applicano anche nel caso in cui emergano elementi relativi a tentativi di infiltrazione”*.

8. Con l'art. 5, comma 4, lett. b), del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito dalla L. 11 settembre 2020, n. 120, si è previsto (in deroga al citato art. 110, come da ultimo modificato dall'art. 372, comma 1, del decreto legislativo n. 14 del 12 gennaio 2019, cd. Codice della crisi e dell'insolvenza) che, fino al 30 giugno 2023, la stazione appaltante, nel caso in cui la prosecuzione dei lavori, per qualsiasi motivo (ivi incluse la crisi o l'insolvenza dell'esecutore anche in ipotesi di concordato con continuità aziendale ovvero di autorizzazione all'esercizio provvisorio dell'impresa) non possa procedere con il soggetto designato, né, in caso di esecutore plurisoggettivo, con altra impresa del raggruppamento designato, e risolva pertanto il contratto, interpellando progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara come risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per il completamento dei lavori, se tecnicamente ed economicamente possibile e alle condizioni proposte dall'operatore economico interpellato. È così previsto il subentro di altra impresa appaltatrice a condizioni diverse da quelle stabilite dal contratto stipulato con l'aggiudicatario, e cioè alle condizioni proposte dal subentrante. Invece, l'art. 110, comma 2, anche nel testo conseguente alle modifiche introdotte dal decreto legislativo n. 14 del 2019, fa riferimento, pur sempre, alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta e nello stesso senso è anche il primo periodo del comma 2 dell'art. 124.

9. Evidentemente nel caso in cui la stazione appaltante eserciti questa opzione, l'appaltatore inadempiente in caso di risoluzione sarà chiamato a rispondere automaticamente dei maggiori costi dell'appalto riaffidato a condizioni più onerose per la stazione appaltante rinegoziate con il subentrante, riconducibili agli oneri aggiuntivi considerati dal comma 6 dell'art. 122, senza che l'equità del corrispettivo sia presumibile per effetto dell'espletamento di una nuova gara ad evidenza pubblica.

6. Comma così modificato dall'art. 224, comma 6, D.Lgs. 31 marzo 2023, n. 36, a decorrere dal 1° aprile 2023, ai sensi di quanto disposto dall'art. 229, comma 1, del medesimo D.Lgs. n. 36/2023; tale disposizione è efficace a decorrere dal 1° luglio 2023 ai sensi di quanto disposto dall'art. 229, comma 2, del citato D.Lgs. n. 36/2023.

7. Ciò può accadere, già con la sentenza che dichiara la liquidazione giudiziale o, successivamente, su proposta del curatore previo parere favorevole del comitato dei creditori, attraverso un decreto motivato del giudice delegato che fissi la durata dell'esercizio provvisorio dell'impresa.

La giurisprudenza amministrativa¹⁰ ha avuto modo di affrontare il rapporto tra legislazione antimafia e diritto concorsuale nel caso di divieto alla iscrizione nella *white list* e/o emissione di una informativa con efficacia interdittiva, nei confronti di una società ammessa ad una procedura concorsuale di concordato preventivo; il giudice amministrativo, in fase cautelare, nella valutazione comparativa degli interessi in gioco, tra la conservazione dei livelli occupazionali ed il *favor* per il terzo acquirente (estraneo al contesto criminale), antagonisti al pericolo di infiltrazione da parte della criminalità organizzata, ha ritenuto necessario verificare il livello di gravità dell'infiltrazione mafiosa e la sussistenza di concrete possibilità di risanamento aziendale, occorrendo privilegiare strumenti di prevenzione meno invasivi e paralizzanti rispetto all'espulsione dalla *white list* ed alla interdizione al proseguimento dell'attività. In tale proiezione, il giudice amministrativo ha sospeso l'efficacia delle misure di natura interdittiva sul presupposto di una infiltrazione mafiosa di grado più tenue, rispetto a quanto ritenuto dall'autorità amministrativa prefettizia, attuata da soggetti posti in posizioni non apicali dell'organigramma aziendale, ritenendo necessario che la p.a. valuti l'applicazione di misure, più idonee al caso concreto, quali quelle indicate all'art. 94 *bis* D.Lgs. n. 159/2011.

È evidente pertanto la necessità che i percorsi di risanamento previsti nel codice antimafia quali strumenti di recupero dell'impresa contaminata dovranno armonizzarsi con gli strumenti di regolazione della crisi nel percorso di recupero della legalità; la strada da percorrere è costellata da una comune "stella cometa" da individuarsi nel fascio degli interessi super individuali protetti nel nuovo diritto delle ristrutturazioni, espressamente contemplati in disposizioni innovative, quali l'articolo 87 D.Lgs. n. 14/2019 per il concordato in continuità aziendale diretta; la norma dispone infatti che nel piano concordatario il fabbisogno finanziario deve essere calcolato tenendo conto anche dei costi necessari per assicurare il rispetto: i) normativa in materia di sicurezza sul lavoro; ii) normativa a protezione dell'ambiente. La ristrutturazione deve pertanto avvenire in un contesto di legalità e presuppone il rispetto delle condizioni di sicurezza in cui deve essere esercitata qualsiasi impresa (art. 41 Cost); la soddisfazione dei creditori rimane pertanto condizionata dei costi per il soddisfacimento di tale esigenza.

Se partiamo da questa idea, è intuitivo comprendere che parlare di strumenti di prevenzione antimafia vuol dire occuparsi di processi di ristrutturazione della crisi d'impresa o della partecipazione degli operatori economici alle gare pubbliche; tali discipline possono essere comprese avendo quale criterio ordinatore la tutela e salvaguardia della continuità aziendale che rappresenta oggi l'evoluzione del concetto di fare impresa e una regola valoriale.

3. Gli strumenti di regolazione della crisi

L'impresa è un concetto economico di cui il diritto si interessa da tre angoli prospettici: i) soggettivo, (es. imprenditore individuale (art. 2082 c.c.) e collettivo (art. 2247 c.c.), assoggettabilità alla disciplina del codice della crisi); ii) organizzativo statico, (es. l'azienda cioè l'organizzazione in chiave economica o il concetto di liquidazione); iii) organizzativo dinamico (es. l'insolvenza, quale concetto finanziario e non economico).

L'esternalizzazione dell'organizzazione di impresa si realizza es-

senzialmente nella contrattazione che sintetizza le complesse attività di relazione tra gli operatori del mercato volte alla giuridificazione dell'azione economica attraverso l'assunzione di impegni vincolanti.

Per definire questo circuito molto ampio, la dottrina usa l'espressione "contratti dell'impresa", così da inglobare nella definizione tutti i contratti riferibili all'impresa, ossia stipulati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa. In questa categoria si distinguono: i contratti attinenti alla costituzione e organizzazione dell'impresa; i contratti attinenti all'attività d'impresa, i contratti attinenti al coordinamento dell'attività d'impresa, infine, i contratti sulla crisi d'impresa.

Il diritto negoziale delle ristrutturazioni è la frontiera più avanzata del diritto dei contratti e si definisce in ragione della struttura della decisione sulla composizione del debito e, eventualmente, sulla ristrutturazione dell'impresa:

- a) in primo luogo, vi è l'accordo contrattuale che governa i negozi sul debito tipizzati nel codice, siano essi realizzati sul mercato (accordi attuativi dei piani attestati) oppure sottoposti a una procedura di omologazione (accordi di ristrutturazione dei debiti), o infine negoziati all'interno del percorso legalmente stabilito della composizione negoziata della crisi (cfr. paragrafo 4 che segue);
- b) in secondo luogo, si tratta della deliberazione maggioritaria dei creditori sulla proposta presentata dal debitore in una procedura di natura concordataria a carattere deliberativo (concordato preventivo, piano di ristrutturazione soggetto ad omologazione, concordato minore o concordato nella liquidazione giudiziale);
- c) in terzo luogo, rilevano le procedure concordatarie cd. coattive, in cui il tribunale omologa la proposta del debitore senza che i creditori l'abbiano deliberata. Questi, tuttavia, possono far sempre valere i loro diritti presentando opposizione all'omologa.

È intuitivo rilevare le assonanze tra le valutazioni di idoneità delle misure organizzative funzionali ad eliminare il rischio di infiltrazione mafiosa e i giudizi sui processi di ristrutturazione del debito o dell'impresa, tipici del diritto delle ristrutturazioni; l'idea di "crisi" intesa quale incapacità reversibile e transitoria di adempiere alle obbligazioni assunte è generalmente associata con la "perdita di continuità aziendale", anche se i due concetti, andrebbero tenuti distinti: la crisi è legata alla perdita di equilibrio economico nella gestione (cioè la capacità di conseguire ricavi superiori costi di esercizio) o dell'equilibrio monetario (come l'attitudine di prevedere i flussi di entrate monetarie mio ritorni a fronteggiare le uscite) mentre la perdita di continuità può dipendere anche da fattori diversi ed ulteriori di natura non economica quali: la perdita di quote di mercato o di relazioni con fornitori strategici, il venir meno di amministratori e dirigenti fondamentali per l'esercizio dell'attività, il rischio insito in contenziosi legali o modifiche legislative, la contiguità con fenomeni illegali.

Quando ciò accade, occorre domandarsi come si conciliano la libertà di iniziativa economica e i percorsi di ristrutturazione governati dall'Autorità (giudiziarie o amministrative); costituisce un'evenienza frequente che, in conseguenza delle misure organizzative adottate per "neutralizzare" il rischio di infiltrazione mafiosa, la società entri in crisi.

Gli approcci classici sui rapporti tra l'idea di "continuità aziendale" e il contrasto all'impresa mafiosa, partendo da una visione parcellizzata e statica hanno avuto il limite di ridimensionare la

10. T.a.r. Liguria ord., 18 settembre 2023.

tematica affermando che l'impresa mafiosa è normalmente un'impresa che, sin dall'origine, non si pone alcuna prospettiva di continuità aziendale, in quanto società "*nate per fallire*" che servono a drenare e/o monetizzare il profitto. Ciò è vero, ma solo in parte. Ampliando la visuale e collocando questi operatori economici "in odore di mafia" all'interno del mercato, si pongono immediatamente nuovi scenari: chi conclude contratti con tali imprese? in attuazione di quali strategie gestionali? le decisioni di esternalizzazione della produzione di beni e/o servizi a quali logiche sottendono o rispondono? il venir meno dell'impresa ausiliaria che ricadute presenta sull'organizzazione?

Questa è l'area di contiguità in cui si pone la necessità di coordinare gli strumenti di regolazione della crisi con le misure antimafia, al fine di preservare l'economia sana dalle contaminazioni ove la soluzione è offerta dai nuovi strumenti offerti dal diritto delle ristrutturazioni che costituiranno per gli amministratori, anche giudiziari, la strada maestra per restituire all'alveo della legalità operatori economici che abbiano attuato politiche contrattuali illegali conquistando posizioni di dominanza di mercato in danno di concorrenti.

4. L'ambito della composizione negoziata della crisi: una trattativa "rischiosa"

La composizione negoziata della crisi è la disciplina della trattativa contrattuale (1337 c.c.) che prelude all'adozione di uno strumento di regolazione della crisi; nell'istituto affidato alla libertà negoziale di debitore e creditori si cerca un punto di equilibrio ottimale nella soluzione della crisi d'impresa. La trattativa proceduralizzata è ammessa per tutti gli imprenditori, senza alcuna distinzione: ciò rappresenta un'ulteriore novità in quanto sono inclusi anche gli imprenditori minori e agricoli, prevedendo alcune semplificazioni. Si tratta della soglia più avanzata prevista dall'ordinamento per un intervento di ristrutturazione, siamo sempre nell'area dell'insolvenza prospettica ma nella sua fase genetica. In altri termini, per integrare questa condizione è sufficiente lo squilibrio patrimoniale o economico finanziario, in quanto non si richiede in aggiunta che tali squilibri possano comportare nei mesi successivi la perdita della continuità aziendale quale evento probabile, è sufficiente che possano comportare la perdita della continuità aziendale quale evento semplicemente possibile.

L'unica condizione di accesso alla composizione è nella non irragionevolezza del tentativo di ristrutturazione; anche il mutamento della condizione soggettiva del debitore che potrebbe trasformarsi da stato di "*pre crisi*" ad insolvenza non determina il venir meno del percorso di soluzione della crisi purché permanga la prospettiva del risanamento ossia la reversibilità dell'insolvenza.

La regolazione della composizione negoziata della crisi è stata coniata come un'area fuori dalla giurisdizione che, a differenza di quanto era previsto per la composizione assistita, si fonda esclusivamente sulle decisioni del debitore essendo soltanto a lui riservato di richiedere la nomina dell'esperto e di avviare così la ristrutturazione assistita.

La natura privata della composizione negoziata ha evidenziato i suoi limiti nei rapporti con la disciplina (extra codice) dell'amministrazione straordinaria, oggetto di una recente modifica introdotta dal D.L. n. 4/2024 all'art. 2, comma 2, D.L. n. 347/2003 conv. L. n. 39/2004 – con la quale il legislatore è intervenuto decidendo con una norma *ad hoc* l'esito dei procedimenti di composizione negoziata in corso al momento della sua entrata in vigore (art. 1, D.L. n. 4/2024 ultima parte "Se alla data di presen-

tazione dell'istanza di ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria risulta depositata la domanda di nomina dell'esperto di cui all'articolo 12 decreto legislativo n. 14 del 2019, la relativa domanda è archiviata").

È evidente che tale disposizione sarebbe stata sospetta di illegittimità costituzionale ove fosse intervenuta su un percorso di ristrutturazione giurisdizionale per condizionare l'esito in corso di giudizio, essendo preclusa l'adozione di leggi che abbiano "il solo scopo di aggirare il controllo giurisdizionale"¹¹. L'ambito negoziale della composizione ha consentito, di contro, la possibilità di una interruzione della trattativa "*ex lege*" esautorando la libertà negoziale delle parti (debitore e creditori). In tal modo è stata preferita una strada già percorsa, in altre vicende di rilievo nazionale, in cui il Legislatore ha scelto di amministrare per "decreto legge" incidendo sulla libertà contrattuale o sulla discrezionalità amministrativa con inevitabili riflessi sui limiti del sindacato giudiziale, circoscritto a quello di legittimità costituzionale e tensioni con il principio costituzionale della separazione dei poteri.

La legittimazione riservata a presentare l'istanza e l'impermeabilità alle iniziative del pubblico ministero, inserisce questo percorso di ristrutturazione nella dinamica propria degli strumenti contrattuali fondati sull'iniziativa delle parti e conseguentemente pone l'istituto a una certa distanza rispetto al concordato preventivo, in cui alla preventiva legittimazione del debitore, segue la legittimazione di altri interessati a presentare proposte concorrenti.

La composizione negoziata non è uno strumento di ristrutturazione ma è uno spazio regolamentato di trattativa che se il debitore decide di farvi ricorso può precedere l'adozione di uno strumento di ristrutturazione. In tale ambito, l'intervento giurisdizionale è solo eventuale ed episodico in quanto previsto unicamente per i provvedimenti che incidono su diritti soggettivi come l'adozione di misure protettive o l'autorizzazione di finanziamenti in prededuzione.

In tale fattispecie il diritto dell'insolvenza non si presenta quale procedura concorsuale ma quale semplice percorso sulla trattativa regolamentato per la soluzione contrattuale della crisi; il percorso compositivo è espressione di un metodo appropriato per anti-

¹¹ Cfr. Corte cost. nn. 137/2009, 190/2011, 85/2013, 168/2020, in tale ultima decisione la Corte Costituzionale pur ritenendo ammissibili le leggi-provvedimento, non sussistendo preclusioni né sul piano legislativo, né sul piano amministrativo, né sul piano della tutela giurisdizionale, ha affermato la necessità del rispetto della regola della "non irragionevolezza" della scelta, di cui all'art. 3 Cost. In particolare, si è puntualizzato che le leggi-provvedimento, devono soggiacere "*ad un rigoroso scrutinio di legittimità costituzionale per il pericolo di disparità di trattamento insito in previsioni di tipo particolare e derogatorio*". La legittimità costituzionale di tale tipo di leggi va valutata, pertanto, "*in relazione al loro specifico contenuto, con la conseguenza che devono emergere i criteri che ispirano le scelte con esse realizzate, nonché le relative modalità di attuazione*". Parte della dottrina distingue il caso delle leggi-provvedimento ammesse da quello delle leggi-provvedimento non ammesse. Tra le prime si ricomprende l'ipotesi in cui il legislatore "*prende in considerazione per la prima volta una situazione giuridica specifica o un evento*" e "*decide che quella situazione (o evento) esige una specifica disciplina che fa capo con quella specifica situazione (o evento) e dunque muore tra esse*". Tra le seconde si ricomprendono: i) le leggi-provvedimento che, se avessero il contenuto degli atti amministrativi, sarebbero illegittime per eccesso di potere; ii) le leggi meramente esecutive di precedenti leggi, che perseguono lo scopo di "aggirare" il rapporto che deve intercorrere, secondo Costituzione, tra legge e atti amministrativi, realizzando una "frode alla Costituzione"; iii) le leggi che hanno "il solo scopo di aggirare il controllo giurisdizionale" (G.U. Rescigno, *Dalla sentenza n. 137/2009 della Corte Costituzionale a riflessioni più generali sulle leggi-provvedimento*, in *Dir. Pubbl.*, 2, p. 319 ss.).

pare al massimo la trattazione del problema della continuità aziendale messa in pericolo.

Al posto del tribunale è prevista la centralità di un professionista del diritto dell'insolvenza di nomina giudiziaria o amministrativa che possa condurre una mediazione degli interessi in gioco al fine di favorire l'incontro tra le parti che non avviene sul mercato ma all'interno di un percorso governato da regole precise che tutti sono chiamati a rispettare. Per tale caratteristica, i percorsi compositivi di natura contrattuale si avvicinano a quelli del diritto civile processuale, potendosi la procedura inserire nel novero delle "alternative dispute resolution" (ADR) finalizzate ad alleggerire il lavoro delle corti e favorire la composizione amichevole delle liti attraverso l'assistenza di un soggetto terzo.

La tenuta stagna della composizione negoziata dalle possibili insidie giudiziarie è costruita attraverso uno statuto di guarantee a tutela dell'esperto che, pur essendo un attore in posizione di indipendenza dal debitore (art. 13 CCII) viene equiparato al suo difensore escludendolo dalla sfera dei destinatari di atti investigativi (art. 16, comma 3, CCII), trovando applicazione l'articolo 103 c.p.p., nonché sollevandolo dall'obbligo di riferire su quanto appreso nell'esercizio delle sue funzioni.

L'articolo 16 CCII stabilisce che le parti, debitore, creditori e altri interessati, sono tenute a comportarsi secondo il canone della buona fede nel corso delle trattative collaborando lealmente tra di loro e con l'esperto. Il debitore deve adempiere due doveri: i) rendere una completa e trasparente e informativa sulla situazione dell'impresa; ii) gestire l'impresa e compiere atti di disposizione del patrimonio senza arrecare ingiusto pregiudizio ai creditori. Il dovere di informazione e trasparenza può anche richiedere di concedere il consenso alla consultazione da parte dei soggetti interessati delle informazioni contenute nelle banche dati di cui all'articolo 14 CCII; il dovere gestorio è di non arrecare pregiudizi ai creditori ingiustamente: ossia oltre il limite segnato dalla corretta conduzione dell'impresa nella salvaguardia dell'interesse dei creditori.

L'imprenditore presenta istanza di nomina dell'esperto è tenuto alla compilazione di un modello informativo e la domanda deve essere corredata da una cospicua documentazione idonea a rappresentare la situazione complessiva dell'impresa che comprende: i bilanci degli ultimi tre esercizi, le dichiarazioni dei redditi e dell'iva degli ultimi tre periodi di imposta, una situazione patrimoniale e finanziaria aggiornata; un progetto di piano di risanamento e una sintetica relazione sull'attività esercitata comprensiva di un piano finanziario per i successivi sei mesi dell'iniziativa che si intende adottare; l'elenco dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti scaduti a scadere dell'esistenza di garanzia; il certificato unico dei debiti tributari, la situazione debitoria e complessiva richiesta all'agenzia delle entrate riscossione; il certificato dei debiti contributivi e premi assicurativi un estratto delle informazioni presenti nella centrale dei rischi.

Una prima difficoltà della trattativa è nel tipo di informazioni necessarie ad una decisione consapevole: infatti, nel caso dei contratti di ristrutturazione investe la complessiva situazione in cui si trova il debitore e non un singolo affare a ciò si aggiunga che i creditori devono accettare di astenersi dall'esercizio dei loro poteri di autotutela il che richiede una loro condivisione e fiducia delle iniziative del debitore.

Interessi coinvolti nella disciplina in esame si palesano all'evidenza contrapposti: da un lato vi è la libertà negoziale del debitore dilatata fino alla possibilità di concludere accordi con i suoi creditori funzionali alla continuità aziendale, dall'altra la necessità di neutralizzare il rischio di abuso insito in ogni libertà che nella specie

si annida nel possibile uso dilatorio della trattativa procedimentalizzazione per ritardare l'emersione di uno stato di insolvenza non più reversibile.

Gli anticorpi a tale rischio interni alla composizione negoziata operano unicamente sul piano civilistico attraverso una tecnica di tutele già utilizzata nella disciplina dei contratti d'impresa consistente nella positivizzazione di doveri di trasparenza (art. 16, comma 4, CCII) e di reciproca collaborazione leale (art. 16, comma 4) aventi matrice e derivazione dalla clausola generale di buona fede; tali regole mantengono tuttavia una rilevanza sul piano della responsabilità, senza tradursi in parametri di validità dei negozi conclusi in caso di buon esito delle trattative, se non nei limiti di rilevanza previsti dagli strumenti di tutela del Codice Civile per tutti i contratti.

5. La resistenza di un "antico" pregiudizio

In tale ambiente è esclusa la presenza del pubblico ministero ritenendosi operante un piano di interessi di matrice esclusivamente privato in cui si assiste ad una sorta di "socializzazione" della crisi tra il debitore e i suoi creditori. Uniche eccezioni sono costituite dalle parentesi di giurisdizione previste dagli articoli 19 e 22 che determinando la formazione di potere e diritti dei creditori richiedono l'intervento del giudice e la riespansione dei poteri di cui all'articolo 38 evocati dall'articolo 12 CCII.

Tuttavia, tale assetto regolatorio, pare fuorviato da una concezione dell'intervento del pubblico ministero quale soggetto della repressione la cui presenza è disincentivante l'utilizzo della trattativa ed ignora che la mancanza di raccordi con le prerogative e poteri dell'organo requirente, pone il concreto rischio del loro esercizio all'oscuro delle trattative in corso. È sufficiente far riferimento alla possibile proposizione di richieste di liquidazione giudiziale che traggano origine da notizie di insolvenza derivanti da procedimenti penali (es. relativi a reati tributari) che produrrebbero inevitabilmente una "discovery" della composizione negoziata con pregiudizio delle esigenze di riservatezza delle trattative e la necessità di attivare misure di protezione.

Il mancato coordinamento è ancor più critico tenuto conto che la L. 9 agosto 2023, n. 111, contenente la delega per la revisione del sistema tributario, ha previsto (art. 9, comma 1, lett. a), n. 5) l'estensione della transazione fiscale alla composizione negoziata della crisi.

Lo schema di decreto legislativo sulla fiscalità della crisi¹², con cui verrà data attuazione al principio direttivo contenuto nell'art. 9, comma 1, lett. a), n. 5 della citata legge delega n. 111/2023, prevede infatti la possibilità di un pagamento parziale e/o dilazionato dei debiti tributari anche nell'ambito della composizione negoziata della crisi, purché il pagamento offerto non sia deteriore per i rispettivi creditori rispetto alla liquidazione giudiziale e ciò risulti da un'attestazione rilasciata da un professionista indipendente. È esclusa in tale contesto la possibilità di "crown down", tenuto conto della natura dell'istituto, fondato sul consenso e senza previsioni di un procedimento di omologazione dell'accordo raggiunto.

Il legislatore, inoltre, prevede la facoltà per l'impresa debitrice di presentare, già in sede di trattativa nell'ambito della composizione negoziata, una proposta di transazione fiscale, in caso di esito in-

12. G. Andreani, *Transazione fiscale, indisponibilità del credito tributario e composizione negoziata della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 15 gennaio 2024.

fausto delle trattative con conseguente mancata individuazione di una soluzione fra quelle indicate al comma 1 dell'art. 23, del Codice e, ritenga necessario avvalersi delle disposizioni recate dal comma 2, lettere b) o d), del medesimo art. 23, sfociando detto percorso nell'accordo di ristrutturazione dei debiti o in altro strumento di regolazione della crisi in cui la transazione fiscale sia attuabile.

Tale percorso della trattativa rischia di essere condizionato dalla "variabile penale" quale, ad esempio, la richiesta di misure cautelari reali avanzate dal pubblico ministero a tutela dell'imposta evasa che continua ad essere trattata, nella giurisprudenza penale, quale credito a maggior tutela rispetto alle esigenze di ristrutturazione, in evidente disallineamento con la nuova idea di fondo del codice, anche in relazione alla disciplina del cd. "crown down". La tensione tra esigenze eterogenee è offerta dall'istituto della confisca tributaria che trova la sua disciplina nell'art. 12 *bis* del D.Lgs. n. 74 del 2000 (introdotto dall'art. 10, comma 1 del D.Lgs. n. 24/09/2015, n. 158), il cui comma 1 stabilisce che *"nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale per uno dei delitti previsti dal presente decreto, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca dei beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto"*. Il comma 2 dell'art. 12 *bis*, ha precisato che *"la confisca non opera per la parte che il contribuente si impegna a versare all'erario anche in presenza di sequestro"*, aggiungendo, subito dopo, che *"nel caso di mancato versamento la confisca è sempre disposta"*.

Al fine di attribuire un significato logicamente plausibile alla norma, deve necessariamente ritenersi che la locuzione *"non opera"* non significhi affatto che la confisca, a fronte dell'accordo rateale intervenuto, non possa essere adottata, quanto piuttosto, e più semplicemente, che la stessa non divenga efficace con riguardo alla parte "coperta" da tale impegno. La confisca *"non operativa"*, dunque, sarebbe una confisca applicata ma non eseguibile perché non (ancora) produttiva di effetti, la cui produzione sarebbe subordinata (condizionata) al verificarsi di un evento futuro ed incerto, costituito dal mancato pagamento del debito, fermo restando che, come recita il comma 2 dell'art. 12 *bis*, essa dovrà, comunque, essere *"disposta"*, *rectius* diventare efficace, allorché l'impegno non sia stato rispettato e il versamento "promesso" non si sia verificato.

Pertanto, anche in presenza di un piano rateale di versamento, la confisca potrà continuare ad essere comunque consentita, sia pure per gli importi non ancora corrisposti, così continuando ad essere consentito anche il sequestro ad essa finalizzato (per questa tesi v. Sez. 3, n. 5728 del 14 gennaio 2016, Orsetto, Rv. 266038). Sequestro che ai sensi dell'art. 323, comma 3 del codice di rito manterrà i suoi effetti in caso di pronuncia di una sentenza di condanna, qualora sia stata disposta la confisca *"ancorché condizionata"* delle cose sequestrate¹³.

13. Al verificarsi della condizione sospensiva, costituita dal mancato pagamento, la confisca sarà pienamente produttiva di effetti; il Pubblico ministero, ricevuta la comunicazione di inadempimento da parte dell'Amministrazione finanziaria, potrà mettere in esecuzione misura, con facoltà dell'interessato di ricorrere al giudice della cautela nel corso delle indagini preliminari o del processo, ovvero al giudice dell'esecuzione nelle forme dell'incidente previsto dall'art. 666 del codice di rito. Analoghe istanze, stavolta finalizzate alla revoca della misura reale, potranno essere, invece, adottate dall'interessato nell'ipotesi in cui egli provveda all'integrale pagamento del

Così ricostruiti, in termini generali, i confini dell'istituto, che comunque consentono, anche in presenza di un impegno "qualificato" da parte del contribuente, l'adozione della misura ablativa, anche in via cautelare, deve osservarsi come le considerazioni che precedono non siano inficiate dalla particolare natura dell'impegno di pagamento assunto dal debitore.

Potrebbe, infatti, sostenersi che la costituzione, sui beni del debitore, di un vincolo reale in grado di garantire comunque il soddisfacimento della pretesa creditoria, possa rendere superfluo disporre anche la misura penale, la cui adottabilità è del resto motivata, proprio con la necessità di non consentire al debitore di intaccare l'area della garanzia patrimoniale rappresentata dai suoi beni.

Sulla tematica è da rilevare che il Consiglio dei Ministri ha di recente approvato, in via preliminare, nell'esercizio della menzionata delega fiscale un decreto legislativo (cd. "decreto sanzioni") che provvede alla complessiva revisione del sistema sanzionatorio tributario, intervenendo anche sull'art. 12 *bis*, comma 2, D.Lgs. n. 74/2000 così riformulato *"Salvo che sussista il concreto pericolo di dispersione della garanzia patrimoniale, desumibile dalle condizioni reddituali, patrimoniali o finanziarie del reo, tenuto altresì conto della gravità del reato, il sequestro dei beni finalizzato alla confisca di cui al comma 1 non è disposto se il debito tributario è in corso di estinzione mediante rateizzazione, anche a seguito di procedure conciliative o di accertamento con adesione, sempre che, in detti casi, il contribuente risulti in regola con i relativi pagamenti"*; la modifica presenta una evidente e condivisibile finalità compositiva tra le esigenze di prevenzione penale e tutela della continuità aziendale che potrebbe essere ancor più calibrata se le limitazioni ai poteri cautelari reali fossero legate all'esistenza di piani di rateizzazione del debito erariale funzionali al buon esito di percorsi di composizione o ristrutturazione.

In tal modo, il debitore sarebbe ulteriormente incentivato al loro utilizzo tempestivo e si eviterebbero abusi dello strumento della rateizzazione ove attivato con l'unica finalità di "protezione" dal sequestro penale.

Rinunciare, infatti, all'applicazione del sequestro preventivo, sulla base dell'esistenza di altri strumenti idonei a impedire il compimento di atti di disposizione sui beni *de quibus*, determinerebbe una situazione di rischio per le finanze dello Stato tutelate anche attraverso le norme penali, considerato che tali strumenti potrebbero essere revocati o comunque resi inefficaci, senza alcuna possibilità di interlocuzione, in merito, da parte degli organi del processo penale. Senza considerare, inoltre, che in relazione al profitto conseguito dei reati tributari l'applicazione della confisca ha, tuttora, carattere obbligatorio e che, pertanto, è sottratta al pubblico ministero e al giudice procedente la possibilità, in pre-

debito. Nel caso in cui, invece, il debitore non abbia provveduto all'integrale pagamento delle somme dovute, gli effetti del provvedimento ablativo non resterebbero paralizzanti, sicché potrebbe darsi corso alla relativa procedura esecutiva secondo le regole ordinarie. Ferma restando, in ogni caso, la possibilità, per il giudice competente, di procedere, su richiesta dell'interessato, in corrispondenza del pagamento progressivo delle rate, al dissequestro parziale dei beni per un valore corrispondente alle somme versate all'Erario, non potendo il sequestro preventivo essere mantenuto sull'intero ammontare del profitto derivante dal mancato pagamento dell'imposta evasa, poiché, altrimenti, verrebbe a determinarsi una inammissibile duplicazione sanzionatoria, in contrasto con il principio secondo il quale l'ablazione definitiva di un bene non può mai essere superiore al vantaggio economico conseguito dall'azione delittuosa (Sez. 3, n. 20887 del 15 aprile 2015, Aumentata, Rv. 263409; Sez. 3, n. 4097 del 19 gennaio 2016, Tomasi Canovo, Rv. 265843).

senza dei presupposti di legge, di non provvedere all'applicazione della misura ablativa¹⁴.

Più in generale, la regolazione della composizione negoziata insensibile alla presenza del pubblico ministero pare non tener in debito conto l'esistenza di poteri investigativi e cautelari che per essere correttamente valutati richiedono la necessaria conoscenza del pubblico ministero dell'esistenza di una trattativa, quale soggetto cui compete una legittimazione nell'interesse della legge a tutela del debito erariale che rappresenta un creditore stabilmente seduto al tavolo della negoziazione.

Una soluzione potrebbe essere offerta nella ricerca di un punto di equilibrio tra esigenze della parte pubblica e riservatezza cd. "economico finanziaria", osservando che il bilanciamento va operato tenendo conto che non trovano applicazione, né il criterio della stretta indispensabilità (riferito a dati sensibili e giudiziari) né dell'indispensabilità e pari rango (riferito ai dati super sensibili); tale equilibrio potrebbe essere individuato in meccanismi di coordinamento di natura convenzionale tra soggetti pubblici che prevedano la trasmissione al pubblico ministero della relazione conclusiva dell'esperto redatta all'esito delle trattative¹⁵.

In tal modo, per un verso, verrebbe preservata la libertà negoziale in pendenza delle trattative, dall'altro si garantirebbe una corretta informazione del pubblico ministero al fine dell'esercizio delle sue prerogative tenuto conto altresì che l'esito infruttuoso delle trattative potrebbe determinare l'apertura di una procedura concorsuale di liquidazione (art. 23, comma 2, lett. c) e d) della quale è parte processuale, anche il pubblico ministero.

Tale esigenza è ancor più pregnante se si considera che i rapporti tra l'organo inquirente e i processi di ristrutturazione non sono limitati alle discipline del codice della crisi, un esempio è offerto dagli strumenti di prevenzione dell'infiltrazione mafiosa quali

l'amministrazione e il controllo giudiziale (artt. 34 e 34 *bis* codice antimafia) o dei modelli organizzativi per la prevenzione dei reati (D.Lgs. n. 231/2001).

6. Considerazioni conclusive

In conclusione, occorre chiedersi quale sia il *filo rosso* che consente di creare ponti tra discipline eterogenee quali, ad esempio, il codice della crisi e il codice antimafia.

Il tema comune è nella valutazione di assetti organizzativi frutto di accordi negoziale che trovano la loro causa "in concreto" nella attuazione di piani aziendali di ristrutturazione dell'impresa; l'organo requirente partecipa alla loro valutazione attraverso l'espressione di pareri o l'esercizio di potere di vigilanza e l'oggetto del suo sindacato è l'idoneità dei processi a risolvere la causa della crisi che può dipendere da squilibri economico finanziari collegati a contaminazione con imprese mafiose avvenuti nel solco della contrattazione d'impresa (es. contratti di lavori, servizi e fornitura e sub contratti). Il punto di contatto è nell'idea di continuità aziendale cioè nel guardare l'esercizio dell'impresa in una prospettiva di durata, avendo chiaro che il valore dell'organizzazione da tutelare non è incentrato unicamente sulla dimensione della capacità di profitto ma nella capacità di produzione di ricchezza che coinvolge una fascia di interessi più complessa della tutela dei creditori includendo i rapporti di lavoro la presenza di stabili relazioni di subfornitura (cd. indotto) e più in generale il tessuto economico territoriale di riferimento.

In tale cornice un organo requirente in possesso delle informazioni sullo stato delle trattative costituirà un valore aggiunto più che un pericolo da evitare.

¹⁴ Si tratta di orientamento di recente riaffermato dalla Cass., Sez. Un., 6 ottobre 2023, n. 40797 secondo cui: "*L'avvio della procedura fallimentare non osta all'adozione o alla permanenza, ove già disposto, del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per reati tributari*". Il massimo organo di nomofilachia ha ribadito che l'obbligatorietà della confisca del profitto dei reati tributari comporta la prevalenza del vincolo penalistico rispetto ai diritti incidenti, per effetto della pendenza di una procedura concorsuale, sul patrimonio del soggetto sottoposto alla cautela reale, perché i beni restano nella titolarità del fallito e non "passano" al curatore, mantenendosi la necessità di sottrarli al primo, non venendo in rilievo la deroga del "terzo estraneo" di cui all'art. 12 *bis*, D.Lgs. n. 74 del 2000 e dovendosi ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato, senza che la procedura concorsuale possa assumere un effetto di "imprevedibilità".

¹⁵ Infatti, trascorsi sei mesi dall'accettazione dell'incarico da parte dell'esperto, esso si considera concluso se non sono state individuate soluzioni per il superamento della crisi; l'incarico può proseguire anche oltre fino al termine massimo di un anno, se tutte le parti lo richiedono ed esperto vi acconsente quando la prosecuzione si renda necessaria poiché l'imprenditore ha chiesto misure protettive o autorizzazioni al tribunale. Al termine dell'incarico l'esperto redige una relazione finale che inserisce nella piattaforma e comunica all'imprenditore in caso di concessione delle misure protettive e cautelari al giudice affinché siano revocate segue l'archiviazione dell'istanza di composizione negoziata l'imprenditore non può presentare una nuova istanza prima di un anno dall'archiviazione a meno che non sia lui a richiederla entro due anni dall'accettazione dell'esperto nel qual caso il termine è ridotto a quattro mesi (art. 17, comma 9).

Cass., Sez. 1, 9 aprile 2024, n. 9522, Pres. Valitutti, Est. Catallozzi

CONCORDATO PREVENTIVO – Divieto dei pagamenti – Conseguenze in punto di regolarità contributiva.

Il divieto legale dei pagamenti imposto all'imprenditore per effetto dell'ammissione alla procedura di concordato preventivo, desumibile dal disposto dell'art. 168 L. fall., comporta che il debitore – sussistendo detta causa legale di sospensione – si trova in una situazione idonea a determinare la regolarità contributiva dell'impresa, ai sensi dell'art. 5, lett. b), del D.M. 24 ottobre 2007.



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta da

Antonio Valitutti	- Presidente -
Umberto Luigi Cesare	
Giuseppe Scotti	- Consigliere -
Marco Marulli	- Consigliere -
Roberto Giovanni Conti	- Consigliere -
Paolo Catallozzi	- Consigliere Rel. -

ha pronunciato la seguente

ORDINANZA

sul ricorso iscritto al n. 29795/2019 R.G. proposto da Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'informazione e l'editoria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, domicilia *ope legis*

- *ricorrente* -

contro

(OMISSIS), in persona del Commissario Liquidatore *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. Valerio Di Gravio e Roberto Carleo, con domicilio eletto presso lo studio del primo, sito in Roma, via Barnaba Oriani, 85

- *controricorrente* -

avverso la sentenza della Corte di appello di Roma n. 4610/2019, depositata l'8 luglio 2019.

Udita la relazione svolta nella camera di consiglio del 17 gennaio 2024 dal Consigliere Paolo Catallozzi

RILEVATO CHE:

- la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per l'informazione e l'editoria propone ricorso per cassazione avverso la sentenza della Corte di appello di Roma, depositata l'8 luglio 2019, di reiezione dell'appello per la riforma della sentenza del locale Tribunale che, accogliendo la domanda della (OMISSIS) (sottoposta a liquidazione coatta amministrativa nelle more del giudizio di primo grado), la aveva condannata al pagamento in favore di quest'ultima della somma di euro 2.530.000,00, oltre interessi legali, quale contributo pubblico per l'editoria per l'anno 2011, ai sensi dell'art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 250;
- la Corte di appello, premessa la sussistenza della giurisdizione del giudice ordinario in ragione della ritenuta assenza di discrezionalità dell'Amministrazione statale sull'*an, quid e quomodo* dell'erogazione richiesta, ha confermato la decisione di primo grado, evidenziando che la presentazione della domanda di ammissione della società alla procedura di concordato preventivo costituiva causa di sospensione degli obblighi e dei pagamenti contributivi, ai sensi dell'art. 5, secondo comma, d.m. 24 ottobre 2007, e, conseguentemente, esentava la richiedente dall'obbligo di produrre l'attestazione della regolarità contributiva previdenziale, la cui assenza era stata elevata dall'Amministrazione a motivo della non concessione del contributo richiesto;
- il ricorso è affidato a quattro motivi;
- resiste con controricorso (OMISSIS);
- quest'ultima deposita memoria ai sensi dell'art. 380-bis.1 cod. proc. civ.;

CONSIDERATO CHE:

- con il primo motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 168 legge fall. e 5, secondo comma, lett. b), d.m. 24 ottobre 2007, per aver la sentenza impugnata ritenuto che l'ammissione della società alla procedura di liquidazione coatta amministrativa determinasse una sospensione dei pagamenti rilevante ai fini della sussistenza della regolarità contributiva;
- evidenzia, in proposito, che l'art. 5, secondo comma, lett. b), d.m. 24 ottobre 2007 (cd. decreto DURC), nel prevedere che la regolarità contributiva sussiste (anche) in caso di sospensioni

dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative, consente di considerare sussistente la regolarità contributiva nelle ipotesi in cui specifiche disposizioni di legge stabiliscono la «sospensione» dei pagamenti, tra le quali non può farsi rientrare il divieto di pagamenti lesivi della *par condicio* conseguente all'ammissione di un'impresa alla procedura di liquidazione coatta amministrativa;

- specifica che, in tema di procedure concorsuali, una sospensione legislativa dei pagamenti è prevista solo dall'art. 186 *bis* legge fall. (nella formulazione vigente *ratione temporis*) in costanza di una procedura di concordato preventivo con continuità aziendale, il cui piano preveda una moratoria sino ad un anno dall'omologazione per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, tra cui rientrano i contributi previdenziali e assistenziali, in ragione della finalità di risanamento dell'impresa cui tale procedura è preordinata, ma non anche in caso di liquidazione coatta amministrativa, cui tale finalità è estranea, stante la natura liquidatoria della procedura;
- il motivo è infondato;
- giova rammentare che secondo la disciplina applicabile al caso in esame *ratione temporis* i contributi per l'editoria in oggetto sono erogati in un'unica soluzione entro l'anno successivo a quello di riferimento (art. 1, comma 454, l. 23 dicembre 2005, n. 266) e a tal fine il richiedente è tenuto a depositare domanda entro il 31 gennaio di tale anno, successivo a quello di riferimento (art. 8, secondo comma, d.P.R. 25 novembre 2010, n. 223) e la relativa documentazione, a pena di decadenza dal diritto alla percezione dei contributi, entro il 30 settembre successivo alla scadenza del termine di presentazione della domanda (art. 10, secondo comma, l. 1° ottobre 2007, n. 159);
- come espressamente stabilito dall'art. 10, quarto comma, l.n. 159 del 2007, tale termine trova applicazione anche alla dimostrazione del requisito della regolarità contributiva previdenziale relativa all'anno di riferimento dei contributi imposto dall'art. 14, d.P.R. 27 aprile 1982, n. 268;
- orbene, la Corte di appello ha ritenuto la presentazione da parte della società della domanda di concordato preventivo prenotativo ex art. 161, sesto comma, legge fall. in data 28 settembre 2012, ossia due giorni prima della scadenza del termine per il deposito della documentazione relativa alla richiesta dei contributi per l'editoria, integrasse, in ragione del conseguente divieto di effettuare pagamenti, «una ipotesi generale di sospensione legale degli obblighi e dei pagamenti contributivi, come previsto dall'art. 5 DURC cit.», tale da giustificare la mancata attestazione della richiesta regolarità contributiva da parte degli enti previdenziali;
- va premesso che non è concludente il riferimento operato dalla ricorrente alla natura liquidatoria della procedura di liquidazione coatta amministrativa, atteso che alla scadenza del termine per la presentazione della documentazione e, dunque, al momento in cui gli elementi della fattispecie del diritto azionato devono essere venuti a esistenza, la società non era stata ancora sottoposta a tale procedura, circostanza verificatasi con decreto del 4 luglio 2013;
- si osserva, quindi, che dopo l'ammissione alla procedura del concordato preventivo non sono consentiti pagamenti lesivi della *par condicio creditorum*, come desumibile dal sistema

normativo previsto per la regolamentazione degli effetti del concordato e in particolare dall'art. 168 legge fall. che, nel porre il divieto di azioni esecutive da parte dei creditori, comporta implicitamente il divieto di pagamento di debiti anteriori, perché sarebbe incongruo che ciò che il creditore non può ottenere in via di esecuzione forzata possa conseguire in virtù di spontaneo adempimento, essendo in entrambi i casi violato proprio il principio di parità di trattamento dei creditori (cfr. Cass. 12 gennaio 2007, n. 578);

- può, dunque, condividersi l'assunto della Corte territoriale secondo cui la presentazione della domanda di concordato preventivo ha determinato una situazione di sospensione dei pagamenti riconducibile all'operatività di disposizioni legislative, in quanto tale idonea a determinare la regolarità contributiva dell'impresa ai sensi dell'art. 5, lett. b) del d.m. 24 ottobre 2007, secondo il quale la regolarità contributiva sussiste (anche) «in caso di sospensioni dei pagamenti a seguito di disposizioni legislative»;
- non persuasiva è, poi, la tesi dell'Amministrazione statale che fa conseguire la sospensione legale dei pagamenti preconcordatori solo alla domanda di concordato preventivo con continuità aziendale, in quanto, in primo luogo, la prospettata differente disciplina sul punto tra le diverse forme di concordato preventivo non trova conferma nel quadro normativo di riferimento;
- l'esistenza del divieto, previsto dall'art. 182 *quinquies*, quinto comma, legge fall., di effettuare pagamenti di crediti preconcordatori scaduti in costanza di un concordato preventivo con continuità aziendale, ossia in una situazione in cui il principio della *par condicio creditorum* è declinato con minor rigore in funzione del perseguimento della finalità del risanamento aziendale (cfr., in tema, Cass. 19 novembre 2018, n. 29742), se non in presenza dell'autorizzazione del tribunale (cfr. Cass. 19 febbraio 2016, n. 3324; vedi, anche, Cass. 11 maggio 2023, n. 12810), costituisce, semmai, un argomento a conforto della tesi della sussistenza di un siffatto divieto anche nei casi in cui non avendo la procedura concorsuale quale suo obiettivo la prosecuzione dell'attività di impresa è maggiore l'esigenza di assicurare il rispetto della parità di trattamento tra i creditori;
- in secondo luogo, si osserva che la concessione del contributo in oggetto non è finalizzata ad agevolare *ex ante* un'impresa ancora in esercizio, in relazione a spese da sostenere in futuro, ma a sovvenzionare *ex post* l'impresa per le spese sostenute nel periodo di riferimento, per cui non concludente è l'argomento della destinazione della società alla cessazione della sua attività;
- con il secondo motivo la ricorrente deduce la nullità della sentenza per violazione dell'art. 345 cod. proc. civ., nella parte in cui ha ritenuto inammissibile, in quanto proposta per la prima volta solo in appello, l'eccezione relativa all'esistenza di un limite invalicabile di spesa nell'erogazione dei contributi, consistente nell'ammontare delle risorse stanziare nell'apposito capitolo di bilancio della Presidenza del Consiglio dei Ministri, di cui il Tribunale non avrebbe tenuto conto;
- rileva, sul punto, che tale eccezione era stata oggetto di motivo di appello diretto ad aggredire un autonomo capo della sentenza di primo grado;

- con il terzo motivo si duole della nullità della sentenza per violazione dell'art. 342 cod. proc. civ., nella parte in cui ha ritenuto che il *quantum debeatur* non fosse stato oggetto di specifica contestazione;
- i motivi, esaminabili congiuntamente, sono fondati;
- come riferito dalla ricorrente, la Corte territoriale, nel pronunciarsi sul motivo di gravame concernente il *quantum* della pretesa azionata dalla società, ha ritenuto che lo stesso veicolasse una eccezione che, in quanto proposta solo in sede di appello, fosse inammissibile per tardività e, inoltre, ha aggiunto che, in ogni caso, l'importo richiesto non era stato contestato dalla difesa erariale;
- sul punto, si evidenzia, invece, che la deduzione della parte di essere debitrice di un importo inferiore rispetto a quello preteso dalla controparte non costituisce un'eccezione, ma una mera difesa, risolvendosi nella negazione della fondatezza della pretesa avversaria nella sua integralità, che è sottratta al divieto di nuove eccezioni in appello stabilito dall'art. 345, secondo comma, cod. proc. civ. (cfr. Cass. 6 maggio 2020, n. 8525; Cass. 1° ottobre 2018, n. 23796);
- non può, poi, condividersi la valutazione di inammissibilità del motivo di gravame per assenza di specificità, atteso che l'esame di tale motivo debitamente riprodotto nel motivo di ricorso nella sua parte saliente evidenzia in modo adeguato le ragioni, in fatto e in diritto, su cui la critica si fonda;
- come noto, l'art. 342 cod. proc. civ. va interpretato nel senso che l'impugnazione deve contenere, a pena di inammissibilità, una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati

della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice, senza, tuttavia, che occorra l'utilizzo di particolari forme sacramentali o la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado, tenuto conto della permanente natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata (così, Cass., Sez. Un., 16 novembre 2017, n. 27199);

- all'accoglimento del secondo e del terzo motivo segue l'assorbimento del quarto motivo, con cui è fatta valere la violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 62, l. 23 dicembre 2009, n. 191, in quanto avente a oggetto una questione strettamente consequenziale;
- la sentenza impugnata va, pertanto, cassata con riferimento ai motivi accolti e rinviata, anche per le spese, alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione

P.Q.M.

La Corte accoglie il secondo e il terzo motivo del ricorso, rigetta il primo e dichiara assorbito il quarto; cassa la sentenza impugnata con riferimento ai motivi accolti e rinvia, anche per le spese, alla Corte di appello di Roma, in diversa composizione.
Così deciso in Roma, nell'adunanza camerale del 17 gennaio 2024.

Il Presidente

Cass., Sez. 1, 12 febbraio 2024, n. 3839, Pres. Ferro, Est. Fidanzia

STATO PASSIVO – Fallimento – Accertamento dello stato passivo – Nota di iscrizione ipotecaria – Surrogabilità – Esclusione.

In tema di accertamento del passivo in sede fallimentare, la nota di iscrizione ipotecaria costituisce un documento indefettibile ai fini della prova della garanzia ipotecaria del credito così insinuato, non altrimenti surrogabile da parte del richiedente l'ammissione.



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

MASSIMO FERRO	Presidente
FRANCESCO TERRUSI	Consigliere
COSMO CROLLA	Consigliere
ANDREA FIDANZIA	Consigliere-Rel.
GIUSEPPE DONGIACOMO	Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 24569/2021 R.G. proposto da:
(OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA VIA TOMMASO SALVINI 55, presso lo studio dell'avvocato D'ERRICO CARLO (OMISSIS) che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato LAZZATI MARCELLO (OMISSIS)

- ricorrente -

contro

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in PIACENZA VIA ROMAGNOLI 68, presso lo studio dell'avvocato CALTABIANO SALVATORE (OMISSIS) che lo rappresenta e difende

- controricorrente -

avverso il DECRETO del TRIBUNALE di PIACENZA n. 9689/2021 depositato il 30/07/2021.

Udita la relazione svolta nella udienza del 17/01/2024 dal Consigliere ANDREA FIDANZIA.

Udito il P.G. nella persona del sost. proc. gen. dott. G.B. Nardecchia che ha concluso per il rigetto del ricorso.

Uditi l'avvocato L. Zanicchi.

RILEVATO CHE

1. Il Tribunale di Piacenza Nocera, in parziale accoglimento dell'opposizione ex art. 98 legge fall. proposta dal (OMISSIS) avverso il decreto con cui il Giudice Delegato del fallimento (OMISSIS) aveva rigettato, *"per carenza di valida prova e documentazione attestante il credito richiesto"*, la sua domanda di insinuazione allo stato passivo del credito di € 63.125,912, vantato a titolo di mutuo fondiario, assistito da garanzia ipotecaria, ha ammesso il credito di € 60.979,63 in via chirografaria.

Il giudice di primo grado ha osservato che la banca creditrice non aveva fornito prova della sussistenza della garanzia ipotecaria, atteso che la nota di iscrizione ipotecaria era stata depositata dall'istituto di credito, non all'atto del deposito del ricorso ex art. 98 legge fall., ma, tardivamente, dopo la costituzione in giudizio della curatela, con conseguente inammissibilità di tale produzione. Avverso tale decreto ha proposto ricorso per cassazione il (OMISSIS) affidandolo ad un unico articolato motivo. Entrambe le parti hanno depositato le memorie ex art. 380 bis.1. cod. proc. civ..

Con ordinanza interlocutoria del 14.12.2022 la causa è stata rimessa in pubblica udienza al fine di approfondire la questione se la nota di iscrizione ipotecaria sia documento indispensabile per l'ammissione di un credito richiesto con prelazione.

CONSIDERATO CHE

1. È stata dedotta la nullità della decisione ai sensi dell'art. 360 comma 1° n. 4 cod. proc. civ. per omesso esame e valutazione della prova documentale offerta.

Lamenta la banca ricorrente che il Tribunale è incorso in un grave errore processuale, non avendo considerato che l'esistenza dell'ipoteca era ricavabile, col necessario grado di certezza, anche da altre risultanze documentali, ritualmente entrate nel processo ed ignorate senza valido motivo.

Il Tribunale ha, infatti, trascurato l'esistenza agli atti del doc. n. 7 di parte ricorrente, consistente nell'avviso ex art. 498 cod. proc. civ. che la (OMISSIS), a sua volta creditrice della (OMISSIS), aveva notificato al (OMISSIS), in osservanza dell'obbligo a carico del creditore pignorante di avvertire dell'espropriazione tutti "i creditori che sui beni pignorati hanno un diritto di prelazione risultante dai pubblici registri".

In particolare, dall'avviso ex art. 498 cod. proc. civ. era evinci-

bile che tra gli immobili pignorati dalla (OMISSIS) rientravano anche le tre unità immobiliari che la mutuataria (OMISSIS) aveva concesso in ipoteca all'allora (OMISSIS). Pertanto, la notifica dell'avviso ex art. 498 c.p.c. dimostrava che, all'epoca dei fatti, l'ipoteca fondiaria concessa da (OMISSIS) alla (OMISSIS) risultava iscritta ai RR.II.

Tale documento non era mai stato contestato dal curatore ed era stato prodotto in giudizio dalla banca sia in sede di ammissione al passivo, sia nel giudizio di opposizione allo stato passivo ex art. 98 legge fall.

Il Tribunale di Piacenza ha quindi ignorato un documento offerto in causa dal significato univoco ed inequivocabile.

Peraltro, lo stesso curatore non aveva mai, nello specifico, contestato che la (OMISSIS) avesse rilasciato ipoteca in sede di stipula del mutuo. Inoltre, tenuto conto che gli immobili di cui è causa erano pignorati, il curatore non poteva non avere conoscenza degli atti dell'esecuzione forzata nell'ambito della quale era stato fatto l'avviso ex art. 498 cod. proc. civ..

2. Il ricorso è infondato.

Va preliminarmente osservato che, sebbene la banca ricorrente abbia formalmente dedotto, in rubrica, la violazione dell'art. 360 comma 1° n. 4 cod. civ., in realtà, lo stesso istituto, nell'invocare l'omesso esame e valutazione, da parte del Tribunale di Piacenza, della prova documentale offerta, ha invece inteso, nella sostanza, far valere l'omessa valutazione del fatto (avviso ex art. 498 cod. proc. civ.) evincibile dal documento, ritenuto dall'istituto di credito decisivo ai fini del riconoscimento del rango ipotecario del credito. È stata quindi dedotta, nella sostanza, l'omesso esame di fatto decisivo del giudizio oggetto di discussione tra le parti, ex art. 360 comma 1° n. 5 cod. proc. civ. È, pertanto, in relazione a quest'ultima fattispecie che deve essere valutata la correttezza dell'operato del giudice di merito. Orbene, da avviso di questo Collegio, l'avviso ex art. 498 cod. proc. civ. rappresenta un fatto privo di decisività, non essendo in alcun modo un documento idoneo al riconoscimento del privilegio ipotecario – è, piuttosto, un elemento che condiziona un mero adempimento procedurale del curatore afferente alla fase della liquidazione, ma non spiega effetti sull'accertamento del credito – atteso che la nota di iscrizione ipotecaria costituisce, a tali fini, un documento indefettibile, e non surrogabile da altri elementi, quanto alla prova ad esempio dell'entità del capitale, gli interessi per i quali sussiste la causa di prelazione, le modalità di calcolo, le temporalità.

Va, infatti, osservato che, data la natura costitutiva della pubblicità ipotecaria, nel senso che il diritto di ipoteca si costituisce solo mediante l'iscrizione nei pubblici registri, tale iscrizione è elemento essenziale per il sorgere dell'ipoteca non solo rispetto ai terzi ma anche tra le parti, mentre il titolo (che può essere un documento contrattuale, la legge o un provvedimento giurisdizionale) attribuisce al creditore solo il diritto ad ottenere l'ipoteca, che prende vita proprio con l'iscrizione.

Ne consegue che l'iscrizione, e quindi l'esistenza dell'ipoteca, non può che essere provata se non con la nota di iscrizione ipotecaria, non potendosi dedurre, logicamente, da altra e diversa documentazione – come, invece, assume l'istituto ricorrente – l'effettiva iscrizione di tale diritto reale di garanzia, nonché le sue modalità.

E ciò in quanto la diversa documentazione non reca la minima indicazione sul fatto che la nota di iscrizione riporti tutte le indicazioni previste dall'art. 2839 cod. civ. (identità del debitore e del creditore, il titolo, la sua data ed il nome del pubblico ufficiale che lo ha ricevuto o autenticato, l'importo della somma per la quale l'iscrizione è presa, gli interessi e le annualità che il credito produce, il tempo della esigibilità, la natura e la situazione dei beni gravati, con le indicazioni prescritte dall'art. 2826 cod. civ.). Dai caratteri essenziali dell'ipoteca si desume non solo che essa nasce con l'iscrizione, che, come detto, ha efficacia costitutiva, ma anche che nasce validamente sulla base di quanto dichiarato dal richiedente nella nota di iscrizione, nei limiti in cui sussista la conformità tra la nota di iscrizione e il titolo su cui il diritto ad iscrivere ipoteca si fonda (nel senso che gli elementi essenziali, che devono essere riportati a pena di nullità nella nota, devono essere coincidenti con quelli risultanti dal titolo) (cfr. da ultimo Cass. 22534/2023).

La conseguenza di una eventuale divergenza sugli elementi essenziali è l'invalidità della iscrizione ipotecaria, in quanto la nota non può far nascere un diritto di garanzia privo di o non corrispondente al titolo; qualora, invece, la divergenza non riguardi un elemento essenziale, non vi è spazio per la declaratoria di nullità.

Infine, l'essentialità della nota di iscrizione ipotecaria, ai fini del riconoscimento del trattamento preferenziale del credito, si desume anche dal disposto dell'art. 2855, 2° comma, cod. civ. (norma richiamata dall'art. 54 comma 2° legge fall.), secondo cui "qualunque sia la specie d'ipoteca, l'iscrizione di un capitale che produce interessi fa collocare nello stesso grado gli interessi dovuti, purché ne sia enunciata la misura nell'iscrizione".

In particolare, da tale norma si evince che l'enunciazione nell'iscrizione della misura degli interessi è condizione per il riconoscimento della prelazione degli stessi (cfr. in tal senso: Cass. n. 641/75; Cass. n. 4069/95; Cass. n. 1869/2000; più recentemente, Cass. n. 9674/2008, Cass. n. 3494/2012). Pertanto, senza la produzione della nota d'iscrizione ipotecaria – l'avviso ex art. 498 cod. proc., invocato dalla banca ricorrente, non contiene alcuna minima indicazione sulla somma iscritta per capitale ed interessi – il giudice delegato non può ammettere al passivo con prelazione, neppure nella misura legale, gli interessi relativi al credito indicato nella cambiale ipotecaria (Cass. 15111/2001).

Alla luce di quanto sopra illustrato, non residua dubbio che il creditore che intenda insinuare al passivo un credito munito di garanzia ipotecaria sia tenuto a produrre con la domanda la relativa nota di iscrizione.

Deve quindi enunciarsi, a norma dell'art. 363 cod. proc. civ., il seguente principio di diritto: "In tema di accertamento del passivo in sede fallimentare, la nota di iscrizione ipotecaria costituisce un documento indefettibile, e non aliunde surrogabile, ai fini della prova, da parte del richiedente l'ammissione, della garanzia ipotecaria del credito così insinuato".

Infine, del tutto irrilevante è che il curatore potesse, nella fase di verifica dello stato passivo, non avere specificamente contestato che la (OMISSIS) avesse rilasciato ipoteca in sede di stipula del mutuo.

Va osservato che questa Corte (Cass. 8 agosto 2017, n. 19734;

Cass. 12973/2018; Cass. 6 agosto 2015, n. 16554) ha più volte enunciato il principio di diritto secondo cui il principio di non contestazione, che pure ha rilievo rispetto alla disciplina previgente quale tecnica di semplificazione della prova dei fatti dedotti, non comporta affatto l'automatica ammissione del credito allo stato passivo (e del rango richiesto) sol perché non sia stato avversato dal curatore (o dai creditori eventualmente presenti in sede di verifica), competendo al giudice delegato (e al tribunale fallimentare) il potere di sollevare, in via ufficiosa, ogni sorta di eccezioni in tema di verifica dei fatti e delle prove: l'accertamento sull'esistenza del titolo vantato nei confronti del fallimento, e dedotto in giudizio, deve essere dunque compiuto dal giudice ex officio in ogni stato e grado del processo, nell'ambito proprio di ognuna delle sue fasi, in base alla risultanze *rite et recte* acquisite nei limiti in cui tale rilievo non sia impedito o precluso in dipendenza di apposite regole. Le spese di lite seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso.

Condanna la banca ricorrente al pagamento delle spese processuali in favore della controricorrente, che liquida in € 8.200,00, di cui € 200,00 per esborsi, oltre spese forfetarie nella misura del 15% ed accessori di legge.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del DPR 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte della ricorrente dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1° bis dello stesso articolo 13.

Roma, così deciso il 17.1.2024

Il Consigliere est.
Andrea Fidanzia

Il Presidente
Massimo Ferro

Cass., Sez. Un., 19 marzo 2024, n. 7337, Pres. D'Ascola, Est. Terrusi

VENDITE FALLIMENTARI – Potere purgativo ex art. 108 L. fall. – Cancellazione dei gravami – Ambito – Limiti.

Nel sistema della legge fallimentare l'art. 108, comma 2, prevede il potere purgativo del giudice delegato in stretta ed esclusiva consonanza con l'espletamento della liquidazione concorsuale dell'attivo disciplinata nella Sezione II del Capo VI secondo le alternative indicate nell'art. 107, perché in essa il curatore esercita la funzione di legge secondo il parametro di legalità dettato nell'interesse esclusivo del ceto creditorio mediante gli appositi procedimenti destinati al fine; mentre è da escludere che la norma possa essere applicata – e il potere purgativo esercitato dal giudice delegato – nei diversi casi in cui il curatore agisca nell'ambito dell'art. 72, ultimo comma, L. fall. quale semplice sostituto del fallito, nell'adempimento di obblighi contrattuali da questo assunti con un preliminare di vendita.



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI**

Composta dagli Ill.mi Sig.ri Magistrati:

PASQUALE D'ASCOLA	- Primo Presidente Aggiunto -
GIACOMO TRAVAGLINO	- Presidente di Sezione -
MARIA ACIERNO	- Presidente di Sezione -
ORONZO DE MASI	- Consigliere -
ALBERTO GIUSTI	- Consigliere -
LINA RUBINO	- Consigliere -
GIULIA IOFRIDA	- Consigliere -
FRANCESCO TERRUSI	- Rel. Consigliere -
CATERINA MAROTTA	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 7704-2021 proposto da:
(OMISSIS), (OMISSIS), in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, elettivamente domiciliate in ROMA, LUNGOTEVERE DEI MELLINI 7, presso lo studio dell'avvocato MASSIMILIANO SILVETTI, rappresentate e difese dagli avvocati EDOARDO STAUNOVO POLACCO e GIORGIO TARZIA;

- ricorrenti -

contro

(OMISSIS), in persona del liquidatore pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA ANTONIO BERTOLONI 19, presso lo studio dell'avvocato LUCA IACOPINI, rappresentata e difesa dall'avvocato BARBARA ROVATI;
(OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA, VIA G.G. BELLI 27,

presso lo studio dell'avvocato PAOLA PETRILLI, che lo rappresenta e difende unitamente all'avvocato ANDREA FOLCO;

- controricorrenti -

avverso il decreto del TRIBUNALE di MONZA emesso il 13/01/2021 (r.g. 136-2018).

Udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 12/12/2023 dal Consigliere FRANCESCO TERRUSI;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale STANISLAO DE MATTEIS, che ha concluso per il rigetto del ricorso;
uditi gli avvocati Edoardo Staunovo Polacco, Giorgio Tarzia, Paola Petrilli e Barbara Rovati.

Fatti di causa

La (OMISSIS) propose reclamo contro il decreto col quale il giudice delegato al fallimento de (OMISSIS), dopo aver autorizzato il curatore a subentrare in un contratto preliminare di assegnazione in proprietà della porzione di un immobile a un socio, (OMISSIS), aveva disposto la cancellazione dei gravami insistenti sul bene. Tra i detti gravami era compresa un'ipoteca iscritta in data 30-10-2006 a favore della (OMISSIS), la quale prima del fallimento aveva promosso l'azione esecutiva a mezzo di pignoramento trascritto il 17-7-2018. La (OMISSIS) si era resa cessionaria del credito garantito. Nel proporre il reclamo la cessionaria evidenziò che il contratto preliminare era stato trascritto in data anteriore al fallimento e che il prezzo dovuto dal promissario acquirente era stato già interamente versato alla società cooperativa, sempre in epoca anteriore alla sentenza dichiarativa. Sostenne che alla fattispecie non fosse applicabile l'art. 108, secondo comma, legge fall., essendosi trattato di un mero subentro ex lege del curatore nel contratto preliminare (trascritto) di un immobile destinato a costituire abitazione principale dell'acquirente, e quindi non di una vendita forzata bensì di un atto consequenziale al preliminare, di natura totalmente privatistica. L'adito tribunale di Monza ha respinto il reclamo, e per motivare la decisione ha osservato che secondo l'orientamento evinto da una sentenza di questa Corte (Cass. Sez. 1 n. 3310-17) la vendita ex art. 72, ultimo comma, legge fall., sebbene attuata con forme

privatistiche, rimane una vendita fallimentare. E questo perché la vendita avviene comunque coattivamente, ossia a prescindere dalla volontà del titolare del diritto sul bene (l'impresa fallita), e all'interno di un procedimento di liquidazione concorsuale mediante un atto del curatore, soggetto rappresentante la massa dei creditori e lo stesso fallito.

Richiamando un conforme indirizzo di merito, il tribunale di Monza ha evidenziato che l'unica differenza rispetto agli altri atti di liquidazione fallimentare risiede, in tal caso, nel fatto che la scelta su come liquidare il bene è compiuta direttamente dal legislatore. Il quale ha inteso accordare al promissario acquirente della casa di abitazione una tutela privilegiata, facendo prevalere il suo diritto alla stipula del contratto definitivo sul diritto alla migliore soddisfazione economica delle ragioni del creditore ipotecario. Sicché invece l'accoglimento della diversa tesi della società reclamante avrebbe determinato un'abrogazione di fatto della tutela riconosciuta dall'art. 72 legge fall.

Il tribunale ha infine ritenuto non ostativo il diverso principio espresso da altra più recente decisione di questa Corte (Cass. Sez. 1 n. 23139-20), in quanto relativo alla fattispecie del concordato, e ha richiamato a ulteriore supporto della propria tesi la disciplina introdotta dall'art. 173, quarto comma, del Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza (*breviter* CCII), per la quale spetta al giudice delegato la potestà di cancellare, per l'appunto, le ipoteche gravanti sull'immobile venduto al promissario acquirente dal curatore subentrato nel contratto preliminare salva l'inopponibilità della metà degli acconti già versati.

La (OMISSIS), tramite la mandataria (OMISSIS), ha proposto ricorso per cassazione contro il decreto del tribunale di Monza, deducendo un solo motivo.

Il Fallimento e il (OMISSIS) hanno resistito con distinti controricorsi. Le parti hanno depositato memorie.

La causa è stata chiamata in adunanza camerale dinanzi alla Prima sezione civile.

La Prima sezione, con ordinanza interlocutoria n. 16166 del 2023, dopo aver ritenuto il ricorso ammissibile perché proposto contro un provvedimento di natura decisoria in tema di cancellazione delle ipoteche, ai sensi dell'art. 108, secondo comma, legge fall. (v. già Cass. Sez. 1 n. 30454-19, Cass. Sez. 1 n. 3310-17), ha disposto la rimessione degli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite.

Ha rilevato che si è dinanzi a una questione di massima di particolare importanza, molto dibattuta e oggetto di contrasto, integrata dall'interrogativo se l'art. 108, secondo comma, legge fall. sia o meno applicabile anche alla vendita attuata non all'esito di una procedura competitiva pubblicizzata e svolta sulla base di valori di stima, ma in forma contrattuale, in adempimento di un contratto preliminare in cui il curatore sia subentrato *ex lege* in applicazione del disposto dell'art. 72, ottavo comma, stessa legge.

La Prima Presidente ha disposto in conformità.

Ragioni della decisione

- I. Con l'unico motivo la ricorrente, denunciando la violazione o falsa applicazione degli artt. 72 e 108 legge fall., anche in relazione agli artt. 2645-bis, 2808, 2878 e 2882 cod. civ., assume errata la decisione del tribunale sotto entrambi i profili: (a) della qualificazione come vendita concorsuale del contrat-

to definitivo concluso dal curatore in esecuzione del preliminare trascritto ex art. 72, ultimo comma, legge fall., ai fini dell'art. 108 stessa legge; (b) della presunta esistenza di una ragione di prevalenza del fine di tutela dei diritti del promissario acquirente rispetto ai diritti del creditore ipotecario, da tutelare mediante l'esercizio del potere di purgazione.

Dal primo punto di vista la ricorrente sottolinea che l'art. 108 legge fall. si inserisce nell'alveo della liquidazione dell'attivo, mentre la trascrizione del preliminare, per i conseguenti effetti prenotativi, esclude che in esito al definitivo il bene che ne forma oggetto entri a far parte della massa attiva concorsuale.

Dal secondo punto di vista segnala che la tutela del promissario acquirente rispetto ai diritti del creditore ipotecario rimane, nell'ordinamento, affidata alla pubblicità immobiliare e alla possibilità di conoscere le iscrizioni pregiudizievoli gravanti sul bene che egli intenda acquistare, mentre l'interpretazione condivisa dal tribunale di Monza avrebbe come conseguenza la soppressione sostanziale del diritto di sequela riconosciuto dall'art. 2808 cod. civ. al creditore ipotecario, cosa inammissibile in difetto di un'espressa previsione normativa. Invero il creditore si troverebbe a concorrere solo sulla frazione di prezzo dell'immobile eventualmente suscettibile di esser pagato dal promissario acquirente al curatore (cosa che peraltro nella specie è esclusa dall'aver il promissario integralmente pagato il prezzo prima del fallimento), e subirebbe la cancellazione fuori dalla disciplina dell'estinzione delle ipoteche prevista dagli artt. 2878 e 2882 cod. civ., non essendo l'esecuzione del contratto pendente equiparabile a un esproprio.

Secondo la ricorrente, non sarebbe possibile trarre conferma della bontà del ragionamento del tribunale dalla disciplina offerta al riguardo dal CCII (art. 173, quarto comma), poiché codesta ha introdotto una regola completamente innovativa di bilanciamento tra la tutela del promissario acquirente e quella del creditore ipotecario, a condizioni del tutto diverse e come tali inestensibili alla legge fallimentare.

- II. La questione controversa attiene al fatto se possa o meno considerarsi come vendita concorsuale, ai fini dell'art. 108 legge fall. e delle conseguenze da esso stabilite, la modalità dell'alienazione che si realizza in esito al subentro *ex lege* del curatore fallimentare nel contratto preliminare di vendita di un immobile da adibire ad abitazione principale del promissario, trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis cod. civ.; o, il che è lo stesso, del contratto preliminare di assegnazione del bene al socio di una cooperativa edilizia.

- III. L'art. 108, secondo comma, legge fall., quanto ai beni immobili (e agli altri beni iscritti in pubblici registri), prevede – all'esito del d.lgs. n. 5 del 2006 e poi del d.lgs. n. 169 del 2007 – che *“una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, il giudice delegato ordina, con decreto, la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo”*.

Nella visione del tribunale di Monza questa norma – sebbene inserita tra quelle relative (all'esercizio provvisorio e) alla liquidazione dell'attivo – andrebbe coniugata con la disciplina degli effetti del fallimento sui rapporti pendenti.

Per i rapporti pendenti l'art. 72 legge fall. stabilisce, al primo comma, la regola generale secondo cui *"se un contratto è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti quando, nei confronti di una di esse, è dichiarato il fallimento, l'esecuzione del contratto, fatte salve le diverse disposizioni della presente Sezione, rimane sospesa fino a quando il curatore, con l'autorizzazione del comitato dei creditori, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendo tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo, salvo che, nei contratti ad effetti reali, sia già avvenuto il trasferimento del diritto"*. Come poi precisato dal terzo comma, la previsione si applica anche al contratto preliminare di vendita immobiliare, fatto salvo quanto previsto nell'art. 72-bis per i contratti relativi a immobili da costruire.

Per la vendita immobiliare soccorre inoltre – in generale – il settimo comma dell'art. 72, il quale prevede che, ove a fronte di un preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis cod. civ. vi sia stato lo scioglimento da parte del curatore, *"l'acquirente ha diritto di far valere il proprio credito nel passivo, senza che gli sia dovuto il risarcimento del danno e gode del privilegio di cui all'articolo 2775-bis del codice civile a condizione che gli effetti della trascrizione del contratto preliminare non siano cessati anteriormente alla data della dichiarazione di fallimento"*.

È bene rammentare a tal riguardo che questa Corte ha chiarito che l'afferente privilegio speciale sul bene immobile, che assiste ai sensi dell'art. 2775-bis cod. civ. i crediti del promissario acquirente conseguenti alla mancata esecuzione del contratto preliminare trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis cod. civ., essendo subordinato a una particolare forma di pubblicità costitutiva (come previsto dall'ultima parte dell'art. 2745 cod. civ.), resta sottratto alla regola generale di prevalenza del privilegio sull'ipoteca, sancita, se non diversamente disposto, dal secondo comma dell'art. 2748 cod. civ., e soggiace agli ordinari principi in tema di pubblicità degli atti. Sicché, nel caso in cui il curatore del fallimento della società costruttrice dell'immobile scelga lo scioglimento del contratto preliminare (ai sensi dell'art. 72 della legge fall.), il conseguente credito del promissario acquirente per la restituzione di caparre o acconti, benché assistito da privilegio speciale, è collocato in grado inferiore rispetto a quello dell'istituto di credito che, precedentemente alla trascrizione del contratto preliminare, abbia iscritto sull'immobile stesso ipoteca a garanzia del finanziamento concesso alla società costruttrice (v. Cass. Sez. U n. 21045-09 e poi anche Cass. Sez. 1 n. 4195-12, Cass. Sez. 1 n. 17270-14, Cass. Sez. I, n. 17141-16).

In sostanza è principio fondamentale che in ipotesi di scioglimento dal contratto resta prevalente il diritto derivante dall'iscrizione ipotecaria.

- IV. Sempre sul piano della disciplina normativa il dato diverge nel caso del preliminare avente a oggetto un immobile per uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero un immobile per uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente stesso.

In questa situazione l'ultimo comma dell'art. 72 ha introdotto una deroga rispetto alla potestà del curatore di sciogliersi dal vincolo: *"le disposizioni di cui al primo comma non si applicano al contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'articolo 2645-bis del codice civile avente ad oggetto un immobile ad uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale dell'acquirente o di suoi parenti ed affini entro il terzo grado ovvero un immobile ad uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa dell'acquirente"*.

È bene ribadire che la deroga non attiene (ovviamente) al meccanismo tipico del preliminare, ma solo alla dianzi citata (ordinaria) potestà di scioglimento dal contratto.

Come esattamente osservato dall'ordinanza interlocutoria, l'effetto che ne deriva è che il curatore, in presenza di un contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis cod. civ., avente a oggetto un immobile con la destinazione suddetta, non ha possibilità di scegliere se subentrare nel contratto in luogo del fallito, assumendosi tutti i relativi obblighi, ovvero di sciogliersi dal medesimo. Egli succede necessariamente nel contratto, *ex lege*, e quindi è tenuto a darvi esecuzione.

- V. Da qui il problema se, considerata l'esistenza di un simile obbligo di legge, possa dirsi che l'alienazione effettuata in questi casi dal curatore fallimentare sia tale da rientrare essa stessa – ancora *ex lege* – nell'ambito dell'attività liquidatoria: di quell'attività, cioè, che il curatore è tenuto a compiere nel corso della procedura concorsuale.

La risposta affermativa si basa sul rilievo che la vendita fatta dal curatore è da considerare come tale anche se non effettuata secondo le regole della esecuzione concorsuale, o (come dice l'ordinanza interlocutoria) a mezzo di procedure competitive.

- VI. Il tema è stato fin qui variamente considerato nelle sedi di merito, in adesione ora all'una ora all'altra delle possibili soluzioni.

Su di esso si è registrato un contrasto anche nella giurisprudenza di questa Corte, contrasto che per vero non ha risparmiato neppure la dottrina a valle della considerazione in ordine alla *ratio* di favore che governa l'art. 72, ultimo comma, legge fall.

Si allude al fatto che con l'art. 72, ultimo comma, la legge fallimentare ha inteso accordare una tutela rafforzata – in forma specifica – al diritto alla proprietà del bene destinato alla prima abitazione del promissario acquirente che abbia trascritto il preliminare prima del fallimento; sicché il diritto del promissario sarebbe per tale ragione assoggettabile a una regolazione indiretta in ambito concorsuale.

Un orientamento di tal genere è quello fatto proprio dal tribunale di Monza.

La premessa di tale orientamento è che sono da qualificare come vendite concorsuali quelle che, comunque attuate, possiedono natura coattiva perché avvengono *invito domino* in un ambito procedimentalizzato.

Anche queste vendite sarebbero soggette all'efficacia purgativa.

In particolare, la vendita immobiliare fatta in esecuzione di un preliminare stipulato dal fallito e previamente trascritto

diventerebbe vendita concorsuale, ai fini dell'art. 108 legge fall., perché disposta dal curatore fallimentare con la autorizzazione del comitato dei creditori.

Nella prospettiva così – appunto – “procedimentalizzata”, essa stessa parteciperebbe dell'ambito dell'attività liquidatoria che il curatore è tenuto a compiere nel corso della procedura concorsuale, anche se concretizzata al di fuori delle regole di cui alla Sezione II (“*Della vendita dei beni*”) alle quali, come detto all'inizio, la norma si riferisce.

L'indirizzo interpretativo ha trovato avallo nella sentenza della Prima sezione di questa Corte citata sia dal tribunale di Monza che dall'ordinanza interlocutoria.

La sentenza ha affermato il principio secondo cui, in tema di vendita fallimentare, anche se attuata nelle forme contrattuali e non tramite esecuzione coattiva, trova applicazione l'art. 108, secondo comma, legge fall., con la conseguente cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione a opera del giudice delegato e ammissione del creditore ipotecario al concorso, con rango privilegiato, sull'intero prezzo pagato, ivi compreso l'acconto eventualmente versato al venditore ancora *in bonis* (Cass. Sez. 1 n. 3320-17).

L'indirizzo che si riallaccia a tale orientamento segnala che non si giustificerebbe altrimenti la rilevanza assunta dal bene protetto – e cioè la casa di abitazione – quale fondamento dell'introduzione dell'ultimo comma dell'art. 72 cit.

- VII. A questa tesi si è contrapposta quella per cui, invece, il risultato al quale tende l'art. 108, secondo comma, legge fall. non è concepibile al di fuori di una procedura coattiva aperta al mercato e finalizzata al realizzo dell'intero (e anzi del migliore) prezzo di vendita del bene acquisito all'attivo. Ciò sarebbe in certa misura presupposto dalla norma, per essere codesta riferibile al profilo di necessaria competizione nell'ambito di una procedura pubblica di dismissione dei beni. La quale procedura pubblica dovrebbe sempre muovere da un prezzo di stima e favorire la massima informazione e partecipazione di tutti i soggetti interessati, al fine di assicurare il conseguimento del maggior risultato possibile e con esso la miglior soddisfazione dei creditori.

In tale diversa prospettiva, alla quale si riferisce l'ordinanza interlocutoria, la base di riferimento delle vendite fallimentari sarebbe dunque solo quella delineata dalla norma sulla vendita propriamente procedimentalizzata, e solo in tal guisa si giustificerebbe l'effetto purgativo.

Espressione di simile differente criterio di giudizio è l'ordinanza della Prima sezione n. 23139-20 che, sebbene in tema di concordato preventivo con continuità aziendale, ha affermato che l'assegnazione dell'immobile al socio di una cooperativa, che avvenga in esecuzione di un piano gestionale teso all'ultimazione degli alloggi rimasti incompiuti, non può essere accompagnata dalla cancellazione ex art. 108 legge fall. delle iscrizioni pregiudizievoli, dal momento che i detti effetti purgativi si giustificano solo qualora la vendita si compia in esito a una procedura competitiva a evidenza pubblica secondo le regole di cui agli artt. 105 e ss. legge fall. richiamate dall'art. 182, quinto comma, legge fall., non anche quando essa sia il frutto della continuazione dell'attività di impresa.

- VIII. Occorre dire che vanamente il tribunale di Monza, da un la-

to, e parte della dottrina dall'altro, hanno tentato di sminuire la rilevanza di codesto precedente in esito alla citata ultima frase (“non anche quando essa sia il frutto della continuazione dell'attività di impresa”).

Si è detto che quel precedente è relativo alla liquidazione condotta in sede concordataria e in relazione alla prevista continuità aziendale (e v. peraltro anche Cass. Sez. 1 n. 30454-19); quindi vale solo per essa.

Può osservarsi che non è dubbio che il principio di diritto enunciato da Cass. Sez. 1 n. 23139-20 attenga alla situazione del concordato in continuità aziendale, il quale è istituto orientato alla prosecuzione dell'attività d'impresa a opera di chi, essendone titolare, non abbia subito lo spossessamento.

Ma è evidente che non da ciò può giustificarsi la convivenza del diversamente argomentato margine di valutazione reso da quel precedente a proposito della operatività della regola di cui all'art. 108, secondo comma, legge fall., attesa l'analogia di disciplina dettata per le modalità della cessione dei beni nel concordato dall'art. 182 legge fall. (nel rinvio agli artt. da 105 a 108-ter stessa legge).

Del resto, anche l'ordinanza interlocutoria n. 16166-23 mostra di non voler ribadire l'indirizzo assunto con la sentenza n. 3310 del 2017.

Per cui è innegabile che il contrasto di giurisprudenza sussiste in modo netto presso questa Corte a proposito della coordinazione dei principi fondamentali in materia.

E in ogni caso la questione di massima è indubbiamente di particolare importanza.

- IX. Il contrasto va risolto affermando il principio per cui nel sistema della legge fallimentare l'art. 108, secondo comma, prevede il potere purgativo del giudice delegato in stretta ed esclusiva consonanza con l'espletamento della liquidazione concorsuale dell'attivo disciplinata nella Sezione II del Capo VI secondo le alternative indicate nell'art. 107, perché in essa il curatore esercita la funzione di legge secondo il parametro di legalità dettato nell'interesse esclusivo del ceto creditorio mediante gli appositi procedimenti destinati al fine; mentre è da escludere che la norma possa essere applicata – e il potere purgativo esercitato dal giudice delegato – nei diversi casi in cui il curatore agisca nell'ambito dell'art. 72, ultimo comma, legge fall. quale semplice sostituto del fallito, nell'adempimento di obblighi contrattuali da questo assunti con un preliminare di vendita.

- X. È necessario partire dalla considerazione che quanto previsto dall'art. 108, secondo comma, legge fall. trae diretto fondamento dalla funzione liquidatoria della vendita espropriativa, esattamente come accade per l'esecuzione individuale con l'art. 586 cod. proc. civ.

Ciò costituisce riflesso della natura giuridica della vendita fallimentare secondo un modello acquisito già prima della riforma.

Nel vigore del testo antecedente al d.lgs. n. 5 del 2006 la cosa era agevolmente desunta dall'art. 105 legge fall., il cui senso onnicomprensivo risaltava per l'espresso richiamo alle norme del codice di procedura civile, base dell'inquadramento delle vendite fallimentari nell'ambito delle vendite giudiziali o, come anche si dice, forzate.

In coerenza con tale inquadramento, era acquisito il principio secondo cui nella procedura fallimentare l'alienazione degli immobili non potesse avvenire che nelle forme della vendita forzata, con o senza incanto, culminante nel decreto di trasferimento, senza alcuna possibilità di una vendita a trattativa privata. E quindi che l'art. 108 legge fall. non consentisse mai la vendita di un bene immobile a trattativa privata, ma solo – si diceva comunemente – l'alienazione nelle forme della vendita forzata, con o senza incanto, che si concludono col decreto di trasferimento del bene. Era in vero considerato illegittimo il provvedimento del giudice delegato che autorizzasse una vendita non pienamente corrispondente a uno dei due tipi, con o senza incanto, espressamente previsti e disciplinati (*ex multis* Cass. Sez. 1 n. 5751-93, Cass. Sez. 1 n. 3624-04, Cass. Sez. 1 n. 26954-16, Cass. Sez. 1 n. 11464-17).

XI. È da puntualizzare che, prima della riforma attuata col d. lgs. n. 5 del 2006 e completata col d.lgs. n. 169 del 2007, la natura propriamente esecutiva delle vendite era un dato acquisito anche rispetto al concordato previdente la cessione dei beni, tanto da aver costituito elemento di comparazione per l'esegesi delle norme afferenti seppur declinate in relazione ai poteri del commissario.

In relazione alle vecchie norme le Sezioni Unite di questa Corte ne hanno precisato il senso rispondendo affermativamente al quesito se sia o meno possibile assoggettare a ricorso straordinario per cassazione il provvedimento con cui il tribunale abbia accolto o rigettato un reclamo proposto contro il decreto emesso dal giudice delegato in tema di vendita dei beni del debitore nella fase esecutiva del concordato preventivo con cessione.

Netta è stata l'affermazione che anche nel procedimento liquidatorio dei beni del debitore, per quanto avente in ambito concordatario un fondamento originario di natura negoziale, la vendita deve dirsi sottesa da una finalità satisfattoria dei creditori del tutto analoga a quelle della procedura esecutiva fallimentare, tanto da muoversi in un ambito di controlli pubblici del pari destinati a garantire il raggiungimento di tale finalità.

Anche la fase esecutiva del concordato per cessione dei beni – è stato precisato – deve considerarsi riconducibile “a una più vasta categoria di procedimenti di esecuzione forzata (in senso lato) al pari della procedura fallimentare”, tanto che pure la liquidazione concordataria, proprio come quella fallimentare, risulta disciplinata “da rigorose disposizioni sul cui rispetto gli organi della procedura sono chiamati a vigilare” (Cass. Sez. U n. 19506-08).

Questa correlazione è suscettibile di essere mantenuta anche dopo la riforma del diritto concorsuale del 2006-2007.

Già nella sentenza citata è stato invero rimarcato che nel contesto della riforma “nulla suggerisce che il legislatore abbia inteso modificare la natura e le caratteristiche essenziali della procedura di concordato – e tanto meno far perdere ad essa i suoi connotati originariamente negoziali in favore di un impianto pubblicistico prima non configurabile”. E al tempo stesso è stato convincentemente segnalato il carattere confermativo di una tale conclusione nelle pertinenti norme dovute al d.lgs. n. 169 del 2007, giacché pure in que-

ste è stato oggettivato l'accostamento delle funzioni del liquidatore concordatario a quelle del curatore del fallimento. In sostanza, e in relazione al tema che qui rileva, la riforma del diritto concorsuale del 2006-2007 si è mossa – sia per il concordato che per il fallimento – nel solco di un medesimo schema procedimentalizzato. Per riprendere le parole della citata sentenza delle Sezioni Unite, nel prescrivere che alla vendita dei beni oggetto della cessione ai creditori si debbano applicare (sia pure con la clausola della compatibilità) le disposizioni della stessa legge fall., art. 105 e seg., ivi compreso l'art. 107 in ordine alle modalità attuative, la nuova disciplina rafforza la convinzione “che la liquidazione concordataria sia, proprio come quella fallimentare, disciplinata da rigorose disposizioni sul cui rispetto gli organi della procedura sono chiamati a vigilare” (così testualmente Cass. Sez. U n. 19506-08). E tali rigorose disposizioni, senza modificare la natura e le caratteristiche essenziali della procedura di concordato, confermano la preesistente assimilabilità tra la fase esecutiva del concordato per cessione dei beni del debitore (pur con la sua origine negoziale e con le sue ovvie peculiarità) e “il procedimento di vendita coatta di detti beni” sotteso dalla vendita fallimentare propriamente intesa.

XII. Una duplice conseguenza è possibile trarre dal sintetizzato percorso giurisprudenziale: se da un lato l'applicazione dell'art. 108 legge fall. presuppone la cd. vendita fallimentare, dall'altro l'elemento centrale di una tale vendita è ravvisabile nella natura esecutiva (e procedimentale) della vendita coatta (forzata); cosa data per acquisita dalla ripetuta sentenza n. 19506-08 delle Sezioni Unite al punto da farne un elemento di comparazione idoneo a coordinare (alla sua stessa stregua) le norme relative alla cessione dei beni nel concordato preventivo.

Un simile modello di ragionamento è stato contraddetto (soltanto) dalla ripetuta sentenza della Prima sezione n. 3310-17.

Codesta ha posto la base dell'estensione del concetto di vendita fallimentare oltre lo steccato delle modalità di cui all'art. 107, seppur richiamate (quelle modalità) anche per la vendita di aziende, di rami, di beni e di rapporti in blocco dall'art. 105, secondo comma, legge fall.

Tanto ha fatto riferendosi alla successiva e conseguente necessità di ammissione del creditore ipotecario al concorso, con rango privilegiato, “sull'intero prezzo pagato, ivi compreso l'acconto eventualmente versato” dal promissario acquirente.

Epperò senza che di tale e asseritamente consequenziale assunto sia individuabile un minimo riscontro sul piano normativo.

XIII. Ora va detto che dopo la riforma del 2006-2007 l'art. 107 legge fall. disciplina le “*Modalità delle vendite*”, e lo fa mediante un ridimensionamento dei rinvii al processo esecutivo previsto dal codice di procedura civile.

Nel testo dell'art. 107 è oggi declinata una trama ripartibile in tre modalità di vendita, in nessuna delle quali rientra l'ipotesi (mera) della cessione per atto negoziale.

Le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione possono essere effettuate alternativamente (i) dal curatore, ma tramite proce-

dure competitive, (ii) dal giudice delegato, secondo le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili, (iii) ancora secondo le disposizioni del codice di procedura civile ove il curatore decida di subentrare nelle procedure esecutive che siano pendenti alla data della dichiarazione di fallimento.

Per i fini del conseguente art. 108, la comune caratteristica delle vendite fallimentari non è stata messa in discussione nell'alveo della normativa riformata, nel senso che quanto ai provvedimenti purgativi il legislatore, anche dopo la riscrittura delle norme, ha mostrato di non voler dissociare i provvedimenti stessi dal tipo di vendita forzata presupposta, che è e resta una vendita procedimentalizzata.

E difatti nella Relazione ministeriale illustrativa si legge: "per ciò che riguarda le forme delle vendite ed i loro effetti, si è innovato molto e si è ritenuto di eliminare ogni rinvio alla disciplina del processo esecutivo individuale, fermo restando, comunque, il fondamentale effetto purgativo delle vendite forzate".

In altre parole, la maggiore flessibilità dei parametri di riferimento non ha determinato effetti a proposito del presupposto di adozione del decreto del giudice delegato conseguente alla vendita e alla riscossione per intero del prezzo, tale essendo sempre la vendita esecutiva procedimentalizzata in funzione liquidatoria di cui alle alternative ipotesi disciplinate nell'art. 107, perché questa – e solo questa – è la "vendita forzata".

- XIV. L'orientamento teso a ritenere l'estensione del potere del giudice delegato di ordinare la cancellazione delle ipoteche e degli altri vincoli al caso ulteriore (rispetto a quello sotteso al procedimento ex art. 107) della vendita effettuata dal curatore (subentrato *ex lege*) in adempimento del preliminare stipulato dal fallito muove da un profilo di similitudine.

Il profilo si assume rinvenibile in ciò: che l'atto di vendita (in adempimento del preliminare) sarebbe comunque posto in essere da un organo del fallimento, non proprietario del bene, né delegato a vendere dal proprietario. Donde si sarebbe in presenza di un soggetto (il curatore) che agisce mettendo in pratica un potere proprio, che gli deriva dal fallimento e che partecipa della natura del potere di liquidare il patrimonio, a prescindere dalla volontà del titolare del diritto di proprietà (il fallito).

Da questa constatazione trarrebbe forza la similitudine, perché – ancora si dice – quale che sia la forma con la quale l'alienazione si realizza, l'atto finale è pur sempre qualificabile come atto traslativo di un bene, e solo questo conta, poiché per riconoscere natura di vendita forzata alla vicenda traslativa di diritti rileva la natura del potere e non la forma del suo esercizio.

- XV. Questa conclusione così come il ragionamento che la sottende non possono essere condivisi.

La vendita effettuata dal curatore in adempimento del preliminare stipulato dal fallito non possiede natura coattiva, né funzione liquidatoria dell'attivo, neppure quando il preliminare abbia riguardato la casa di abitazione del promissario e sia stato trascritto prima del fallimento.

Nel caso disciplinato dall'art. 72, ultimo comma, legge fall. rileva il subentro del curatore nel contratto preliminare, al

quale consegue (art. 72, primo comma) l'assunzione di "*tutti i relativi obblighi*".

L'unica particolarità (rispetto alla disciplina del primo comma) è che il subentro, in questo caso, è obbligatorio per legge.

In tale evenienza il curatore è tenuto a eseguire la vendita, ed è tenuto anche a adempiere all'eventuale obbligazione accessoria di far conseguire il bene al promissario libero dalle ipoteche, obbligazione che sia stata assunta già dal promittente venditore.

Tutto questo, però, è l'effetto (ovvio) del subentro.

Non consente alcun accostamento con la vendita forzata perché nel caso dell'art. 72, ultimo comma, si rimane nell'ambito delle obbligazioni negoziali, anche a proposito della garanzia dell'evizione (art. 1483 cod. civ.).

Quella che legittima l'effetto purgativo discendente dall'art. 108 legge fall. è una cosa ben diversa.

Per codificare l'effetto purgativo e giungere al decreto del giudice delegato non basta l'obbligazione del curatore di stipulare una vendita come conseguenza del subentro (volontario o *ex lege*) in un anteriore obbligo assunto dal fallito *in bonis*, e neppure quella di garantire la liberazione del bene secondo la promessa fatta dal fallito medesimo.

Non basta perché l'art. 108 riguarda – in sé e per sé – la vendita esecutiva.

Codesta è la vera vendita forzata e non ogni vendita che avviene in ambito fallimentare può esser considerata tale.

L'incontestabilità di tale fatto è testimoniata dalla diversità di schema sotteso all'art. 72, ultimo comma, legge fall.

Per ripetere il concetto: (i) nel caso dell'art. 72, ultimo comma, legge fall. viene in risalto il mero subentro *ex lege* del curatore nel preliminare stipulato dal fallito; (ii) l'atto col quale è poi eseguita la vendita resta avvinto dalla ordinaria funzione di adempimento delle obbligazioni discendenti dal preliminare; (iii) per tale ragione la vendita non costituisce un atto esecutivo di liquidazione dell'attivo fallimentare, a prescindere dal fatto che il prezzo sia stato – come emblematicamente si dice essere accaduto nella specie – versato interamente o meno, e che il curatore, in luogo del fallito, possa ottenere a sua volta il pagamento di un residuo.

Invero nemmeno quando prima del fallimento il promissario acquirente abbia versato semplici acconti può dirsi sussistere, nella vendita negoziale fatta in esecuzione del contratto preliminare, una finalità propriamente liquidatoria dell'attivo concorsuale, perché la finalità vera è sempre quella di adempiere l'obbligo a contrarre.

La funzione liquidatoria esclude di contro il vincolo negoziale, essendo l'organo fallimentare astretto all'osservanza delle (sole) modalità procedimentali dettate per il legittimo esercizio del potere di realizzazione coattiva.

- XVI. Non può allora forzarsi il concetto di "procedimentalizzazione" della vendita in nome della maggiore elasticità del sistema delineato dagli attuali artt. 105 e seg. legge fall., così da farne un denominatore comune di una generica finalità liquidatoria. La vendita procedimentalizzata è altra rispetto alla vendita negoziale semplicemente autorizzata dal comitato dei creditori.

La finalità liquidatoria non implica una procedimentalizzazione purchessia (del tipo di quella evincibile dall'eventuale

necessità di previa autorizzazione del comitato dei creditori alla stipula di un contratto), ma la procedimentalizzazione dettata dall'art. 107 legge fall. in vista del miglior soddisfacimento delle ragioni creditorie.

Tale è la spiegazione del collegamento esistente tra l'art. 108 e l'art. 107 legge fall., anche considerando la natura necessariamente competitiva delle procedure tramite le quali deve avvenire la vendita ove non si ricorra alle alternative parimenti indicate nella norma.

Si rivela così inappropriato svilire il profilo formale della vendita forzata in nome di una presunta rilevanza dell'aspetto "sostanziale" del potere esercitato dall'organo del fallimento.

Ben vero nell'adempimento del preliminare, nel quale è subentrato, il curatore non esercita alcun potere.

A ogni modo, non si disconosce che l'art. 107 legge fall., nella riscrittura delle norme sulla vendita dei beni (art. 105 e seg.), abbia attuato il passaggio da una disciplina irrigidita dal rinvio alle norme del codice di procedura relative al processo esecutivo a una ispirata, invece, a maggiore elasticità.

Ma per quanto ciò sia vero, e per quanto la norma sia ispirata a un più elastico principio di libertà di forme, è evidente che tale libertà è perseguita alla condizione specificamente considerata, e cioè che *"le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione"* siano svolti dal curatore *"tramite procedure competitive"*.

In altre parole, è la procedura competitiva il limite intrinseco del pur canonizzato (nel nuovo testo dell'art. 107 legge fall.) principio di libertà delle forme (e v. infatti Cass. Sez. 1 n. 22383-19, Cass. Sez. 1 n. 21007-22).

Sicché, fatte salve le concorrenti previsioni del medesimo art. 107, l'elasticità esiste – certo – ma rimane confinata all'interno del concetto di competitività.

Questa nozione (la procedura competitiva) non è astretta a uno schema predefinito, ma ai fattori ritenuti essenziali allo scopo: la stima, la pubblicità, la possibilità di gara, quali presupposti inderogabili di trasparenza e correttezza anche a salvaguardia della parità fra gli offerenti (v. Cass. Sez. 1 n. 26076-22).

Ai fini dell'effetto purgativo è perciò necessario che la vendita sia stata attivata nel senso indicato dall'art. 107, perché questo rende la vendita declinabile in senso procedimentale come atto di liquidazione dell'attivo, per effetto della messa in esecuzione di un programma di liquidazione all'esito delle conseguenti possibilità offerte dalla norma.

E poiché in situazioni del genere può discorrersi di vendita procedimentalizzata, l'art. 108 coerentemente prevede che, *"una volta riscosso interamente il prezzo"*, il giudice delegato ordini, con suo decreto, la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione e delle trascrizioni dei pignoramenti, dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo incidente sul bene.

- XVII. Se si tiene a mente tutto questo, è abbastanza chiaro che né la struttura giuridica del fenomeno, né la sua caratterizzazione funzionale, né l'attitudine a perseguire l'effetto pratico possono ragionevolmente confluire in un elemento di similitudine per l'ipotesi di semplice esecuzione di un contratto preliminare.

Un parallelismo del genere non è sostenibile nemmeno quando, per mero accidente, il prezzo di stipula indicato nel preliminare si riveli essere poi, in base alle peculiari condizioni di mercato, quello più vantaggioso.

La differenza resta radicale, perché il curatore, essendo la stipulazione del definitivo obbligatoria a seguito del subentro nella posizione del fallito previsto per legge, si trova a operare, ai fini del definitivo, come sostituto del fallito, non in rappresentanza della massa e a tutela delle ragioni di questa. Egli non può che vendere al prezzo indicato nel preliminare e non può recuperare in alcun modo gli acconti già versati, così che la massa resta esposta finanche all'eventualità di non ricevere proprio niente ove, come nella specie, prima del fallimento risulti che sia stato versato dal promissario l'intero prezzo.

- XVIII. Le superiori considerazioni dimostrano che, indipendentemente dal riconoscimento o meno della facoltà del curatore fallimentare di sciogliersi dal contratto, e indipendentemente dalla natura più o meno vantaggiosa della vendita, l'esecuzione del preliminare, da un lato, è sempre tecnicamente qualificabile come vendita negoziale (e non come vendita esecutiva concorsuale), e dall'altro non è in grado (ontologicamente) di garantire la realizzazione dell'effetto pratico che la vendita concorsuale persegue per il tramite della sua procedimentalizzazione.

L'atto al quale è tenuto il curatore, dopo il subentro *ex lege* nel preliminare, esaurisce la sua funzione nel contesto del preesistente rapporto obbligatorio, cosa che ne impedisce la ventilata comune prospettiva funzionale rispetto alla disciplina dei trasferimenti coattivi, quali che siano.

Ciò è d'altronde palpabile conseguenza del fatto che un trasferimento coattivo – come esattamente osservato in dottrina – non è mai fine a sé stesso.

Punta sempre a conseguire un fine pratico distinto, rispetto al quale semplicemente si pone come mezzo: il mezzo astrattamente più idoneo per giungere, coattivamente, ad avere ciò che è necessario alla realizzazione dei diritti patrimoniali dei creditori. Mancando un tale requisito, cui è paradigmaticamente funzionale il procedimento che conduce alla vendita secondo l'art. 107 legge fall., non può invocarsi il successivo art. 108, e dunque non può discorrersi di potere purgativo del giudice delegato.

- XIX. Il tribunale di Monza, riprendendo argomentazioni più volte utilizzate dalla giurisprudenza di merito, ha richiamato, quale dato esegetico asseritamente rafforzativo della diversa tesi, la disciplina dell'art. 173, quarto comma, del CCII.

Questa norma, nei casi di subentro del curatore nel contratto preliminare di vendita, riconosce esplicitamente la possibilità del giudice delegato di ordinare con decreto la cancellazione delle iscrizioni pregiudizievoli.

La previsione dell'art. 173 del CCII non è applicabile al caso di specie, *ratione temporis*. Ma secondo il tribunale potrebbe essere impiegata quale corrispondente esegetico, a conferma della bontà dell'orientamento sostenuto in ordine al nesso tra l'art. 108 e l'art. 72, ultimo comma, legge fall.

A una simile possibilità di interpretazione evolutiva ha fatto ampio riferimento anche il procuratore generale nelle sue conclusioni.

Ed eguale associazione è stata ipotizzata dall'ordinanza interlocutoria, per il fine di verificare – s'è detto – “se ricorra un ambito di continuità tra il regime fallimentare e quello successivo e se la nuova norma sia quindi idonea a rappresentare un utile criterio interpretativo degli istituti della legge fallimentare”, secondo le possibilità offerte dalla giurisprudenza formatasi dinanzi a queste Sezioni Unite in merito al limite e alle condizioni di rilevanza di una simile pratica (Cass. Sez. Un. 12476-20, Cass. Sez. U n. 2061-21, Cass. Sez. n. 8504-21, Cass. Sez. U n. 42093-21, e infine anche Cass. Sez. U n. 8557-23).

XX. In verità il richiamo all'art. 173 del CCII non è risolutivo nel senso indicato dal tribunale di Monza; a tutto concedere dimostra semmai il contrario.

In ogni caso tale richiamo non è un elemento di raffronto utile sul versante esegetico perché l'effetto che si pretende finisce con l'interferire sul terreno della vigenza della legge, connesso alla sua entrata in vigore e al correlato ambito di applicazione temporale.

XXI. L'art. 173, sebbene nella relazione di accompagnamento ne sia illustrata la finalità in termini congiunti, di tutela dell' “interesse del promissario acquirente ad acquistare un bene libero da iscrizioni e trascrizioni pregiudizievoli” e di risoluzione dei “contrastanti giurisprudenziali in ordine alla natura – coattiva o meno – della vendita effettuata dal curatore in adempimento del contratto preliminare”, non ha revisionato la disciplina anteriormente rinvenibile nell'art. 72 legge fall. mediante una previsione di estensione mera del potere purgativo del giudice delegato.

L'art. 173 ha introdotto un precetto nuovo all'interno della disciplina degli interessi in gioco.

Il curatore può sempre sciogliersi dal contratto preliminare di vendita immobiliare anche quando il promissario acquirente abbia proposto e trascritto prima dell'apertura della liquidazione giudiziale una domanda di esecuzione in forma specifica ai sensi dell'articolo 2932 cod. civ., fermo che “*lo scioglimento non è opponibile al promissario acquirente se la domanda viene successivamente accolta*”.

Dopodiché, quanto alla situazione del contratto preliminare di vendita trascritto ai sensi dell'art. 2645-bis cod. civ. avente a oggetto un immobile a uso abitativo destinato a costituire l'abitazione principale del promissario acquirente o di suoi parenti e affini entro il terzo grado, ovvero un immobile a uso non abitativo destinato a costituire la sede principale dell'attività di impresa del promissario acquirente, il contratto non si scioglie – dice l'art. 173 – “*sempre che gli effetti della trascrizione non siano cessati anteriormente alla data dell'apertura della liquidazione giudiziale e il promissario acquirente ne chieda l'esecuzione nel termine e secondo le modalità stabilite per la presentazione delle domande di accertamento dei diritti dei terzi sui beni compresi nella procedura*”. In concorrenza di codeste ulteriori condizioni – la seconda del tutto innovativa – il preliminare di vendita relativo a immobili di tal genere è postulato come oggetto di un subentro ex lege.

In tal prospettiva l'art. 173, quarto comma, ha introdotto la terza, e ancor più innovativa, regola, involgente la falcidia degli acconti versati: “*nei casi di subentro del curatore nel*

contratto preliminare di vendita, l'immobile è trasferito e consegnato al promissario acquirente nello stato in cui si trova” e “*gli acconti corrisposti prima dell'apertura della liquidazione giudiziale sono opponibili alla massa in misura pari alla metà dell'importo che il promissario acquirente dimostra di aver versato*”.

Come conseguenza della falcidia “*il giudice delegato, una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, ordina con decreto la cancellazione delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi e di ogni altro vincolo*”.

XXII. L'esito fondamentale è questo.

Da un lato, la disciplina non si pone in linea di continuità con quella della legge fallimentare, secondo l'ottica alla quale invece le citate decisioni delle Sezioni Unite hanno inteso doversi riferire il legittimo utilizzo del CCII quale dato comparativo funzionale a dirimere dubbi esistenti a proposito delle vecchie norme. Non si pone in linea di continuità perché l'art. 173 innova completamente il testo che caratterizza l'antecedente art. 72 legge fall. nel momento stesso in cui enfatizza una condizione che in quello non era data: e cioè che, non essendo gli effetti della trascrizione cessati prima dell'apertura della procedura, il promissario acquirente richieda l'esecuzione del preliminare nel termine e con le modalità per la presentazione delle domande di accertamento dei diritti dei terzi su beni compresi nella procedura stessa. Dall'altro, non è vero che la previsione finale di cui al quarto comma dell'art. 173 sia confermativa della bontà dell'indirizzo giurisprudenziale sostenuto dal tribunale di Monza quanto all'art. 72 legge fall. (e all'art. 108 stessa legge).

Non è così perché l'art. 173, quarto comma, non ha previsto il potere purgativo quale semplice effetto del subentro del curatore nel contratto preliminare e della conseguente vendita. L'art. 173 ha invece ritenuto di coniugare l'ambito delle tutele facendo perno proprio sulla necessità di garantire (per quanto parzialmente) i diritti di prelazione, tanto è vero che ha previsto il potere purgativo a valle della opponibilità alla massa degli acconti, nella misura pari alla metà dell'importo che il promissario acquirente possa dimostrare di aver versato prima dell'apertura della liquidazione giudiziale.

Nel CCII non viene in considerazione il fatto (mero) della vendita obbligatoria, e non trova diritto di cittadinanza neppure l'assunto che ogni vendita fatta in ambito concorsuale sia una vendita forzata.

Vengono in considerazione invece l'onere del promissario di conformarsi a un ben preciso schema procedimentale (la domanda di adempimento da fare con le modalità e nel termine stabilito per ordinarie le domande di accertamento dei diritti dei terzi) e il legame con la falcidia degli acconti già versati; la quale è l'unica che, sebbene limitatamente, consente di attuare un (parziale) soddisfacimento del creditore ipotecario, e che quindi permette (ancorché in questa misura) di prospettare l'effetto purgativo come sintonico alle caratteristiche effettuali di una vendita forzata.

È quindi vero che l'intervento sopra menzionato ha avuto (anche) il fine di risolvere in qualche modo il problema che interessa; ma è altrettanto vero che la soluzione è stata incentrata sulla codificazione della potestà di purgare le ipo-

teche (e di cancellare le iscrizioni, le trascrizioni o gli altri vincoli) come effetto di una accurata regolamentazione del tutto nuova.

XXIII. Ora qui deve essere fatta una puntualizzazione a chiarimento. Che il legislatore del CCII abbia inteso declinare in modo diverso il rischio dell'insolvenza quanto alla fattispecie del preliminare di vendita relativo alla casa di abitazione (o a quelle equiparate), per modo da estenderlo (parzialmente) anche al creditore ipotecario, è un fatto (per certi versi problematico, se lo si pone a paragone con la disciplina dell'esecuzione individuale) che in sé non aggiunge niente al caso di specie, e che soprattutto non può essere considerato per i fini di un'interpretazione evolutiva delle diverse previsioni della legge fallimentare del tutto silenti al riguardo.

Sono messi in gioco i limiti dell'interpretazione, ai quali il giudice è inevitabilmente astretto.

L'attività di interpretazione delle norme non può superare i limiti che si impongono nel contesto del suo svolgimento, perché sono codesti limiti a dare il senso della distinzione dei piani. Il legislatore, fatto salvo il rispetto dei canoni costituzionali di ragionevolezza, è libero di modulare le tutele introducendo precetti nuovi; viceversa, il giudice non può che applicare al caso concreto "la legge intesa secondo le comuni regole dell'ermeneutica" (cfr. C. cost. n. 155 del 1990), per modo da disvelarne sì il corretto significato, ma purché codesto possa considerarsi insito in essa.

Questa cosa influisce sulla funzione dichiarativa della giurisprudenza – anche di legittimità – da contenere all'interno del confine proprio (v. già Cass. Sez. U n. 21095-04, Cass. Sez. U n. 4135-19, Cass. Sez. U n. 2061-21).

L'attività di interpretazione, per quanto la si voglia dilatare in funzione "evolutiva" (e in molti casi è opportuno dilatarla in tale chiave onde superare altrimenti inaccettabili lacune dell'ordinamento) non può mai spingersi fino a superare il limite di tolleranza e di elasticità di un enunciato, ossia – come efficacemente è stato detto – del significante testuale della disposizione che il legislatore ha posto, giacché da quel significante, previamente individuato, non può che muovere la dinamica di invero della norma nella concretezza del suo operare.

Ecco perché insistere sulla diversa scelta operata dal CCII non è produttivo nel caso di specie.

XXIV. Naturalmente la Corte deve farsi carico del problema che il tribunale di Monza ha rappresentato quanto alla finalità di tutela sottesa alla disciplina dell'art. 72, ultimo comma, legge fall.

Si tratta di stabilire se il riferimento a una simile finalità consenta o imponga una soluzione diversa da quella fin qui indicata.

La risposta deve essere negativa.

La norma citata ha avuto (e ha) l'obiettivo di tutelare il promissario acquirente che abbia trascritto il preliminare di acquisto della casa di abitazione.

E tuttavia questa finalità rileva solo a fronte del rischio di sopravvenienza del fallimento.

Nella legge fallimentare il promissario acquirente resta tutelato dalla anteriorità della trascrizione del preliminare in vista dell'eventualità della dichiarazione di fallimento del promit-

tente, non in rapporto alla posizione dei terzi titolari di anteriori diritti di prelazione.

La trascrizione del preliminare neutralizza quel rischio nel senso che, ai fini dell'adempimento degli obblighi discendenti dal preliminare, il fallimento è come se non ci fosse.

La tutela rispetto al creditore ipotecario è cosa diversa.

È diversa da quella presupposta dall'art. 72, e nella legge fallimentare non è considerata affatto. E non perché sussista una lacuna, ma molto semplicemente perché una simile ulteriore tutela si basa – come sempre accade nelle vendite immobiliari – sugli effetti della pubblicità costitutiva, che è materia del codice civile, non della legge fallimentare.

Ne deriva che l'anteriorità della trascrizione del preliminare secondo il regime dell'art. 2645-bis cod. civ. scongiura il rischio correlato all'eventualità del fallimento del promittente ma non può indurre a prospettare di per sé, in mancanza di una specifica previsione di legge, un'alterazione dei nessi di priorità delle iscrizioni ipotecarie già esistenti.

Quindi la *ratio* di tutela, sottesa all'art. 72, ultimo comma, legge fall., non è idonea a sostenere l'estensione del potere purgativo in caso di attuazione degli obblighi discendenti dal subentro del curatore nel contratto preliminare.

Né lo è il fatto che il promittente venditore, poi fallito, si sia assunto l'obbligo, col preliminare, di assicurare la liberazione del bene dalle ipoteche.

Tanto di dice avvenuto nella specie.

Ma neppure quest'obbligo, nel quale pur subentra ex lege lo stesso curatore per effetto della regola dettata dall'art. 72, ultimo comma, legge fall., sposta i termini del problema.

Esso non trasforma la vendita privatistica (e negoziale) in vendita attuata nell'alveo di un procedimento officioso finalizzato alla liquidazione dell'attivo fallimentare.

Suppone invece che ogni questione abbia a risolversi nell'ordinario operare dei rimedi privatistici, ivi compresa la garanzia per il caso di evizione (artt. 1482, ultimo comma, e 1483 cod. civ.).

XXV. Alla luce delle considerazioni che precedono il ricorso della società (OMISSIS) deve essere accolto e il decreto del tribunale di Monza cassato.

Segue il rinvio al medesimo tribunale il quale, in diversa composizione, si uniformerà al principio all'inizio esposto.

Il tribunale provvederà sulle spese del giudizio di merito.

Quelle del giudizio di legittimità possono essere interamente compensate, ravvisandosi gravi motivi della intrinseca complessità della questione di massima oggetto di contrasto.

p.q.m.

La Corte, a sezioni unite, accoglie il ricorso, cassa il decreto impugnato e rinvia la causa al tribunale di Monza anche per le spese del giudizio di merito; compensa le spese del giudizio di cassazione. Deciso in Roma, nella camera di consiglio delle Sezioni Unite civili, addì 12 dicembre 2023.

Il Presidente

Il Consigliere estensore

Cass., Sez. 1, 12 febbraio 2024, n. 3785, Pres. Ferro, Est. Fidanzia

FALLIMENTO – Effetti – Polizze *united linked pure* – Funzione esclusivamente finanziaria e speculativa – Art. 1923 c.c. – Applicabilità – Esclusione – Acquisizione all’attivo fallimentare.

Le polizze *united linked pure*, avendo una funzione esclusivamente finanziaria e speculativa, sono escluse dalla applicabilità delle tutele di cui all’art. 1923 c.c., con la conseguenza che il valore di riscatto della polizza deve essere acquisito all’attivo fallimentare.



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE**

la CANCELLERIA della CORTE di CASSAZIONE, rappresentato e difeso dall’avvocato TRENTINI CARLO (OMISSIS)

- controricorrente e ricorrente incidentale -

e contro

(OMISSIS)

- intimata -

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

e con l’intervento in causa di

MASSIMO FERRO	Presidente
FRANCESCO TERRUSI	Consigliere
COSMO CROLLA	Consigliere
ANDREA FIDANZIA	Consigliere - Rel.
GIUSEPPE DONGIACOMO	Consigliere

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA VIA BORGOGNONA 47, presso lo studio dell’avvocato SALVADOR ALESSANDRO LUCIANO (OMISSIS) che lo rappresenta e difende

- interveniente -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 11980/2019 R.G. proposto da: (OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA VIA ANTONIO BOSIO 2, presso lo studio dell’avvocato LUCONI MASSIMO (OMISSIS) rappresentato e difeso dall’avvocato GIGLIOTTI SAVERIO (OMISSIS)

avverso la SENTENZA della CORTE D’APPELLO di VENEZIA n. 355/2019 depositata il 06/02/2019.

Udita la relazione svolta all’udienza del 17/01/2024 dal Consigliere ANDREA FIDANZIA.

Sentito il P.G. nella persona del sostituto procuratore generale dott. G.B. Nardecchia;

Uditi gli avvocati M. Luconi e L. Salvador.

FATTI DI CAUSA

- ricorrente principale -

Contro

(OMISSIS), elettivamente domiciliato in ROMA VIA BORGOGNONA N 47, presso lo studio dell’avvocato STUDIO LEGALE SHEARMAN & STERLING LLP (-) rappresentato e difeso dall’avvocato SALVADOR ALESSANDRO LUCIANO (OMISSIS)

Il Tribunale di Vicenza ha rigettato la domanda proposta dal (OMISSIS) tra (OMISSIS), (OMISSIS) e (OMISSIS) nei confronti di (OMISSIS) e (OMISSIS), finalizzata ad ottenere la corresponsione del valore di riscatto della polizza Uni Linked (OMISSIS) stipulata tra (OMISSIS) e (OMISSIS), in data 20.4.2007, con il versamento di un premio unico di € 73.000,00.

Il giudice di primo grado ha ritenuto che la polizza nella quale sia presente comunque la componente “rischio demografico” non può perdere, pur in presenza di una componente “rischio finanziario” la sua natura di polizza-vita, con conseguente sua attrazione nell’alveo di applicazione dell’art. 1923 cod. civ.

La Corte d’Appello di Venezia, pur qualificando il contratto stipulato dalle parti come prodotto finanziario riconducibile ad un fondo comune di investimento, in ragione del mancanza di rischio

- controricorrente e ricorrente incidentale -

e contro

(OMISSIS), domiciliato ex lege in ROMA, PIAZZA CAVOUR presso

finanziario in capo all'assicuratore ed assunzione dell'intero rischio in capo all'assicurato (con conseguente inapplicabilità delle tutele di cui all'art. 1923 cod. civ. e diritto del fallimento ad acquisire il valore di riscatto della polizza), sul rilievo che non era stata fornita prova che fosse stata inoltrata una richiesta di riscatto da parte della fallita, né quale importo fosse stato eventualmente versato a favore della fallita ed in pregiudizio del fallimento, ha rigettato la domanda proposta dal fallimento ex art. 44 legge fall, rigettando così l'appello.

Avverso la predetta sentenza ha proposto ricorso per cassazione principale il (OMISSIS) tra (OMISSIS), (OMISSIS) e (OMISSIS), affidandolo a due motivi.

(OMISSIS), già (OMISSIS), e (OMISSIS) hanno resistito in giudizio con controricorso, depositando ricorso incidentale (avente natura condizionata per la (OMISSIS)).

Con ordinanza interlocutoria del 27.6.2023, questa Corte ha rimesso in pubblica la questione, di chiara natura nomofilattica, della classificazione delle polizze unit linked, disciplinate nel nostro ordinamento dall'art. 2 comma 3° d.lgs n. 209/2005, nonché l'influenza di tale classificazione sull'applicazione dell'art. 1923 cod. civ..

Tutte le parti originariamente in causa, ad eccezione di (OMISSIS), hanno depositato le memorie ex art. 380 bis.1 cod. proc. civ..

Con atto del 12.12.2023 è intervenuto in giudizio, ex art. 111 comma 3° cod. proc. civ., (OMISSIS), in qualità di cessionaria del ramo d'azienda che include l'intero portafoglio assicurativo di (OMISSIS) (come da provvedimento IVASS n. 249570 del 30 ottobre 2023), e, conseguentemente, successore a titolo particolare della stessa (OMISSIS).

L'interveniente ha, altresì, depositato la memoria ex art. 380 bis.1 cod. proc. civ. Il P.G. ha concluso per l'accoglimento del ricorso principale ed il rigetto dei ricorsi incidentali condizionati.

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Prima dell'esame dei motivi del ricorso principale e di quelli incidentali, vadiclarata l'inammissibilità dell'intervento, ex art. 111 comma 3° cod. proc. civ., di (OMISSIS)
Questa Corte (Cass. n. 11638/2016 e Cass. n. 23439/2017) ha più volte enunciato il principio di diritto secondo cui il successore a titolo particolare ex art. 111 c.p.c. può intervenire nel giudizio di legittimità, per esercitare il potere di azione che gli deriva dall'acquistata titolarità del diritto controverso, quando non sia costituito il dante causa, altrimenti determinandosi un'ingiustificata lesione del rispettivo diritto di difesa.
Nel caso di specie, il dante causa di (OMISSIS), ovvero (OMISSIS), non solo si è costituito in giudizio ed è tuttora in causa, ma ha anche proposto ricorso incidentale.
2. Con il primo motivo è stata dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 112 cod. proc. civ., sul rilievo che la corte d'Appello, nonostante avesse trascritto correttamente le conclusioni rassegnate, aveva preso in considerazione una sola parte della domanda, ossia quella residuale di inefficacia ex art. 44 legge fall., omettendo di pronunciarsi su tutta la domanda con cui era stata richiesta la condanna della compagnia di assicurazione al pagamento del valore di riscatto della polizza.
3. Con il secondo motivo è stata dedotta la violazione e falsa applicazione degli artt. 42, 46 legge fall., 1923 cod. civ..

Osserva la curatela che avendo la Corte d'Appello escluso la natura previdenziale della polizza di cui è causa, opera la regola generale di cui all'art. 42 legge fall. la quale impone che la stessa polizza faccia parte ipso iure della massa fallimentare dalla data del fallimento.

4. Entrambi i motivi, da esaminare unitariamente avendo ad oggetto questioni strettamente connesse, sono fondati, con conseguente accoglimento del ricorso principale.

Va, preliminarmente, osservato che la stessa Corte d'Appello, nell'ambito della sentenza impugnata, ha trascritto alle pagine 2 e 3 le conclusioni della curatela, che così si riportano: *"Accertata la natura non previdenziale della polizza Uni Linked (OMISSIS), stipulata tra (OMISSIS) e (OMISSIS), con versamento di premio unico di € 73.000,00 in data 20.4.2007, dichiarare che il valore di riscatto alla data del fallimento della convenuta (OMISSIS) è parte della massa del (OMISSIS), (OMISSIS) e (OMISSIS); per l'effetto condannare (OMISSIS), dichiarando inefficaci ai sensi dell'art. 44 LF eventuali pagamenti eseguiti dalla compagnia di assicurazione a favore di altri soggetti, a corrispondere al (OMISSIS) tra (OMISSIS), (OMISSIS) e (OMISSIS) i correlativi importi (valore di riscatto, ed eventuali pagamenti a terzi) con interessi e rivalutazione monetaria ..."*.

Emerge quindi in modo inequivocabile che la curatela, oltre ad aver richiesto l'accertamento che il valore di riscatto della polizza fosse considerato parte della massa fallimentare, ha, altresì, chiesto la condanna di (OMISSIS) a corrisponderle il relativo importo.

La Corte di Appello, incorrendo in un evidente *error in procedendo*, dopo aver accertato (nella sola parte motiva) il diritto del fallimento ad acquisire il valore di riscatto della polizza, ha effettivamente omesso di pronunciarsi sulla domanda di condanna della compagnia assicurativa (anche per eventualmente solo rigettarla). Né, d'altra parte, vi sono elementi per ritenere che l'omessa pronuncia sulla domanda di condanna della compagnia di assicurazione sia stata la conseguenza dell'interpretazione, da parte della Corte d'Appello, della domanda giudiziale.

Il giudice di secondo grado ha dato atto, nella ricostruzione della vicenda processuale, del rigetto di tale domanda di condanna in primo grado, né si è soffermato minimamente sulla eventuale necessità di dover provvedere ad una diversa qualificazione giuridica della domanda stessa.

La condanna al pagamento dovrà essere disposta individuando la somma da retrocedere, oltre interessi dalla data del fallimento. Sul punto, la domanda di retrocessione svolta dal curatore implica la chiusura dell'investimento-polizza e l'obbligo della compagnia di rendiconto finale della sua gestione (l'individuazione del quantum del retrocedibile non è questione controversa in causa).

5. La (OMISSIS), nel proprio ricorso incidentale, ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 1923 cod. civ., 42 e 46 legge fall..

Espone la ricorrente incidentale che, ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 209/2005, i prodotti *unit linked*, come quello di cui è causa, sono definiti espressamente come contratti di assicurazione sulla vita con un valore della prestazione "direttamente

collegato al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni” ed appartengono ai contratti di assicurazione sulla vita ramo III.

Evidenzia, altresì che le forme pensionistiche complementari, disciplinate dall'art. 13 d.lgs. n. 252/2005 – strumenti previdenziali che consentono l'erogazione di prestazioni integrative di natura pensionistica rispetto a quelle del sistema pubblico (il terzo pilastro del sistema previdenziale, cui hanno fatto esplicito riferimento le Sezioni Unite nella sentenza n. 8271/2008) – possono essere attuate, oltre che con l'adesione ai fondi pensioni, mediante la stipula di contratti di assicurazione della vita anche del ramo III (cui appartengono le polizze unit linked) e, a tal proposito, lo schema di regolamento COVIP deliberato il 31 ottobre 2006 prevede che concorrono alla determinazione della posizione individuale non solo le plusvalenze maturate nella gestione dei fondi comuni di investimento, ma anche le minusvalenze.

Ne consegue che la garanzia di risultato offerta dall'assicuratore costituisce ipotesi meramente eventuale e non condizione contrattuale necessaria all'interno dei contratti assicurativi previdenziali.

Ad avviso della società ricorrente, se lo stesso sistema integrativo previdenziale prevede la facoltà di realizzare una forma pensionistica individuale complementare attraverso la stipula di polizze unit linked, è evidente che questi prodotti, nonostante il loro maggiore grado di rischio per il contraente rispetto alle polizze tradizionali, possono conservare comunque una finalità previdenziale. Inoltre, se è prevista anche nella disciplina dei piani integrativi previdenziali la possibilità di introdurre clausole che non pongano a carico dell'assicuratore una garanzia di risultato e/o di rendimento minimo, ciò vuol dire che il rischio finanziario può anche gravare integralmente sul contraente assicurato e la funzione previdenziale del P.I.P. attuato mediante polizze unit link non è per ciò solo esclusa.

In conclusione, ad avviso della ricorrente, ha errato la Corte territoriale nel ritenere che *“le polizze vita unit-linked in cui il rischio finanziario gravi sul contraente assicurato (senza un capitale minimo garantito) siano prive, in sé e strutturalmente, di qualsiasi funzione previdenziale, con conseguente esclusione dell'applicazione dell'art. 1923 cod. civ. ...”* (pag. 37 controricorso con ricorso incidentale di (OMISSIS)). *“... Conseguentemente, anche in assenza di capitale minimo garantito, le polizze unit linked, accanto alla componente finanziaria, mantengono la propria finalità previdenziale anche in ragione della contemplazione del rischio demografico...”* (pag. 38) il quale grava sull'assicuratore.

Sul punto, (OMISSIS) ha citato l'art. 2 delle condizioni contrattuali, secondo cui *“nel caso di decesso dell'Assicurato, la Compagnia corrisponderà ai Beneficiari designati, o in mancanza agli eredi, un capitale che varierà in funzione dell'età dell'Assicurato al momento del decesso, tra il 105% e il 100% del valore maturato al momento della notifica del decesso”*.

6. Con ricorso incidentale (OMISSIS) ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli artt. 1923 cod. civ., 42 e 46 legge fall. Espone la ricorrente incidentale che, a norma dell'art. 13 d.lgs. n. 252/2005 le forme pensionistiche individuali possono essere attuate, oltre che con l'adesione ai fondi pensione,

mediante contratti di assicurazione sulla vita, che assumono la denominazione “Piani Individuali Pensionistici” e rappresentano il terzo pilastro del sistema previdenziale. Ed è proprio a tali forme pensionistiche cui fanno riferimento le Sezioni Unite di questa Corte nella sentenza n. 8271/2008.

La ricorrente (OMISSIS), dopo aver svolto considerazioni analoghe a quelle (sopra riportate al punto 5) dell'altra ricorrente incidentale, evidenzia che la Corte d'Appello è incorsa in un errore di diritto nel ritenere che le tutele previste dall'art. 1923 cod. civ. si applichino esclusivamente a prodotti assicurativo-finanziari che abbiano un capitale garantito, non costituendo la garanzia di risultato un requisito indefettibile dei prodotti assicurativi previdenziali, i quali, come quelli appartenenti al ramo III, possono presentare un maggiore grado di rischio per il contraente rispetto alle polizze tradizionali.

7. Entrambi i ricorsi incidentali svolti da (OMISSIS) e da (OMISSIS) sono infondati.

La questione di natura nomofilattica che viene in rilievo nella presente causa è l'accertamento di quali caratteristiche debbano avere le polizze unit linked – disciplinate nel nostro ordinamento dall'art. 2 comma 3° d.lgs. n. 209/2005 – affinché possano essere classificate all'interno della categoria dei prodotti assicurativi previdenziali, rilevando tale classificazione ai fini dell'applicazione dell'art. 1923 cod. civ., la cui applicazione è stata esclusa dalla sentenza impugnata.

A tal fine, per meglio comprendere quando una polizza di assicurazione sulla vita rientri nel perimetro di applicazione di tale norma, è opportuno introdurre l'argomento partendo dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 8271/2008, la quale nell'esaminare la ratio dell'art. 1923 cod. civ., ha affrontato in modo articolato la tematica della “previdenza”.

Le Sezioni Unite hanno, in particolare, evidenziato che l'art. 1923 cod. civ. è volto a tutelare, appunto, il valore della “previdenza” (che può essere legata ai bisogni dell'età post lavorativa o derivante dall'evento morte di colui che percepisce redditi dei quali anche altri si avvalga), il quale può essere realizzato, secondo “il diritto vivente”, nell'attuale contesto economico sociale, dallo strumento *“(che in ragione, appunto, della sua funzione previdenziale, il “divieto” sub art. 1923 c.c., è volto a presidiare)”* della assicurazione sulla vita, quale forma di assicurazione privata (pur nelle possibili sue variazioni negoziali) maggiormente affine agli istituti di previdenza elaborati dalle assicurazioni sociali, forma considerata *«come “Terzo Pilastro” della previdenza, in una congiuntura quale quella attuale, caratterizzata dalle crescenti difficoltà dello Stato sociale che, sull'apporto integrativa della assicurazione privata deve necessariamente contare»*.

Emerge da tutto il percorso argomentativo delle Sezioni Unite che è proprio lo scopo previdenziale (attuato nelle polizze vita attraverso l'accumulo di capitale così da garantire all'assicurato e/o alla sua famiglia una rendita, ovviando così al rischio dell'evento morte o sopravvenienza ad una certa data gravante su tali soggetti) a giustificare il sacrificio dei creditori previsto dall'art. 1923 cod. civ. – norma che è stata ritenuta da attenta dottrina quale fattispecie di limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore, ravvisandosi in essa una deroga espressa al principio stabilito dall'art. 2740 cod. civ. – con la conseguenza che la polizza sulla vita beneficia di

una disciplina di favore, come quella dell'impignorabilità dei capitali e delle rendite, non perché formalmente "prodotto assicurativo", ma perché adempie ad una particolare funzione di previdenza complementare rispetto a quella obbligatoria, destinata per lo più a far fronte ai bisogni della tarda età (in questi termini le Sezioni Unite l'hanno considerata "il terzo pilastro" della previdenza).

Proprio perché la funzione previdenziale è strutturalmente connessa alla fattispecie di cui all'art. 1923 cod. civ., tale norma non può trovare applicazione in quei casi in cui in un'assicurazione sulla vita la componente previdenziale sia assente, per ricorrere la sola componente finanziaria-speculativa.

Come evidenziato anche dalle ricorrenti incidentali, la natura "previdenziale" non è solo presente nelle tradizionali polizze di assicurazione della vita che appartengono al ramo I, intendendosi per tali quelle polizze che soddisfano il bisogno dell'assicurato di ottenere con immediatezza la disponibilità di una somma di denaro al verificarsi di un evento legato alla vita umana, la sopravvivenza e la premorienza, ma, tendenzialmente, anche nelle polizze *unit linked*, ad eccezione, tuttavia, di quelle cd. pure (come più avanti approfondito).

Nelle polizze tradizionali appartenenti al ramo I, al verificarsi dell'evento legato alla vita umana, l'assicuratore garantisce all'assicurato la futura corresponsione di un capitale predeterminato nel quantum fin dal momento della stipulazione del contratto (salvo quelle aventi una componente anche finanziaria che possono rivalutarsi sulla base degli eventuali rendimenti di una gestione separata in strumenti finanziari, nelle quali, a differenza di quanto accade nelle polizze del ramo III, l'assicurato non assume un rischio di natura finanziaria in quanto l'entità della prestazione da parte dell'assicuratore può solo aumentare e mai diminuire nel corso del rapporto).

Nelle polizze del ramo III, all'interno delle quali si trovano la maggior parte delle polizze *unit-linked*, l'entità della somma dovuta dall'assicuratore varia, invece, nel corso della durata del rapporto contrattuale in dipendenza delle oscillazioni del parametro finanziario "collegato" e viene definitivamente quantificato al momento del verificarsi dell'evento attinente alla vita umana.

Invero la stessa dottrina ha classificato le polizze *unit-linked* in più categorie a seconda delle loro diverse caratteristiche, che riguardano per lo più le garanzie di restituzione dei premi riconosciute all'assicurato.

In particolare, le "*guaranteed unit linked*" garantiscono all'assicurato la restituzione del capitale, prevedendo la possibilità di una maggiorazione minima. Le "*partial guaranteed unit linked*" riconoscono all'assicurato una garanzia di restituzione solo parziale dei premi versati. Infine, vi sono le polizze *unit-linked* cd. pure in cui la somma dovuta dall'assicuratore dipende esclusivamente dal valore del parametro finanziario sottostante nel momento in cui l'obbligazione diventa esigibile, realizzandosi un collegamento "integrale" al valore sottostante delle quote di investimento.

Nelle polizze "*guaranteed*" o "*partial guaranteed*" l'assicuratore assume su di sé, con diverse gradualità, un rischio demografico, nel senso che, al verificarsi dell'evento attinente alla vita umana, all'assicurato viene comunque sempre riconosciuta la somma di denaro garantita al momento della stipula del contratto, anche a prescindere dal valore sottostante delle quote dei fondi comuni di investimento, che potrebbe essersi ridotto rispetto ai premi versati o addirittura azzerato.

Nelle polizze *unit linked* "pure", il rischio di investimento è, invece, totalmente a carico dell'assicurato, con la conseguenza che, in caso di azzeramento del valore delle quote, nulla è dovuto da parte dell'assicuratore.

Il nostro legislatore, nel decreto legislativo n. 209/2005, con la chiara formula dell'art. 2 secondo cui "*rientrano nel III ramo le assicurazioni sulla durata della vita umana, di cui ai rami I e II, le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento*" – ha ritenuto di far rientrare nella categoria delle polizze sulla vita del ramo III non tutte le polizze *unit-linked* – come sopra classificate – ma solo quelle "*guaranteed*" e "*partial guaranteed*", con esclusione quindi di quelle pure, essendo stato ritenuto come requisito imprescindibile il cd. rischio demografico, elemento che ricorre soltanto ove il contratto assicurativo attribuisca realmente ad un evento futuro legato alla vita umana l'idoneità ad incidere sulla prestazione dell'assicuratore, riconoscendo comunque all'assicurato una somma apprezzabile non legata al rischio finanziario.

Ne consegue che qualora il rischio di investimento gravi totalmente sull'assicurato, tanto da comportare il rischio di perdita dell'intero capitale, il cd. rischio demografico (l'evento legato alla durata della vita umana), pur apparentemente presente, è in realtà insussistente se, al momento del suo verificarsi, lo stesso non sia in grado di incidere minimamente sulla prestazione dell'assicuratore, non garantendo all'assicurato, proprio secondo la stipula, il riconoscimento di una somma di denaro minima, pur ridotta rispetto all'ammontare dei premi versati, che sia completamente "slegata" dal valore sottostante delle quote di investimento, o attribuendo allo stesso una somma del tutto irrisoria. In tale eventualità, l'evento legato alla durata della vita umana figura come mero parametro temporale per individuare il momento in cui verrà liquidata la polizza, ma senza l'assunzione, se non del tutto apparente, di un rischio demografico per l'assicuratore.

Ad analoghe conclusioni questa Corte è già pervenuta nell'ordinanza n. 6319/2019, la quale ha enunciato il principio di diritto secondo cui "*nelle polizze unit linked, caratterizzate dalla componente causale mista (finanziaria ed assicurativa sulla vita), anche ove sia prevalente la causa "finanziaria", la parte qualificata come "assicurativa" deve comunque rispondere ai principi dettati dal codice civile, dal codice delle assicurazioni e dalla normativa secondaria ad essi collegata con particolare riferimento alla ricorrenza del "rischio demografico", rispetto al quale il giudice di merito deve valutare l'entità della copertura assicurativa che, avuto riguardo alla natura mista della causa contrattuale, dovrà essere vagliata con specifico riferimento all'ammontare del premio versato dal contraente, all'orizzonte temporale ed alla tipologia dell'investimento*".

Delle polizze *unit linked* "pure", caratterizzate dall'assenza del rischio demografico, questa Corte si è recentemente occupata, seppur ad altri fini, nell'ordinanza n. 25983/2021, nella quale è stato evidenziato che esse "*... conferiscono all'impresa di assicurazioni, al posto dell'obbligo restitutorio, una sorta di mandato di gestione del denaro investito, rispetto al quale l'investitore matura il diritto al mero risultato di detta gestione, che varia in base ad una serie di fattori, quali l'andamento del mercato o dei titoli ... L'elemento caratterizzante tale tipologie di polizze è dunque il rischio finanziario, che, nelle così dette linked "pure" grava interamente sul-*

l'assicurato, poiché la compagnia non garantisce né la restituzione del capitale, né eventuali rendimenti minimi...").

La valutazione, caso per caso, se una determinata polizza *unit linked*, pur a prevalente componente finanziaria, sia comunque caratterizzata dalla presenza di un rischio demografico, o rientri, invece, tra le cd. pure, è riservata al giudice di merito, il cui apprezzamento non è sindacabile in sede di legittimità, se non per vizio di motivazione nei termini di cui alla nuova rigorosa formulazione dell'art. 360 comma 1° n. 5 cod. proc. civ., come interpretato dalle Sezioni Unite di questa Corte nella sentenza n. 8053/ 2014.

Tale principio è stato già affermato da questa Corte a partire dalla sentenza n. 6061/2012 (conf. la già citata Cass. n. 6319/2019), in cui si era statuito che il giudice di merito deve interpretare il contratto, e tale interpretazione non è censurabile in sede di legittimità se congruamente e logicamente motivata, *"al fine di stabilire se esso, al di là del "nomen iuris" attribuitogli, sia da identificare come polizza assicurativa sulla vita (in cui il rischio avente ad oggetto un evento dell'esistenza dell'assicurato è assunto dall'assicuratore) oppure si concreti nell'investimento in uno strumento finanziario (in cui il rischio di "performance" sia per intero addossato all'assicurato) ..."*.

Esaminando, a questo punto, il caso di specie, non vi è dubbio che il giudice d'appello abbia fatto corretta applicazione dei principi enunciati da questa Corte.

In particolare, la Corte d'Appello di Venezia, con argomentazioni articolate che non sono state censurate dai ricorrenti incidentali per vizio di motivazione (nei termini sopra illustrati), ha escluso la natura previdenziale della polizza *unit linked* sottoposta al suo esame, ritenendo che la stessa rappresentasse un mero strumento finanziario assimilabile ad un fondo comune di investimento e ciò alla luce dei seguenti elementi:

- "... – il pagamento del premio è avvenuto in un'unica soluzione al momento della stipula;*
- la prestazione a carico della compagnia è legata all'andamento di un fondo interno che dipende dalle oscillazioni di prezzo delle attività finanziarie;*
- le prestazioni per il decesso sono ancorate al valore che le quote avranno al momento dell'evento e variano dal 105% al 100,01 % del valore maturato al momento del decesso;*
- la polizza non presenta alcuna assunzione di rischio da parte dell'assicuratore e piuttosto l'unico rischio è posto a carico dell'assicurato come conseguenza della maggiore o minore redditività del fondo le cui quote aveva acquistato;*
- il contratto denominato Berico Gestione Unit Plus è contrattualmente definito un'assicurazione sulla vita unit linked di tipo "NON previdenziale..."*.

Il giudice d'appello, dunque, per escludere la natura non previdenziale della polizza in oggetto, ha coerentemente effettuato una valutazione complessiva di una serie di elementi in virtù dei quali l'ha assimilata ad un prodotto finanziario puro, considerando, oltre alla stessa denominazione ("non previdenziale" già per denominazione dello stesso assicuratore, a differenza delle fattispecie esaminate da questa Corte nei precedenti sopra citati), il pagamento del premio avvenuto in un'unica soluzione al momento della stipula, l'assenza di un capitale minimo garantito (pacificamente ammessa anche da (OMISSIS), come sopra riportato al punto 6), e, quindi l'assunzione da parte dell'assicurato del rischio del suo az-

zeramento, essendo la variazione dal 105% al 100,01 comunque "ancorata" al valore delle quote al momento del decesso.

Proprio in forza di quest'ultima previsione, (OMISSIS) ha invocato l'esistenza del rischio demografico, ma come emerge chiaramente dalla valutazione del giudice di merito, tale rischio non può ritenersi esistente in assenza della previsione di un capitale minimo garantito che sia slegato dal valore delle quote maturate al momento del verificarsi dell'evento attinente alla vita umana. Peraltro, su tale punto, non può che ritenersi singolare – ove si affermi la vocazione previdenziale della polizza (come detto, esclusa, testualmente, dallo stessa polizza *unit linked* di cui è causa, secondo la ricostruzione del giudice di merito) – che il valore del rendimento fosse destinato a decrescere con l'aumento dell'età dell'assicurato, passando dal 105% al 100,01, cioè con un rischio demografico variato in modo tale da "remunerare" più il rischio morte ravvicinato dell'assicurato rispetto alle sue esigenze previdenziali, ovviamente crescenti con l'aumento dell'età.

Va, altresì, osservato che nemmeno giova alla tesi dei ricorrenti incidentali il richiamo effettuato all'art. 13 d.lgs. n. 252/2005 e alla disciplina dei Piani Individuali Pensionistici (cd. P.I.P.) risultante anche dallo schema di regolamento COVIP deliberato il 31 ottobre 2006.

In particolare, quest'ultima normativa (vedi artt. 6 e 9) ha chiaramente fatto riferimento all'attuazione delle forme complementari pensionistiche mediante contratti assicurativi riconducibili ai rami I e III, ma, come sopra già evidenziato, ai sensi dell'art. 2 d.lgs. n. 209/2005, *"rientrano nel III ramo le assicurazioni sulla durata della vita umana, di cui ai rami I e II, le cui prestazioni principali sono direttamente collegate al valore di quote di organismi di investimento collettivo del risparmio o di fondi interni ovvero a indici o ad altri valori di riferimento"*. Dunque, anche nelle polizze di ramo III devono essere presenti delle caratteristiche delle polizze dei rami I e II (rischio demografico e quindi la previsione di un capitale minimo garantito che sia "disancorato" dal valore delle quote di investimento) che il giudice d'appello, nel caso di specie, ha coerentemente escluso.

Va, infine, osservato, che né la normativa italiana, né l'interpretazione che ne ha dato la giurisprudenza di questa Corte si pongono minimamente in contrasto con la normativa e la giurisprudenza unionali.

La Corte di Giustizia (vedi punto 51 della decisione del 31 maggio 2018 nella causa C 342/2016 e punto 77 nella decisione del 24.2.2022 nelle cause riunite C 143/20 e C 213/20) ha recentemente affermato che *"... per rientrare nella nozione di «contratto di assicurazione», di cui all'articolo 2, punto 3, della direttiva 2002/92, un contratto di assicurazione sulla vita di capitalizzazione, come quello di cui ai procedimenti principali, deve prevedere il pagamento di un premio da parte dell'assicurato e, in cambio di tale pagamento, la fornitura di una prestazione da parte dell'assicuratore in caso di decesso dell'assicurato o del verificarsi di un altro evento di cui al contratto in discorso"*.

Dunque, anche la normativa unionale esistente al momento della stipula della polizza di cui è causa, e l'interpretazione che ne ha dato la Corte di Giustizia, hanno richiesto, pur nei contratti assicurativi collegati ai fondi di investimento, che la prestazione dell'assicuratore, fosse legata al verificarsi di un evento attinente alla durata della vita umana, e, quindi, la previsione del cd. rischio de-

mografico, elemento che è, invece, insussistente, ove ne sia in concreto accertata – come nel caso di specie – la esistenza solo apparente, e quello che si presenta come un prodotto assicurativo sia, in realtà, *in toto*, assimilabile ad un puro strumento di investimento. Peraltro, se è pur vero che, più recentemente (successivamente alla stipula della polizza di cui è causa, risalente all'aprile del 2007), l'art. 2 punto 17 della direttiva 2016/97/UE ha definito «prodotto di investimento assicurativo»: *un prodotto assicurativo che presenta una scadenza o un valore di riscatto e in cui tale scadenza o valore di riscatto è esposto in tutto o in parte, in modo diretto o indiretto, alle fluttuazioni del mercato*»; tuttavia, in ogni caso, l'art. 2 punto 17 aggiunge che tale definizione *“non include”*: “... b) i contratti assicurativi vita, qualora le prestazioni previste dal contratto siano dovute soltanto in caso di decesso o per incapacità dovuta a lesione, malattia o disabilità...”.

Orbene, l'evento previsto nella polizza unit-linked di cui è causa era proprio il decesso e tutte le deduzioni svolte dalla ricorrente incidentale (OMISSIS), con riferimento alla polizza di cui è causa, in ordine alla possibilità di scegliere la conversione del riscatto in una rendita vitalizia pagabile fino al decesso dell'assicurato – la sentenza impugnata non ne fa alcun cenno – sono inconferenti. In primo luogo, la contraente non ha mai riscattato la polizza in oggetto. Inoltre, tali deduzioni, per stessa ammissione, sono state svolte nella comparsa conclusionale in appello (pag. 20 ricorso incidentale (OMISSIS)) quando il *thema decidendum* era ormai cristallizzato. In conclusione, avuto riguardo all'accertamento in fatto svolto dal giudice di appello, che ha escluso nella polizza unit-linked di cui è causa (avente le caratteristiche di quella cd. pura), una qualsiasi componente previdenziale, pienamente coerente è la conclusione

dello stesso giudice in ordine all'inapplicabilità delle tutele di cui all'art. 1923 cod. civ., che si giustificano, alla luce di quanto sopra illustrato (con il richiamo alla sentenza delle S.U. n. 8271/2008), soltanto allorquando alla componente finanziaria si affianchi imprescindibilmente anche quella previdenziale (conf. sul punto Cass. n. 12261/2016), ma non quando la componente previdenziale sia del tutto esclusa, come nel caso di specie.

La sentenza impugnata deve essere quindi cassata limitatamente al ricorso principale con rinvio alla Corte d'Appello di Venezia, in diversa composizione, per nuovo esame e per statuire sulle spese del giudizio di legittimità. Vanno invece rigettati i ricorsi incidentali.

P.Q.M.

Dichiara inammissibile l'intervento di (OMISSIS)

Accoglie il ricorso principale. Rigetta i ricorsi incidentali.

Cassa la sentenza impugnata e rinvia alla Corte d'Appello di Venezia, in diversa composizione, per nuovo esame e per statuire sulle spese del giudizio di legittimità.

Ai sensi dell'art. 13 comma 1 quater del DPR 115 del 2002, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento da parte dei ricorrenti incidentali dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso principale, a norma del comma 1° bis dello stesso articolo 13.

Roma, così deciso il 17.1.2024

Il Consigliere est.
Andrea Fidanzia

Il Presidente
Massimo Ferro

Cass., Sez. 1, 29 aprile 2024, n. 11495, Pres. Ferro, Est. Dongiacomo

■ RECLAMI – Sentenza dichiarativa di fallimento – Giudizio di reclamo – Desistenza dell'unico creditore istante – Conseguenze – Revoca del fallimento – Condizioni – Fattispecie.

In tema di revoca della sentenza di fallimento, qualora l'unico creditore istante desista dalla domanda, occorre distinguere la desistenza dovuta al pagamento del credito da quella non accompagnata dall'estinzione dell'obbligazione: in questo secondo caso la desistenza, quale atto di natura meramente processuale rivolto, al pari della domanda iniziale, al giudice, che ne deve tenere conto ai fini della decisione, è inidonea a determinare la revoca della sentenza di fallimento, ove sia prodotta soltanto in sede di reclamo; al contrario, la desistenza conseguente all'estinzione dell'obbligazione fa venir meno la legittimazione del creditore istante al momento della dichiarazione di fallimento se il pagamento risulti avvenuto in epoca antecedente a questa, con atto di data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione impugnata che aveva respinto il reclamo del fallito, escludendo che una transazione contenente un accollo liberatorio, priva di data certa, prodotta avanti al giudice d'appello, potesse incidere sulla legittimazione del creditore istante travolgendo la sentenza di apertura della procedura concorsuale).

■ FALLIMENTO – Desistenza del creditore in conseguenza del pagamento del credito – Presenza di data certa – Effetti sulla revoca della sentenza di fallimento – Differenze con desistenza senza estinzione dell'obbligazione.

In tema di revoca della sentenza di fallimento intervenuta a seguito di desistenza dalla domanda del creditore istante deve distinguersi tra (i) desistenza derivante dal pagamento del credito e (ii) desistenza non accompagnata dall'estinzione dell'obbligazione. Nel primo caso la desistenza è idonea a determinare la revoca della sentenza di fallimento; infatti, il creditore perde la legittimazione alla richiesta di fallimento quando la desistenza è dichiarata a seguito del pagamento effettivo del credito documentato con un atto di data certa (2704 c.c.) prima della pronuncia della sentenza di fallimento. Invece nel secondo caso la desistenza, quale atto di natura meramente processuale rivolto al giudice che ne deve tenere conto ai fini della decisione, è inidonea a determinare la revoca della sentenza di fallimento se presentata solo in fase di reclamo.



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

- *ricorrente* -

contro

(OMISSIS) e FALLIMENTO (OMISSIS);

- *intimati* -

avverso la SENTENZA N. 2172/2022 DELLA CORTE D'APPELLO DI BOLOGNA, depositata il 26/10/2022;

udita la relazione della causa svolta dal Consigliere GIUSEPPE DONGIACOMO nell'adunanza in camera di consiglio del 27/3/2024;

Composta dai Magistrati:

MASSIMO FERRO	- Presidente -
PAOLA VELLA	- Consigliere -
ANDREA FIDANZIA	- Consigliere -
GIUSEPPE DONGIACOMO	- Rel. Consigliere -
ROBERTO AMATORE	- Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 28464-2022 proposto da:
(OMISSIS), rappresentato e difeso dall'Avvocato LUCA BERNI per procura in calce al ricorso;

FATTI DI CAUSA

- 1.1.** Il tribunale di Parma, su ricorso di (OMISSIS), ha dichiarato, con sentenza del 25/5/2022, il fallimento della (OMISSIS).
- 1.2.** La (OMISSIS) ha proposto reclamo avverso tale sentenza deducendo, per un verso, che il ricorrente era privo di legittimazione attiva, sul rilievo che, prima della sentenza impugnata, il debito esistente nei suoi confronti, come definito a seguito di accordo transattivo, era stato integralmente pagato, e, per altro verso, che non ricorreva il presupposto previsto dall'art. 15, ult. comma, l.fall., poiché il debito erariale, dovendo essere pagato ex art. 2 d.l. n. 146/2021 entro centottanta giorni dalla notifica delle cartelle esattoriali, non era, in realtà, scaduto.

- 1.3. La corte d'appello, con la pronuncia in epigrafe, ha rigettato il reclamo.
- 1.4. La corte, in particolare, dopo aver dato atto che il curatore del fallimento aveva depositato una relazione scritta con lo stato passivo: a) per ciò che riguarda il primo motivo, ha rilevato che: – la reclamante, non costituita nel procedimento prefallimentare, aveva prodotto in giudizio una scrittura privata, priva di data certa, apparentemente sottoscritta da (OMISSIS), in proprio e quale legale rappresentante della società reclamante, e dal creditore (OMISSIS) nonché dai rispettivi difensori; – in tale scrittura, dopo aver preso atto di un precedente accordo per la definizione rateale del credito e della sussistenza di un residuo debito pari ad €. 23.760,00, (OMISSIS) si era personalmente accollato il debito, impegnandosi a versare la somma dovuta in parte alla sottoscrizione della scrittura stessa (€. 12.000) e per il resto in quattro rate (settembre 2022 - dicembre 2022); – (OMISSIS), sottoscrivendo la scrittura, ha a sua volta dichiarato che l'obbligazione contratta dalla società (OMISSIS) doveva intendersi estinta sin dalla data della stessa; – (OMISSIS), che non si è costituito nel giudizio di reclamo né ha presentato la domanda di ammissione al passivo, non ha, tuttavia, depositato, in data anteriore all'ultima udienza celebrata (19/10/2022) prima della decisione da parte del tribunale, alcuna desistenza; ed ha, quindi, ritenuto che *"non vi sono ... decisivi elementi estrinseci – non solo presuntivi – che facciano ritenere la dichiarata istantanea estinzione dell'obbligazione attraverso l'accollo liberatorio transattivo di data certa anteriore ex art. 2704 c.c. alla sentenza dichiarativa"* e che, pertanto, il dedotto fatto estintivo dell'obbligazione, non risultando da atto avente data certa ex art. 2704 c.c. anteriore alla sentenza dichiarativa del fallimento, non può essere preso in considerazione ai fini del difetto di legittimazione attiva del creditore istante; b) per ciò che riguarda il secondo motivo, ha, tra l'altro, rilevato che, oltre al credito del ricorrente per oltre 20.000 euro, emergono dall'istruttoria prefallimentare *"crediti erariali"* per €. 10.270,90 *"completamente scaduti e da pagare"* ed ha, comunque, ritenuto che il superamento del limite previsto dall'art. 15, ult. comma, l.fall. non risulta contraddetto dallo stato passivo, cui solo l'Agenzia delle entrate è stata ammessa per €. 207.119,59 in privilegio ed €. 10.073,53 in chirografo.
- 1.5. La corte, quindi, ha rigettato il reclamo.
- 1.6. La (OMISSIS), con ricorso notificato il 24/11/2022 e illustrato da memoria, ha chiesto, per due motivi, la cassazione della sentenza.
- 1.7. Il Fallimento (OMISSIS) e (OMISSIS) sono rimasti intimati.

RAGIONI DELLA DECISIONE

- 2.1. Con il primo motivo, la ricorrente, lamentando la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 6 l.fall. e la violazione dell'art. 111 Cost., ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello ha ritenuto l'infondatezza dell'eccezione con la quale la reclamante aveva dedotto il difetto di legittimazione attiva dell'originario ricorrente sul rilievo che la dichiarata estinzione dell'obbligazio-

ne attraverso l'accollo liberatorio transattivo era priva di data certa anteriore ex art. 2704 c.c. alla sentenza dichiarativa del fallimento, senza, tuttavia, considerare che: – la prova della data certa di una scrittura non autenticata può essere raggiunta in via presuntiva sia per la sua natura confessoria, sia perché mai contestata dalle parti; – la mancanza di data certa era una questione che doveva essere sottoposta, a norma dell'art. 101, comma 2°, c.p.c., al previo contraddittorio tra le parti.

- 2.2. Il motivo è inammissibile. In tema di revoca della sentenza di fallimento, in effetti, qualora l'unico creditore istante desista dalla domanda, occorre distinguere tra la desistenza dovuta al pagamento del credito e la desistenza non accompagnata dall'estinzione dell'obbligazione: – in questo secondo caso, la desistenza, quale atto di natura meramente processuale rivolto, al pari della domanda iniziale, al giudice, che ne deve tenere conto ai fini della decisione, è inidonea a determinare la revoca della sentenza di fallimento, ove prodotta soltanto in sede di reclamo; – solo nel primo caso, al contrario, la desistenza dichiarata in conseguenza della dichiarata estinzione dell'obbligazione fa venir meno la legittimazione del creditore istante al momento della sentenza di fallimento se il pagamento risulti avvenuto, con atto di data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c., in epoca antecedente alla stessa (Cass. n. 16122 del 2019; Cass. n. 7067 del 2023, in motiv.).
- 2.3. In caso di desistenza non conseguente al pagamento, invero, si tratta di un atto di rinuncia all'istanza di fallimento che ha natura meramente processuale che *"in ragione della sua peculiare natura, è ... rivolto al giudice e da ostendere allo stesso, al pari della domanda iniziale, perché questo lo valorizzi nel contesto procedimentale in cui è formato"*, onde *"la rinuncia non può produrre effetto ove non sia presentata al giudice che ne deve tenere conto ai fini della decisione"* (Cass. n. 16122 del 2019).
- 2.4. La desistenza conseguente all'estinzione dell'obbligazione, per contro, influisce sulla legittimazione del creditore istante e, ove il pagamento risulti avvenuto, con i crismi della data certa, ai sensi dell'art. 2704 c.c., in epoca antecedente alla dichiarazione di fallimento, ben può essere rappresentata anche al collegio del reclamo al fine di dimostrare il venir meno della legittimazione del creditore istante al momento della dichiarazione di fallimento (Cass. n. 16122 del 2019; Cass. n. 13187 del 2020).
- 2.5. La corte d'appello, lì dove ha ritenuto che *"la dichiarata istantanea estinzione dell'obbligazione attraverso l'accollo liberatorio transattivo"* era risultata, sulla base di un apprezzamento in fatto non utilmente censurato per il vizio di omesso esame di fatti decisivi emergenti dagli atti del giudizio, priva della necessaria *"data certa anteriore ex art. 2704 c.c. alla sentenza dichiarativa"* di fallimento e che l'eccepita estinzione dell'obbligazione azionata dal creditore ricorrente non poteva essere conseguentemente presa in considerazione ai fini dell'invocato difetto di legittimazione attiva del creditore istante, si è, dunque, adeguata ai principi esposti e si sottrae, come tale, alle censure svolte sul punto dalla ricorrente.

- 2.6.** L'obbligo del giudice di stimolare il contraddittorio sulle questioni rilevate d'ufficio, stabilito dall'art. 101, comma 2°, c.p.c., riguarda, peraltro, solo le questioni di fatto (ovvero quelle miste di fatto e di diritto) che richiedono prove dal contenuto diverso rispetto a quelle chieste dalle parti e non, invece, questioni che, come quella in esame, implicano semplicemente una diversa valutazione del materiale probatorio già acquisito (Cass. n. 10353 del 2016; Cass. n. 822 del 2024).
- 2.7.** L'omessa indicazione alle parti di una questione di fatto oppure mista di fatto e di diritto, rilevata d'ufficio, sulla quale si fonda la decisione comporta, del resto, la nullità della sentenza (cd. *"della terza via"* o *"a sorpresa"*) per violazione del diritto di difesa solo se la parte che se ne dolga prospetti, in concreto, le ragioni che avrebbe potuto fare valere qualora il contraddittorio sulla predetta questione fosse stato tempestivamente attivato (Cass. n. 11308 del 2020; Cass. n. 21314 del 2023): ciò che, nel caso in esame, la ricorrente non ha ritenuto di fare.
- 2.8.** Con il secondo motivo, la ricorrente, lamentando la violazione e/o la falsa applicazione dell'art. 15 l.fall., ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello ha ritenuto che, alla luce dei debiti emergenti dall'istruttoria prefallimentare, era stato superato il limite previsto dall'art. 15, ult. comma, l.fall., senza, tuttavia, considerare che i presupposti necessari al superamento di tale soglia devono sussistere al momento della dichiarazione di fallimento e che i crediti erariali a tal fine indicati dalla corte non possono ritenersi scaduti, essendo a tal fine necessaria la loro iscrizione a ruolo.
- 2.9.** Il motivo è inammissibile. L'art. 15, comma 9°, l.fall., infatti, lì dove prevede che *"non si fa luogo alla dichiarazione di fallimento se l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare e complessivamente inferiore a euro trentamila"*, fa riferimento non solo al credito della parte istante per fallimento ma anche a tutti i debiti, comunque emersi nel corso dell'istruttoria, immediatamente esigibili (come, in fatto, accertato dalla corte d'appello, quanto meno con riferimento a quello del ricorrente, pari ad oltre 20.000 euro, ed ai *"crediti erariali"* *"completamente scaduti e da pagare"* per €. 10.270,90) nei confronti del debitore resistente (Cass. n. 26926 del 2017; Cass. n. 5377 del 2016).
- 2.10.** Né, del resto, può seriamente contestarsi che la sussistenza, in capo al resistente, di debiti *"scaduti e non pagati"* per almeno 30.000 euro (che indica la misura monetaria sotto la quale l'insolvenza, quale incapacità di farvi fronte con mezzi normali, non è giuridicamente rilevante pur se in fatto sussistente: cfr. Cass. n. 10952 del 2015) possa risultare (oltre che dagli atti dell'istruttoria prefallimentare svoltasi innanzi al tribunale, anche) da prove fornite e documenti prodotti dalle parti (art. 18, comma 2°, n. 4, e comma 8°, l.fall.) o, comunque, acquisiti dalla corte d'appello (art. 18, comma 10°, l.fall.) per la prima volta solo nel corso del giudizio di reclamo (cfr. Cass. n. 5377 del 2015, in motiv.), come lo stato passivo.
- 2.11.** Nel giudizio di reclamo avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, in effetti, come si desume dall'art. 18, comma 10°, l.fall., l'accertamento dello stato di insolvenza, nella misura minima stabilita dall'art. 15, comma 9°, l.fall., dev'essere compiuto con riferimento alla situazione fattuale esistente al momento della dichiarazione di fallimento, ma può fondarsi anche su fatti (e, quindi, su documenti, dai quali gli stessi risultano) diversi da quelli in base ai quali il fallimento è stato dichiarato, purché si tratti (come nel caso in esame) di fatti (come i debiti scaduti ed insoluti della società resistente) anteriori alla pronuncia, anche se conosciuti (alla luce dei relativi bilanci) successivamente in sede di gravame (cfr. Cass. n. 24424 del 2019; Cass. n. 10952 del 2015).
- 2.12.** D'altra parte, ai fini del computo dell'esposizione debitoria minima prevista dall'art. 15, comma 9°, l.fall., rilevano alla stregua di debiti scaduti e non pagati anche le passività tributarie portate da un avviso di accertamento conosciuto dal destinatario (per avvenuta sua notifica o perché acquisito in giudizio), a prescindere dall'iscrizione a ruolo e dalla trasmissione del carico fiscale all'agente della riscossione (Cass. n. 28192 del 2020).
- 2.13.** La sentenza impugnata, lì dove ha ritenuto che il superamento del limite previsto dall'art. 15, ult. comma, l.fall., emerge dallo stato passivo del fallimento, cui solo l'Agenzia delle entrate risulta ammessa per €. 207.119,59 in privilegio e per €. 10.07353 in chirografo, si è, pertanto, attenuta ai principi esposti e resiste, in definitiva, alle censure proposte al riguardo della ricorrente.
- 3.** Il ricorso, per l'inammissibilità di tutti i suoi motivi, è, a sua volta, inammissibile: e come tale dev'essere dichiarato.
- 4.** Nulla per le spese del giudizio in difetto di costituzione dei resistenti.
- 5.** La Corte dà atto, ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della l. n. 228 del 2012, della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13, se dovuto.

P.Q.M.

La Corte dichiara l'inammissibilità del ricorso; dà atto, ai sensi dell'art. 13, comma 1-*quater*, del d.P.R. n. 115 del 2002, nel testo introdotto dall'art. 1, comma 17, della l. n. 228 del 2012, della sussistenza dei presupposti processuali per il versamento, da parte della ricorrente, di un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello previsto per il ricorso, a norma del comma 1-*bis* dello stesso art. 13, se dovuto.

Così deciso a Roma, nella Camera di consiglio della Prima Sezione Civile, il 27 marzo 2024.

Il Presidente
Massimo Ferro

Cass., Sez. 1, 4 gennaio 2024, n. 204, Pres. Ferro, Est. Dongiacomo

SUPERSOCIETÀ DI FATTO – Abuso da parte di chi ne ha il controllo – Indizio contrario – Compatibilità – Affermazione – Condizioni.

In tema di cd. supersocietà di fatto, l'abuso della società da parte di una o più persone, fisiche o giuridiche, che, avendone il controllo la gestiscono nell'interesse proprio, benché costituisca in astratto un indizio contrario all'esistenza della supersocietà in parola, non esclude in concreto, di per sé, la sussistenza di un rapporto societario di fatto tra dette persone e la società abusata, ogni qualvolta all'iniziale *affectio* tra le prime e la seconda sia subentrato, per modifica o evoluzione degli originari accordi o per effetto di essi, l'esercizio di un abuso sulla società medesima, attraverso la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, da parte di chi, tra gli originari partecipi di un rapporto societario di fatto con la società abusata, era in condizione di farlo.



REPUBBLICA ITALIANA
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
PRIMA SEZIONE CIVILE

- controricorrente -

PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE D'APPELLO
DI MESSINA e PROCURATORE DELLA REPUBBLICA PRESSO IL TRI-
BUNALE DI MESSINA;

- intimati -

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

MASSIMO FERRO	- Presidente -
PAOLA VELLA	- Consigliere -
COSMO CROLLA	- Consigliere -
ANDREA FIDANZIA	- Consigliere -
GIUSEPPE DONGIACOMO	- Rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

ORDINANZA

sul ricorso 6617-2023 proposto da:
FALLIMENTO DI (OMISSIS) E DELLA SOCIETÀ DI FATTO TRA (OMIS-
SIS) E (OMISSIS) NONCHÉ DEGLI STESSI QUALI SOCI ILLIMITATA-
MENTE RESPONSABILI DELLA SOCIETÀ DI FATTO, rappresentato e
difeso dall'Avvocato FABRIZIO GUERRERA per procura in calce al ri-
corso;

- ricorrente -

contro

(OMISSIS), rappresentato e difeso dall'Avvocato DOMENICO CA-
TALDO per procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

nonché

(OMISSIS), rappresentata e difesa dall'Avvocato GIOVANNI MAR-
CHESE per procura in calce al controricorso;

avverso la SENTENZA n. 111/2023 della CORTE D'APPELLO DI MES-
SINA, depositata il 15/2/2023;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio non
partecipata del 5/12/2023 dal Consigliere GIUSEPPE DONGIACO-
MO;

FATTI DI CAUSA

1.1. La corte d'appello, con la pronuncia in epigrafe, ha accolto i reclami proposti da (OMISSIS) e (OMISSIS) avverso le sen-
tenze con le quali, il 14/11/2019 e il 23/12/2023, il tribunale
di Messina, su istanza del curatore del fallimento di (OMIS-
SIS), aveva dichiarato, in estensione di quest'ultimo, il falli-
mento, rispettivamente, della società di fatto tra la società
già fallita e (OMISSIS), già titolare dell'omonima impresa
individuale, e dei suoi soci illimitatamente responsabili
(OMISSIS) e (OMISSIS), e della (OMISSIS), quale socio di fat-
to della società di fatto tra (OMISSIS) e (OMISSIS).

1.2. Il tribunale, infatti, ponendo l'accento sul ruolo attivo che
(OMISSIS), proprietario dei rami d'azienda concessi in loca-
zione alla società già dichiarata fallita, aveva assunto in que-
st'ultima a scapito di quello meramente formale dell'ammi-
nistratore/liquidatore (OMISSIS), padre dello stesso, ha ri-
tenuto che, in ragione del "*ruolo preponderante e decisivo*"
svolto "*all'interno della società fallita*", lo stesso avrebbe
usato la compagine sociale come mero "*schermo per con-
tinuare la sua attività di impresa dietro il velo formale del
contratto di affitto di azienda, ma ponendo le scelte gesto-
rie al di fuori delle ordinarie dinamiche societarie*", come
confermato dalle deposizioni testimoniali dei dipendenti, a
fronte della "*sostanziale estraneità del legale rappresen-*"

te ... alla direzione e gestione dell'attività", ed, in forza del conclamato dato dell'"ingerenza gestionale e dell'effettiva eterodirezione della (OMISSIS) in liquidazione da parte (OMISSIS)" "e argomentando quasi esclusivamente in base ad esso", ha affermato l'esistenza del "vincolo sociale di fatto" tra la società di capitali conduttrice dell'azienda e il proprietario dell'azienda stessa/imprenditore individuale.

1.3. La corte d'appello, dopo aver rilevato che "i rami di azienda nei settori della pasticceria e della ristorazione, pur restando nella proprietà di (OMISSIS), sono stati gestiti dapprima e per un certo tempo dalla s.r.l. (il cui Presidente e legale rappresentante era (OMISSIS), padre di (OMISSIS)) e poi, dal 24 aprile 2018, dalla (OMISSIS) (amministrata legalmente da (OMISSIS), madre di (OMISSIS))" e che era indubbiamente emersa dagli atti la "continua e preponderante ingerenza gestoria e imprenditoriale del (OMISSIS), titolare dell'omonima impresa individuale, nella (OMISSIS) in liquidazione, con speculare quasi totale disinteresse da parte del padre, legale rappresentante di quest'ultima", ha, invece, escluso che tali fatti fossero sufficienti a ritenere dimostrata l'esistenza di una società di fatto, non apparendo sufficientemente significativi in tal senso né il metodo di gestione mediante il sistema dell'affitto dei rami di azienda, né il controllo costante, l'ingerenza gestoria e l'eterodirezione dell'attività di impresa condotta dalla società da parte dell'imprenditore individuale: – intanto, ha osservato la corte, non v'è traccia negli accertamenti svolti che gli affitti e gli atti annessi siano simulati, anche alla luce del fatto che dagli accertamenti contabili risulta che i canoni di affitto sono stati regolarmente corrisposti a (OMISSIS) dalla società affittuaria; – la costante ingerenza gestoria del concedente (OMISSIS) nella (OMISSIS) in liquidazione, inoltre, anche se dimostrata, non è elemento che può valere a configurare una società di fatto tra gli stessi ma semmai ad attribuirgli la qualifica di amministratore di fatto della stessa, che ricorre quando si accerta che un soggetto, benché privo della corrispondente investitura formale, sia inserito nella gestione della società, cui impartisce direttive, condizionandone le scelte operative, con carattere di sistematicità e completezza.

1.4. Né possono rilevare, ha aggiunto la corte, gli elementi che evidenziano una "situazione di commistione gestionale e di confusione contabile" esistente nei rapporti tra la società e taluni dei familiari di (OMISSIS), suo legale rappresentante, a partire da (OMISSIS), che ha incassato dalla stessa la somma di €. 170.000,00 per canoni di affitto e di €. 230.000,00 nel periodo 2015-2018 per rimborso spese di utenze a lui intestate, oltre al fatto che le attività aziendali abbiano avuto la stessa sede o comunque sedi interscambiabili e fossero comunque riconducibili alla famiglia (OMISSIS): – innanzitutto, "la confusione e l'inattendibilità contabile non hanno consentito di stabilire con certezza l'esclusività dell'interesse di (OMISSIS) (imprenditore individuale) nella gestione sociale"; – in secondo luogo, gli elementi esposti "non consentono di addivenire all'affermazione certa dell'esistenza di un'attività d'impresa esercitata in comune dai due soci di fatto, apparendo tutti e ciascuno in sé non univocamente significativi della qualificazione della fattispecie come orga-

nizzazione sociale orizzontale con la partecipazione paritaria e con l'autonomia gestionale della s.r.l. e dell'impresa del (OMISSIS)".

1.5. Si tratta, piuttosto, di fatti che "depongono più che altro per l'esistenza di un'amministrazione di fatto della s.r.l. da parte di (OMISSIS), concedente i rami di azienda presi in affitto dalla (OMISSIS) in liquidazione prima e poi dalla (OMISSIS), connotata anche da una certa confusione contabile e gestionale (probabilmente finalizzata alla distrazione in danno dei creditori), ma non consentono con sufficiente grado di certezza di ritenere provata ... la sussistenza della società di fatto costituita per la gestione in comune dell'impresa della (OMISSIS) s.r.l. in liquidazione e di quella individuale di (OMISSIS), non essendovi dimostrazione reale di un fondo sociale appartenente alla super-società, né della ripartizione di utili e perdite dell'ipotizzata entità di fatto tra i due soggetti anzidetti".

1.6. "La preponderanza di fatto di (OMISSIS) (concedente in affitto) nella gestione e nella amministrazione della s.r.l. potrebbe – ha aggiunto la corte – far propendere piuttosto (e, in alternativa alla amministrazione di fatto) per la configurazione di una holding personale di fatto ... che depone anch'essa in senso contrario all'esistenza della super-società di fatto ...".

1.7. La corte d'appello, a fronte della ritenuta mancata prova dell'esistenza della suddetta società (o super-società) di fatto tra la (OMISSIS) in liquidazione e (OMISSIS), imprenditore individuale, ha escluso che, a maggior ragione, tale rapporto societario di fatto potesse ravvisarsi rispetto alla (OMISSIS), e cioè "la società di cui amministratrice unica è (OMISSIS), madre di (OMISSIS) e moglie di (OMISSIS) (già legale rappresentante della (OMISSIS) s.r.l. in liquidazione)" e che ha ricevuto "... in affitto da (OMISSIS), con atto del 24 aprile 2018, il ramo di azienda relativo all'attività di trattoria denominata "(OMISSIS)" e quello di pasticceria e laboratorio di pasticceria denominato "(OMISSIS)" con effetto dal 2 maggio 2018 e per la durata di un anno, con rinnovo tacito per un altro anno e così di seguito, a fronte di un corrispettivo annuo di € 39.600".

1.8. La corte, in particolare, dopo aver evidenziato che, secondo il tribunale, il rapporto societario emergeva sia dal "ruolo assolutamente preponderante" assunto da (OMISSIS), che "sembra travalicare il rapporto di lavoro dipendente che lo lega alla (OMISSIS)", come dimostrato dal fatto che lo stesso è risultato essere nella disponibilità della chiave di apertura di un armadio blindato posto all'interno dei locali in cui la (OMISSIS) ha sede legale e operativa, sia dal fatto che, come emerso dalla sua audizione, (OMISSIS) "aveva delega ad operare sui conti correnti della società (OMISSIS)" e che, "dopo la stipula dell'affitto anzidetto", il (OMISSIS), pur non avendo rivestito alcun ruolo formale nella (OMISSIS), con sostanziale estraneità formale del suo legale rappresentante, aveva utilizzato detta "compagine sociale come schermo per continuare la sua attività di impresa, dietro il velo formale del contratto di affitto d'azienda, ma ponendo le scelte gestorie al di fuori delle dinamiche societarie", ha ritenuto che, al contrario, tale impostazione, in base alla quale l'esi-

stenza della super-società di fatto è stata desunta quasi esclusivamente dalla preponderante e continua ingerenza gestoria di (OMISSIS) nella (OMISSIS) in liquidazione prima e nella (OMISSIS) e dalla confusione/commistione di beni, non può essere condivisa.

- 1.9. Se può ammettersi lo scopo comune, ha osservato la corte, *"non vi è prova certa né dell'esistenza di un vincolo di collaborazione tra i tre soggetti anzidetti, che vada oltre la mera affectio familiaris e che integri piuttosto l'affectio societatis – quale volontà dei distinti soggetti di vincolarsi tra loro e di collaborare per conseguire risultati patrimoniali comuni nell'esercizio collettivo di un'attività economica –, né dell'esistenza di un patrimonio, di una struttura e di un'attività comuni strumentali alla realizzazione ed al conseguimento dello scopo sociale dell'unica entità di fatto, né tanto meno dell'esistenza di un'effettiva partecipazione dei tre soggetti coinvolti ai profitti ed alle perdite generati dall'esercizio dell'attività di impresa"*, essendo, piuttosto, emerso che *"le società di capitali ((OMISSIS) prima e poi la (OMISSIS)) abbiano funzionato, progressivamente, solo quale schermo per consentire all'impresa individuale di (OMISSIS) di svolgere la sua attività fuori dagli schemi societari, ossia, in altre parole, quale contenitore da cui prelevare elementi patrimoniali, aziendali e altre utilità"*.
- 1.10. La corte, infine, ha rilevato, *"ma solo ad abundantiam, che nulla è stato allegato, né provato in ordine ad un'eventuale insolvenza propria di tale (ritenuta) super-società, autonoma rispetto a quella dei (ritenuti) soci"*.
- 1.11. La corte, quindi, in totale riforma delle sentenze emesse dal tribunale di Messina il 14/11/2019 ed il 23/12/2019, ha revocato tanto il fallimento della società di fatto tra la (OMISSIS) s.r.l. in liquidazione e (OMISSIS), titolare dell'omonima ditta individuale, nonché di quest'ultimo quale socio illimitatamente responsabile, quanto il fallimento di (OMISSIS), quale socia della predetta società di fatto, condannando il Fallimento istante a rimborsare ai reclamanti le spese di giudizio.
- 2.1. Il Fallimento di (OMISSIS) in liquidazione e della società di fatto tra (OMISSIS) in liquidazione, (OMISSIS) e (OMISSIS) nonché degli stessi quali soci illimitatamente responsabili della società di fatto, con ricorso notificato il 16/3/2023, ha chiesto, per sette motivi, la cassazione della sentenza.
- 2.2. Hanno resistito, con distinti controricorsi, (OMISSIS) e la (OMISSIS).
- 2.3. Sono rimasti intimati il Procuratore della Repubblica presso la corte d'appello di Messina e il Procuratore della Repubblica presso il tribunale di Messina.
- 2.4. Le parti hanno depositato memorie.

RAGIONI DELLA DECISIONE

- 3.1. Con il primo motivo, il ricorrente, lamentando la violazione dell'art. 112 c.p.c. e dell'art. 18 l.fall., in relazione all'art. 360 n. 3 e n. 4 c.p.c., ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello: – ha, innanzitutto, omesso di pronunciarsi sulla domanda con la quale il Fallimento aveva chiesto l'accertamento anche incidentale della simulazione dei contratti d'affitto d'azienda deducendo che

tali contratti, *"avvicendatisi nel periodo 2010-2018 fra (OMISSIS) e (OMISSIS) e, successivamente, (OMISSIS)"*, miravano, in realtà, *"a mascherare – tramite l'interposizione fittizia di una prima società di capitali e poi di una seconda, dopo che la prima era stata resa insolvente e lasciata al suo destino – l'esercizio diretto dell'impresa da parte dello stesso titolare – concedente delle tre aziende affittate"*; – ha, in secondo luogo, omesso, conseguentemente, di istruire la domanda di accertamento della simulazione svolta dal Fallimento, trascurando di considerare il carattere *"inquisitorio"* del procedimento di reclamo, *"che le attribuiva il potere-dovere di assumere anche d'ufficio ogni necessario mezzo di prova sulla ricorrenza dei presupposti del fallimento..."*.

- 3.2. Con il secondo motivo, il ricorrente, in via subordinata rispetto al primo, lamentando la violazione e la falsa applicazione degli artt. 1415, 2561 e 2562 c.c., con riferimento all'applicazione della disciplina della simulazione al contratto di affitto di azienda, in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello ha ritenuto che il pagamento dei canoni di affitto a (OMISSIS) da parte della società affittuaria escludeva radicalmente la simulazione dei contratti d'affitto d'azienda, senza, tuttavia, considerare che, come dedotto dal Fallimento nel corso del giudizio, *"la simulazione degli affitti e l'esercizio incondizionato del potere d'impresa da parte del titolare delle aziende ... si desumono, in via indiretta, da una serie di elementi indiziari e, in via diretta, dalle dichiarazioni rese dallo stesso (OMISSIS) in sede di accertamento della GdF ... e dalle deposizioni rese dai dipendenti al Curatore ... nonché dalle dichiarazioni rese dalla sig.ra (OMISSIS) in sede di udienza prefallimentare"*, essendo, in particolare, emerso, tra l'altro, che: – la compagine delle società affittuarie fallite era costituita esclusivamente da membri della famiglia (OMISSIS); – *"l'amministrazione delle società era affidata agli anziani genitori di (OMISSIS), ... totalmente disinformati sull'amministrazione, sulle scritture contabili, sui finanziamenti e persino sulla sede dell'impresa"*; – *"le attività d'impresa esercitate attraverso le tre aziende si sono svolte sempre negli stessi locali e con le stesse insegne, senza soluzione di continuità"*; – *"il titolare-concedente ha avuto sempre il dominio assoluto e incontrastato delle imprese ... e la delega a operare sui conti correnti della società affittuaria"*; – *"i rapporti di affitto delle aziende di pasticceria e trattoria sono stati più volte modificati ad libitum nel corso degli anni con una serie di atti di risoluzione consensuale e immediate nuove stipulazioni, mai accompagnate da inventari e verbali di consegna, nonché con variazioni molto significative del canone d'affitto sia in aumento, sia in diminuzione (da 54.000 Euro a 18.000 Euro nel 2017)"*; – *"il rapporto finanziario con il concedente si è svolto su basi assolutamente informali e irregolari, al punto che, nel periodo 2015-2018, egli ha incassato, in aggiunta ai canoni d'affitto ulteriori importi per oltre € 230.000 a titolo di rimborso spese per i costi delle utenze che erano rimaste sempre a lui intestate (e non all'affittuaria esercente formale delle imprese)"*.

- 3.3. Con il terzo motivo, proposto in via subordinata rispetto al

primo, il ricorrente, lamentando l'omesso esame di un fatto decisivo oggetto di discussione tra le parti, con riferimento ai fatti e atti costituenti elementi probatori della simulazione dei contratti di affitto delle aziende facenti capo a (OMISSIS), in relazione all'art. 360 n. 5 c.p.c., ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello ha escluso la simulazione dei contratti d'affitto d'azienda, senza, tuttavia, procedere, pur a fronte di una serie di puntuali rilievi e deduzioni ed elementi di prova del carattere fittizio dei rapporti contrattuali fra le entità del gruppo (OMISSIS), alla necessaria valutazione delle precise richieste istruttorie e degli innumerevoli dati offerti dal Fallimento a dimostrazione della *"mera fittizietà dell'architettura degli affitti di azienda ... e la funzionalità della loro apparenza esterna alla creazione di schermi societari dietro i quali (OMISSIS) perpetrava la sua politica imprenditoriale, in unità d'intenti con gli organi sociali delle società intestatarie delle attività"*, trattandosi di *"rapporti contrattuali ... creati artatamente proprio per schermare l'attività comune del titolare delle aziende (OMISSIS) e delle società da lui dominate e gestite con l'interposizione fittizia dei familiari come un'unica entità imprenditoriale"*.

3.4. È emerso, in particolare, ha osservato il ricorrente, che: – con atto del 21/7/2014, (OMISSIS) ha concesso in affitto la propria azienda, avente per oggetto l'attività di trattoria denominata "(OMISSIS)" e l'attività di pasticceria, laboratorio di pasticceria, denominata "(OMISSIS)", alla società (OMISSIS), per la durata di un anno, con rinnovo tacito, a fronte di un corrispettivo annuo di €. 54.000,00, poi ridotto, con scrittura privata autenticata del 22/7/2017, ad €. 18.000,00; – con atto del 24/4/2018, (OMISSIS) e (OMISSIS) nelle rispettive qualità hanno convenuto di risolvere il contratto d'affitto d'azienda del 21/7/2014; – con atto sempre del 24/4/2018, (OMISSIS) e (OMISSIS), nella qualità di amministratore unico della neo costituita società "(OMISSIS)", sempre con sede in (OMISSIS), hanno convenuto la cessione in affitto alla (OMISSIS) delle aziende del Sig. (OMISSIS) a fronte di un corrispettivo annuo di €. 39.600,00.

3.5. Con il quarto motivo, il ricorrente, lamentando la violazione e la falsa applicazione degli artt. 2247, 2297, 2497, 2727 c.c. e dell'art. 147, comma 5°, l.fall., in relazione all'art. 360 n. 3 c.p.c., ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello, pur avendo accertato una situazione di confusione patrimoniale e di commistione gestoria fra diverse entità (persone fisiche e società) esercenti la medesima attività commerciale, ha escluso la sussistenza della dedotta super-società di fatto omettendo, tuttavia, di considerare che: – la società di fatto nasce dai comportamenti concludenti dei soci reiterati nel tempo e orientati all'esercizio dell'attività comune, senza che sia a tal fine necessario un preciso *"atto di volontà"* con cui le parti aderiscono al contratto sociale; – la *"collaborazione di tutti e di ciascuno dei soci all'impresa comune"* può essere ben costituita anche da un atteggiamento di mera tolleranza e inerzia, da parte degli amministratori legalmente nominati delle società socie, rispetto all'esercizio di fatto (o meglio all'usurpazione) dei poteri gestori da parte del terzo interessato al risultato

comune (nella specie, quale titolare e concedente formale dell'azienda data in affitto, nel contempo esercente l'attività trasferita in collaborazione con i primi) poiché proprio questa condotta consente di configurare una organizzazione comune e reale fra i soggetti coinvolti, apprezzata e riconosciuta come tale anche dai terzi, che si sovrappone alla realtà giuridica formale e pubblicata dal registro imprese; – la formazione del *"fondo comune"* può essere desunta dalla accertata situazione di totale confusione patrimoniale e commistione gestoria fra le entità (persone fisiche e società di capitali) esercenti la medesima attività commerciale di gestione dei rami d'azienda (trattoria, bar pasticceria e *pub*) in titolarità di (OMISSIS).

3.6. È evidente, infatti, ha osservato il ricorrente, che il disporre delle risorse sociali come cosa propria da parte dell'esercente reale dell'impresa, il non contabilizzare correttamente entrate e uscite e, nel contempo, il provvedere al pagamento dei debiti correnti necessari a continuare l'attività nel medio periodo (*"congelando"* solo quelli fiscali e contributivi) e fare transitare il patrimonio aziendale dalla prima società affittuaria decotta alla nuova, senza rilevare tramite regolare inventario le scorte di magazzino, i beni e le attrezzature (molto ingenti nel settore *food and beverage*), dà vita a un'unica indistinguibile massa attiva, che non è necessariamente strumentale di appropriazione individuale della persona fisica che domina l'organizzazione, giovando piuttosto e soprattutto a formare un patrimonio comune destinato all'esercizio dell'attività (nella specie di bar-ristorazione-trattoria-pub), da cui tutti i membri della famiglia e le società traggono alimento e beneficio, con la conseguente alea comune nei guadagni e nelle perdite, cioè la compartecipazione dei vari soggetti ai risultati economici dell'attività svolta in comune.

3.7. Con il quinto motivo, il ricorrente, lamentando l'assenza di una valida motivazione (art. 132 n. 4 c.p.c.), rispondente al minimo costituzionale (art. 111, comma 6°, Cost.), in relazione all'art. 360 n. 4 c.p.c., ha censurato la sentenza impugnata nella parte in cui la corte d'appello, pur avendo acclarato la costante ingerenza, non soltanto gestoria, ma imprenditoriale di (OMISSIS) nella società formalmente amministrata dal padre, la situazione di commistione gestoriale e confusione contabile nei rapporti fra la s.r.l. e i membri della famiglia (OMISSIS) e le *"evidenti ... confusioni e commistioni patrimoniali e finanziarie"*, ha, con motivazione perplessa o apparente ed in contrasto peraltro anche con i poteri-doveri inquisitori della corte d'appello in sede di reclamo ex art. 18 l.fall., negato ogni rilievo a tali evidenze ai fini della dimostrazione del rapporto societario di fatto fra i soggetti coinvolti; così come, pur avendo accertato, con riferimento a (OMISSIS) (e cioè la seconda società dichiarata fallita in estensione, amministrata formalmente dalla madre anch'essa inerte), che (OMISSIS): – è risultato essere nella disponibilità della chiave di apertura di un armadio blindato posto all'interno dei locali in cui la (OMISSIS) ha sede legale e operativa; – ha consegnato al curatore altre due chiavi relative a due cassette di sicurezza murate nell'ufficio ubicato al primo piano dei locali della società; –

prima del fallimento aveva delega ad operare sui conti correnti della società; – nei rapporti fra (OMISSIS) in liquidazione e la newco (OMISSIS), la consegna in affitto dei due rami di azienda è avvenuta, poi, senza alcuna valorizzazione dei beni e degli elementi trasferiti; ha contraddittoriamente negato ogni rilievo alle numerose evidenze della cooperazione fra (OMISSIS) e le due società di capitali e della “*commistione di beni usati per lo svolgimento dell’attività di impresa*” ai fini della dimostrazione del rapporto societario di fatto fra i soggetti coinvolti.

- 3.8.** Con il sesto motivo, il ricorrente ha lamentato, a norma dell’art. 360 n. 5 c.p.c., l’omesso esame di fatto decisivo in relazione all’accertamento dello stato d’insolvenza della supersetà di fatto.
- 3.1.** Con il settimo motivo, il ricorrente ha lamentato la regolamentazione delle spese di giudizio.
- 4.1.** Il quarto motivo è fondato, con assorbimento degli altri.
- 4.2.** La riforma del diritto societario, com’è noto, ha espressamente consentito la partecipazione, anche di fatto, di una società di capitali ad una società di persone (cd. “*supersocietà*”). Gli artt. 2361 c.c. e 111 *duodecies* disp.att. c.c., infatti, hanno inequivocamente previsto che una società di capitali possa assumere la qualità di socio illimitatamente responsabile, tra l’altro, di una società in nome collettivo, pur se irregolare (art. 2297 c.c.) come la società di fatto.
- 4.3.** Nel medesimo senso, del resto, depone l’art. 147, comma 1°, I.fall., nel testo successivo alla riforma della legge fallimentare ed applicabile *ratione temporis*, il quale, in coerenza con la predetta opzione normativa, dispone che “*la sentenza che dichiara il fallimento di una società appartenente ad uno dei tipi regolati nei capi III, IV e VI del titolo V del libro quinto del codice civile*” (e cioè di una società in nome collettivo, di una società in accomandata semplice o di una società in accomandita per azioni) “*produce anche il fallimento dei soci, pur se non persone fisiche, illimitatamente responsabili*”, in tal modo ribadendo la possibilità che le società di persone, anche se di mero fatto (cd. “*supersocietà*” di fatto), abbiano, tra i propri soci illimitatamente responsabili, altre società, anche di capitali, con “*tutte le implicazioni, ivi compreso il possibile fallimento della società di fatto, cui quella di capitali abbia partecipato, e dei suoi soci illimitatamente responsabili*”.
- 4.4.** Ne consegue che, una volta “*accertata l’esistenza di una società di fatto e la sua insolvenza, i soci possono essere dichiarati falliti in estensione ... di quello della società di fatto, che invece va accertata nei suoi elementi costitutivi e nello status di soggetto imprenditore insolvente*”, tanto “*ai sensi dell’art. 147, 1° comma, I.f.*” (Cass. n. 1095 del 2016, in motiv.; Cass. n. 12120 del 2016), quanto a norma dell’art. 147, comma 5°, I.fall..
- 4.5.** In effetti, “*una volta ammessa la configurabilità di una società di fatto partecipata da società di capitali e la conseguente sua fallibilità ai sensi del 1° comma dell’art. 147 I.fall.*”, “*non v’è alcuna ragione che, nell’ipotesi disciplinata dal ridetto 5° comma – in cui l’esistenza della società emerge in data successiva al fallimento autonomamente dichiarato di uno solo dei soci – possa giustificare un differen-*

ziato trattamento normativo, ammettendone o escludendone la fallibilità a seconda che il socio già fallito sia un imprenditore individuale o collettivo” (Cass. n. 10507 del 2016; Cass. n. 12120 del 2016, in motiv.).

- 4.6.** Una volta “*acquisito cioè ... che la cooperazione fra un soggetto persona fisica ed una società a responsabilità limitata ha operato anche solo per facta concludentia sul piano societario, secondo i consolidati tratti dell’esercizio in comune dell’attività economica, della esistenza di fondi comuni (da apporti o attivi patrimoniali) e dell’effettiva partecipazione ai profitti e alle perdite, dunque di un agire nell’interesse (ancorché diversificato e non però contro l’interesse) dei soci, nonché dell’assunzione ed esteriorizzazione del vincolo anche verso i terzi, ne deriva, in via discendente, dalla conseguente società di persone, di fatto ed irregolare, la necessaria responsabilità personale dei suoi componenti, così instaurandosi il presupposto per le rispettive dichiarazioni di fallimento ... ritenute le due vicende dei commi 4 e 5, soltanto esemplificative e di valore organizzatorio*” (Cass. n. 12120 del 2016, in motiv.).
- 4.7.** L’art. 147, comma 5°, I.fall., come questa Corte ha ripetutamente affermato (Cass. n. 7903 del 2020; Cass. n. 3867 del 2020; Cass. n. 10507 del 2016; più di recente, Cass. n. 20552 del 2022, in motiv.), trova, in altri termini, applicazione non solo quando, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale, risulti che l’impresa è, in realtà, riferibile ad una società di fatto tra il fallito ed uno o più soci occulti, ma, in virtù di sua interpretazione estensiva (Cass. n. 366 del 2021, in motiv.), anche (come, del resto, confermato dall’art. 256, comma 5, c.c.i.) nel caso in cui il socio già fallito sia una società, anche di capitali, che partecipi, con altre società o persone fisiche, ad una società di persone (cd. supersocietà di fatto) (Cass. n. 4712 del 2021, in motiv.; conf., del resto, Corte cost. n. 255/2017, secondo la quale “*un’interpretazione dell’art. 147, quinto comma, I.fall. che conducesse all’affermazione dell’applicabilità della norma al solo caso (di fallimento dell’imprenditore individuale) in essa espressamente considerato, risulterebbe in contrasto col principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 Cost.*”).
- 4.8.** Deve, tuttavia, evitarsi il rischio che l’art. 147, comma 5°, I.fall. (il cui focus, appunto, “*si volge ... verso l’ipotesi in cui – una volta dichiarato il fallimento di un (singolo) imprenditore – successivamente emerga che, invece, si tratta di «impresa ... riferibile a una società»*”, nel senso che mentre “*il comma 4 riguarda il caso di successiva emersione di soci occulti di società palese*”, “*il comma 5*”, invece, “*si concentra sul caso della successiva emersione di una società ... dapprima occulta e distinta dal soggetto già dichiarato fallito*”: Cass. n. 366 del 2021, in motiv.) possa essere utilizzato per aggirare le disposizioni dettate dagli artt. 2476, comma 7°, e 2497 c.c. e, in tal modo, evitare, attraverso le forme camerali dell’estensione di fallimento (art. 147, commi 4° e 5°, I.fall.), l’esercizio in sede ordinaria di un’azione di responsabilità, richiedendo, a tal fine, che il curatore fornisca in giudizio la prova rigorosa della relativa *affectio*.
- 4.9.** La società di fatto, invero, sussiste (anche solo nei confronti

dei terzi: come nel caso in cui *"due o più persone che operino in modo da ingenerare l'opinione che esse agiscano come soci, suscitando il legittimo affidamento sull'esistenza della società" ... come se la società esistesse*": Cass. n. 12120 del 2016, in motiv.) solo a condizione che siano dimostrati i relativi presupposti costitutivi, vale a dire, secondo la definizione fornita dall'art. 2247 c.c., l'esercizio in comune dell'attività economica, attraverso l'impiego di un fondo comune formato dagli apporti dei soci, e la programmata partecipazione di questi ultimi ai conseguenti risultati patrimoniali: e, dunque, da un agire nell'interesse, ancorché diversificato, (ma non contro l'interesse) dei soci (Cass. n. 12120 del 2016, in motiv.; Cass. n. 4784 del 2023, in motiv.).

- 4.10.** L'abuso della società da parte di una o più persone (fisiche e giuridiche) che ne hanno il controllo (anche solo di fatto) nell'interesse proprio delle stesse, in effetti, ha per lo più costituito, per osservazione empirica, una prova contraria all'esistenza della supersocietà di fatto (Cass. n. 10507 del 2016; Cass. n. 12120 del 2016; più di recente, Cass. n. 7903 del 2020; Cass. n. 20552 del 2022, in motiv.) e, semmai, indice dell'esistenza di una *holding* di fatto (che può anche essere una società di fatto: Cass. n. 23344 del 2010; Cass. n. 3724 del 2003).
- 4.11.** Si tratta, tuttavia, di un fatto che non esclude la possibile sussistenza tra le stesse persone e la società così abusata di un rapporto societario di fatto, almeno tutte le volte in cui alla iniziale *affectio* tra tali persone e la società sia subentrato, in forza di una modifica o evoluzione degli originari accordi o per effetto di essi (art. 2497-*septies* c.c.), l'esercizio di un abuso su quest'ultima, e cioè la violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale della stessa, da parte di chi, tra gli originari partecipi di un rapporto societario di fatto con la società abusata, era, per una ragione o per l'altra, in condizione di farlo (cfr. gli artt. 2497-*sexies* e 2359 c.c.).
- 4.12.** Del resto, e più in generale, non è altresì incompatibile con la sussistenza di un rapporto societario non formalizzato (o di fatto) tra persone fisiche e una o più società di capitali (e la sua prosecuzione tra le stesse fino al recesso di una delle stesse o alla sua esclusione in conseguenza del suo fallimento ovvero alla cessazione in fatto dell'attività d'impresa comune) il fatto che queste ultime, sin dall'inizio oppure in seguito, siano state, in concreto, programmaticamente volte a farsi carico dei debiti conseguenti all'attività comune in misura superiore rispetto agli utili ad esse riservati o comunque ricevuti (e, simmetricamente, le persone fisiche ad assumere debiti in misura inferiore rispetto ai vantaggi patrimoniali ricevuti).
- 4.13.** Se, invero, la partecipazione agli utili e alle perdite, in relazione al conferimento eseguito, costituisce duplice elemento essenziale della partecipazione sociale, differenziando il socio dal semplice associato, resta, nondimeno, fermo il principio per cui *"l'esclusione dalle perdite o dagli utili, in quanto qualificante lo status del socio nei suoi obblighi e nei suoi diritti verso la società e la sua posizione nella compagine sociale, secondo la previsione dell'art. 2265 c.c., viene integrata quando il singolo socio venga per patto*

statutario escluso in toto dall'una o dall'altra situazione o da entrambe": *"quando, per contro, sussista una regolamentazione"* (assunta anche in via tacita e nella stessa forma modificata nel corso della società) *"della partecipazione al rischio ed agli utili in misura non coerente al capitale conferito, ci si troverebbe in presenza di espressione di autonomia statutaria nella regolamentazione della partecipazione al rischio, non rientrando nella previsione della nullità in esame"*.

- 4.1.** Esulano, pertanto, dal divieto tanto le pattuizioni intercorse tra i soci (anche di fatto) di una società di persone che regolano la partecipazione degli stessi al rischio e agli utili in misura difforme dall'entità della partecipazione del singolo socio, quanto gli accordi che si esprimano in una misura di partecipazione difforme da quella inerente ai poteri amministrativi o che condizionino in alternativa la partecipazione o la non partecipazione agli utili o alle perdite al verificarsi di determinati eventi giuridicamente rilevanti (Cass. n. 8927 del 1994; Cass. n. 642 del 2000).
- 4.2.** La società di fatto, in effetti, si caratterizza per la mancanza di forme e formalità, pur essendo effettivo lo svolgimento di attività economica in comune, ossia l'impresa collettiva, la quale, a sua volta, consiste nel materiale e continuo esercizio di attività economica organizzata: e non sarebbe, dunque, giustificabile ammettere che la società di capitali, la quale abbia svolto attività d'impresa operando in società di fatto con altri, possa in seguito sottrarsi alle relative conseguenze semplicemente perché, in forza di una decisione dei suoi amministratori (anche di fatto), la stessa si sia prestata ad essere utilizzata, sia pur a mezzo della violazione delle relative regole societarie e della compressione del suo interesse imprenditoriale, quale socia di fatto di un'impresa insieme ad altre società ovvero ad una o più persone fisiche che sulla stessa abbiano esercitato, sia pur abusandone, il proprio potere di direzione e controllo.
- 4.3.** Se tale condotta di inadempimento è, in effetti, tale da giustificare i rimedi che l'ordinamento rispetto a ciò predispone (azioni di responsabilità, revoca, denuncia al tribunale), non rende però, essa stessa, invalido l'atto compiuto o inefficace l'attività imprenditoriale di fatto svolta. La verità è che lo svolgimento di un'attività economica comune con altra società, di capitali o di persone, o con una persona fisica è fatto ormai avvenuto, condividendo esso la natura materiale ed empirica dell'attività d'impresa, per il cd. principio di effettività.
- 4.4.** Del resto, anche la cd. impresa illecita è pur sempre impresa: un'attività imprenditoriale *"illegale"*, in quanto svolta in violazione delle regole che ne disciplinano l'esercizio, non necessariamente comporta la nullità degli atti posti in essere nell'esercizio della stessa; comunque, la situazione di illegalità dell'impresa non impedisce l'acquisto della qualità d'imprenditore con i relativi effetti specie ove sfavorevoli all'impresa stessa, che sarebbe ingiustificato escludere in virtù di violazioni proprio ad essa imputabili (Cass. n. 1095 del 2016, in motiv.).
- 4.5.** La corte d'appello non si è attenuta agli esposti principi.
- 4.6.** La sentenza impugnata, infatti, dopo aver (tra l'altro) ac-

certato che: – “i rami di azienda nei settori della pasticceria e della ristorazione, pur restando nella proprietà di (OMISSIS), sono stati gestiti dapprima e per un certo tempo dalla s.r.l. (il cui Presidente e legale rappresentante era (OMISSIS), padre di (OMISSIS)), e cioè dalla società già fallita, “e poi, dal 24 aprile 2018, dalla (OMISSIS) (amministrata legalmente da (OMISSIS), madre di (OMISSIS)) ...”; – a fronte del pressoché totale disinteresse dei legali rappresentanti di tali società, è, per contro, emersa la “continua e preponderante ingerenza gestoria e imprenditoriale del (OMISSIS) ...” tanto “nella (OMISSIS) in liquidazione”, quanto nella (OMISSIS), parimenti utilizzata dallo stesso “come schermo per continuare la sua attività di impresa, dietro il velo formale del contratto di affitto d’azienda, ma ponendo le scelte gestorie al di fuori delle dinamiche societarie”; ha, sulla base di tale accertamento, ritenuto che tali fatti “depongono più che altro per l’esistenza di un’amministrazione di fatto della s.r.l. da parte di (OMISSIS), concedente i rami di azienda presi in affitto dalla (OMISSIS) in liquidazione prima e poi dalla (OMISSIS) ...” o, al più, “di una holding di fatto nei cui confronti il curatore può agire in responsabilità e che può essere dichiarata autonomamente fallita ...” sul rilievo che gli stessi “non consentono con sufficiente grado di certezza di ritenere provata ... la sussistenza della società di fatto costituita per la gestione in comune dell’impresa ... non essendovi dimostrazione reale di un fondo sociale appartenente alla super-società ...” “né dell’esistenza di un vincolo di collaborazione tra i tre soggetti anzidetti, che vada oltre la mera affectio familiaris ... quale volontà dei distinti soggetti di vincolarsi tra loro e di collaborare per conseguire risultati patrimoniali comuni nell’esercizio collettivo di un’attività economica ..., né dell’esistenza ... di una struttura e di un’attività comuni strumentali alla realizzazione ed al conseguimento dello scopo sociale dell’unica entità di fatto, né tanto meno dell’esistenza di un’effettiva partecipazione dei tre soggetti coinvolti ai profitti ed alle perdite”. Le società di capitali ((OMISSIS) prima e la (OMISSIS) poi), piuttosto, hanno “funzionato, progressivamente, solo quale schermo per consentire all’impresa individuale di (OMISSIS) di svolgere la sua attività fuori dagli schemi societari, ossia, in altre parole, quale contenitore da cui prelevare elementi patrimoniali, aziendali e altre utilità, senza partecipare alle scelte gestionali, né ad eventuali utili e perdite ...”.

- 4.7.** La corte d’appello, tuttavia, così facendo, ha finito per escludere la sussistenza dell’invocato vincolo societario senza considerare, per un verso, che, come detto, la società di fatto tra una o più persone fisiche ed una o più società non è completamente esclusa, almeno nella sua fase costitutiva, dalla successiva utilizzazione delle stesse “come schermo” per consentire a chi, per un motivo o per l’altro, le controlla di svolgere (o di continuare a svolgere) la propria attività d’impresa, e, per altro verso, che la sussistenza della società di fatto, se non richiede, semplicemente, che le società di capitali che ne fanno parte abbiano, direttamente o indirettamente, (come nella specie) gli stessi soci e gli stessi amministratori (trattandosi di fatti compatibili anche con il mero esercizio di un’attività di direzione e coordinamento

sulle stesse), può essere nondimeno affermata quando, almeno nella fase costitutiva (e a prescindere dalle forme giuridiche che i relativi atti abbiano assunto), sussistano (o, comunque, siano stati percepiti come tali dai terzi) i seguenti fatti costitutivi (dei quali, però, la corte d’appello ha ommesso l’esame effettivo, così cadendo nel vizio della falsa applicazione delle norme previste dagli artt. 2247 c.c. e 147, comma 5°, l.fall.), e cioè che: a) le stesse società, al pari degli altri compartecipi (persone fisiche o giuridiche, come altre società), abbiano conferito, con decisione che (quale mero atto gestorio proprio dell’organo amministrativo: Cass. n. 1095 del 2016) le società partecipanti possono ben assumere attraverso un amministratore di fatto e poi manifestare e dunque condividere a mezzo dei rispettivi organi rappresentativi, in un fondo comune, in termini (di volta in volta) di attribuzione della proprietà (art. 2254, comma 1°, c.c.) o del godimento di determinati beni (artt. 2254, comma 2°, e 2281 c.c.) ovvero di esecuzione della propria opera (art. 2263, comma 2°, c.c.), tutto “quanto è necessario per il conseguimento dell’oggetto sociale” (art. 2253, comma 2°, c.c.), se del caso in termini di rinuncia ai propri diritti (come quello di rivalsa in caso di garanzia personale ovvero al compenso per l’attività svolta), allo scopo di trarne, almeno programmaticamente, un vantaggio economico; b) i risultati patrimoniali (positivi e negativi) dell’attività svolta attraverso il fondo formato dai predetti apporti ricadono, in termini di incremento o decremento del valore degli stessi apporti eseguiti, su tutti i partecipanti, secondo le regole dagli stessi (anche tacitamente) fissate (e, come visto, anche in proporzione differente rispetto all’entità degli apporti) e, se del caso, altrettanto tacitamente, modificate (con l’unica particolarità che le operazioni sono compiute da chi agisce non già in nome della compagine sociale ma in nome proprio: Cass. n. 14365 del 2021; Cass. n. 17925 del 2016; Cass. n. 366 del 1998, la quale ha evidenziato come, in tale ipotesi, “in deroga ai principi desumibili dagli artt. 1388, 1705 e 1706 c.c., la responsabilità verso i terzi, per il compimento di tali operazioni” grava anche “su coloro nel cui interesse esse siano state compiute senza tuttavia spendere il nome”; Cass. n. 1106 del 1995; nello stesso modo in cui “l’imputazione sostanziale di atti – e di atti qualificati siccome d’impresa collettiva – ad un soggetto non formalmente e realmente costituito ... poggia su una effettività di condotte riconosciute all’esterno invece quali tipiche del contratto di società, dunque tali, se così percepite dai terzi”: Cass. n. 12120 del 2016, in motiv.).

- 4.8.** Ciò che per lo più capita ove risulti: – lo svolgimento da parte dei compartecipi (società e/o persone fisiche) della stessa attività facente capo all’imprenditore o alla società inizialmente fallita; – la comunanza tra i diversi compartecipi dell’organizzazione aziendale a tale fine utilizzata, come i locali, le insegne, le utenze, con i relativi dipendenti, in ragione dell’esecuzione, da parte di ciascuno di essi, di apporti patrimonialmente rilevanti in favore della stessa, come beni aziendali, somme di denaro, prestazioni di servizi e rinunce a crediti maturati nei suoi confronti; – la distribuzione in favore dei partecipanti dei benefici economici conseguenti

(non necessariamente, come detto, in proporzione rispetto al valore degli apporti), in termini di percezione di somme di denaro non corrispondenti alle prestazioni d'opera svolte ovvero di mancato versamento di somme giuridicamente dovute, all'esercizio in comune dell'impresa.

- 4.9.** Quanto al resto, è opportuno chiarire come, in linea di principio, per potersi dichiarare il fallimento della cd. supersocietà di fatto, è necessario, tra l'altro, il riscontro di una *"autonomia e affatto propria insolvenza"* della supersocietà *"anche eventualmente muovendo – quale fatto indiziante – dalla rilevazione dell'insolvenza di uno o più soci, ovvero del socio cui era inizialmente imputabile l'attività economica, ma senza alcuna automatica traslazione ovvero dogmatico esaurimento in esse della prova richiesta, come per tutti gli insolventi fallibili, dall'art. 5 legge fall."* (cfr. Cass. n. 12120 del 2016; (Cass. n. 1095 del 2016, in motiv.; conf., Cass. n. 6030 del 2021).
- 4.10.** Resta, nondimeno, il fatto che quando, dopo la dichiarazione di fallimento di un imprenditore individuale (o, come detto, di una società), risulti che la relativa *"impresa"* è, in realtà, *"riferibile"* ad una società di fatto tra il soggetto già fallito e uno o più soci occulti, che possono essere a loro volta altre società o persone fisiche (cd. *"supersocietà"* di fatto), i debiti assunti (sia pur in nome proprio) dal soggetto (imprenditore individuale o società) già fallito in relazione all'impresa sostanzialmente sociale che ne costituisce l'oggetto sono, in realtà, giuridicamente imputabili alla società occulta (che è, in realtà, una società in nome collettivo non iscritta nel registro delle imprese e, dunque, senz'altro nota almeno tra i compartecipi) della quale era, appunto, socio (e, avendo agito per conto della stessa, in sua rappresentanza: art. 2297, comma 2°, c.c.): nello stesso modo in cui, in forza di tale norma, sono giuridicamente imputabili alla (super) società occulta, ove riferibili alla predetta impresa comune, i debiti assunti, in nome proprio ma per conto della stessa, dagli altri soci occulti successivamente risultati.
- 4.11.** Ma se i debiti assunti (sia pur in nome proprio) dal soggetto (imprenditore individuale o società) già fallito in relazione all'impresa sociale sono, in realtà, giuridicamente imputabili alla società occulta successivamente emersa, l'insolvenza di tale società (cui, non a caso, la norma dell'art. 147, comma 5°, l.fall. non accenna) può essere, allora, senz'altro direttamente desunta dai predetti debiti e dall'impossibilità della stessa di farvi fronte con mezzi normali di pagamento (art. 5 l.fall.).
- 4.12.** E non a caso questa Corte ha recentemente ribadito (Cass. n. 1234 del 2019, in motiv.) il principio per cui, nell'ipotesi (come in esame) contemplata dall'art. 147, comma, 5°, l.fall., l'insolvenza da prendere in considerazione è quella già accertata nei confronti dell'imprenditore apparentemente individuale (o della società) ma in realtà fallito come socio di una società occulta, perché l'insolvenza della società occulta è la stessa insolvenza dell'imprenditore apparentemente individuale (o della società) già dichiarato fallito (conf., Cass. n. 1106 del 1995, in motiv., la quale ha osser-

vato come l'indicata conseguenza *"deriva ineluttabilmente dai patti sociali della società occulta, che si concretano, fra l'altro, (si fa, per attenersi alla specie, il caso dell'imprenditore individuale che agisce per conto di una società occulta) nell'autorizzare il suddetto imprenditore a non spendere il nome della suddetta società, agendo solo per suo conto"* sicché, *"in deroga all'art. 1705 c.c., i soci assumono responsabilità personale ed illimitata, anche per gli atti compiuti dal socio che ha agito in proprio nome, ma per conto della società dagli stessi stipulata"*: *"la necessità di dare attuazione prioritaria al principio (che non può essere derogato nei confronti dei terzi: vedi art. 2291, secondo comma) della responsabilità personale illimitata, stabilito dall'art. 2291 primo comma, deroga all'esigenza della spendita del nome (art. 2266 c.c.); altrimenti, verrebbe posta in forse la stessa figura della società occulta, il che sarebbe contrario alla realtà delle relazioni commerciali, prima ancora che ai principi di legge"*).

- 4.13.** La società, al pari dei suoi soci illimitatamente responsabili, può, naturalmente, dimostrare in giudizio, in sede di estensione ai sensi dell'art. 147, comma 5°, l.fall., l'insussistenza dello stato d'insolvenza provando che la stessa è, al contrario, in condizione di far fronte regolarmente e con mezzi normali alle proprie (nei termini esposti) obbligazioni (cfr. Cass. n. 4712 del 2021: *"il fallimento della società, che sia socia illimitatamente responsabile, finisce per costituire, secondo l'art. 147, l'occasione per ravvisare (o comunque per accertare) anche la distinta insolvenza della supersocietà di fatto"*) ovvero che i debiti assunti in nome proprio dai soci (successivamente emersi come tali) non sono, in realtà, riferibili all'impresa (ad es., perché personali) e non sono, pertanto, debiti della società tali da integrarne, in caso d'impossibilità di farvi fronte con mezzi normali, lo stato d'insolvenza (cfr. Cass. n. 10507 del 2016: *"all'insolvenza del socio già dichiarato fallito potrebbe non corrispondere l'insolvenza della s.d.f. (cui gli altri soci potrebbero, in tesi, conferire le liquidità necessarie al pagamento dei debiti)"*).
- 5.** Il ricorso dev'essere, quindi, accolto e la sentenza impugnata, per l'effetto, cassata con rinvio, per un nuovo esame, alla corte d'appello di Messina che, in differente composizione, provvederà altresì sulle spese del presente giudizio.

P.Q.M.

La Corte così provvede: accoglie il quarto motivo di ricorso, dichiara assorbiti gli altri; cassa, in relazione al motivo accolto, la sentenza impugnata con rinvio, per un nuovo esame, alla Corte d'appello di Messina che, in differente composizione, provvederà anche sulle spese del presente giudizio.

Così deciso a Roma, nella Camera di consiglio della Prima Sezione Civile, il 5 dicembre 2023.

Il Presidente
Massimo Ferro

Trib. Bologna, 30 gennaio 2024, Pres. Guernelli, Est. Rimondini

■ COMPOSIZIONE NEGOZIATA – Durata dell’incarico dell’esperto – Proroga richiesta dalle parti – Individuazione delle parti interessate in quelle con le quali sono ancora in corso trattative – Sussistenza.

In tema di proroga della durata dell’incarico dell’esperto, l’espressione “tutte” contenuta nell’art. 17, comma 7, CCII deve essere riferita ai creditori con i quali le trattative sono effettivamente in corso nel momento in cui si presenta la richiesta di prosecuzione dell’incarico, essendo irrilevante il consenso sia di coloro con i quali il debitore abbia già raggiunto un accordo, sia dei creditori che abbiano già definitivamente espresso la volontà di non aderire ad alcuna ipotesi di risoluzione negoziale della crisi. In entrambi i casi, infatti, le trattative sono già concluse con i suddetti creditori e la prosecuzione della composizione negoziata diviene superflua.

■ COMPOSIZIONE NEGOZIATA – Durata dell’incarico dell’esperto – Proroga *ex lege*.

In tema di composizione negoziata, il deposito della richiesta ex artt. 19 o 22 CCII compiuto prima della scadenza del termine di 180 giorni, di cui all’art. 17, comma 7, CCII è sufficiente per determinare il prolungamento *ex lege* della composizione negoziata, consentendo così al giudice di tenerne conto in sede di deliberazione delle istanze ex artt. 19 o 20 CCII per la doverosa verifica di funzionalità delle richieste alle trattative intraprese. Non si può peraltro neppure escludere che, nel caso in cui il termine iniziale scada dopo la definizione del procedimento ex artt. 19 o 22 CCII, la proroga *ex lege* sia connessa non alla domanda del debitore, bensì unicamente all’adozione di un provvedimento favorevole, perché solo così si potrebbe ritenere che la prosecuzione sia effettivamente “resa necessaria” e trovi giustificazione negli strumenti di cui agli artt. 19 o 22 CCII.

■ ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI – Correttezza e buona fede – Condizioni per l’estensione forzata.

In tema di accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, dal requisito della buona fede di cui all’art. 61, comma 1, lett. a) CCII, rappresentativo di un canone al quale deve essere improntato il comportamento di tutte le parti coinvolte come espressamente previsto dall’art. 4, comma 1, CCII, deriva che il set informativo che il debitore pone a disposizione dei creditori deve essere completo e a tutti i creditori deve essere data la possibilità di partecipare alle trattative e di negoziare. Ai creditori, peraltro, non deve essere garantita parità di trattamento, né le trattative devono essere portate avanti contestualmente. È ben possibile, dunque, che il debitore inizi le trattative con i creditori ritenuti strategici ai fini della ristrutturazione, per poi avviare l’interlocuzione anche con altri.

■ ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI – Modifica sostanziale dell’accordo.

In tema di accordi di ristrutturazione ad efficacia estesa, la variazione della condizione sospensiva nel solo termine ultimo di avveramento, costituito dall’esito definitivamente favorevole del giudizio di omologa, non rappresenta una modifica sostanziale dell’accordo rilevante ai fini dell’art. 58, comma 1, CCII poiché si tratta di un intervento rispetto ad un atto negoziale già perfetto che ne posticipa solo l’efficacia. Il differimento del termine non incide, in effetti, sul contenuto della condizione sospensiva, coincidente con la definitività del provvedimento di omologa, che rimane inalterata, poiché ciò che cambia è solo il dato temporale, che viene modificato in forza di una evoluzione necessitata del giudizio di omologazione che si è protratto oltre a quanto originariamente preventivato.

■ ACCORDI DI RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI AD EFFICACIA ESTESA – Aumento di capitale a servizio dell’emissione di azioni speciali – Estensione forzata ai non aderenti – Ammissibilità.

In tema di accordi di ristrutturazione, è consentita l’estensione forzata nei confronti dei creditori non aderenti sottoscrittori di un prestito obbligazionario convertibile, per i quali è previsto un soddisfacimento ad esito di una operazione di aumento di capitale sociale a pagamento mediante l’emissione di nuove azioni speciali, poiché non prevede prestazioni o obblighi incompatibili con i diritti dei creditori. Ciò in quanto l’operazione genera un credito in capo alla società che ha deliberato l’aumento di capitale nei confronti dei sottoscrittori che questi estingueranno mediante compensazione con il proprio controcredito derivante dai titoli del prestito obbligazionario convertibile posseduti e rinuncia agli interessi.



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE DI BOLOGNA
SEZIONE QUARTA CIVILE E PROCEDURE CONCORSUALI**

Il Tribunale, riunito in camera di consiglio in persona di:

Dott. Michele Guernelli	Presidente
Dott.ssa Antonella Rimondini	Giudice rel.
Dott.ssa Alessandra Mirabelli	Giudice

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Nel procedimento unitario iscritto al n. r.g. **172-1/2023 PU** promosso da:

(OMISSIS)

rappresentata e difesa dall'avv. Lukas Plattner, avv. Fabio Marelli, avv. Davide Orsano e dall'avv. Stefano Gamberini

- RICORRENTE -

con l'opposizione di

(OMISSIS)

Rappresentati e difesi dall'Avv. Stefano Alberti

e

(OMISSIS)

Rappresentata dall'Avv. Giorgio Maria Zamperetti

- OPPONENTI -

Esaminato il ricorso per l'omologazione degli accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 57 CCI, con efficacia estesa ex art. 61 CCI, depositato in data 29 giugno 2023 da (OMISSIS) (d'ora in poi, per brevità, denominata (OMISSIS);

tenuto conto che la ricorrente ha descritto gli Accordi raggiunti con alcune categorie di creditori e ha domandato l'estensione degli effetti degli Accordi conclusi con diversi obbligazionisti (aderenti alla proposta di conversione delle obbligazioni alla proposta di conversione delle obbligazioni denominate "(OMISSIS) 2017 – 2022" – Codice ISIN IT0005277618 – in azioni speciali cum warrant") a tutta la categoria degli Obbligazionisti;

considerato che la Società ha provveduto alla pubblicazione sul Registro delle Imprese del piano, dell'attestazione del professionista e degli accordi ai sensi dell'art. 56, IV comma, CCI e ha proceduto alle notifiche ai creditori nei confronti dei quali ha domandato l'estensione. Parimenti la cancelleria ha comunicato la presentazione della domanda ex art. 40 CCI al Registro delle Imprese.

considerato che in data 24 e 31 luglio 2023 sono state presentate

opposizioni da alcuni degli obbligazionisti nei confronti dei quali è stata domandata l'estensione degli Accordi;

rilevato che il Tribunale ha disposto l'integrazione del contraddittorio e nominato Commissario Giudiziale il dott. Luca Mandrioli; rilevato che le parti costituite ed il Commissario Giudiziale sono stati sentiti all'udienza del 28 settembre 2023;

tenuto conto che, all'esito dell'udienza, il Tribunale ha chiesto al Commissario di esprimere un parere scritto sulle questioni discusse negli atti e nel corso dell'udienza e, in particolare, sui requisiti di ammissibilità e di fattibilità del piano sottostante agli accordi;

rilevato che il Commissario Giudiziale ha depositato il parere richiesto; preso atto delle memorie difensive depositate dalle parti entro il termine concesso;

sentite nuovamente le parti ed il Commissario Giudiziale all'udienza del 19 dicembre 2023;

tenuto conto che (OMISSIS) ha dato conto di alcuni interventi modificativi e ha depositato nuovi documenti;

lette le memorie difensive delle parti ed il parere conclusivo depositato dal Commissario Giudiziale;

OSSERVA CHE

La Composizione Negoziata.

Il presente procedimento di omologazione di accordi di ristrutturazione ai sensi dell'art. 57 CCI, con efficacia estesa ex art. 61 CCI, trae origine dall'accesso di (OMISSIS), a decorrere dal 23.7.2022, allo strumento della composizione negoziata della crisi di cui agli artt. 12 e ss. CCI nell'ambito del quale è stato nominato come Esperto l'avv. Anna Paola Tonelli.

In quella sede la ricorrente ha rappresentato di svolgere attività nell'ambito di vari settori (automazione industriale; fotovoltaico; industrial services; energy storage, smart grid e power quality; monitoring e cloud) e di trovarsi in una situazione di crisi, in gran parte dipesa da un importante difetto seriale riguardante un componente chiave utilizzato in quasi tutte le macchine vendute e installate tra il 2018 ed il 2019. Tale circostanza aveva provocato un impatto sostanziale sull'attività aziendale, al quale si era aggiunto l'effetto pandemico (con le conseguenti chiusure e difficoltà di approvvigionamento di componenti essenziali) ed il conflitto russo-ucraino, che aveva peggiorato le relazioni internazionali e aggravato le problematiche di rifornimento di materiali necessari per la produzione. Già in quell'ambito, inoltre, (OMISSIS) ha dedotto che il proprio ceto creditorio si componeva di fornitori, di istituti di credito e dei portatori di titoli obbligazionari relativamente al prestito obbligazionario convertibile "(OMISSIS)" (di seguito, anche solo "POC").

La società ha altresì domandato al Tribunale la conferma delle misure protettive richieste fin dalla domanda di accesso alla composizione negoziata e, in data 25.9.2022, ha chiesto l'autorizzazione ex art. 22 CCI a contrarre finanziamenti prededucibili con (OMISSIS) e (OMISSIS) (di seguito, "(OMISSIS)") e (OMISSIS) (di seguito "(OMISSIS)" e, insieme a (OMISSIS), congiuntamente "Investitori"). Con due separati provvedimenti dell'8.11.2022, il Tribunale di Bologna ha accolto la domanda di conferma delle misure protettive sino al 30.11.2022 (poi prorogate fino al 30.3.2022), mentre ha rigettato – previa acquisizione del parere dell'ausiliario dott. Luca Mandrioli – la richiesta di autorizzazione a contrarre la finanza prededucibile. (OMISSIS) ha poi rinnovato la domanda ex art. 22 CCI

chiedendo nuovamente l'autorizzazione a contrarre finanziamenti prededucibili con gli Investitori. Previa nomina dell'ausiliario, il Tribunale ha accolto tale seconda istanza.

In data 31.1.2023 (OMISSIS) ha depositato una nota con scambio di pec del 28-30.1.2023 intervenuto con l'Esperto, avente a oggetto – essendo decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina da parte di quest'ultimo – la conferma della proroga dell'incarico ex art. 17, comma VII, secondo periodo, CCI. In data 30.3.2023 l'Esperto, ricevute le richieste da parte di (OMISSIS) e dei creditori bancari di proseguire la composizione negoziata, ha dato atto di acconsentire alla proroga per continuare le trattative con i creditori bancari.

Il 28.4.2023 la ricorrente, i creditori bancari ed (OMISSIS) hanno dichiarato di aver raggiunto un accordo, all'esito del quale l'Esperto ha depositato, in data 5.5.2023, la propria relazione finale ai sensi dell'art. 17, comma VIII, CCI. Nella relazione si è dato conto della conclusione positiva della composizione negoziata tramite la definizione di un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 57 CCI basato su un piano che prevede la prosecuzione dell'attività di impresa in via diretta. L'Esperto, in particolare, ha evidenziato il raggiungimento da parte della società: i) di un accordo con *“una percentuale di adesione complessiva pari al 75%”* con i creditori commerciali; ii) di *“un accordo con tanti titolari di obbligazioni che rappresentano il 62,139% dell'esposizione”* del POC i quali *“hanno provveduto alla sottoscrizione di accordi individuali di conversione del POC”* in Azioni Speciali *cum warrant*; iii) di un accordo *“all'unanimità”* con i creditori finanziari. L'Esperto, inoltre, ha precisato che tutti i creditori erano stati informati dell'avvio delle trattative; erano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede ed avevano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, nonché sull'accordo ed i suoi effetti.

La domanda di (OMISSIS).

Nel ricorso, (OMISSIS) ha dichiarato di avere raggiunto accordi di ristrutturazione dei debiti con tre categorie di creditori: 1) i fornitori; 2) gli obbligazionisti; 3) i creditori finanziari, *“tutti condizionati all'intervenuta omologazione dell'AdR”*. In sintesi, gli accordi prevedono: 1) categoria fornitori: la corresponsione a stralcio gli importi dei crediti scaduti oggetto di negoziazione (nella misura media del 34%), con rinuncia alla porzione residua dell'intero ammontare. Gli accordi sono stati raggiunti con una percentuale complessiva di adesione pari al 75%; 2) categoria obbligazionisti: la conversione del POC (di importo nominale complessivo di euro 16.059.600 corrispondente a n. 2.974 obbligazioni di euro 5.400 ciascuna) in Azioni Speciali con obbligazionisti rappresentanti oltre il 60% del POC (e precisamente euro 9.979.200, pari al 62,14% del POC); 3) categoria creditori finanziari: gli accordi sono stati raggiunti con il 93,35% dei creditori e sono variamente articolati a seconda dell'Istituto bancario e della tipologia di credito.

L'oggetto della proposta di ristrutturazione del debito prevede la prosecuzione dell'attività di impresa e, in particolare: la completa riattivazione del ciclo di approvvigionamento e produttivo, tramite nuova finanza (oltre a quella già erogata in via di urgenza); lo sviluppo commerciale di prodotti e servizi esistenti e di nuovi prodotti e servizi; il miglioramento di efficienza nel processo di procurement; la salvaguardia del personale altamente qualificato presente in

azienda ed un suo rafforzamento lungo gli anni di Piano; la revisione della struttura del capitale; l'avvio della collaborazione con un partner strategico per lo sviluppo di una nuova macchina per applicazioni storage e fotovoltaico. Il piano prevede altresì la cessione, nel corso del 2023, della partecipazione detenuta nella società veicolo namibiana (OMISSIS) e il rimborso del finanziamento concesso alla controllata, per un valore complessivo di euro 2,4 milioni; l'apporto di nuova finanza prededucibile ex art. 101 CCI post omologa, in esecuzione dell'Accordo; a seguito dell'omologa, la conversione in equity del credito vantato dai soci (OMISSIS) e (OMISSIS), per circa complessivi 6,7 milioni di euro (di cui circa 5,1 milioni finanziamenti soci e 1,6 milioni crediti commerciali), per il tramite di una Newco appositamente costituita, i cui soci saranno gli attuali azionisti privati della Società e (OMISSIS); sempre a seguito dell'omologa, la conversione in Azioni Speciali *cum warrant*.

Le opposizioni.

Gli obbligazionisti hanno proposto plurime contestazioni e, in particolare, hanno dedotto: **a)** la violazione dell'art. 17, VII comma, CCI e la conseguente inapplicabilità dell'art. 23, comma II, lett. b), CCI. La proroga della durata della composizione negoziata sarebbe stata chiesta solo da una parte dei soggetti coinvolti nelle trattative e non, come previsto dall'art. 17, VII comma, CCI, da tutte le parti. L'incarico dell'Esperto, pertanto, doveva ritenersi concluso al 30.3.2023, in concomitanza con lo spirare del termine massimo di vigenza delle misure protettive. Conseguentemente, la relazione finale dell'Esperto non avrebbe potuto essere utilizzata ai sensi dell'art. 23, comma II, lett. b), CCI per ridurre dal 75% al 60% la percentuale di creditori necessaria per estendere ai non aderenti gli accordi di ristrutturazione del debito; **b)** l'inapplicabilità degli artt. 23, comma II, lett. b), 57 e 61, comma I, CCI, in ragione della violazione dell'art. 2415 c.c., atteso che l'assemblea degli obbligazionisti tenutasi del 28.11.2022 non avrebbe avuto competenza in materia di conversione del POC in Azioni Speciali *cum warrant*, trattandosi peraltro di una *mutatio* del rapporto (da mutuo a capitale di rischio) in quanto tale non ammissibile. Gli oppositori hanno in proposito precisato che pende avanti codesto Tribunale giudizio civile per l'impugnazione della delibera assembleare *de qua*; **c)** l'inapplicabilità degli artt. 23, comma II lett. b), 57 e 61, comma I, CCI per la violazione dell'art. 61, comma II, lett. a), CCI, stante la carenza di informazioni nel corso delle trattative da parte di (OMISSIS) e del rappresentante comune degli obbligazionisti, oltre a una grave disparità di trattamento rispetto ai maggiori obbligazionisti. L'opponente Picone, in particolare, sarebbe stata coinvolta tardivamente dal rappresentante comune e, più in generale, la mancanza di informazioni si sarebbe protratta fino ai primi giorni del novembre 2022; **d)** l'inapplicabilità degli artt. 23, comma II, lett. b), 57 e 61, comma I, CCI per l'insussistenza della condizione di cui all'art. 61, comma II lett. d), CCI, in ragione della inattendibilità del metodo di valutazione impiegato dalla società (cd. CAPM) per determinare il valore delle Azioni speciali *cum warrant*, nonché della aleatorietà della circostanza che gli obbligazionisti riceverebbero utili in ragione della titolarità di azioni speciali, potendo (OMISSIS) anche non distribuirli; **e)** l'inapplicabilità degli artt. 23, comma II, lett. b), 57 e 61, comma I, CCI per l'insussistenza della condizione di cui all'art. 61, comma IV, CCI, in quanto il meccanismo di mutazione *“forzata”* degli obbligazionisti non aderenti in azionisti speciali determi-

rebbe l'assunzione di nuove diverse prestazioni, patrimoniali e non. Sulla base di tali considerazioni, gli opposenti hanno chiesto respingere la domanda di estensione degli effetti dell'Accordo nei loro confronti.

Memoria difensiva (OMISSIS).

(OMISSIS) ha depositato entro il termine concesso una memoria autorizzata nella quale, oltre a replicare alle deduzioni degli opposenti, ha eccepito l'inammissibilità dell'opposizione, poiché la stessa non era diretta a contrastare l'omologazione, ma solo l'estensione agli obbligazionisti non aderenti degli effetti degli accordi ex artt. 23, comma II, lett. b) e 61 CCI.

Questioni preliminari: ricusazione – sostituzione Commissario giudiziale.

Con separate istanze, i ricorrenti in opposizione hanno ricusato ex art. 52 c.p.c. il giudice Maurizio Atzori e domandato la sostituzione ex artt. 134 e 135 CCI del Commissario Giudiziale.

L'istanza di ricusazione, peraltro riferita a giudice estraneo al Collegio che ha trattato il presente procedimento, è stata respinta dal Tribunale.

Con riguardo alla richiesta di sostituzione del Commissario Giudiziale, all'udienza del 28.9.2023 il Tribunale ha così disposto: *"ritenute non rilevanti le considerazioni espresse in merito ad allegati inadempimenti del professionista nella sua qualità di ausiliario nei procedimenti ex art. 22 CCII, trattandosi di incarichi conclusi e comunque con finalità particolari e distinte rispetto all'attuale; e ciò anche quanto alla valutazione di uno dei criteri ex art. 358 CCII – quello di cui al 3° co. lett. e) – non potendosi dedurre dalle precedenti prestazioni e dalle condotte lamentate una carente capacità di rispettare gli obblighi previsti dalla norma, rigetta allo stato l'istanza, riservata ogni ulteriore e più approfondita considerazione al riguardo ad esito del procedimento e in sede di decisione ex art. 48 CCII"*. Tale decisione, contestata dagli opposenti anche nelle successive memorie, va confermata in questa sede non essendo emersi elementi ulteriori a conforto dell'istanza di parte opponente, che si limita – con affermazioni del tutto apodittiche ed irrilevanti – a contestare la natura dell'incarico svolto dal dott. Mandrioli nella fase della composizione negoziata in cui è stato nominato ausiliario ex art. 68 c.p.c. del giudice nei procedimenti promossi da (OMISSIS) ex art. 22 CCI per ottenere l'autorizzazione a contrarre finanza prededucibile. Parimenti infondate e inconferenti devono ritenersi le doglianze relative alle asserite irregolarità poste in essere dall'ausiliario in quei procedimenti, trattandosi di questioni che appaiono del tutto estranee al ruolo affidato al professionista in questa sede e che non sono in alcun modo apprezzabili dal Collegio. Tali considerazioni valgono anche con riferimento alla valutazione del criterio di cui all'art. 358, III comma, lett. e) CCI, non potendosi ricavare dall'adempimento dei precedenti incarichi e dalle doglianze degli opposenti un difetto di capacità nel rispettare gli obblighi previsti dalla suddetta norma. Peraltro, la circostanza che l'ausiliario abbia reso nei due procedimenti ex art. 22 CCI pareri differenti (negativo nel primo caso e positivo nel secondo) conferma l'assoluta indipendenza di giudizio che contraddistingue il suo operato.

Questioni preliminari: eccezione di inammissibilità delle opposizioni.

Gli obbligazionisti hanno depositato atti di opposizione ex art. 48, comma IV, CCI con i quali non hanno specificamente domandato di respingere l'omologazione dell'accordo, ma unicamente di evitare l'estensione degli effetti dell'accordo medesimo. Tale impostazione è stata contestata da (OMISSIS) che ne ha eccepito l'inammissibilità.

Al riguardo il Collegio ritiene che – pur non aparendo la domanda degli opposenti del tutto coerente con le previsioni dell'art. 48, IV comma, CCI che fa riferimento all'opposizione all'omologazione nel suo complesso, senza apparentemente consentire ai creditori di circoscriverla solo ad alcuni effetti (come quello di trascinamento ai creditori non aderenti) – la questione dell'ammissibilità di tale impostazione appare sostanzialmente irrilevante ai fini della decisione. Il Tribunale, infatti, deve comunque verificare in sede di omologazione – anche in assenza di opposizione – la sussistenza di plurimi aspetti sostanziali e formali della domanda: a) la competenza del giudice adito a pronunciarsi sull'omologa; b) i requisiti formali della domanda, ovvero che la stessa sia presentata, in caso di società, nelle forme e nel rispetto di quanto agli artt. 40 comma 2 e 120 *bis* CCI; c) la completezza della documentazione di cui all'art. 39, commi 1 e 2, CCI e il deposito di un piano economico-finanziario redatto secondo le modalità previste dall'art. 56 CCI; d) la pubblicazione della domanda al Registro delle imprese unitamente alla documentazione necessaria per la valutazione della stessa (e, quindi, insieme al piano e all'attestazione – arg. ex art. 57 comma II e 58 comma IV CCI) e che siano stati depositati al medesimo registro gli accordi ai sensi dell'art. 40 comma IV CCI; e) la presenza della relazione di un professionista indipendente che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano con particolare riferimento alla idoneità dell'accordo e del piano ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei nel rispetto del termine di centoventi giorni dall'omologazione (o dalla scadenza, in caso di crediti non ancora scaduti alla data dell'omologazione); f) la sussistenza, in capo al soggetto proponente, della qualifica di imprenditore non minore in stato di crisi o di insolvenza; g) l'effettiva esistenza di un accordo pubblicato nel registro delle imprese e stipulato con un numero di creditori che rappresentino almeno il 60% dei crediti. Se si è in presenza, come nel caso in esame, di accordi ad efficacia estesa, il controllo involgerà anche: h) la verifica dei presupposti ex art. 61, I comma, II comma lett. a), c), d), e) e V comma, CCI e più precisamente che: i) creditori appartenenti alla categoria condividano posizione giuridica e interessi economici omogenei; tutti i creditori – in particolare, i non aderenti – siano stati informati dell'avvio delle trattative, siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, finanziaria e economica del debitore, sull'accordo e sui suoi effetti; i) crediti dei soggetti aderenti superino il 75% di tutti i creditori appartenenti alla categoria (percentuale ridotta al 60% nel caso di cui all'art. 23, II comma, lett. b CCI); i) creditori non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo, possano risultare soddisfatti in base all'accordo stesso in misura non inferiore rispetto alla liquidazione giudiziale; il debitore notifichi l'accordo, la domanda di omologazione e i documenti allegati ai creditori nei confronti dei quali si chiede l'estensione dell'accordo.

Con riguardo alla problematica del tipo di controllo che il Tribunale è chiamato a compiere – in particolare sull’attuabilità dell’accordo e sulla idoneità al pagamento dei creditori estranei e dei non aderenti cui l’accordo si estende – si ritiene che – anche in assenza di opposizioni – lo stesso non sia meramente formale, ma sostanziale, attuato quindi quantomeno mediante attenta verifica della completezza, coerenza e ragionevolezza della relazione dell’attestatore (cfr. Cass., sez. I, 8.5.2019, n. 12064).

La ragione di tale scelta ermeneutica risiede nella necessità di garantire i creditori estranei (e i terzi) rispetto agli effetti che si producono nei loro confronti, primo tra tutti l’esenzione da revocatoria degli atti, delle garanzie e dei pagamenti posti in essere in esecuzione dell’accordo, tenuto conto dell’assenza di un loro coinvolgimento negoziale; si ritiene infatti che, a fronte della mancanza negli accordi di ristrutturazione di una procedura che importi comunicazione effettiva ai creditori e possibilità di esprimere un consenso informato, il mero rimedio dell’opposizione potrebbe risultare insufficiente per la tutela dei propri interessi laddove non fosse possibile al Tribunale esercitare comunque un vaglio di merito sull’idoneità dell’accordo a consentire il superamento della crisi e il pagamento dei crediti estranei alla ristrutturazione. In questa prospettiva il Tribunale deve verificare le concrete prospettive di attuabilità dell’accordo di ristrutturazione del debito con gli aderenti e con coloro cui comunque si estende l’effetto negoziale nonché, più in generale, del piano per il superamento della crisi e, in particolare, la realizzabilità delle entrate previste e la loro idoneità a consentire il pagamento integrale dei creditori estranei nella tempistica indicata dalla norma. Nel caso, come in quello in esame, in cui il debitore domandi l’estensione degli effetti dell’accordo a creditori estranei, occorrerà inoltre compiere le specifiche verifiche richieste dall’art. 61 CCI.

Requisiti formali.

Venendo quindi al ricorso presentato da (OMISSIS), va evidenziato – sotto il profilo formale – che: a) la domanda risulta correttamente proposta al Tribunale del luogo in cui l’impresa ha la propria sede principale risultante dal registro delle imprese, sede che non risulta avere subito alcuna modificazione nell’ultimo anno prima del deposito del ricorso; b) il ricorso è stato sottoscritto dal legale rappresentante della Società ((OMISSIS), cfr. visura camerale doc. 1 della nota dell’11 luglio 2023) e dal difensore munito di regolare procura; la decisione di accesso allo strumento di regolazione della crisi risulta dalla deliberazione ex art. 120 *bis*, I comma, CCI del 21 giugno 2023 (cfr. doc. 41 di parte ricorrente); c) è stata depositata la documentazione prevista dall’art. 39 CCI.

Con riferimento al profilo della forma, gli accordi sono stati sottoscritti con i creditori aderenti nelle forme di legge (cfr. doc. 28 e ss. di parte ricorrente) e, in ogni caso, con modalità idonee a dare prova del raggiungimento dell’accordo (scambio di corrispondenza tra le parti). Il requisito della forma e della prova del raggiungimento degli accordi è stato quindi rispettato. Gli accordi sono stati depositati al Registro delle imprese.

Ai sensi dell’art. 57, IV comma, CCI, il dott. Piero Aicardi, ha attestato la veridicità dei dati aziendali, la fattibilità del piano economico-finanziario e l’idoneità di quest’ultimo a garantire il pagamento integrale dei creditori estranei nei termini di legge ai sensi dell’art. 57, III comma, CCI, e in particolare, entro 120 giorni dall’omologazione (cfr. doc. 39 di parte ricorrente).

Aspetti sostanziali.

Non v’è dubbio che la ricorrente sia un imprenditore commerciale non minore, come ricavabile dall’oggetto sociale, dai bilanci di esercizio e dalla situazione patrimoniale.

Lo stato di crisi emerge da quanto riferito nel ricorso e nell’attestazione in ordine all’incapacità della società, in assenza di omologazione degli accordi, di far fronte al pagamento integrale dei propri debiti.

Gli accordi ed il piano sottostante hanno carattere non liquidatorio, prevedendo la prosecuzione dell’attività di impresa (art. 61, I comma, lett. b).

Le maggioranze ex art. 57, I comma, CCI e per l’estensione dell’efficacia degli accordi.

Per ciascuna categoria di creditori è rispettata la maggioranza (60% dei crediti) prevista dall’art. 57, I comma, CCI. In particolare, va evidenziato che:

- 1) gli accordi sottoscritti con i fornitori rappresentano circa il 70% dei debiti commerciali (per un importo complessivo di euro 6.254.382,65);
- 2) i creditori finanziari sottoscrittori dell’accordo di ristrutturazione in relazione a posizioni derivanti da: a) finanziamenti a medio lungo termine, b) finanziamenti a breve termine e linee di anticipo fatture e c) fidejussioni escusse, sono creditori per complessivi euro 10.422.696,12 e rappresentano il 93,35% dei crediti di natura finanziaria complessivamente considerati;
- 3) gli obbligazionisti sottoscrittori di accordi sono creditori per complessivi euro 10.054.800 e rappresentano il 62,84% dei crediti.

Con riferimento a quest’ultima categoria, va osservato che gli opposenti, nell’ultima memoria difensiva autorizzata, hanno dato atto che – nelle more del giudizio – tale percentuale sarebbe scesa al 59,57% per effetto delle dichiarazioni di revoca dell’adesione all’accordo di tre obbligazionisti ((OMISSIS) – cfr. doc. 2-3-4 allegati alla memoria depositata in data 15.1.2024 dagli opposenti).

((OMISSIS), in pari data, ha confermato di aver ricevuto tali dichiarazioni, ma le ha ritenute prive di effetto; ha inoltre documentato che ((OMISSIS) avrebbe ritrattato la revoca dell’adesione (cfr. doc. 3 allegato alla memoria depositata in data 15.1.2024 dalla ricorrente).

Tali dichiarazioni devono ritenersi – come eccepito dalla ricorrente – inefficaci sulla base di plurime considerazioni.

Anzitutto va rilevato che le dichiarazioni di adesione degli obbligazionisti versate in atti – precedute, come si darà conto più avanti, da un adeguato corredo informativo sia con riferimento all’operazione di risanamento di ((OMISSIS), sia riguardo all’oggetto dell’accordo – riportano l’affermazione da parte di ciascun obbligazionista *“di essere a conoscenza che le dichiarazioni e gli impegni assunti mediante il presente modulo sono irrevocabili”*. Gli impegni assunti dagli obbligazionisti nei confronti di ((OMISSIS), dunque, sono stati ritenuti vincolanti e, quindi, non revocabili. Del resto, non potrebbe essere diversamente, trattandosi di un contratto destinato a confluire in un procedimento di omologazione e che pertanto, sia secondo i principi del diritto comune che di quello concorsuale, non ammette ritrattazione della volontà negoziale.

In secondo luogo, (OMISSIS) ha giustamente rilevato di non essere inadempiente agli accordi con gli obbligazionisti, in quanto l'emissione delle Azioni speciali in esecuzione degli accordi è prevista dopo l'omologazione, non ancora intervenuta al momento in cui sarebbero state compiute le suddette revocche; pertanto, l'adempimento non sarebbe a oggi esigibile e, quindi, non potrebbe esservi inadempimento da far valere. Solo l'omologazione degli accordi di ristrutturazioni determina, infatti, in capo agli obbligazionisti aderenti il diritto di esigere la prestazione oggetto dell'accordo.

Merita poi di osservarsi che le cd. "dichiarazioni di revoca" prodotte dagli oppositori non sono state autenticate a mezzo ministero notarile a differenza di quelle iniziali di adesione, né sono state sottoscritte con modalità tale da poterle ritenere univocamente riconducibili all'obbligazionista, con ogni conseguente inefficacia delle stesse anche per carenza di requisiti di forma.

Gli accordi, inoltre, sono stati depositati presso il Registro delle imprese in funzione dell'avvio del procedimento di omologazione promosso con il Ricorso ex art. 57 CCI, così di fatto cristallizzandoli nella forma e nel contenuto in ragione della funzione di pubblicità e formalità tipica dell'incombente.

Ciò conferma che le "dichiarazioni di revoca" sono prive di effetto e non ostative all'omologazione degli accordi a efficacia estesa.

Si deve quindi ritenere che la percentuale di adesione consolidata al momento del ricorso (62,84%) non sia venuta meno.

Con riguardo alle maggioranze richieste per l'estensione dell'efficacia degli accordi nei confronti degli obbligazionisti non aderenti, va osservato che l'art. 23, II comma, lett. b) CCI ne prevede la riduzione al 60% se il raggiungimento dell'accordo risulta dalla relazione finale dell'Esperto all'esito delle trattative esperite nella composizione negoziata.

Si rende quindi necessario verificare se nella fattispecie ricorrano i presupposti per l'applicazione della norma in esame, essendo evidente che – in mancanza – non vi sarebbero le maggioranze richieste dall'art. 61, II comma, lett. c) CCI (75%) per l'estensione dell'accordo agli obbligazionisti non aderenti.

Al riguardo appare necessario muovere dall'esame dell'art. 17, VII comma, CCI ai sensi della quale *"l'incarico dell'esperto si considera concluso se, decorsi centottanta giorni dalla accettazione della nomina, le parti non hanno individuato, anche a seguito di una sua proposta, una soluzione adeguata per il superamento delle condizioni di cui all'art. 12, comma 1. L'incarico può proseguire per non oltre centottanta giorni quando tutte le parti lo richiedono e l'esperto vi acconsente, oppure quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria dal ricorso dell'imprenditore al tribunale ai sensi degli artt. 19 e 22. In caso di sostituzione dell'esperto o nell'ipotesi di cui all'art. 25, VII comma, CCI il termine di cui al primo periodo decorre dall'accettazione del primo esperto nominato"*.

Come osservato dal Commissario Giudiziale, *"la norma pare introdurre due diverse modalità con le quali i soggetti interessati possono fruire della prosecuzione delle trattative: l'incarico dell'Esperto può essere prolungato – per una durata massima di ulteriori centottanta giorni – quando «tutte le parti lo richiedono» e il predetto acconsente, «oppure» quando la continuazione «è resa necessaria dal ricorso dell'imprenditore al tribunale ai sensi degli artt. 19 e 22». Sennonché, mentre nella prima delle due suddette fattispecie*

la proroga è nella disponibilità delle parti (vale a dire di coloro che la chiedono all'Esperto e questi concorda), nella seconda la medesima è a queste ultime sottratta trattandosi di un effetto di legge che trova la propria giustificazione nell'avvenuto "innesto" in uno strumento stragiudiziale, quale è innegabilmente la Composizione Negoziata, di una parentesi di natura invero giudiziale la quale potrebbe avere evidenti riflessi sull'esito della Composizione Negoziata stessa".

Al fine di individuare la durata e la conclusione della composizione negoziata nella fattispecie concreta, appare opportuno dare conto anzitutto della successione temporale degli eventi che l'hanno caratterizzata, come risulta dagli atti del procedimento (cfr. doc. 2 e ss. di parte ricorrente):

- l'istanza di accesso allo strumento della composizione negoziata è stata presentata il 23.7.2022, con contestuale richiesta di applicazione delle misure protettive di cui all'art. 18 CCI (confermate con provvedimento del 7.10.2023);
- l'Esperto avv. Anna Paola Tonelli ha accettato l'incarico in data 1.8.2022 e, quindi, i 180 giorni di durata dell'incarico venivano a scadere il 30.1.2023;
- il 25.11.2022 (OMISSIS) ha depositato istanza per la proroga delle misure protettive ai sensi dell'art. 19, comma V, CCI, accolta dal Tribunale in data 30.11.2022 (con nuova scadenza delle misure protettive al 30.3.2023);
- il 12.12.2022, stante il rigetto della prima istanza ex art. 22 CCI, (OMISSIS) ha domandato nuovamente di essere autorizzata a contrarre finanziamenti prededucibili e la richiesta è stata accolta dal Tribunale il 9.1.2023;
- in data 28-30.1.2023 è avvenuto tra i difensori di (OMISSIS) e l'Esperto uno scambio di comunicazioni scritte a mezzo pec con cui la ricorrente ha chiesto a quest'ultimo una conferma circa il fatto che *"in considerazione del provvedimento in data 30 novembre 2022 pronunciato ai sensi dell'art. 19 CCII con cui il Tribunale di Bologna ha prorogato le misure protettive fino al 30 marzo 2023 la Società considera che il Suo incarico sia stato prorogato ai sensi dell'art. 17, settimo comma, secondo periodo, CCII, in quanto "la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria dal ricorso dell'imprenditore al tribunale ai sensi degli articoli 19 e 22"*. L'Esperto ha confermato invitandola *"a provvedere al deposito telematico del presente scambio di comunicazioni pec, sia nella piattaforma della composizione negoziata sia nel PCT"*.

Tali scansioni temporali – oltre che documentate – sono pacifiche tra le parti che sembrano convenire anche sulla avvenuta prosecuzione *ex lege* della originaria scadenza dei primi centottanta giorni (consumatasi il 30.1.2023), scadenza differita quantomeno al 30.3.2023 in conseguenza del provvedimento di prolungamento, sino a tale ultima data, delle misure protettive di cui all'art. 19 CCI. È invece dibattuta la legittimità della prosecuzione dell'incarico dopo tale data, così da rendere necessario verificare se vi sia effettivamente stato un prolungamento *ex lege* della composizione negoziata anche oltre al termine del periodo massimo di centottanta giorni oppure se la prosecuzione dopo tale periodo sia configurabile in via volontaria.

Sotto il primo profilo, va osservato che l'art. 17, VII comma CCI stabilisce che l'incarico dell'esperto può proseguire, per altri 180 giorni, *"quando la prosecuzione dell'incarico è resa necessaria dal*

ricorso dell'imprenditore al tribunale ai sensi degli artt. 19 e 22". La lettera della norma sembra indurre a ritenere che la presentazione dell'istanza di conferma (o proroga) delle misure protettive (art. 19) o di autorizzazioni al tribunale per contrarre finanziamenti pre-deducibili o a trasferire l'azienda (art. 22) possa incidere sulla durata della composizione negoziata medesima consentendone la prosecuzione. La finalità di una proroga *ex lege* prevista dalla disposizione in esame pare individuarsi nella necessità di consentire che, in ipotesi di istanze ex artt. 19 o 22, la composizione negoziata possa proseguire indipendentemente dal consenso dei creditori, evitando che il provvedimento del tribunale intervenga quando la composizione negoziata è già conclusa, rendendo così – in ipotesi di accoglimento – la decisione *inutiliter data*.

Il deposito della richiesta ex artt. 19 o 22 CCI compiuto prima della scadenza del termine di 180 giorni della composizione negoziata appare dunque sufficiente per determinarne il prolungamento *ex lege* della composizione negoziata, consentendo così al giudice di tenerne conto in sede di deliberazione delle istanze ex artt. 19 o 20 CCI per la doverosa verifica di funzionalità delle richieste alle trattative intraprese.

Non si può peraltro neppure escludere che, come rilevato dal Commissario Giudiziale, nel caso in cui il termine iniziale scada dopo la definizione del procedimento ex art. 19 o 22 CCI, la proroga *ex lege* sia connessa non alla domanda del debitore, bensì unicamente all'adozione di un provvedimento favorevole, perché solo così si potrebbe ritenere la prosecuzione sia effettivamente "*resa necessaria*" e trovi giustificazione negli strumenti di cui agli artt. 19 o 22 CCI. Qualsiasi sia l'opzione interpretativa prescelta, si deve rilevare che nella fattispecie si sono verificati i presupposti alla base di entrambe le ipotesi atteso che, da un lato, il debitore ha chiesto la proroga delle misure protettive e l'autorizzazione a contrarre finanzia pre-deducibile nella pendenza del termine di durata di giorni 180 della composizione negoziata e, dall'altro, entrambe le richieste sono state accolte dal Tribunale prima della scadenza della composizione negoziata (30.1.2023). Si può quindi affermare che si sia verificata la proroga *ex lege* prevista dall'art. 17, VII comma, CCI.

Quanto alla durata della prosecuzione dell'incarico dell'esperto, va osservato che l'art. 17, VII comma, CCI prevede che lo stesso possa continuare per non oltre 180 giorni. La lettera della norma, dunque, sembra svincolare la durata della prosecuzione dell'incarico a quella delle misure protettive, essendo la stessa determinata solo sulla base della durata iniziale (180 giorni) della composizione negoziata.

Non va peraltro trascurato che, a favore di tale interpretazione, militano anche altri argomenti: se si accedesse alla tesi secondo la quale l'incarico prorogato *ex lege* cesserebbe alla scadenza delle misure protettive, si dovrebbe del pari giungere a ritenere che l'ordinamento impone un obbligo allineamento temporale tra la durata dell'incarico dell'esperto e quella delle misure protettive. Il Codice della Crisi, tuttavia, individua tempistiche differenti per i due istituti, atteso che la durata della composizione negoziata è di 360 giorni al massimo, mentre quella delle misure protettive non può superare i 240 giorni. La *ratio* di tale diversa regolamentazione dipende verosimilmente dalla necessità di contenere nel tempo le limitazioni ai diritti dei creditori derivanti dall'applicazione delle misure protettive, imponendo al debitore di svolgere senza ritardo le trattative al fine di trovare una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi, che può sfociare in una delle opzioni ne-

goziali regolate dall'art. 23, I comma CCI o, in alternativa, quelle di cui II comma della medesima norma (incluso l'accordo di ristrutturazione dei debiti ex artt. 57, 60, 61 CCI). Nell'ipotesi in cui le misure protettive siano domandate fin dall'inizio dell'incarico dell'esperto, potrebbero pertanto giungere a scadenza – come avvenuto nel caso di specie – nel corso della composizione negoziata, ma a quel punto il debitore dovrebbe aver già consolidato le trattative e potrà proseguire il rapporto con i creditori finalizzato agli obiettivi indicati dall'art. 23 CCI anche senza protezione.

Del resto, l'incarico dell'esperto può sussistere anche in assenza di misure protettive: la protezione, infatti, può essere richiesta non solo all'inizio della composizione negoziata, ma anche "*con successiva istanza*" (cfr. art. 18, I comma, CCI). L'incarico dell'esperto può dunque iniziare, ma anche proseguire e poi concludersi (con pedissequa relazione finale) senza misure protettive o dopo lo spirare del termine di efficacia delle stesse, fermo restando il rispetto della durata massima di 360 giorni imposta *ex lege*.

Da ultimo, va rilevato che l'art. 17, comma VII, secondo periodo, ultima parte, consente la proroga *ex lege* della prosecuzione dell'incarico sia in caso di ricorso al Tribunale ex art. 19 CCI, sia nell'ipotesi di istanza ai sensi dell'art. 22 CCI. Quest'ultima, tuttavia, è completamente svincolata da ogni tempistica entro la quale compiere le operazioni ivi previste (erogazione di nuova finanzia pre-deducibile oppure il trasferimento in qualunque forma dell'azienda o di uno o più dei suoi rami senza gli effetti di cui all'art. 2560, comma, 2 c.c.). Solo in ambito di misure protettive ex art. 19 CCI, quindi, sono imposti termini massimi. Se si ritenesse che la proroga della durata dell'incarico per effetto del ricorso ex art. 19 CCI sia connessa alla durata delle misure protettive, si dovrebbe allora analogamente ritenere che, in caso di istanza ex art. 22 CCI, l'incarico debba terminare nel giorno in cui il Tribunale emette il provvedimento ex art. 22 CCI (o quando lo stesso diventa definitivo). Tale conclusione, tuttavia, appare del tutto irragionevole, rendendo di fatto superflua la prosecuzione prevista dalla norma.

Le considerazioni espresse inducono pertanto il Collegio a ritenere che – contrariamente agli assunti dell'Esperto che ha collegato la durata dell'incarico (prorogato) a quella delle misure protettive (cesse, per scadenza della durata massima di giorni 240, il 30.3.2023) – per effetto del ricorso del debitore ai sensi degli artt. 19 e 22 e del relativo accoglimento da parte del Tribunale, si sia determinata la legittima prosecuzione dell'incarico dell'Esperto fino al deposito della relazione finale, avvenuto prima della scadenza del termine massimo di giorni 360.

L'esame delle risultanze della composizione negoziata versate in atti, peraltro, consentono di affermare che nella specie si sia verificata in ogni caso anche una prosecuzione volontaria dell'incarico dell'esperto.

L'art. 17, VII comma, CCI non pare infatti vietare che ad una proroga di legge possa poi seguire senza soluzione di continuità anche un accordo tra le parti per la prosecuzione dell'incarico dell'Esperto. Gli interessati, quindi, potrebbero avvalersi di entrambe le opzioni: una volta esauriti gli effetti della proroga *ex lege*, l'incarico potrebbe proseguire su base volontaria, ovviamente sempre nel rispetto del limite massimo di durata di 360 giorni.

Per configurare la continuazione concordata della composizione negoziata, va osservato che l'art. 17, VII comma, CCI richiede che tutte le parti lo richiedano e l'esperto vi acconsenta. Secondo la

tesi degli oppositori, il riferimento a *"tutte le parti"* richiede che la prosecuzione sia domandata da tutti i creditori, essendo l'espressione parti onnicomprensiva di tutti i soggetti coinvolti, o che avrebbero dovuto essere coinvolti, nelle trattative.

Tale tesi non è condivisa dal Collegio, dovendosi ritenere che l'espressione *"tutte"* debba essere riferita ai creditori con i quali le trattative sono effettivamente in corso nel momento in cui si presenta la richiesta di prosecuzione dell'incarico, essendo irrilevante il consenso sia di coloro con i quali il debitore abbia già raggiunto un accordo, sia dei creditori che abbiano già definitivamente espresso la volontà di non aderire ad alcuna ipotesi di risoluzione negoziale della crisi. In entrambi i casi, infatti, le trattative sono già concluse con i suddetti creditori e la prosecuzione della composizione negoziale diviene superflua.

L'espressione *"tutte le parti"* va dunque più correttamente riferita ai creditori con i quali le trattative sono ancora in corso, per i quali ha ancora rilievo la prosecuzione dell'incarico dell'esperto al fine di verificare la possibilità di concludere favorevolmente il percorso di risanamento intrapreso dal debitore. In questo senso sembra sostanzialmente porsi anche la pronuncia del Tribunale di Palermo, 27 luglio 2022 (in www.dirittodellacrisi.it) che, pur richiamando il necessario consenso di tutte le parti, precisa che le stesse vanno intese come i *"partecipanti alle trattative"*.

Nella fattispecie in esame, nel momento in cui è stata presentata la richiesta di prosecuzione dell'incarico all'Esperto (cfr. doc. 23 di parte ricorrente, proveniente da (OMISSIS) e, secondo deduzione che non stata contestata dagli oppositori, dagli istituti finanziari), gli obbligazionisti oppositori non erano configurabili come *"partecipanti alle trattative"*. Gli stessi, infatti, si erano già chiaramente espressi negativamente verso la proposta di risanamento presentata da (OMISSIS) (cfr. impugnazione delle delibere assunte dall'assemblea degli obbligazionisti in data 28.11.2023 – doc. 2 oppositori). Né dall'altra parte si può ritenere, come invece affermato dagli oppositori, che i creditori non più partecipanti alle trattative dovessero essere informati della prosecuzione dell'incarico richiesta dal debitore e da altri creditori o, addirittura, dovessero acconsentirvi. Nessuna disposizione, infatti, prevede tale incombente che, del resto, non pare avere alcun significato, potendo la prosecuzione della composizione negoziata anche solo con una parte dei creditori consentire comunque di individuare una soluzione idonea al superamento della situazione di crisi e concludere uno dei contratti o accordi previsti all'art. 23, I o II comma, CCI.

Sulla base delle considerazioni espresse, pertanto, si deve ritenere – in applicazione dell'art. 17, VII comma, CCI – che la composizione negoziata sia legittimamente proseguita fino alla cessazione dell'incarico dell'esperto, coincidente ex art. 17, VIII comma, CCI con il deposito della relazione finale (5.5.2023 – cfr. doc. 24 di parte ricorrente).

Tenuto conto che nella suddetta relazione l'esperto ha dato atto della positiva conclusione della composizione negoziata e che la società aveva individuato nell'accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 57 CCI lo strumento più idoneo al superamento della crisi, si può ritenere che ricorrano i presupposti, come sostenuto da (OMISSIS), per avvalersi della maggioranza ridotta al 60% per l'estensione degli accordi ex art. 61 CCI.

Il Piano.

Il secondo comma dell'art. 57 CCI è dedicato al piano e prevede che lo stesso sia redatto secondo le modalità indicate all'art. 56 CCI e che ad esso siano allegati i documenti di cui all'art. 39, commi I e III, CCI.

Il piano in atti reca la data del 14.6.2023 (cfr. doc. 1 di parte ricorrente) ed è stato approvato dal Consiglio di amministrazione della società in data 21.6.2023. Il piano, come evidenziato anche dal Commissario Giudiziale, contiene gli elementi richiesti ex lege e, in particolare: la descrizione della situazione economico-patrimoniale e finanziaria dell'impresa; le principali cause della crisi; le strategie d'intervento e i tempi necessari per assicurare il riequilibrio della situazione finanziaria; i creditori e l'ammontare dei crediti rinegoziati, nonché l'elenco dei creditori estranei (*rectius*, la menzione di questi ultimi nella tabella riportata a pag. 93 del Piano, come confermato al Commissario sulla base di quanto riferitogli da PWC) con l'indicazione delle risorse destinate all'integrale soddisfacimento dei crediti alla data di scadenza; gli apporti di finanza nuova; i tempi delle azioni da compiersi, che consentono di verificarne la realizzazione, nonché l'indicazione degli strumenti da adottare nel caso di scostamento tra gli obiettivi e la situazione in atto; il piano industriale stesso e l'evidenziazione dei suoi effetti sul piano finanziario.

Come già osservato in precedenza, inoltre, la documentazione richiesta dall'art. 39, I e III comma, CCI è completa.

Gli elementi del piano economico-finanziario rilevanti ai fini dell'esecuzione degli accordi, infine, sono richiamati negli accordi stessi, in conformità alle previsioni dell'art. 57, II comma, prima parte, CCI.

Presupposti per l'estensione degli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti: la conversione del POC in azioni speciali oggetto dell'accordo con gli obbligazionisti.

Con particolare riguardo all'accordo con gli obbligazionisti, appare necessario soffermarsi sulla *"conversione del Prestito Obbligazionario Convertibile (OMISSIS) (POC) in azioni speciali"* e sulla possibilità che la stessa sia oggetto dell'estensione agli obbligazionisti non aderenti.

Al riguardo va osservato che in data 28.7.2017 l'Assemblea straordinaria della Società aveva deliberato l'emissione del Prestito Obbligazionario Convertibile (OMISSIS) 7% - 2017-2022, ISIN IT0005277618, pari a nominali euro 16 milioni, che prevedeva *inter alia* il pagamento di una cedola di interessi maturati per l'importo di euro 562 mila al 30.6.2022 e la restituzione integrale del capitale al 31.12.2022.

La ricorrente ha proposto, nell'ambito della composizione negoziata, la conversione in strumenti finanziari partecipativi di patrimonio netto ai sensi dell'art. 2346, comma VI, c.c., dell'intero POC, inclusivo degli interessi maturati e maturandi, da definire e concordare con i creditori nel corso delle trattative, comportando ciò la cancellazione del debito inerente al POC.

Nel ricorso per omologa la società ha dedotto di aver illustrato la proposta nel corso di incontri con il rappresentante comune e alcuni obbligazionisti. La suddetta proposta prevedeva di convertire il POC dapprima in strumenti finanziari partecipativi con remunerazione pari all'80% del valore nominale e, nel corso delle trattative, la conversione del POC in Azioni Speciali quotate con remunerazione al 100% e l'attribuzione di *warrant*. Nell'ambito dell'assemblea degli obbligazionisti del 28.11.2022, si è riscontrato il voto

favorevole alla conversione e, in seguito, la società ha raccolto le adesioni dei singoli obbligazionisti.

In data 5.5.2023 si è tenuta l'Assemblea straordinaria dei soci della ricorrente (cfr. doc. 25 di parte ricorrente) nell'ambito della quale si è deliberato di modificare il testo dell'art. 6 ("Capitale sociale") dello statuto sociale introducendo quanto segue: *"Il capitale sociale è di euro 785.560,60 (settecento ottanta cinquemila cinquecento sessanta virgola sessanta) suddiviso in n. 10.829.606 (dieci milioni ottocento ventinovemila seicento sei) azioni prive del valore nominale, e in particolare: – n. 7.855.606 (sette milioni ottocento cinquanta cinquemila seicento sei) Azioni Ordinarie; – n. 2.974.000 (due milioni novecento settanta quattromila) Azioni Speciali. L'emissione delle Azioni Speciali è sospensivamente condizionata al verificarsi dell'intervenuta Omologa dell'Accordo di Ristrutturazione dei debiti della Società entro il 31 (trentuno) dicembre 2023. Le Azioni Speciali saranno ammesse a negoziazione su un sistema multilaterale di negoziazione domestico o europeo e saranno assegnate, a fronte dell'annullamento integrale delle obbligazioni convertibili "(OMISSIS) 2017-2022", ai titolari di tali obbligazioni a un prezzo di conversione per Azione Speciale pari a Euro 5,4 (cinque virgola quattro), di cui Euro 0,01 (zero virgola zero uno) a titolo di capitale e Euro 5,39 (cinque virgola trentanove) a titolo di sovrapprezzo, e a un rapporto di conversione di 1.000 (mille) Azioni Speciali per ogni obbligazione convertibile. Ai fini della conversione non si terrà conto degli interessi maturati sulle obbligazioni. Le Azioni Speciali attribuiscono ai titolari i seguenti diritti: 1) il diritto di percepire esclusivamente qualsivoglia distribuzione effettuata dalla Società di propri utili e/o riserve, ovvero la ripartizione dell'attivo in sede di liquidazione o scioglimento della Società e/o le distribuzioni conseguenti a una riduzione del capitale sociale della stessa per motivi diversi dalla copertura delle perdite ("Distribuzioni"), secondo l'ordine di seguito indicato e sino a che abbiano ottenuto un importo, cumulato e aggregato, pari al 100% (cento per cento) del debito preesistente a valere sul POC ("CAP Azioni Speciali"). Più in particolare, a seguito dell'integrale rimborso della nuova finanza concessa in esecuzione dell'Accordo di Ristrutturazione e dell'intero debito della Società ristrutturato ai sensi del medesimo Accordo, la Società effettuerà le Distribuzioni di liquidità come segue: (i) sino a che i titolari delle Azioni Speciali abbiano ottenuto, a titolo di distribuzione, un importo pari al CAP Azioni Speciali: (1) 80% (ottanta per cento) ai titolari delle Azioni Speciali; (2) 20% (venti per cento) a tutti gli azionisti ordinari della Società; e (ii) una volta che i titolari delle Azioni Speciali abbiano ricevuto, tramite le distribuzioni di cui al precedente punto (i), il CAP Azioni Speciali, le Azioni Speciali saranno annullate. 2) il diritto di voto nella misura di 1 (uno) voto ogni 10 (dieci) Azioni Speciali. Le Azioni Speciali saranno postergate rispetto alle Azioni Ordinarie quanto alle eventuali riduzioni del capitale sociale per perdite. Alle Azioni Speciali saranno abbinati warrant "(OMISSIS) Santerno 2023-2026" ("Warrant"), assegnati nel rapporto di 1 (uno) Warrant ogni 5 (cinque) Azioni Speciali e conferenti il diritto di sottoscrivere azioni ordinarie di nuova emissione rinvenienti da un separato aumento di capitale riservato ("Azioni di compendio"), secondo un rapporto di sottoscrizione tra Azioni di compendio e warrant di 1 (una) azione ordinaria per 1 (uno) Warrant e a un prezzo di esercizio pari a Euro 1 (uno) per azione. La conversione potrà essere richiesta in due periodi di esercizio all'anno, indicati nel Regolamento dei Warrant, nonché in occasione*

della promozione di un'offerta pubblica di acquisto obbligatoria ai sensi dell'art. 11 dello Statuto sociale. In caso di promozione di una offerta pubblica obbligatoria, ai sensi dell'art. 11 dello statuto sociale della Società, il prezzo per Azione Speciale sarà pari al maggiore tra: (a) il prezzo determinato ai sensi dell'art. 106, comma 2, del D.lgs. n. 58/1998 e (b) Euro 5,4 (cinque virgola quattro), al netto delle Distribuzioni".

La delibera ha effetto sospensivamente condizionato alla omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti entro il 31.12.2023; omologa da intendersi come *"intervenuta definitiva omologazione dell'Accordo di Ristrutturazione in virtù del decorso di tutti i termini previsti dall'art. 51 del CCII per la proposizione delle impugnazioni ivi previste avverso alla sentenza di omologazione ovvero in virtù dell'esito favorevole alla Società delle relative impugnazioni"*.

Inoltre, l'efficacia della delibera di modifica è stata subordinata al verificarsi di due ulteriori condizioni sospensive (con facoltà di rinuncia da parte del Consiglio di Amministrazione di (OMISSIS)) riguardanti: a) il mancato esercizio del diritto di recesso da parte dei soci che comporti un esborso per quest'ultima superiore a Euro 135.000 mila (senza considerare gli importi a carico degli azionisti che esercitino i diritti di opzione e prelazione ex art. 2437-quater c.c. nonché gli eventuali terzi, nell'ambito del procedimento di liquidazione; b) la mancata contestazione del valore di liquidazione delle azioni ex art. 2437-ter, comma 6, c.c..

L'assemblea ha deliberato anche di aumentare il capitale sociale a pagamento e in via scindibile, con esclusione del diritto di opzione ai sensi dell'art. 2441, V comma, c.c., per un importo di euro 16.069.600,00, di cui euro 29.740,00 a capitale ed Euro euro. 029.860,00 a riserva sovrapprezzo, in esecuzione del quale verranno emesse complessive n. 2.974.000 nuove Azioni Speciali, a un prezzo pari a Euro 5,4 (cinque virgola quattro) per ciascuna Azione, di cui 0,01 a capitale e 5,39 a sovrapprezzo, a servizio della conversione delle obbligazioni convertibili "(OMISSIS) 2017-2022" in Azioni Speciali cum warrant, il tutto con termine finale di sottoscrizione al 31 gennaio 2024 e sospensivamente condizionato all'omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti della Società entro il 31 dicembre 2023. Si è inoltre deliberato di inserire all'ultimo capoverso dell'art. 6 dello Statuto sociale, una clausola transitoria; di emettere, con effetto sospensivamente condizionato all'Omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti della Società entro il 31 dicembre 2023, i warrant denominati *"Warrant (OMISSIS) 2023-2026"*, da assegnare gratuitamente e in via automatica ai titolari delle Azioni speciali cum warrant nel rapporto massimo di 1 Warrant ogni 5 Azioni Speciali, di approvare il Regolamento dei Warrant "(OMISSIS) 2023-2026" allegato al verbale di Assemblea, di aumentare il capitale sociale per un importo di Euro 594.800,00 nuove azioni ordinarie di compendio, senza indicazione del valore nominale, con godimento regolare e le medesime caratteristiche delle azioni ordinarie in circolazione al momento dell'emissione, a un prezzo di esercizio pari a Euro 1, di cui Euro 0,01 a titolo di capitale e Euro 0,99 a titolo di sovrapprezzo, sospensivamente condizionato all'Omologa dell'accordo di ristrutturazione dei debiti della Società entro il 31 dicembre 2023, apportando le conseguenti necessarie modifiche all'ultimo capoverso dell'art. 6 dello Statuto sociale; di aumentare il capitale sociale in opzione, con effetto sospensivamente condizionato all'omologa dell'accordo entro il 31.12.2023; di approvare la modifica degli artt. 6, 10, 11, 12, 13, 14, 18 e 21 dello Statuto

sociale di cui all'allegato *sub* lettera C del verbale di Assemblea. Dall'esame del verbale dell'Assemblea dei soci emerge che l'assegnazione delle Azioni Speciali agli obbligazionisti avverrà a fronte dell'annullamento integrale del POC, senza tenere conto, ai fini della conversione, degli interessi maturati sulle obbligazioni, con rinuncia al pagamento di questi ultimi (cfr. pag. 3 e 4 del verbale). L'aumento di capitale sociale a pagamento a servizio dell'emissione di Azioni Speciali rientra – secondo quanto affermato dal legale rappresentante in sede di assemblea – nell'ambito della operazione di ristrutturazione *"consentendo l'emissione delle Azioni Speciali da liberarsi mediante compensazione volontaria con i crediti derivanti dalla totalità delle obbligazioni convertibili emesse nell'ambito del POC per un importo complessivo pari a Euro 16.059.660"*.

Ciò premesso, va in primo luogo osservato che gli obbligazionisti oppositori hanno contestato la competenza dell'assemblea degli obbligazionisti del novembre 2022 che ha approvato ai sensi dell'art. 2415, comma 1, n. 2, c.c. la proposta di modificazione delle condizioni del POC medesimo e hanno impugnato la relativa delibera. La questione riguardante la validità della delibera, tuttavia, non appare rilevante ai fini del presente giudizio, atteso che – come osservato dal Commissario Giudiziale – (OMISSIS) ha comunque sottoscritto con ogni obbligazionista aderente una *"Dichiarazione di adesione"* nell'ambito della quale ciascun creditore ha acconsentito alla *"conversione"* delle obbligazioni rispettivamente possedute in azioni di categoria speciale – a un prezzo per azione pari a Euro 5,40 con rinuncia al pagamento degli interessi – *"emesse e assegnate ai titolari del POC, nell'ambito dell'operazione di turnaround della Società, che verrà perfezionata attraverso uno degli strumenti di regolazione della crisi d'impresa previsti dal D. Lgs. 12 gennaio 2019, n. 14 ("CCII"), attualmente identificato in un accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 57 CCII"*.

I creditori obbligazionisti hanno dunque convenuto di addivenire a una operazione che prevedesse da parte della debitrice l'emissione e l'assegnazione di Azioni Speciali ed è (solo) a tale (singola) adesione che occorre fare riferimento.

In secondo luogo, ci si deve soffermare sulla natura dell'operazione posta ad oggetto dell'accordo raggiunto con gli obbligazionisti al fine di verificarne la compatibilità con lo strumento di regolazione della crisi prescelto.

Al riguardo va osservato che le parti e la documentazione in atti si esprimono in termini di *"conversione"* del POC in Azioni Speciali, mentre il Commissario giudiziale – con argomentazioni articolate e completamente condivisibili – ha evidenziato che nella fattispecie non si è in realtà in presenza, dal punto di vista giuridico, di una conversione del POC. Ed invero, indagando il contenuto e la sostanza dell'operazione di ristrutturazione voluta dalle parti, si può convenire che *"se in astratto corrisponde al vero che la natura giuridica del prestito obbligazionario convertibile è quella di un mutuo con un patto di opzione che origina un credito il quale, per il tramite di una dichiarazione unilaterale di volontà da parte dell'obbligazionista, può essere trasformato in una partecipazione sociale, nella vicenda in esame la volontà dei creditori obbligazionisti aderenti all'accordo non è stata quella di dar corso ad una conversione in forza del regolamento del prestito ma di accettare, in luogo del diritto di credito avente ad oggetto la restituzione di una somma di denaro, stante l'intervenuta scadenza del POC, l'assegnazione di Azioni Speciali di nuova emissione"*.

Nell'ambito della assemblea straordinaria dei soci del 5.5.2023, il legale rappresentante ha chiarito che l'aumento di capitale sociale a pagamento proposto e sottoposto a deliberazione rientrava nell'ambito della operazione di ristrutturazione *"consentendo l'emissione delle Azioni Speciali da liberarsi mediante compensazione volontaria con i crediti derivanti dalla totalità delle obbligazioni convertibili emesse nell'ambito del POC per un importo complessivo pari a Euro 16.059.660"*. Il meccanismo proposto e deliberato è dunque strutturato come un aumento di capitale sociale a pagamento mediante l'emissione di nuove Azioni Speciali. Parimenti, gli obbligazionisti aderenti hanno richiamato la delibera di *"aumento di capitale al servizio dell'emissione delle Azioni di Categoria Speciale"* (cfr. dichiarazione di adesione).

L'operazione realizzata, pertanto, genera un credito in capo alla società che ha deliberato l'aumento di capitale nei confronti dei sottoscrittori che questi ultimi estingueranno mediante compensazione con il proprio controcredito derivante dai titoli del POC posseduti e rinuncia agli interessi. Si conviene dunque con il Commissario Giudiziale nel ritenere che nella fattispecie si sia in presenza di *"un meccanismo di compensazione volontaria del credito dell'obbligazionista aderente a fronte del debito da sottoscrizione dell'aumento di capitale, la cui legittimità in seno a una operazione di ristrutturazione del debito non pare possa essere messa in discussione"*.

Per quanto riguarda i non aderenti, l'estensione nei loro confronti è l'effetto dei meccanismi previsti dallo strumento concorsuale prescelto da (OMISSIS) e deve ritenersi ammissibile in quanto non prevede prestazioni o obblighi incompatibili con i diritti dei creditori. Da ultimo, va osservato che l'assemblea dei soci del maggio 2023 aveva disposto che la delibera di aumento di capitale a servizio dell'assegnazione delle Azioni Speciali fosse sospensivamente condizionata all'omologa definitiva dell'accordo entro il 31.12.2023. Tali termini sono stati modificati con delibera del 12.12.2023 (cfr. doc. n. 5 allegato alla memoria autorizzata di (OMISSIS) del 20.12.2023) differendo al 31.12.2024 il termine ultimo per l'avveramento della condizione sospensiva ed al 31.1.2025 quello finale per la sottoscrizione – e conseguente esecuzione – dell'aumento di capitale sociale di (OMISSIS) a servizio del debito e, in particolare, della conversione delle obbligazioni convertibili. Tale modifica non pare avere ad oggetto un elemento essenziale e neppure sostanziale dell'accordo: la *ratio* dell'indicazione temporale non sembra infatti riferita a una esigenza negoziale dei contraenti, bensì solo a quella di contemperare gli accordi medesimi con le tempistiche processuali proprie del procedimento di omologa. Il suddetto termine è stato quindi comprensibilmente modificato in considerazione della durata del giudizio di omologazione, maggiore rispetto a quanto preventivato a causa delle opposizioni e delle plurime eccezioni ed istanze che è stato necessario verificare ed esaminare ai fini della decisione.

Tale modifica consente quindi di affermare – come si darà conto più avanti – che è venuta meno ogni criticità in punto a fattibilità del piano e dell'accordo di ristrutturazione del debito potenzialmente derivante dagli originari termini previsti per l'intervento dell'omologa definitiva.

Presupposti per estensione degli effetti dell'accordo ai creditori non aderenti: i presupposti richiesti dall'art. 61 CCI.

Si tratta di verificare se risultino integrati i presupposti ex art. 61, I comma, II comma lett. a), c), d), e) e V comma, CCI per l'estensione degli effetti degli accordi stipulati con gli obbligazionisti ai creditori non aderenti.

Va confermata, in primo luogo, la natura non liquidatoria del piano di ristrutturazione approntato dalla società.

In secondo luogo va osservato che – tenendo conto della giurisprudenza anche di legittimità formatasi nel vigore della legge fallimentare – si può ritenere che si abbia omogeneità di posizione giuridica quando la natura oggettiva della pretesa creditoria è la stessa, mentre si fa riferimento al concetto di omogeneità di interesse economico in relazione alla fonte e la tipologia socio-economica del credito, all'entità di quest'ultimo rispetto all'indebitamento complessivo o, ancora, la presenza di garanzie collaterali (cfr. Cass., 16 aprile 2018, n. 9378). Alla luce di tali criteri si può ritenere che i creditori appartenenti alla categoria degli obbligazionisti condividano posizione giuridica e interessi economici omogenei, trattandosi di creditori chirografari il cui credito trae la propria origine dalla sottoscrizione del POC e il cui interesse economico può essere individuato nell'avere dato seguito a un'operazione di investimento di rischio.

La documentazione versata in atti, inoltre, induce a ritenere che tutti i creditori appartenenti alla categoria e, in particolare, i non aderenti siano stati informati dell'avvio delle trattative, siano stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e abbiano ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, finanziaria ed economica del debitore, nonché sull'accordo e sui suoi effetti.

Fin dalla domanda di accesso alla composizione negoziata, (OMISSIS) ha depositato la relazione sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria oltre alla situazione patrimoniale e finanziaria al 31.5.2022 e il progetto di piano di risanamento, ove riferiva di ritenere fattibile la possibilità di concludere un Accordo di Ristrutturazione ex art. 57 CCI e che il proprio rafforzamento patrimoniale potesse raggiungersi anche tramite la conversione strumenti finanziari partecipativi di patrimonio netto ai sensi dell'art. 2346, comma VI, c.c., del POC. Tali indicazioni sono state confermate ed aggiornate nell'ambito delle varie istanze (ex artt. 19 e 22 CCI) che si sono succedute nel corso della composizione negoziata.

Oltre alle comunicazioni generali compiute anche tramite comunicati stampa e agli incontri pacificamente avvenuti con il Rappresentante comune, è in atti la conferma degli oppositori (OMISSIS) + altri della circostanza che dal 7 novembre 2022 (OMISSIS) ha convocato anche gli obbligazionisti identificatisi come "minori", pubblicando comunicati sul proprio sito sullo stato delle trattative e dando conto delle proposte della società.

In sede di assemblea degli obbligazionisti in data 28.11.2022 (cfr. doc. 14.1 di parte ricorrente) alla presenza, in proprio o per delega, di obbligazionisti portatori di n. 1990 obbligazioni sulle complessive n. 2963, rappresentanti il 67,16% dell'ammontare complessivo del POC, il legale rappresentante della ricorrente ha illustrato le misure adottate dalla società finalizzate al risanamento economico, le modifiche alle condizioni del POC che intendeva proporre e, in particolare, la "conversione" dello stesso in azioni di categoria spe-

ciale *cum warrant*, l'intenzione di adottare lo strumento concorsuale corrispondente all'accordo di ristrutturazione dei debiti ex artt. 57 e ss. CCI (con facoltà di estensione agli obbligazionisti non aderenti), di aver messo a disposizione un documento informativo sul sito internet della società e nel corso di un incontro del 18.11.2022, aperto a tutti gli obbligazionisti. All'assemblea ha inoltre partecipato l'Esperto avv. Annapaola Tonelli ricordando che la società aveva messo a disposizione dei creditori la documentazione necessaria alla valutazione della proposta. Si sono susseguiti quindi interventi di alcuni obbligazionisti che hanno chiesto di valutare soluzioni differenti o hanno contestato l'operazione. All'esito della discussione, l'assemblea ha deliberato di approvare la "conversione" del POC.

Non va trascurato, inoltre, che il Regolamento del POC prevede espressamente che tutte le comunicazioni della società ai titolari delle obbligazioni siano effettuate e date per conosciute dagli obbligazionisti mediante comunicato stampa pubblicato sul sito internet dell'Emittente. Tale previsione è stata certamente rispettata, poiché dalla disamina compiuta dal Commissario Giudiziale risultano resi con tale modalità plurimi comunicati a decorrere dal 15.6.2022 e fino al 30.6.2023.

L'organo commissariale, inoltre, ha trovato disponibili nella pagina web aziendale dedicata alle "*Info per gli obbligazionisti*" numerosi documenti riferiti al POC e, più di recente, quelli relativi alla domanda di omologazione degli accordi di ristrutturazione debiti ex art. 57 CCI ai fini dell'estensione degli effetti agli obbligazionisti non aderenti ai sensi dell'art. 61 CCI. Tali elementi sono sufficienti per ritenere che gli obbligazionisti siano stati informati, messi in condizione di partecipare alle trattative e presentare eventuali proposte alternative o comunque modificative di quella proveniente dalla società.

Con riguardo alla verifica del requisito della buona fede alla base dell'art. 61, comma 2, lett. a), CCI, si deve ritenere che la correttezza nello svolgimento delle trattative sia un canone al quale deve essere improntato il comportamento di tutte le parti coinvolte, come espressamente previsto dall'art. 4, I comma, CCI.

Ne deriva che il set informativo che il debitore pone a disposizione dei creditori deve essere completo ed a tutti i creditori deve essere data la possibilità di partecipare alle trattative e di negoziare. Ai creditori, peraltro, non deve essere garantita parità di trattamento, né le trattative devono essere portate avanti contestualmente. È ben possibile, dunque, che il debitore inizi le trattative con i creditori ritenuti strategici ai fini della ristrutturazione, per poi avviare l'interlocuzione anche con altri.

Nella fattispecie in esame la documentazione in atti e le verifiche compiute dal Commissario Giudiziale consentono di affermare che (OMISSIS) abbia messo a disposizione – anche tramite l'Esperto – tutte le informazioni necessarie per vagliare la proposta e abbia specificato l'intenzione di fare ricorso all'estensione degli effetti dell'accordo ex art. 61 CCI. Gli obbligazionisti, del resto, risultano aver partecipato alle trattative (cfr. verbale assemblea obbligazionisti e successiva impugnazione della delibera). La circostanza che il loro coinvolgimento – come affermato dagli oppositori – non sia avvenuto nelle prime battute dell'incarico dell'Esperto, ma solo a partire dal novembre 2022, non esclude il requisito richiesto dall'art. 61 citato, poiché – da un lato – il debitore non è tenuto a portare avanti le trattative con tutti i creditori contestualmente e –

dall'altro lato – l'accelerazione della composizione negoziata si è avuta proprio in quelle settimane, in coincidenza con lo svolgimento dell'assemblea degli obbligazionisti e con la presentazione delle istanze ex artt. 19 e 22 CCI.

La partecipazione alle trattative, del resto, è comprovata dalla circostanza che una parte dei creditori obbligazionisti ha manifestato, nel corso della composizione negoziata, il proprio legittimo dissenso avverso l'iniziativa delineata fin dalle prime battute da (OMISSIS) che, a seguito del confronto, ha modificato la proposta iniziale.

Da ultimo, va osservato che l'Esperto nella relazione finale ha dichiarato, anche per le finalità di cui all'art. 61, comma II, lett. a), CCI, che tutti i creditori appartenenti alle categorie dei creditori commerciali, obbligazionisti e creditori finanziari sono stati informati dell'avvio delle trattative, sono stati messi in condizione di parteciparvi in buona fede e hanno ricevuto complete e aggiornate informazioni sulla situazione patrimoniale, economica e finanziaria del debitore, sull'accordo e i suoi effetti.

La circostanza che il trattamento riservato ai creditori obbligazionisti non aderenti non sia peggiore rispetto a quello convenuto con coloro che hanno sottoscritto l'accordo, costituisce un'ulteriore conferma del rispetto del principio di buona fede che deve permeare lo svolgimento delle trattative.

Come riferito in precedenza, è stata raggiunta la maggioranza (ridotta) richiesta dagli artt. 23, comma II, lett. b) e 61, comma II, CCI per l'estensione dell'accordo ai creditori non aderenti (62,14%). L'art. 61, comma 2, CCI richiede inoltre alla lett. d) che i creditori della medesima categoria non aderenti cui vengono estesi gli effetti dell'accordo non siano soddisfatti in base all'accordo stesso in misura inferiore rispetto alla Liquidazione giudiziale.

Al riguardo va osservato che gli oppositori contestano la sussistenza di tale presupposto, assumendo che con l'alternativa liquidatoria gli stessi avrebbero la certezza di avere una soddisfazione di almeno il 24,07% del valore del POC, mentre le condizioni previste da (OMISSIS) in questa sede (finalizzate ad una recovery al 41,04% del POC) sarebbero del tutto incerte, essendo necessaria anche la volontà della società per la distribuzione degli utili, senza alcuna possibilità di coartazione da parte degli obbligazionisti.

Tale prospettazione non prende in considerazione la possibilità che le Azioni speciali una volta negoziate possano consentire una liquidazione maggiore rispetto al soddisfacimento conseguibile in sede concorsuale, né tiene conto che – in caso di apertura della liquidazione giudiziale – tutti i creditori parteciperebbero al concorso per l'intero importo del loro credito, senza le riduzioni concordate in via negoziale e con il rispetto dell'ordine dei privilegi che, in questa sede, (OMISSIS) non è stata costretta a rispettare.

Le valutazioni compiute dall'Attestatore in punto a comparazione con l'alternativa liquidatoria appaiono congrue e ben motivate: a fronte di un passivo euro 45,3 milioni, le risorse disponibili per i creditori ammonterebbero a 20,2 milioni di euro con una conseguente percentuale di soddisfacimento a favore del ceto chirografario, comprendente gli obbligazionisti, pari al 22,13%. A ciò dovranno aggiungersi le somme che la Curatela dovesse riuscire a incassare sperando azioni revocatorie e risarcitorie che comportano sempre un significativo margine di aleatorietà (sia in relazione alla probabilità di ottenere una pronuncia favorevole, sia in relazione alle concrete possibilità di escussione del credito eventualmente riconosciuto).

Di particolare rilievo appaiono inoltre le vantaggiose tempistiche di soddisfazione offerte dall'Accordo, a fronte dei tempi certamente più lunghi in cui potrebbe intervenire il pagamento dei creditori chirografi in sede di Liquidazione giudiziale. Tale profilo è particolarmente significativo nel contesto di inflazione che si è determinato nell'ultimo periodo che rende – come osservato dal Commissario Giudiziale – il fattore tempo di rilevanza assoluta per i creditori.

Quanto alle contestazioni compiute dagli oppositori riguardo al *"modello CAPM"* impiegato nel Piano Industriale per dimostrare come l'estensione a tutti gli obbligazionisti degli accordi di trasformazione del POC in Azioni Speciali li soddisferebbe in misura maggiore rispetto alla Liquidazione giudiziale, va osservato che il parere redatto dal prof. Stefano Montanari (cfr. doc. 1 al parere del Commissario giudiziale depositato 23.10.2023) ha confermato – a seguito di articolata analisi – l'attendibilità del modello CAPM utilizzato per determinare il valore delle Azioni Speciali, trattandosi *"della metodologia sistematicamente utilizzata dalla prassi finanziaria per aggiornare flussi di cassa futuri assoggettati al rischio d'impresa"*. In ogni caso, l'esperto incaricato dall'organo commissariale ha effettuato anche una prova di resistenza, *"per verificare se il miglior soddisfacimento dei creditori in ipotesi di piano sussiste anche valutando le azioni speciali senza le particolarità metodologiche utilizzate dal Perito indipendente, ma con un approccio più semplice e di maggiore diffusione"*. I risultati dell'indagine determinano un valore inferiore a quello preso a parametro dalla società (5,77 mil di euro anziché 7,05 milioni di euro), ma ampiamente superiore alla valutazione alternativa dell'ipotesi liquidatoria pari ad euro 3,80 milioni. Il miglior soddisfacimento dei creditori obbligazionari in ipotesi di piano, rispetto a quella liquidatoria, si otterrebbe dunque anche con l'impiego di una metodologia più semplice, ma di più comune utilizzo, rispetto a quella utilizzata dalla società.

Alla luce dell'approfondimento tecnico compiuto dal Commissario Giudiziale, si deve dunque escludere che il risultato della valutazione compiuta da (OMISSIS) svolta con il metodo CAPM sia inaffidabile o censurabile sul piano metodologico.

Come osservato nel paragrafo dedicato ai requisiti formali, (OMISSIS) ha proceduto alle notifiche dell'accordo richieste dall'art. 61, lett. e) ai creditori nei confronti dei quali chiede di estendere gli effetti dell'accordo stesso.

Da ultimo l'art. 61, comma 4, CCII stabilisce che in nessun caso, per effetto dell'accordo di ristrutturazione, ai creditori ai quali è stato esteso l'accordo possano essere imposti l'esecuzione di nuove prestazioni, la concessione di affidamenti, il mantenimento della possibilità di utilizzare affidamenti esistenti o l'erogazione di nuovi finanziamenti.

L'analisi compiuta in precedenza riguardo alla cd. conversione del POC in Azioni Speciali *cum warrant* ha posto in evidenza che la suddetta "conversione" non implica un ampliamento della esposizione creditoria degli obbligazionisti ai quali è stato esteso l'accordo nei confronti della società, né l'esecuzione di nuove prestazioni.

Attestazione – criticità.

Ai sensi dell'art. 57, IV comma, CCI, il dott. Piero Aicardi – professionista indipendente in possesso dei requisiti di cui all'art. 2, I comma, lett. o) CCI – ha attestato la veridicità dei dati aziendali, la fattibilità del piano economico-finanziario e l'idoneità di quest'ul-

timo a garantire il pagamento integrale dei creditori estranei nei termini di legge ai sensi dell'art. 57, III comma, CCL, e in particolare, entro 120 giorni dall'omologazione (cfr. doc. 39 di parte ricorrente).

Le conclusioni dell'Attestatore sono state sottoposte, su richiesta del Collegio, a scrutinio di congruità da parte del Commissario Giudiziale, alla luce dei condivisibili principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. 12064/2019 citata) secondo i quali il controllo del tribunale in sede di omologa comporta una verifica di legalità sostanziale compresa quella circa l'effettiva esistenza, in termini di plausibilità e ragionevolezza, della garanzia del pagamento integrale dei creditori estranei all'accordo, nei tempi previsti per legge.

Le verifiche compiute dal Commissario Giudiziale hanno posto in luce alcune criticità nell'attestazione e, in particolare:

a) con riferimento agli oneri finanziari, non è stato eseguito uno *stress test* per tener conto della possibile evoluzione dei tassi di interesse applicati alla nuova finanza erogabile all'omologa. Il Commissario ha esaminato gli interessi connessi alla nuova finanza per i quali è previsto un esborso in arco Piano di oltre 8 milioni di euro, dando atto che negli accordi con gli Investitori alla Finanza MLT *"si applicherà un tasso di interesse annuo pari all'Euribor a 6 mesi (zero floor) maggiorato di un margine pari all'11% di cui una porzione pari al 50% da corrispondersi per cassa periodicamente e una porzione pari al 50% con opzione pay if you can (PIK) che conferisce al debitore il diritto di procedere, in luogo del pagamento cash degli interessi tempo per tempo maturati, alla capitalizzazione di questi ultimi e al differimento del relativo pagamento alla data di scadenza del finanziamento"*. L'andamento prospettico delle quotazioni dell'Euribor per il periodo 2023-2027 è stato stimato secondo le condizioni di mercato sussistenti alla data del 20.1.2023, tenendo conto del predetto indice a 3 mesi e non anche a 6 mesi come invece indicato nelle condizioni economiche della Finanza MLT; tale circostanza è stata, quindi, evidenziata dal Commissario e corretta dagli *advisor* della società.

Il Commissario Giudiziale, inoltre, ha tenuto conto che, nel corso del 2023, gli effetti dell'inflazione hanno determinato un significativo impatto sull'andamento dell'Euribor. L'evoluzione di tale parametro è stata quindi oggetto di analisi da parte dell'organo commissariale che, in particolare, ha posto a confronto le stime dell'andamento del tasso Euribor alla base del Piano con le previsioni aggiornate al mese di ottobre 2023 (applicando la durata corretta del parametro prevista nelle condizioni economiche della Finanza MLT). Secondo tali conteggi, l'incremento delle previsioni sull'andamento dell'Euribor determina un aumento degli oneri finanziari sulla Finanza MLT in arco Piano per oltre 0,6 milioni di euro. Tale modifica, tenuto conto del piano finanziario predisposto dalla società, non determina tuttavia una ripercussione negativa decisiva, secondo le condivisibili conclusioni del Commissario giudiziale, ai fini della fattibilità del piano e dell'accordo;

b) un'ulteriore criticità era rappresentata dalla circostanza che la delibera di aumento di capitale a servizio della assegnazione di Azioni Speciali è sospensivamente condizionata all'omologa definitiva dell'accordo di ristrutturazione dei debiti della Società entro il termine temporale del 31.12.2023, termine che non è stato evidentemente rispettato. Tale problematica – ritenuta dal

Commissario Giudiziale non decisiva potendo (OMISSIS) adottare una nuova delibera, in sostituzione di quella già assunta, con indicazione di altra data compatibile con le tempistiche di conclusione del procedimento – è stata superata per le ragioni di cui si darà conto più avanti;

- c) le misure protettive sono scadute il 30.10.2023 e, pertanto, da tale data i creditori possono aggredire il patrimonio sociale della ricorrente oppure chiederne la Liquidazione giudiziale. Si è reso quindi necessario, come indicato sub d), verificare la sussistenza delle condizioni per fronteggiare la mancanza di protezione;
- d) il Commissario ha svolto un approfondimento sull'avanzamento del Piano industriale della ricorrente che è sostenuto da una manovra finanziaria che prevede, al 30.9.2023, l'erogazione di nuova finanza post omologa secondo diverse scadenze. I finanziamenti sono destinati al rimborso della finanza urgente, al pagamento di creditori e al sostenimento del ciclo produttivo, fattore quest'ultimo di primario rilievo ai fini del raggiungimento dei risultati di esercizio previsti nei prossimi anni, necessari per addivenire all'effettiva esecuzione del Piano.

Le verifiche compiute dal Commissario hanno riguardato l'effettivo *quantum* della residua Finanza Urgente erogata nel febbraio 2023 e ancora da rimborsare, le disponibilità liquide al 31 agosto 2023 e i ricavi conseguiti al 30 settembre 2023. Tale esame ha posto in luce diversi profili di rallentamento del Piano dal punto di vista finanziario, conseguenti prevalentemente a ritardi nel realizzo di componenti straordinarie di significativo rilievo, che impattano negativamente sull'effettiva situazione finanziaria della Società. Tale elemento appare certamente rilevante se si considera che, la data di erogazione della nuova finanza post omologazione è stata prevista in sede di Piano al 30.9.2023 ed è questo termine che è stato preso in considerazione dall'Attestatore. Tale data non è stata rispettata e l'Attestatore non ha valutato le conseguenze derivanti dall'ipotesi in cui la nuova finanza a supporto dell'operazione di ristrutturazione, prevista in ogni caso solo a seguito della omologazione definitiva dell'accordo (cfr. *inter alia* la Premessa K a pag. 8 dell'Accordo di ristrutturazione dei debiti con le banche prodotto sub doc. 32.1 della ricorrente), slittasse oltre al 31.12.2023, anche per un periodo potenzialmente non breve (stante la possibilità che la decisione di primo grado sia impugnata in Corte d'Appello).

Il Commissario ha quindi condivisibilmente dato atto che la previsione negoziale di erogazione della finanza solo all'esito della definitività del provvedimento di omologa avrebbe esposto – in presenza di una eventuale impugnazione da parte degli opposenti e in assenza di misure protettive – (OMISSIS) alle azioni dei creditori che non avrebbero potuto essere paralizzate stante l'assenza della necessaria liquidità.

A fronte delle criticità evidenziate il Tribunale ha ritenuto opportuno convocare nuovamente le parti ed il Commissario giudiziale (udienza del 19.12.2023).

Su richiesta di (OMISSIS) e sentite le parti, il Tribunale ha autorizzato la ricorrente al deposito di una memoria e di documenti inerenti all'andamento della società ed a modifiche delle condizioni di erogazione della finanza di piano.

Tale documentazione è stata quindi sottoposta all'esame del Commissario giudiziale e degli opposenti.

All'esito si può ritenere che le criticità evidenziate nell'originario parere del Commissario Giudiziale e sopra riferite possano ritenersi superate per le ragioni che saranno di seguito indicate.

Dalla documentazione allegata alla memoria autorizzata del 20.12.2023 risulta che gli Investitori (OMISSIS) e (OMISSIS) hanno trasmesso una proposta di Secondo Accordo Modificativo dell'Offerta Vincolante (cfr. doc. 1 della memoria, accettato da (OMISSIS)) contenente la previsione cardine della erogazione di una parte della Finanza di Piano (pari a 4 milioni di euro) subordinatamente alla sentenza di omologazione dell'accordo di ristrutturazione *"di primo grado pronunciata [...] dal Tribunale di Bologna e della relativa efficacia ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 48, comma 5, CCII"*, ancorché *"non definitiva e non passata in giudicato"*.

A seguito della modifica, dunque, la sola omologa dell'accordo, ancorché non definitiva, consente ad (OMISSIS) di ottenere immediatamente l'erogazione della finanza per 4 milioni di euro (pari a poco meno di un terzo dell'importo di 15 milioni di euro complessivamente stanziato al servizio degli accordi di ristrutturazione) ed una seconda tranche di 11 milioni di euro nel mese di luglio 2024, quindi parzialmente accelerando rispetto alle originarie previsioni. Tale modifica è stata inoltre accompagnata da un aggiornamento delle previsioni economiche e finanziarie del piano di cassa (cfr. doc. 2 e ss. della memoria autorizzata) che – unitamente alla modifica concordata con (OMISSIS) – è stata sottoposta all'Attestatore dott. Piero Aicardi il quale ha espresso la propria opinione *"circa la ragionevole capacità di (OMISSIS) di mantenere la propria continuità aziendale, successivamente all'auspicata Omologa da parte del Tribunale di Bologna degli Accordi di Ristrutturazione del debito ai sensi dell'art. 57 CCII con efficacia estesa ex art. 61 CCII di cui al ricorso depositato in data 29 giugno 2023 [...] anche nell'ipotesi in cui venisse proposto reclamo avverso la sentenza di omologazione degli Accordi di Ristrutturazione del Debito, anche in ragione della disponibilità di (OMISSIS) [...] ad erogare fin dal deposito della sentenza di omologa (e quindi senza attendere il passaggio in giudicato) una quota parte, pari a 4 Milioni di Euro, dei complessivi 15 Milioni di Euro della nuova finanza, che (OMISSIS) si è impegnata ad erogare, a determinate condizioni, in esecuzione del Piano ex art. 101 CCII"*.

L'Attestatore, anche alla luce delle modifiche dell'accordo relativo alla finanza, ha concluso ritenendo che *"sia altamente probabile che la Società sarà in grado di mantenere la propria continuità aziendale, successivamente all'auspicata omologa da parte del Tribunale di Bologna degli Accordi di Ristrutturazione del Debito, anche nel caso in cui venga proposto reclamo alla sentenza di omologazione degli Accordi di Ristrutturazione [ciò] grazie alla disponibilità di (OMISSIS) ad erogare fin dal deposito della suddetta sentenza (e quindi senza attendere il passaggio in giudicato) la Tranche 1 della Finanza di Piano"*.

Tale documento (denominato *Comfort letter*) sostanzialmente conferma, in punto a fattibilità, l'Attestazione allegata al ricorso.

La documentazione prodotta da parte ricorrente e, in particolare, la *Comfort letter* redatta dall'Attestatore, è stata esaminata dal Commissario giudiziale nel parere del 2.1.2023, in cui si è dato atto anzitutto che l'erogazione della prima tranche della Finanza di Piano all'omologa consente – in base alla documentazione a disposizione e a quanto dichiarato dal dott. Aicardi – di adempiere ai pagamenti nei confronti dei creditori non aderenti (da compiersi entro

120 giorni dall'omologa) e, al tempo stesso, di mantenere la continuità aziendale.

La suddetta erogazione, tuttavia, non pare in grado di evitare nei mesi successivi (aprile e maggio 2024) una collocazione delle disponibilità liquide della società a livelli inferiori alla soglia di un milione di euro, con conseguenti rischi di tensione finanziaria che potranno essere superati solo al momento dell'erogazione della seconda tranche di Finanza di Piano (11 milioni di Euro, stimata a luglio 2024, ovvero nel mese successivo a quello in cui (OMISSIS) confida nella pronuncia favorevole da parte della Corte di Appello nel caso di impugnazione della sentenza di omologa). Come osservato dal Commissario Giudiziale, tuttavia, si deve ritenere che (OMISSIS) abbia sinora dimostrato di poter proseguire nella gestione dell'attività di impresa pure in condizioni di tensione finanziaria, così da ritenere plausibili le conclusioni dell'Attestatore in punto a mantenimento della continuità.

Non va inoltre trascurato che il Commissario Giudiziale – all'esito di ulteriori aggiornamenti chiesti alla società – ha potuto verificare che, oltre alla anticipazione della finanza di piano per 4 milioni di euro, (OMISSIS) ha la disponibilità di somme liquide pari a euro 1.213.931,56 (alla data del 13.12.2023).

Tali risorse le dovrebbero consentire di adempiere ai pagamenti dovuti sino alla data di definitività dell'omologa stimata, in ipotesi di reclamo, al 30.6.2024. In particolare, per quanto qui rileva per le verifiche che il tribunale deve compiere anche d'ufficio, l'anticipazione della prima tranche della finanza di piano (4 milioni di euro) assicura la possibilità di pagare ex art. 57, comma III, CCI, entro centoventi giorni dall'omologazione, i creditori estranei all'accordo (per un importo pari a complessivi 1,7 milioni di euro).

Non va peraltro trascurato che gli oppositori – nel corso dell'udienza del 19.12.2023 – hanno eccepito che le modifiche ottenute da (OMISSIS) in relazione all'anticipazione parziale dell'erogazione della finanza configurassero una modifica sostanziale del piano, con conseguente applicabilità dell'art. 58, comma I, CCI che, in tali ipotesi, richiede il rinnovo dell'attestazione e delle manifestazioni di consenso agli accordi da parte dei creditori.

Tale eccezione non può essere condivisa, atteso che nella fattispecie non si assiste ad una modifica sostanziale del piano. Le variazioni dei flussi di nuova finanza, infatti, hanno un'incidenza solo temporale, senza un mutamento delle condizioni economiche di erogazione, né dell'ammontare complessivo dell'esborso.

Il cambiamento non incide dunque sul piano sottostante gli accordi, determinando solo un miglioramento, sotto il profilo temporale, della messa a disposizione di somme liquide al servizio del debito, a parità di condizioni di erogazione.

Nella memoria autorizzata del 27.12.2023, gli oppositori hanno altresì evidenziato che nella fattispecie si sarebbe in presenza di una modifica sostanziale degli accordi stipulati dalla ricorrente con le tre categorie di creditori (fornitori, obbligazionisti e banche) che erano siano condizionati alla definitività dell'omologa entro il 31.12.2023, termine decorso il quale gli stessi non avrebbero più avuto più efficacia.

Le verifiche compiute dal Commissario Giudiziale consentono di affermare che – in relazione alla categoria dei fornitori – la lamentata inefficacia degli accordi alla scadenza del 31.12.2023 determinerebbe la scadenza di importi di scarso rilievo, tali da non apparire rilevanti ai fini dell'omologa o della risoluzione dell'accordo

complessivamente considerato, né ai fini del rispetto del piano, trattandosi di pagamenti di ammontare non significativo.

Con riguardo alla categoria degli obbligazionisti, invece, si è assistito ad una modifica del termine entro il quale perfezionare l'omologa. Ed invero, l'assemblea degli obbligazionisti del 20.12.2023 (cfr. doc. 2 allegato alla memoria della ricorrente depositata il 27.12.2023) ha approvato e ratificato la decisione dall'Assemblea dei Soci di (OMISSIS) del 13.12.2023 in ordine alla posticipazione al 31.12.2024 del termine finale ultimo per l'ottenimento dell'omologa da parte del Tribunale di Bologna. Dalla disamina degli accordi sottoscritti con gli obbligazionisti non ricorre alcun riferimento alla definitività dell'omologa entro il 31.12.2023 quale condizione per l'efficacia dell'accordo che, pertanto, deve ritenersi perfezionato fin dalla sua sottoscrizione.

Da ultimo, va osservato che anche l'accordo con i creditori finanziari indicava al 31.12.2023 la data oltre la quale lo stesso avrebbe cessato di avere valore tra le parti. Tale data, tuttavia, è stata modificata con una pattuizione del 27.12.2023 (cfr. doc. allegato a nota del 29.12.2023 di (OMISSIS)) al 29.2.2024 (nell'ipotesi in cui non sia presentato reclamo) oppure al 31.7.2024 (nel caso in cui il provvedimento di omologa fosse impugnato). Questo mutamento dell'originario negozio ne ha dunque evitato l'inefficacia per mancato avveramento della condizione entro la data inizialmente prevista (31.12.2023).

Va infine escluso che la variazione della condizione sospensiva del solo termine ultimo di avveramento rappresenti una modifica sostanziale dell'accordo, trattandosi – come osservato dal Commissario Giudiziale – di un intervento rispetto ad un atto negoziale già perfetto che ne posticipa solo l'efficacia: *“le parti fin dall'origine avevano inteso subordinare l'efficacia del loro programma negoziale, invero perfetto fin da subito, all'omologazione definitiva dell'accordo di ristrutturazione dei debiti”*. Il differimento del termine non incide in effetti sul contenuto della condizione sospensiva, coincidente con la definitività del provvedimento di omologa, che rimane inalterata, poiché ciò che cambia è solo il dato temporale, che viene modificato in forza di una evoluzione necessitata del giudizio di omologazione che si è protratto oltre a quanto originariamente preventivato.

L'accordo tra (OMISSIS) ed i creditori finanziari, dunque, rimane un accordo condizionato e l'evento condizionante (esito definitivamente favorevole del giudizio) resta inalterato. Nella fattispecie, pertanto, va escluso che si sia in presenza di una modifica sostanziale dell'accordo, non avendo le parti interesse voluto fin dall'origine far dipendere gli effetti del negozio dalla conclusione del procedimento di omologazione entro il termine ultimo del 31.12.2023, ma unicamente dall'esito favorevole di tale giudizio. Ne deriva che non ricorrono i presupposti per ritenere applicabile l'art. 58, I comma, CCI e, conseguentemente, la ricorrente non doveva procurarsi un rinnovo di attestazione. Le critiche svolte dagli opposenti riguardo alla cd. *Comfort letter* del dott. Piero Aicardi non paiono quindi significative, trattandosi di un documento processualmente non rilevante ai fini dell'omologazione dell'accordo di ristrutturazione dei debiti in esame.

Merita infine di rilevare che – secondo la prospettazione degli opposenti – la modifica del termine di efficacia degli accordi o, comunque, il mancato rispetto del termine originario del 31.12.2023, inciderebbe anche sulla possibilità di estendere l'efficacia degli accordi conclusi con gli obbligazionisti ai creditori non aderenti sulla base della maggioranza ridotta al 60% ex art. 23, comma 2, lett. b), CCI.

Il Collegio ritiene che tale tesi non sia condivisibile.

La percentuale del solo 60%, anziché l'ordinario 75% previsto dall'art. 61 CCI, deriva dalla sola positiva conclusione delle negoziazioni tra (OMISSIS) ed i creditori di cui l'Esperto ha dato atto nella Relazione finale e la stessa rimane intangibile rispetto all'eventuale successiva modifica del piano o degli accordi nel corso del procedimento di omologazione.

Del resto, come osservato dal Commissario Giudiziale, il legislatore consente espressamente la possibilità, in caso di modifiche al piano o agli accordi, di non far venire meno il procedimento di omologazione già intrapreso, limitandosi a prevedere – ma solo se le modifiche siano sostanziali – la necessità di rinnovo dell'attestazione (art. 58, I comma, CCI). Nessun supplemento di attestazione o istruttorio è invece necessario nell'ipotesi, come quella in esame, in cui si verifichi una modifica non sostanziale. Va quindi escluso che la variazione del termine originario a cui era subordinata l'efficacia degli accordi possa avere qualche riflesso sulle conclusioni dell'Esperto.

Alla luce di tutte le considerazioni espresse, il Tribunale ritiene che ricorrano i presupposti per accogliere la domanda di omologa nei termini in cui è stata proposta e respingere le opposizioni.

Le spese, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Visti gli artt. 57 e ss. CCI,

RIGETTA le opposizioni;

OMOLOGA gli Accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 57 ss. CCI stipulati da (OMISSIS), con sede legale in (OMISSIS), C.F. e P. I. e iscrizione al R.I. di Bologna n. (OMISSIS), depositati in data 29 giugno 2023;

ESTENDE gli effetti dell'Accordo stipulato con i creditori obbligazionisti agli obbligazionisti non aderenti ai sensi dell'art. 61 CCI;

CONDANNA gli opposenti in solido a rifondere le spese di lite sostenute da (OMISSIS) che liquida in 20.000,00 per compensi, oltre a spese generali, iva e cpa come per legge.

MANDA alla Cancelleria per la notifica e iscrizione al registro delle imprese ex art. 48, V comma, CCI entro il giorno successivo al deposito.

Così deciso in Camera di Consiglio della Quarta sezione civile e procedure concorsuali, in data 30 gennaio 2024

Il Giudice Relatore
Antonella Rimondini

Il Presidente
Michele Guernelli

Trib. Palermo, 22 gennaio 2024, Pres. Rini, Est. Cultrera

■ CONCORDATO CON ASSUNTORE – Applicazione della disciplina prevista per le offerte concorrenti – Insussistenza.

In tema di concordato con assuntore, non è necessario dare corso alla procedura competitiva per l'individuazione delle offerte concorrenti prevista dall'art. 91 CCII, atteso che tale disciplina trova applicazione unicamente qualora il piano di concordato preveda il trasferimento a titolo oneroso ad un soggetto di singoli e specifici beni (ivi compresa l'azienda o rami di essa) e non si attaglia alla diversa fattispecie del concordato con assuntore, che comporta il subentro di un terzo nella stessa posizione complessiva dell'impresa debitrice.

■ CONCORDATO PREVENTIVO – Valutazione della fallibilità – Non implausibilità del piano – Sufficienza.

La formulazione in negativo dell'art. 112, comma 1, lett. f) CCII rende evidente che oggetto dell'esame da parte del tribunale in sede di omologazione non è l'accertamento dell'idoneità del piano a regolare la crisi, ma la non implausibilità dello stesso a consentire il risanamento dell'impresa. Il piano predisposto dal debitore e attestato dal professionista indipendente nella relazione ex art. 87, comma 3, CCII deve mostrare un grado minimale di realizzabilità, bastando ai fini del *placet* giudiziale che l'ipotesi solutoria sia operativamente percorribile e coerente con il fine ultimo del risanamento dell'impresa indicato nella proposta e nel piano, senza palesarsi passibile di intaccare le prospettive di soddisfazione dei creditori rispetto all'alternativa liquidatoria.

■ CONCORDATO PREVENTIVO – Opposizione all'omologazione senza il patrocinio legale – Inammissibilità.

È inammissibile l'opposizione all'omologazione del concordato preventivo ex art. 48 CCII presentata dal creditore senza il patrocinio di un difensore. Anche per questa fase opera l'obbligatorietà della difesa tecnica poiché si aggancia alla domanda originaria e non ricorrono eccezioni all'art. 9, comma 2, CCII, il quale prevede fra i principi generali che "salvi i casi in cui non sia previsto altrimenti, nelle procedure disciplinate dal presente codice, il patrocinio del difensore è obbligatorio".

■ CONCORDATO PREVENTIVO – Opposizione all'omologazione – Deposito dell'opposizione senza deposito telematico – Inammissibilità.

È inammissibile l'opposizione all'omologazione del concordato preventivo ex art. 48 CCII se il deposito della memoria viene effettuato mediante PEC inviata alla cancelleria e alla procedura senza eseguire il deposito telematico secondo le regole del processo civile telematico. Infatti, sulla scorta dei principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità, l'uso della PEC per il deposito degli atti processuali presuppone comunque l'impiego delle particolari modalità strumentali prescritte dalle regole tecniche per il processo civile telematico stabilite con il D.M. n. 44/2011, in quanto poste a garanzie del raggiungimento dello scopo dell'atto, sicché il deposito dell'atto processuale effettuato mediante PEC inviata alla cancelleria senza il rispetto delle prescritte regole tecniche, integra una nullità non sanabile ai sensi dell'art. 156 c.p.c.



**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale di Palermo, sezione IV civile, riunito in camera di consiglio, composto dai Magistrati:

Dott. Giuseppe Rini	Presidente
Dott. Giulio Corsini	Giudice
Dott.ssa Maria Cultrera	Giudice rel. est.

nel procedimento promosso ai sensi dell'art. 44 CCII da (OMISSIS) con sede legale in (OMISSIS), (OMISSIS), iscritta al Registro delle Imprese di Palermo Enna al N. REA (OMISSIS) (P.I.: (OMISSIS)), in persona del legale rappresentante *p.t.*, (OMISSIS) (C.F.: (OMISSIS)), nato a (OMISSIS) il (OMISSIS), rappresentata e difesa, per procura rilasciata su foglio separato dagli avv.ti Roberto Natoli (C.F.: (OMISSIS); P.E.C.: (OMISSIS); FAX: (OMISSIS)) e Pierluigi Vigneri (C.F.: (OMISSIS); P.E.C.: (OMISSIS); FAX: (OMISSIS)), presso il cui studio in Palermo, via Marchese Ugo 56, è elettivamente domiciliata;

a scioglimento della riserva assunta all'udienza collegiale del 19 gennaio 2023;

letti gli atti;

sentito il giudice relatore;

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Con ricorso depositato il 15 dicembre 2022, il pubblico ministero ha chiesto dichiararsi l'apertura della liquidazione giudiziale della (OMISSIS).

In data 27 gennaio 2023, la (OMISSIS) ha presentato domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo con riserva di depositare la proposta, il piano e la documentazione prescritta dalla legge, ai sensi dell'art. 40, comma 3, CCII; la domanda di accesso allo strumento di regolazione della crisi, contenente richiesta di misure protettive, è stata comunicata dalla Cancelleria al Registro delle Imprese, ove è stata iscritta in data 27 gennaio 2023, ed è stata, altresì, trasmessa al pubblico ministero, che ne ha preso atto all'udienza del 27 gennaio 2023.

Con decreto depositato il 30 gennaio 2023, il Tribunale – verificata la tempestività della domanda di accesso allo strumento di regolazione della crisi e la completezza della documentazione prodotta – ha fissato in sessanta giorni (decorrenti dalla data di deposito del ricorso ex art. 44, comma 1, CCII) il termine per il deposito della proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'art. 39, commi 1 e 2, CCII, procedendo contestualmente alla nomina dei commissari giudiziali.

In data 27 marzo 2023, la (OMISSIS) ha tempestivamente depositato una proposta di concordato con il piano, l'attestazione di ve-

ridicità dei dati e di fattibilità e i documenti di cui all'art. 39 comma 1 e comma 2, C.C.I.I.

In data 27 aprile 2023 i Commissari hanno depositato il parere, rilevando criticità in relazione alla proposta ed al piano di concordato. Con decreto del 28 aprile 2023 il Tribunale, condivise le osservazioni dei Commissari Giudiziali, ha richiesto alla società ricorrente chiarimenti sulla proposta e sul piano di concordato, assegnando termine sino al 17 maggio e successivo termine sino al 24 maggio ai Commissari giudiziali per rendere il loro parere e il medesimo termine al P.M. per il deposito di note e ha, quindi, fissato l'udienza del 26 maggio 2023 per sentire le parti.

In data 17 maggio 2023 la società proponente ha depositato *"memoria contenente la proposta, modificata e integrata, di concordato preventivo ex art. 84 c.c.i.i. anche con riferimento al trattamento dei crediti tributari e contributivi ex art. 88 C.C.I.I."*, nonché il piano e la proposta ai sensi dell'art. 87 D.L. 14/2019 integrati e rettificati.

In data 24 maggio 2023 i Commissari hanno depositato il parere, rilevando criticità in relazione alla proposta ed al piano di concordato.

Con decreto del 14 giugno 2023, il Tribunale di Palermo, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 26/5/2023 – ha evidenziato:

- che, *«pur tuttavia l'attestatore ha acriticamente richiamato – relativamente alle cause della crisi – quanto illustrato dalla società nel piano»*, sicché la sua relazione sotto questo profilo appariva incompleta anche sotto il profilo della sostenibilità economica del piano concordatario;
- che, infine, *«in ipotesi di continuità indiretta, la fattibilità del piano dovrà essere valutata con riferimento alla capacità di adempiere alle obbligazioni del concordato da parte del terzo assuntore. L'attestatore non ha condotto alcun approfondimento sulla solvibilità e capacità patrimoniale della newco, nonostante il notevole impegno economico di lungo periodo e la circostanza che, in ipotesi di omologazione del concordato, si determinerebbe la cessione dell'azienda e l'immediata liberazione della società (OMISSIS) e del socio illimitatamente responsabile»*.

Il Tribunale ha assegnato termine sino al 29 giugno 2023 alla Società proponente per il deposito di una relazione integrativa ex art. 87 comma 3 CCII e per rendere i chiarimenti e/o le integrazioni e successivo termine sino al 13 luglio 2023 ai Commissari Giudiziali per depositare il parere anche in ordine al superamento delle criticità evidenziate e il medesimo termine al P.M. per il deposito di note, fissando l'udienza del 19 luglio 2023, per sentire le parti.

In data 29 giugno 2023 la società proponente ha depositato la relazione integrativa dell'attestatore, dott. Enrico Lombardo, nella quale ha ottemperato agli approfondimenti richiesti dal Tribunale, allegando la fideiussione personale del sig. (OMISSIS) rilasciata in favore della (OMISSIS), della durata di 12 anni, a garanzia del pagamento di tutti i debiti concordatari, nell'intento di dimostrare la volontà di assumere tutte le responsabilità conseguenti al rispetto del piano proposto.

In data 13 luglio 2023 i Commissari hanno depositato il parere, rilevando criticità in relazione all'importo di € 1.334.851,00 che l'Attestatore e gli Advisor avevano prospettato di iscrivere – a titolo di avviamento – nella situazione patrimoniale della (OMISSIS) alla

data di omologa e che avevano utilizzato come parametro per calcolare gli ammortamenti fiscali, indicati nei piani economici prospettici, rilevando altresì che ipotizzare l'iscrizione nel bilancio dell'assuntore di un avviamento del valore di € 1.334.851,00 avrebbe determinato una sopravvalutazione di un elemento patrimoniale attivo, in aperto contrasto con il dettato dell'art. 2423 c. 2 c.c. e dell'art. 2426 c. 1 n. 3 c.c. e con i principi contabili OIC 9 e OIC 24. I Commissari Giudiziali hanno, quindi, rilevato la necessità di rettificare l'importo della voce "Ammortamenti imm.ni immateriali" indicato nei conti economici previsionali e conseguentemente rettificare i flussi al servizio del debito concordatario, nonché la situazione patrimoniale dell'assuntore alla data di omologa e, sotto altro profilo, hanno rilevato la inidoneità della scrittura a firma del sig. (OMISSIS) a far sorgere obbligazione fideiussoria dello stesso sig. (OMISSIS) nei confronti dei creditori concordatari, in quanto indirizzata all'assuntore, (OMISSIS).

Con provvedimento del 24 luglio 2023, il Tribunale, a scioglimento della riserva assunta all'udienza del 19 luglio, ha assegnato termine ai Commissari giudiziali sino al 26 luglio 2023 per depositare osservazioni in ordine alle note depositate dalla parte ricorrente in data 19 luglio 2023.

Con note del 26 luglio 2023, i Commissari Giudiziali hanno ribadito che l'iscrizione di un valore di avviamento quantificato in € 1.334.851,00 nel bilancio della società (OMISSIS) è in contrasto sia con i principi di chiarezza, veridicità e correttezza del bilancio e di valutazione delle poste di bilancio previsti dall'art. 2423 c. 2 e dall'art. 2426 c. 1 n. 3 cc, sia con i principi contabili OIC 9 e OIC 24; in relazione alla recuperabilità dell'avviamento i Commissari Giudiziali hanno rilevato che gli advisor, nelle note tecniche, depositate all'udienza del 19 luglio 2023, avevano elaborato una tabella conforme a quella riportata al principio contabile dell'OIC 9, dalla quale emergeva che la capacità di ammortamento complessiva generata dalla gestione nell'orizzonte temporale di cinque anni suggerito dal principio OIC 9 era pari ad € 822.438,00; sotto altro profilo, i Commissari giudiziali hanno ribadito che la dichiarazione resa dal fideiussore ed indirizzata al debitore, (OMISSIS), così come strutturata, non poteva ritenersi idonea a far sorgere obbligazione fideiussoria del sig. (OMISSIS) nei confronti dei creditori concordatari. I Commissari hanno concluso, evidenziando che la recuperabilità dell'avviamento poteva essere stimata in € 822.438,00, importo inferiore al valore di € 1.334.851,00 indicato nella situazione patrimoniale della (OMISSIS) alla data di omologa e, al contempo, superiore al valore di € 314.222,00 stimato dagli Advisor sulla base del fatturato medio storico della (OMISSIS), ed al valore di € 434.189,00 stimato dai Commissari sulla base del fatturato medio prospettico della stessa (OMISSIS); che il valore dell'avviamento iscrivibile nella situazione patrimoniale della (OMISSIS) alla data di omologa non poteva quindi essere superiore ad € 822.438,00; che occorreva rettificare l'importo della voce "Ammortamenti imm.ni immateriali" indicato nei conti economici previsionali, parametrandolo al valore dell'avviamento non superiore ad € 822.438,00, nonché l'importo dei flussi al servizio del debito concordatario e, specularmente, che sarebbe stato necessario rilevare nella situazione patrimoniale della (OMISSIS) alla data di omologa l'iscrizione tra l'attivo di un avviamento coerente con i rilievi dei Commissari e l'iscrizione tra le passività sia dei debiti assunti per accolto sia dei debiti connessi alla procedura.

Con decreto del 27 luglio 2023, il Tribunale di Palermo, Sezione IV Civile e Procedure Concorsuali, ha assegnato termine alla proponente sino al 15 settembre 2023 per depositare un piano che tenesse conto delle rettifiche rese necessarie dalle osservazioni svolte dai Commissari Giudiziali, nonché per depositare la dichiarazione del sig. (OMISSIS) avente quali destinatari i creditori concordatari. In data 15 settembre 2023, la società, in ottemperanza a quanto richiesto con la predetta ordinanza, ha presentato una nuova proposta concordataria, modificata e integrata sulla scorta delle indicazioni del Tribunale contenute nella predetta ordinanza del 27 luglio 2023 (con una ulteriore lieve modifica relativa alla percentuale offerta alla classe n. 5) ed ha depositato nuovamente sia il piano di concordato, sia la relazione del professionista indipendente ex artt. 87, comma 3, e 88, comma 2, C.C.I.A.A., anch'essi modificati e integrati, rappresentando in estrema sintesi di avere rettificato la voce di costo riguardante le quote di ammortamento dell'avviamento indicata nei conti economici previsionali elaborati per un arco temporale di cinque esercizi, nonché di avere rielaborato la situazione patrimoniale della (OMISSIS) alla data di omologa.

Il Tribunale – letto il parere favorevole dei Commissari giudiziali sulla proposta di concordato, come modificata, e depositata in data 15 settembre 2023, – con decreto del 2 ottobre 2023, ha dichiarato aperta la procedura di concordato preventivo proposta dalla società (OMISSIS); con successivo decreto del 9 ottobre 2023 – in accoglimento dell'istanza depositata dai Commissari giudiziali in data 8-9 ottobre 2023, diretta ad ottenere la concessione della proroga del termine per il deposito della relazione ex art. 105 CCII sino al 3 novembre 2023 e il conseguente rinvio delle operazioni di voto dei creditori già calendarizzata tra l'11.12.2023 (data iniziale) e il 22.12.2023 (data finale) – ha assegnato termine ai Commissari per il deposito della relazione ex art. 105 CCII sino al 3 novembre 2023, e per l'effetto, ha stabilito – a modifica del decreto collegiale del 2 ottobre 2023 – che le operazioni di voto dei creditori avessero luogo tra il 18 dicembre 2023 (data iniziale) e il 27 dicembre 2023 (data finale). In data 3 novembre 2023 i Commissari giudiziali hanno depositato la relazione ex art. 105 CCII e in data 4 dicembre 2023 la relazione ex art. 107 CCII.

Svoltesi dal 18 dicembre al 27 dicembre 2023 le operazioni di voto con modalità telematica a mezzo posta elettronica certificata inviata alla pec della procedura, i Commissari giudiziali hanno depositato la relazione prevista dall'art. 110 CCII, dalla quale emerge che la proposta di concordato non è stata approvata, avendo votato favorevolmente otto classi su un totale di tredici classi votanti. Con istanza del 29 dicembre 2023, i procuratori della proponente hanno chiesto l'omologazione del concordato preventivo ai sensi dell'art. 112 comma 2 CCII.

Con decreto di pari data, il Tribunale ha fissato l'udienza di comparizione delle parti e dei commissari giudiziali per il giorno 19 gennaio 2024, con assegnazione di termine perentorio sino ad almeno dieci giorni prima dell'udienza per la presentazione di eventuali opposizioni da parte dei creditori dissenzienti e di qualsiasi interessato, termine sino ad almeno cinque giorni prima dell'udienza per il deposito del motivato parere dei Commissari giudiziali e fino a due giorni prima dell'udienza per il deposito di memoria da parte della ricorrente. Il decreto è stato iscritto nel Registro delle Imprese e comunicato, a cura della Cancelleria, al P.M..

La società proponente ha comunicato il ricorso per l'omologazione

ex art. 112 CCII e il decreto di fissazione dell'udienza ai Commissari giudiziali e ai creditori, che hanno espresso il dissenso, entro il termine assegnato dal Tribunale.

I Commissari giudiziali hanno depositato in data 10 gennaio 2024 l'opposizione trasmessa dall'Agenzia delle Entrate alla pec della procedura.

I Commissari hanno, inoltre, depositato in data 12 gennaio 2024 il parere ex art. 48 CCII, in cui hanno evidenziato la permanenza di criticità, che avrebbero refluenze sul raggiungimento degli obiettivi prefissati nello stesso piano, già rappresentate nelle relazioni ex art. 105 e 107 CCII, e in particolare: a) l'integrale utilizzazione del fondo rischi stanziato dalla società proponente nel piano in € 55.517,00, a seguito delle rettifiche operate dagli stessi Commissari in relazione alle seguenti voci, annoverate nell' "Attivo circolante": € 1.865,87, riguardante voce di credito non specificata; € 17.083,77, quale svalutazione del 30% del credito verso (OMISSIS); € 36.567,00, quali risorse da destinare al pagamento del TFR maturato dal dipendente (OMISSIS) all'atto della cessazione del rapporto; b) la sussistenza di un deficit concordatario di € 36.538,42 (di cui euro 30.656,05, valore di stima delle rimanenze ed euro 5.882,37 quale valore di stima delle voci *depositi cauzionali entro 12 mesi, Fondo TFR c/Tesoreria e crediti per stipendi post 26.01. 2023*), derivante dal venir meno una parte dei flussi connessi all'attivo circolante; c) la sussistenza di un deficit concordatario di € 5.287,00, a seguito alla precisazione del credito da parte dell'INPS; d) la mancata rettifica del fondo rischi da € 55.517,00 ad € 150.000,00, con un incremento di € 94.483,00, da destinare alla implementazione del piano ed alla copertura di eventuali passività future.

La società proponente ha depositato in data 17 gennaio 2024 una memoria, in cui ha dedotto l'irritualità e inammissibilità dell'opposizione proposta dall'Agenzia delle Entrate, con atto trasmesso alla pec della procedura, e, in ogni caso, la tardività; ha contestato, altresì, che le circostanze dedotte dai CC.GG. costituiscano ipotesi di manifesta inattitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati. La società proponente ha, inoltre, depositato l'atto in forma pubblica (Repertorio n. 3563 Raccolta n. 2690), registrato presso l'Agenzia delle Entrate Ufficio di Palermo in data 11/01/2024 al n. 1225/1 e trascritto (Registro generale n. 2141; Registro particolare n. 1784) in data 12/01/2024, con cui il legale rappresentante della società (OMISSIS) ha costituito un vincolo di destinazione ai sensi dell'art. 2645 ter c.c. sulla piena proprietà del locale destinato a negozio (ubicato in (OMISSIS) tra la via (OMISSIS), con accesso dai civici (OMISSIS), e la via (OMISSIS) con accesso dal civico (OMISSIS), confinante con via (OMISSIS), via (OMISSIS) ed androne condominiale e rilevato al catasto fabbricati di Palermo al foglio (OMISSIS) p.lle graffate (OMISSIS) sub (OMISSIS) e (OMISSIS) sub (OMISSIS), zona censuaria (OMISSIS), cat. (OMISSIS), cl. (OMISSIS), cons. mq (OMISSIS) sup. cat. tot. mq (OMISSIS), rendita euro 12.066,76, via (OMISSIS) via (OMISSIS) in favore dei creditori della "(OMISSIS)" anteriori – secondo quanto previsto dall'art. 117, comma 1, CCII – alla pubblicazione nel registro delle imprese della domanda di accesso alla procedura di concordato preventivo presentata dall'anzidetta società con ricorso depositato il 26 gennaio 2023 davanti al Tribunale di Palermo a garanzia dei crediti dei sopra indicati beneficiari, attualmente vantati nei confronti della «(OMISSIS)», ma che, a seguito della omologazione definitiva del suddetto concordato preventivo saranno vantati nella misura prevista nel concordato omo-

logato, nei confronti dell'assuntore e odierno conferente «(OMISSIS) società a responsabilità limitata.

All'udienza del 19 gennaio 2024, sono comparsi i procuratori della società proponente e i Commissari giudiziali, che hanno insistito nelle deduzioni svolte nella memoria e nel parere ex art. 48 CCII.

Deve, preliminarmente, valutarsi se l'opposizione proposta dall'Agenzia delle Entrate sia rituale e ammissibile.

L'art. 48 CCII dispone che *"le opposizioni dei creditori dissenzienti e di qualsiasi interessato devono essere proposte con memoria depositata nel termine perentorio di almeno dieci giorni prima dell'udienza"*.

L'Agenzia delle Entrate ha trasmesso la memoria alla pec della Cancelleria della Sezione IV Civile e della procedura di concordato preventivo; non ha, quindi, eseguito un deposito telematico secondo le regole del processo civile telematico, ossia con una struttura dati per la creazione di una busta tramite un programma software di redazione atti ed un formato particolare dei documenti, secondo le regole tecniche di cui al D.M. 21 febbraio 2011, n. 44.

Deve, a tal riguardo, ritenersi – sulla scorta dei principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. in tal senso Sez. 1 –, Ordinanza n. 15771 del 23/07/2020) da cui non si ravvisano ragioni per discostarsi – che l'uso della PEC per il deposito degli atti processuali presuppone comunque l'impiego delle particolari modalità strumentali prescritte dalle regole tecniche per il processo civile telematico stabilite con il d.m. n. 44 del 2011, in quanto poste a garanzia del raggiungimento dello scopo dell'atto, sicché il deposito dell'atto processuale effettuato mediante PEC inviata alla cancelleria senza il rispetto delle prescritte regole tecniche, integra una nullità non sanabile ai sensi dell'art. 156 c.p.c.

Deve, inoltre, osservarsi che anche per questa fase opera l'obbligatorietà della difesa tecnica, sia in quanto la fase s'aggancia alla domanda originaria, sia in quanto non ricorrono eccezioni all'art. 9, comma 2 CCII, il quale prevede fra i principi generali che *"salvi i casi in cui non sia previsto altrimenti, nelle procedure disciplinate dal presente codice, il patrocinio del difensore è obbligatorio"*.

L'opposizione proposta dall'Agenzia delle Entrate è, quindi, inammissibile, atteso che l'atto è stato redatto senza il patrocinio di un difensore.

Ne consegue, pertanto, che resta preclusa in questa sede la valutazione della convenienza della proposta di concordato preventivo. Passando all'esame demandato al Tribunale, si osserva che il quinto comma dell'art. 109 CCII prevede che *"il concordato in continuità aziendale è approvato se tutte le classi votano a favore"*.

Nel caso di specie, l'unanimità non è stata raggiunta, avendo votato favorevolmente solo otto classi delle tredici ammesse al voto. Trova, quindi, applicazione l'art. 112 comma 2 CCII – richiamato per il caso di non approvazione – dall'art. 109 comma 5 CCII, che dispone che in caso di dissenso di una o più classi, il Tribunale, su richiesta del debitore, possa omologare il concordato se ricorrono congiuntamente le condizioni previste dalle lettere da a) a d) oltre a quelle previste dal primo comma dello stesso articolo 112, dalla lettera a) alla lettera g).

Quanto a queste ultime, va, anzitutto, verificata la **"regolarità della procedura"** (lett. a).

Dalla dettagliata esposizione contenuta nella parte narrativa emerge come siano state rispettate le norme procedurali nelle fasi dalla presentazione della domanda all'omologazione.

Peraltro, la genericità della formula "regolarità della procedura" induce ad estendere l'accertamento alla sussistenza delle condizioni di ammissibilità già deliberate all'atto dell'apertura della procedura.

A tal riguardo, devono confermarsi:

- la competenza territoriale di questo ufficio giudiziario ex artt. 27 e 28 CCII, posto che il centro degli interessi principali dell'impresa – da presumersi coincidente con la sede legale risultante dal Registro delle Imprese – si trova a Palermo da oltre un anno prima del deposito dei ricorsi;
- l'osservanza della previsione di cui all'art. 120-bis, comma 1, CCII, in quanto con delibera del 20 gennaio 2023, risultante dal verbale redatto dal Notaio (OMISSIS), rep. (OMISSIS), racc. (OMISSIS), registrato a (OMISSIS) al N. (OMISSIS) serie (OMISSIS), l'amministratore della (OMISSIS) ha stabilito di presentare ai sensi dell'art. 44 CCII la domanda di concordato preventivo con continuità aziendale di cui all'art. 40 CCII, con riserva di presentare, nel termine fissato dal Tribunale, la proposta di concordato preventivo con il piano, l'attestazione di veridicità dei dati e di fattibilità e la documentazione di cui all'art. 39 comma 1 e 2 CCII;
- la documentata sussistenza sia del presupposto soggettivo per l'accesso alle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza, sia di uno stato di insolvenza ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett. b) CCII;
- nonché l'allegazione, unitamente alla proposta concordataria, di tutta la documentazione richiesta dalla legge, e segnatamente:
- un piano avente il contenuto prescritto dall'art. 87, comma 1, CCII (ossia: 1. l'indicazione del debitore e delle eventuali parti correlate, le sue attività e passività al momento della presentazione del piano e la descrizione della situazione economico-finanziaria dell'impresa e della posizione dei lavoratori; 2. una descrizione delle cause e dell'entità dello stato di crisi o di insolvenza e l'indicazione delle strategie d'intervento; 3. il valore di liquidazione del patrimonio, alla data della domanda di concordato, in ipotesi di liquidazione giudiziale; 4. le modalità di ristrutturazione dei debiti e di soddisfazione dei crediti; 5. la descrizione analitica delle modalità e dei tempi di adempimento della proposta; nonché il piano industriale e modalità e tempi di adempimento della proposta; 6. le azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili nonché le azioni eventualmente proponibili solo nel caso di apertura della procedura di liquidazione giudiziale e le prospettive di realizzo; 8. le iniziative da adottare qualora si verifichi uno scostamento dagli obiettivi pianificati; 9. le parti interessate dal piano, indicate individualmente o descritte per categorie di debiti, e l'ammontare dei relativi crediti e interessi, con indicazione dell'ammontare eventualmente contestato; 10. le classi in cui le parti interessate sono state suddivise ai fini del voto, con indicazione dei criteri di formazione utilizzati, del valore dei rispettivi crediti e degli interessi di ciascuna classe; 11. l'indicazione della sola parte non interessata dal piano);
- la relazione di un professionista indipendente (dott. Enrico Lombardo), attestante la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano ai sensi dell'art. 44, comma, 1, lett. a), e dell'art. 87, comma 3, CCII;

- i documenti di cui all'art. 39, commi 1 e 2, CCII in formato digitale (ossia: 1. scritture contabili e fiscali obbligatorie; 2. dichiarazioni dei redditi concernenti gli ultimi tre esercizi, dichiarazioni IRAP, dichiarazioni annuali IVA e bilanci relative ai medesimi periodi; 3. una relazione sulla situazione economica, patrimoniale e finanziaria aggiornata; 4. uno stato particolareggiato ed estimativo delle attività; 5. un'idonea certificazione sui debiti fiscali, contributivi e per premi assicurativi; 6. l'elenco nominativo dei creditori con indicazione dei rispettivi crediti e delle cause di prelazione; 7. una dichiarazione attestante l'assenza di soggetti che vantano diritti reali e personali su cose in possesso della società; 8. una relazione riepilogativa degli atti di straordinaria amministrazione di cui all'art. 94, comma 2, CCII compiuti nel quinquennio anteriore).

Per ciò che concerne il contenuto della proposta e del piano, deve rilevarsi che la società ha fornito una dettagliata esposizione della composizione del passivo concordatario, pari a complessivi € 5.172.269,00.

Il contenuto del piano risulta conforme alle previsioni formali e sostanziali di cui all'art. 87, I e II comma, CCI e, in particolare, sono state esplicitate le ragioni per cui la proposta concordataria è preferibile rispetto all'alternativa della liquidazione giudiziale.

Il piano contiene l'illustrazione delle azioni risarcitorie e recuperatorie esperibili, nonché le azioni eventualmente proponibili solo in caso di apertura della liquidazione giudiziale e le prospettive di realizzo, come prescritto dall'art. 87 lett. h) (cfr. in tal senso piano pag. 53). Sul punto, i Commissari giudiziali, nella relazione ex art. 105 CCII, hanno evidenziato che *"a seguito dei rilievi mossi dai Commissari giudiziali, la (OMISSIS) ha ricompreso nel valore di liquidazione del patrimonio del socio sig. (OMISSIS) anche il valore della quota del 70% della (OMISSIS), di proprietà della sig.ra (OMISSIS), potenzialmente oggetto delle azioni di cui alla parte I, Titolo V, sez. IV del CCII, considerando nel calcolo del c.d. valore di liquidazione del patrimonio del socio sig. (OMISSIS) il valore del 100% del capitale di (OMISSIS)"* e hanno confermato, per il resto, il contenuto del piano in ordine a quanto prescritto dalla lett. h) (cfr. pagg. 155-158 relazione ex art. 105 CCII).

Risulta prodotta, altresì, la relazione di attestazione a firma del medesimo professionista indipendente, a mente dell'art. 84, comma 5, CCII, con riferimento al soddisfacimento dei creditori in misura non inferiore a quella realizzabile in caso di liquidazione dei beni o dei diritti sui quali sussiste la causa di prelazione, al netto del presumibile ammontare delle spese di procedura inerenti al bene o diritto e della quota parte delle spese generali; nonché l'attestazione del professionista indipendente, relativamente ai crediti tributari e contributivi, avente ad oggetto la sussistenza di un trattamento non deteriore, vertendosi nell'ambito di concordato in continuità aziendale. La menzionata relazione ex art. 87 comma 3 c.c. del professionista, depositata in data 15 settembre 2023, attesta la veridicità dei dati aziendali, la ragionevole fattibilità del piano, evidenziando che lo stesso appare *"attendibile, sostenibile e coerente in quanto si fonda su ipotesi realistiche e pertanto i risultati ivi previsti debbono ritenersi ragionevolmente conseguibili"*; attesta, altresì, che il piano in continuità indiretta è atto ad impedire o superare l'insolvenza del debitore, a garantire la sostenibilità economica dell'impresa e a riconoscere a ciascun creditore un trattamento non deteriore rispetto a quello che riceverebbe in caso di liquidazione giudiziale.

Quanto **all'esito della votazione** (lett b) dell'art. 112 co 1 CCII), va dato atto che:

- non sono state ammesse al voto, ai sensi dell'art. 109, comma 3, CCII, la Classe 1 – Dipendenti e la Classe 2 – Professionisti e che è stata esclusa dal voto la Classe 14 – Parte Correlate e le citate tre classi sono state conseguentemente escluse dal computo delle maggioranze;
- il giudice delegato ha accolto le contestazioni sollevate dalla (OMISSIS) in ordine all'esclusione degli associati in partecipazione dal voto (classe 15), come già proposto dai Commissari giudiziali nella relazione ex art. 107 comma 3 e comma 7 CCII, non ricorrendo un'ipotesi di conflitto di interessi;
- la votazione è stata preceduta da adeguata informazione ai creditori;
- il concordato preventivo è stato approvato dalle classi 3, 4, 6, 7, 10, 12, 13 e 15 per raggiungimento della maggioranza dei crediti ammessi al voto;
- il calcolo all'esito del voto comunicato dai commissari giudiziali è corretto;
- non sono state segnalate dai creditori, né sono emerse questioni di sorta in relazione alla validità dei voti espressi.

In ordine alla **ammissibilità della proposta** (lett c) dell'art. 112 co 1 CCII), il Tribunale è chiamato a verificare che non risultino violate norme imperative nella modalità di soddisfazione dei creditori e che sia assicurato a ciascuno di questi ultimi "un'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile" ai sensi dell'art. 84 comma 3 CCII.

Il piano – da qualificarsi come concordato in continuità aziendale indiretta, con assuntore – prevede quanto segue.

"La ristrutturazione dei debiti prevede l'assunzione con efficacia liberatoria, da parte di una società di nuova costituzione (OMISSIS) – che sottoscrive il piano a conferma di tutti gli impegni assunti – delle attività e delle passività della (OMISSIS).

Le passività, dalle quali la proponente sarà liberata immediatamente con la definitività dell'omologa, verranno soddisfatte in denaro nell'arco complessivo di 16 semestri dal giorno di definitività della sentenza di omologa nella misura proposta per le singole classi attraverso i flussi scaturenti dalla continuità aziendale.

La proposta prevede, alla stregua dell'Absolute Priority Rule ('APR') fino a concorrenza del valore di liquidazione di € 1.072.572 (di cui € 500.464 riconducibili alla società ed € 572.108 al socio), stimato in misura non inferiore a quella dell'esperto indipendente:

- *il pagamento integrale dei creditori privilegiati ex art. 2751 bis n. 1 (Classe I);*
- *il pagamento integrale dei creditori privilegiati ex art. 2751 bis n. 2 c.c. (Classe II);*
- *il pagamento in dieci rate dei crediti assistiti dal privilegio previsto dagli artt. 2753-2778 n. 1 c.c. nei limiti dell'importo realizzabile in caso di liquidazione per come attestato dal professionista indipendente (Classe III).*

Stimato in € 1.959.862 il valore della continuità (§ VII), la proposta prevede che il surplus rispetto al valore di liquidazione (€ 1.072.572), dedotto un fondo rischi di € 55.517, venga distribuito nel rispetto dei canoni distributivi della Relative Priority Rule ('RPR') in favore della prededuzione e dei creditori concordatari inseriti nelle tredici classi sotto descritte.

A garanzia dell'adempimento della presente proposta, la (OMISSIS),

oltre al proprio patrimonio costituito dall'azienda assunta – il cui valore al netto dell'ipotizzata falcidia concorsuale è stimato in € 500.464 – e all'immobile ove viene esercitata l'attività, si impegna, sottoscrivendo il presente piano-proposta, a costituire ed iscrivere entro quindici giorni dal deposito in cancelleria della relazione ex art. 110 c. 2 CCII un vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c., in favore dei creditori concordatari, sull'immobile conferito da (OMISSIS) del valore di € 600.000, per un periodo di 12 anni (e quindi congruamente superiore alla durata del piano); della costituzione del predetto vincolo di destinazione sarà data immediata comunicazione mediante deposito del relativo atto nella procedura concordataria, in modo che il Tribunale possa verificare tale circostanza in sede di omologazione. Dunque, i creditori della (OMISSIS), in ipotesi di omologa del concordato, potranno contare su una garanzia patrimoniale superiore al milione di Euro. I creditori della (OMISSIS) saranno altresì ulteriormente garantiti dalla fideiussione personale rilasciata dal signor (OMISSIS) in proprio, a garanzia di tutte le obbligazioni concordatarie per la durata di 12 anni a decorrere dal giorno di definitività dell'omologa".

Quanto ai tempi di esecuzione del concordato e delle percentuali di soddisfacimento (da ritenere oggetto di uno specifico obbligo assunto dalla (OMISSIS) nei confronti dei creditori concordatari con la sottoscrizione della proposta, sia con riguardo alla misura della percentuale offerta, sia con riguardo ai tempi di pagamento) nel piano, in esito alla terza integrazione, è previsto:

- **Prededuzione:** "il pagamento del compenso stimato dei commissari giudiziali avverrà contestualmente alla definitività della sentenza di omologa (e comunque entro cinque giorni dalla liquidazione disposta dal Tribunale se successiva alla definitività dell'omologa) al pari del 75% del compenso dell'Attestatore, mentre il compenso degli advisor, del perito ed il saldo dell'Attestatore verranno corrisposti nei 30 giorni successivi all'omologa. Così operando, anche la quota del 25% del compenso degli Advisor e dell'Attestatore – laddove ritenuta non prededucibile – sarà corrisposta con la medesima tempistica dei professionisti privilegiati ex art. 2751 n. 2 (classe 2)";
- **Classe 1 – Dipendenti:** il pagamento integrale, comprensivo di interessi al saggio legale maturati dalla scadenza sino all'effettivo pagamento nonché della rivalutazione monetaria sino alla definitività della sentenza di omologa, entro 30 gg. dalla definitività della stessa sentenza di omologa secondo la regola di priorità assoluta;
- **Classe 2 – Professionisti:** il pagamento integrale, comprensivo degli interessi al saggio legale maturati dalla scadenza sino alla definitività della sentenza di omologa, entro 30 gg. dalla definitività della citata sentenza di omologa;
- **Classe 3 – Inps e Inail:** la classe accoglie i crediti con il privilegio previsto dagli artt. 2753-2778 n. 1 c.c. nei limiti dell'importo residuo realizzabile in caso di liquidazione giudiziale, che verranno soddisfatti, oltre i 180 giorni dall'omologazione, in 10 rate da corrispondersi entro il mese di maggio 2028 (dunque entro 4 anni e 6 mesi dalla data di omologa);
- **Classe 4 – Inps e Inail (soddisfatta sul surplus concordatario):** tale classe accoglie i crediti vantati dall'INPS e INAIL con il privilegio previsto dall'art. 2753-2778 n. 1 c.c., che non trova capienza nel valore di liquidazione e che, nel rispetto della c.d. *relative priority rule* di cui all'art. 84 comma 6 CCII, troveranno

soddisfazione sul *surplus* concordatario nella misura del 80%, a decorrere dal novembre del 2028 in 7 rate semestrali (dunque entro 60 mesi dalla omologa);

- Classe 5 – **Agenzia delle Entrate** (soddisfatta sul surplus concordatario): tale classe accoglie i crediti con il privilegio previsto dall'art. 2758-2778 n. 7, che non trovano capienza nel valore di liquidazione e che, nel rispetto della c.d. *relative priority rule* di cui all'art. 84 comma 6 CCII, troveranno soddisfazione sul *surplus* concordatario nella misura del 60%, a decorrere dal novembre del 2028 in 7 rate semestrali;
- Classe 6 – **Fornitori per iva** (soddisfatta sul surplus concordatario): tale classe accoglie i crediti dei fornitori con il privilegio previsto dall'art. 2758-2778 n. 7, che non trovano capienza nel valore di liquidazione e che, nel rispetto della c.d. *relative priority rule* di cui all'art. 84 comma 6 CCII, troveranno soddisfazione sul *surplus* concordatario nella misura del 60%, a decorrere dal novembre del 2028 in 7 rate semestrali;
- Classe 7 – **Inail e Inps** (soddisfatta sul surplus concordatario): la classe accoglie i crediti vantati dall'INAIL e dall'INPS con il privilegio previsto dall'art. 2754-2778 n. 8, che non trovano capienza nel valore di liquidazione e che, nel rispetto della c.d. *relative priority rule* di cui all'art. 84 comma 6 CCII, troveranno soddisfazione sul *surplus* concordatario nella misura del 55,00%, a decorrere dal novembre del 2028 in 7 rate semestrali;
- Classe 8 – **Agenzia delle Entrate** (soddisfatta sul surplus concordatario): tale classe accoglie i crediti vantati dall'Agenzia delle Entrate con il privilegio ex art. 2752-2778 n. 18 e n. 19, che non trovano capienza nel valore di liquidazione e che, nel rispetto della c.d. *relative priority rule* di cui all'art. 84 comma 6 CCII, troveranno soddisfazione sul *surplus* concordatario nella misura del 5,028%, a decorrere dal novembre del 2028 in 7 rate semestrali;
- Classe 9 – **Comune di Palermo** (soddisfatta sul surplus concordatario): tale classe accoglie i crediti vantati dal Comune di Palermo con il privilegio previsto dagli artt. 2752-2778 n. 20 c.c., che, nel rispetto della c.d. *relative priority rule* di cui all'art. 84 comma 6 CCII, troveranno soddisfazione sul *surplus* concordatario nella misura del 3%, a decorrere dal novembre del 2028 in 7 rate semestrali;
- Classe 10 – **Inps, Inail e Agenzia delle Entrate** (chirografari ab origine): tale classe accoglie i crediti vantati da Inps, Inail e Agenzia delle Entrate con originaria collocazione chirografaria, classati autonomamente ex art. 85 CCII. Il pagamento, nella misura dell'1,90%, a decorrere dal novembre del 2028 in 7 rate semestrali;
- Classe 11 – **Agenzia delle Entrate – Riscossione** (chirografaria ab origine): tale classe accoglie i crediti vantati dall'ADER per oneri di riscossione con originaria collocazione chirografaria. Il pagamento, nella misura dell'1,90%, è previsto a decorrere dal novembre del 2028 in 7 rate semestrali;
- Classe 12 – **Fornitori (chirografari ab origine)**: tale classe accoglie i crediti vantati dai fornitori di beni e servizi diversi da quelli classati autonomamente poiché minori (classe 13) e da quelli aventi posizione giuridica e interessi economici non omogenei (Classe 14 e 15). Il pagamento, nella misura del 1,90%, è previsto a decorrere dal novembre del 2028 in 7 rate semestrali;

- Classe 13 – **Fornitori minori**: tale classe accoglie i crediti vantati dai fornitori di beni e servizi che hanno dichiarato di essere minori ai sensi dell'art. 2 c.1 lett. d) CCII, classati autonomamente ai sensi dell'art. 85 CCII. Il pagamento, nella misura dell'1,90%, è previsto a decorrere dal novembre del 2028 in 7 rate semestrali;
- Classe 14 – **Parte correlata**: È inserita in tale classe il fornitore (OMISSIS), avente interessi economici e posizione giuridica non omogenea con gli altri fornitori, che ha rinunciato al privilegio ex art. 2764 c.c. Il pagamento, nella misura dell'1,90%, è previsto a decorrere dal novembre del 2028 in 7 rate semestrali;
- Classe 15 – **Associati in partecipazione**: Sono inseriti in tale classe gli associati in partecipazione, che hanno posizione giuridica e interessi economici diversi da quelli degli altri fornitori. Il pagamento, nella misura dell'1,90%, è previsto a decorrere dal novembre del 2028 in 7 rate semestrali;
- Classe 16 – **Altri Enti**: Sono inseriti in tale classe i crediti vantati da altri enti per crediti ab origine chirografari aventi posizione giuridica e interessi economici omogenei. Il pagamento, nella misura dell'1,90%, è previsto a decorrere dal novembre del 2028 in 7 rate semestrali.

Il Tribunale osserva – trattandosi di proposta di concordato di società – che la proposta è stata sottoscritta dal legale rappresentante della società proponente, nonché dal legale rappresentante della società (OMISSIS), che assume il ruolo di assuntore.

La valutazione in ordine all'ammissibilità della proposta è positiva, alla luce del dettagliato contenuto della proposta e del piano, e tenuto conto di quanto già precedentemente illustrato in sede di esame della regolarità della procedura e per le ulteriori ragioni che si illustrano. La proposta – come verrà più approfonditamente illustrato successivamente in sede di valutazione delle specifiche condizioni – prevede, inoltre, la suddivisione in classi per posizioni giuridiche ed interessi economici omogenei, assicura a ciascuno un'utilità economicamente rilevante, garantisce la parità di trattamento dei creditori all'interno di ciascuna classe, oltre che il rispetto delle regole distributive fissate dall'art. 84 commi 5, 6 e 7 CCII.

È il caso di evidenziare come, nel caso in esame, non si renda necessario dare corso alla procedura competitiva per l'individuazione delle offerte concorrenti prevista dall'art. 91 CCII, atteso che tale disciplina – come affermato dalla prevalente giurisprudenza di merito nel vigore dell'art. 163-bis L. Fall. – trova applicazione unicamente qualora il piano di concordato preveda il trasferimento a titolo oneroso ad un soggetto di singoli e specifici beni (ivi compresa l'azienda o rami di essa) e non si attaglia alla diversa fattispecie del concordato con assuntore, che comporta il subentro di un terzo nella stessa posizione complessiva dell'impresa debitrice (cfr., in tal senso, Trib. Bergamo, 30 settembre 2020; Trib. Forlì, 25 febbraio 2019; e Trib. Milano, 13 dicembre 2018 e 15 giugno 2017).

Il presente piano prevede, infatti, la prosecuzione dell'attività da parte della (OMISSIS), newco costituita con atto in Notar (OMISSIS) del 16 marzo 2023, racc. (OMISSIS), rep. (OMISSIS) con capitale sociale di euro 10.000,00 sottoscritto per il 60% dalla (OMISSIS), per il 20% da (OMISSIS) e per il restante 20% da (OMISSIS).

La (OMISSIS) assumerà l'attivo e il passivo della (OMISSIS) in forza della sentenza di omologa, che, una volta divenuta definitiva, costituisce l'atto traslativo della proprietà dei beni a favore del terzo assuntore.

Il debitore ha adempiuto al versamento tempestivo del fondo spese previsto nel decreto di apertura del concordato ex art. 47 comma 1 lett. d), come relazionato dai Commissari giudiziali in data 19 ottobre 2023.

La valutazione del Tribunale in ordine alla **corretta formazione delle classi** (lett d) attiene non al merito delle scelte del debitore nel configurare una determinata classe, ma al rispetto dei principi che sovrintendono al classamento dei creditori, relativi all'omogeneità della posizione giuridica e di interessi economici (art. 2 lett. r CCII). L'omogeneità della posizione giuridica *"riguarda la natura del credito, le sue qualità intrinseche, il carattere chirografario o privilegiato, l'eventuale esistenza di contestazioni, ovvero la presenza o meno di garanzie prestate da terzi o di un titolo esecutivo"* (Cass. ord. n. 9378/2018).

La pronuncia della Cassazione ora citata prosegue rilevando che *"l'omogeneità degli interessi economici, essendo un criterio volto a garantire sul piano sostanziale la par condicio, ha riguardo alla fonte e alla tipologia socio-economica del credito (banche, fornitori, lavoratori dipendenti, ecc.) e al peculiare tornaconto vantato dal suo titolare (in ragione ad esempio dell' entità del credito rispetto all' indebitamento complessivo, della presenza di coobbligati o dell' eventuale interesse a proseguire il rapporto con l' imprenditore in crisi), al fine di garantire secondo canoni di ragionevolezza una maggiore adeguatezza distributiva in presenza di condizioni di omogeneità di posizione"*.

Il Tribunale osserva che la suddivisione in classi risulta correttamente operata per posizioni giuridiche e interessi economici omogenei; rileva, inoltre, relativamente alla classe 3 e 4 – come osservato dai Commissari giudiziali nella relazione ex art. 105 CCII – la correttezza della formazione, per la parte di credito coperta da garanzia, di una classe distinta rispetto a quella riguardante il credito degli stessi enti previdenziali, per la parte non coperta da garanzia, in quanto la previsione di due distinte classi risponde a quanto previsto dall'articolo 109 comma 5 CCII.

La disposizione dettata dall'art. 85 comma 2 CCII dispone, infatti, che *"la suddivisione in classi è obbligatoria per i creditori titolari di crediti tributari o previdenziali dei quali non sia previsto l'integrale pagamento"*; il comma 3 della medesima disposizione prevede, inoltre, che *"nel concordato in continuità aziendale la suddivisione dei creditori in classi è in ogni caso obbligatoria"* e che *"i creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, interessati dalla ristrutturazione, perché non ricorrono le condizioni di cui all'art. 109 comma 5, sono suddivisi in classi"*.

Le classi 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11 e 16 risultano, pertanto, anch'esse correttamente formate in applicazione delle menzionate disposizioni e tenuto conto delle differenti posizioni giuridiche ed economiche, evidenziate nel piano e sopra richiamate.

Quanto alla classe 13 e 14, il Tribunale osserva che la formazione della classe della parte correlata e delle imprese minori è obbligatoria ai sensi dell'art. 85, comma 2 e 3 CCII.

Risulta, altresì, rispettata la condizione, prevista dalla lett. e) dell'art. 112, comma 1 CCII, della **parità di trattamento all'interno di ciascuna classe**.

L'art. 112 comma 1 lett f) CCII, per l'ipotesi del concordato in continuità aziendale stabilisce che il Tribunale debba verificare che *"il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza"*.

La formulazione in negativo della disposizione normativa rende evidente che oggetto dell'esame non è l'accertamento dell'idoneità del piano a regolare la crisi, ma la non implausibilità dello stesso a consentire il risanamento dell'impresa.

Il piano predisposto dal debitore e attestato dal professionista indipendente nella relazione ex art. 87 comma 3 CCII deve mostrare un grado minimale di plausibilità, bastando ai fini del placet giudiziale che l'ipotesi solutoria sia operativamente percorribile e coerente con il fine ultimo del risanamento dell'impresa indicato nella proposta e nel piano, senza palesarsi passibile di intaccare le prospettive di soddisfazione dei creditori rispetto all'alternativa liquidatoria.

Il Collegio ritiene – sulla scorta della menzionata attestazione – sussistente la condizione di cui alla lett. f) dell'art. 112, comma 1, CCII. L'attestatore, nella relazione ex art. 87 comma 3 CCII, ha rilevato, infatti, che *"nonostante il percorso di ristrutturazione già avviato dalla ricorrente avesse condotto a risanare i fondamentali economici dell'impresa (ovvero produrre risultati positivi con la gestione caratteristica), è soltanto con il concordato preventivo – non a caso previsto dal Legislatore come strumento per la risoluzione della crisi e la salvaguardia dei valori aziendali ed occupazionali – che l'impresa potrà definitivamente superare la crisi per il tramite dell'abbattimento integrale di costi collegati alla gestione del debito e la riduzione dello stesso ad un livello sostenibile per i flussi finanziari che la stessa sarà in grado di generare"* evidenziando tra l'altro che *"quanto previsto dalla ricorrente, e verificato dallo scrivente attestatore, sta trovando piena conferma nei dati provvisori al 31.05.2023 (cfr all. 7 Relazione del 29.06.23), dalla lettura dei quali si conferma la crescita del fatturato pari ad euro 800 mila circa, contro gli euro 600 mila circa dello scorso esercizio sempre a fine maggio (cfr all. 8 Relazione del 29.06.23), ed un risultato provvisorio d'esercizio positivo pari ad euro 78 mila circa, dati tutti in linea con il piano industriale della Società"* (cfr. relazione III integrazione, pag. 25). Quanto al grado di soddisfo dei creditori in ipotesi concordataria, l'attestatore ha evidenziato che è *"comunque di gran lunga superiore sia all'ipotesi liquidatoria stimata dallo scrivente, ove all'attivo massimo disponibile per i creditori è stato posto pari a euro 855.000 nella relazione giurata ex art.84, comma 5, CCII, che al nuovo valore di liquidazione incrementato nel Piano aggiornato in euro 1.072.572, frutto della considerazione prudenziale dell'intero valore delle quote della (OMISSIS) in capo al socio (OMISSIS) (per effetto della esperibilità dell'azione revocatoria dell'assegnazione delle quote al coniuge paventata dai Commissari Giudiziali), confermando così la vantaggiosità del concordato anche tenuto conto delle spese proprie di procedura e del non elevato differenziale temporale di soddisfo fra concordato preventivo e liquidazione giudiziale"* (cfr. relazione di attestazione ex art. 87 comma 3 CCII – III integrazione pagg. 72-73).

Il Collegio osserva che non deve condursi la verifica, prevista dall'art. 112 lett. f), ultimo periodo, in ordine ai finanziamenti, non risultando alcuna previsione in tal senso nel piano predisposto dalla società proponente.

L'ultima verifica – da compiersi secondo la tesi prevalente in dottrina e giurisprudenza anche nel concordato in continuità – attiene alla fattibilità (art. 112 co 1 lett. g CCII).

Non diversamente da quanto previsto dalla lett. g) per il concordato diverso dalla continuità, l'art. 47 comma 1 lett. b), CCII stabi-

lisce che è inammissibile la domanda di accesso al concordato con continuità aziendale “se il piano è manifestamente inidoneo alla soddisfazione dei creditori, come proposta dal debitore, e alla conservazione dei valori aziendali”.

In definitiva, in entrambi i tipi di procedura, si parla di manifesta inidoneità, riferita nell'un caso alla soddisfazione dei creditori e nell'altro agli obiettivi prefissati.

Di conseguenza è possibile affermare che anche nel concordato con continuità aziendale, al tribunale è riservato, sia in fase di ammissione, sia in fase di omologa, un sindacato circa la fattibilità economica del piano concordatario, in termini di controllo circa la non manifesta inidoneità al raggiungimento degli obiettivi prefissati.

Il giudizio di realizzabilità del piano sembra porsi, quindi, negli stessi termini già chiariti dalla giurisprudenza nel vigore della legge fallimentare.

La Suprema Corte, in particolare, ha riconosciuto che tale giudizio può essere svolto (solo) nei limiti nella verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta inettitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati.

Costituisce *ius receptum*, in tema di concordato preventivo, il principio secondo cui il tribunale è tenuto ad una verifica diretta del presupposto di fattibilità del piano per poter ammettere il debitore alla relativa procedura, nel senso che, mentre il controllo di fattibilità giuridica non incontra particolari limiti, quello concernente la fattibilità economica, intesa come realizzabilità di esso nei fatti, può essere svolto nei limiti della verifica della sussistenza, o meno, di una manifesta inettitudine del piano a raggiungere gli obiettivi prefissati, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi (con ciò ponendosi il giudice nella prospettiva funzionale, propria della causa concreta). Tali principi vengono maggiormente in rilievo nell'ipotesi di concordato con continuità aziendale L.Fall., ex art. 186-bis laddove la rigorosa verifica della fattibilità «in concreto» presuppone un'analisi inscindibile dei presupposti giuridici ed economici, dovendo il piano con continuità essere idoneo a dimostrare la sostenibilità finanziaria della continuità stessa, in un contesto in cui il «favor» per la prosecuzione dell'attività imprenditoriale è accompagnata da una serie di cautele inerenti il piano e l'attestazione, tese ad evitare il rischio di un aggravamento del dissesto ai danni dei creditori, al cui miglior soddisfacimento la continuazione dell'attività non può che essere funzionale (Cass. Sez. 1, Sentenza n. 9061 del 07/04/2017).

In tal senso, allora, resta riservata ai creditori la valutazione di convenienza di una proposta plausibile, rispetto all'alternativa fallimentare, oltre che la specifica realizzabilità della singola percentuale di soddisfazione per ciascuno di essi, mentre è sempre sindacabile in sede giurisdizionale la proposta concordataria ove totalmente implausibile.

Anche la più recente ordinanza n. 21190/2021 ha enunciato il principio di diritto secondo cui la proposta deve considerarsi sempre sindacabile dal tribunale ove risulti implausibile, ovvero manifestamente priva di una ragionevole «chance» di successo.

La Corte di Cassazione, nell'ordinanza 21 luglio 2023, n. 21864, ha affermato che *“la causa tipica del concordato in continuità non ricorre qualora, al momento della domanda, l'attività d'impresa risulti insussistente in quanto cessata e ridotta alla mera gestione di una partecipazione minoritaria, giustificandosi l'accesso a tale pro-*

cedura solo in funzione del mantenimento in vita dell'attività e dei valori aziendali”.

La proposta di concordato con continuità indiretta, predisposta dalla società (OMISSIS) ai sensi dell'art. 87 CCII, prevede la ristrutturazione dei debiti e il soddisfacimento dei creditori mediante l'assunzione, da parte di una Società di nuova costituzione, la (OMISSIS), che riveste il ruolo di Assuntore, delle attività e delle passività della (OMISSIS), con efficacia liberatoria per la società proponente.

Il piano prevede la prosecuzione dell'attività da parte della (OMISSIS), newco costituita con atto in Notar (OMISSIS) del 16 marzo 2023, racc. (OMISSIS), rep. (OMISSIS) con capitale sociale di euro 10.000,00 sottoscritto per il 60% dalla (OMISSIS), per il 20% da (OMISSIS) e per il restante 20% da (OMISSIS).

La (OMISSIS) assumerà l'attivo e il passivo della (OMISSIS) in forza della sentenza di omologa, che, una volta divenuta definitiva, costituisce l'atto traslativo della proprietà dei beni a favore del terzo assuntore.

Il piano prevede che – al fine di facilitare le attività di volturazione delle licenze, trasferimento dei dipendenti ed altri adempimenti connessi, si prevede la stipula di un atto notarile meramente ricognitivo. A seguito del decreto emesso dal Tribunale in data 27 aprile, la (OMISSIS), in sede assembleare del 15 maggio 2023, ha deliberato l'aumento del capitale sociale ad € 610.000,00 con contestuale conferimento dell'immobile sito in via (OMISSIS), dove è esercitata l'attività della (OMISSIS), stimato dal perito della società proponente in € 600.000,00. Conseguentemente, il capitale sociale della (OMISSIS) è detenuto per il 99,34% dalla (OMISSIS), e il restante 0,66% dai soci persone fisiche (titolari di quote dello 0,33% ciascuna).

Secondo quanto statuito dall'art. 119, comma 3, CCII, nell'ipotesi in cui il piano preveda – come nella fattispecie in esame – che gli obblighi derivanti dal concordato vengano assunti da un terzo con liberazione immediata del debitore, in caso di inadempimento delle obbligazioni concordatarie non è più possibile chiedere, da parte di ciascuno dei creditori o del Commissario giudiziale (su istanza di uno o più creditori), la risoluzione del concordato per inadempimento.

Le passività, dalle quali la Società ricorrente sarà liberata immediatamente con la definitività dell'omologa, verranno soddisfatte in denaro nell'arco complessivo di 16 semestri dal giorno di definitività della sentenza di omologa, nella misura proposta per ciascuna delle 16 classi previste attraverso i flussi di cassa generati dalla continuità aziendale, ed attraverso i flussi di cassa originati dagli asset che verranno trasferiti all'Assuntore (incassi di crediti commerciali e crediti v/altri, monetizzazione del valore delle rimanenze e giacenza di disponibilità liquide).

La proposta prevede la realizzazione dell'attivo concordatario, pari complessivamente ad € 1.959.862,00, entro novantasei mesi dall'omologa del concordato, da destinare al soddisfacimento del passivo concordatario.

Secondo il piano, quindi, le passività concordatarie verranno soddisfatte mediante i flussi di cassa generati dalla continuità aziendale, ed i flussi di cassa originati dagli asset che verranno trasferiti all'Assuntore, pari complessivamente ad € 1.959.862,00 di cui:

- euro 1.397.362,00 derivanti dalla continuità aziendale;
- euro 362.500,00 derivanti dall'attività svolta dalla proponente sino alla data di omologa;

- euro 200.000,00 derivanti dall'attivo circolante che verrà trasferito all'Assuntore alla data di omologa.

L'attestatore ha attestato – sia pure con i limiti connotati ad un giudizio prognostico – che *“la proposta che la ricorrente effettua ai suoi creditori, come già ampiamente descritto, attraverso il piano di continuità indiretta (che ne costituisce l'elemento di dettaglio) mediante assunzione degli attivi e contestuale accollo dei passivi da parte della neocostituita (OMISSIS), appare razionalmente e concretamente realizzabile essendovi la possibilità di ottenere le risorse finanziarie ivi indicate (derivanti principalmente dal realizzo dei flussi finanziari derivanti dalla continuità diretta e degli attivi già presenti per effetto del breve periodo di continuità diretta iniziale sino all'omologa) e che, attraverso essi, sia possibile soddisfare, nelle tempistiche stimate, i creditori nelle misure e nelle modalità proposte”*. I Commissari hanno concluso, nel parere ex art. 48 CCII, che il piano concordatario, nei valori e nel cronoprogramma, non sarebbe fattibile, non avendo la proponente recepito le prescrizioni indicate dai Commissari come necessarie al fine di superare le criticità – esposte nella relazione ex art. 105 comma 1 CCII e nella successiva ex art. 107 comma 3 CCI, e in particolare:

- l'integrale utilizzazione del fondo rischi stanziato dalla società proponente nel piano in € 55.517,00, a seguito delle rettifiche operate dagli stessi Commissari in relazione alle seguenti voci, annoverate nell'“Attivo circolante”: € 1.865,87, riguardante voce di credito non specificata; € 17.083,77, quale svalutazione del 30% del credito (OMISSIS); € 36.567,00, quali risorse da destinare al pagamento del TFR maturato dal dipendente (OMISSIS) all'atto della cessazione del rapporto;
- la sussistenza di un deficit concordatario di € 36.538,42 (di cui € 30.656,05, valore di stima delle rimanenze ed € 5.882,37 quale valore di stima delle voci *depositi cauzionali entro 12 mesi*, Fondo TFR c/Tesoreria e crediti per stipendi post 26.01.2023), derivante dal venir meno una parte dei flussi connessi all'attivo circolante;
- la sussistenza di un deficit concordatario di € 5.287,00, a seguito alla precisazione del credito da parte dell'INPS;
- la mancata rettifica del fondo rischi da € 55.517,00 ad € 150.000,00, con un incremento di € 94.483,00, da destinare alla implementazione del piano ed alla copertura di eventuali passività future.

Il Collegio osserva che, alla luce dei condivisibili principi affermati dalla giurisprudenza di legittimità, il perimetro della valutazione spettante al tribunale sul contenuto concreto del piano concordatario e, in particolare, circa la sua realizzabilità, inducono a escludere che il piano prospettato, pur con le problematiche poste in luce in precedenza, sia implausibile e che non sia idoneo a soddisfare i creditori e alla conservazione dei valori aziendali.

Deve, a tal riguardo, evidenziarsi che l'assuntore (OMISSIS), in esecuzione dell'impegno assunto con la sottoscrizione del piano-proposta, ha provveduto, a garanzia dell'adempimento del concordato, a costituire con atto in forma pubblica, trascritto presso l'Agenzia del Territorio, un vincolo di destinazione ex art. 2645 ter c.c. per un periodo di dodici anni (superiore alla durata del piano) in favore dei creditori concordatari, sull'immobile conferito da (OMISSIS) alla stessa (OMISSIS), sito in (OMISSIS) distinto all'Agenzia del Territorio al foglio (OMISSIS), part. (OMISSIS) sub (OMISSIS) e partt. (OMISSIS) sub (OMISSIS), del valore di euro 600.000,00 (cfr.

atto in forma pubblica e nota di trascrizione del 12 gennaio 2024). A ulteriore garanzia dell'adempimento di tutte le obbligazioni concordatarie da parte dell'assuntore (OMISSIS), (OMISSIS) si è costituito fideiussore con la sottoscrizione del piano-proposta, per la durata di dodici anni decorrenti dal giorno di definitività dell'omologa. Il Collegio ritiene che anche le circostanze – evidenziate dai Commissari giudiziali sin dalla relazione ex art. 105 CCII concernenti l'esperibilità dell'azione revocatoria dell'atto costitutivo del vincolo di destinazione ad iniziativa dei creditori della società (OMISSIS) e la notevole esposizione debitoria del sig. (OMISSIS) – non conducono a ritenere la manifesta inattitudine del piano al conseguimento degli obiettivi prestabiliti.

Come già osservato, il dissenso di una delle classi subordina l'omologa anche alla sussistenza delle condizioni previste dal secondo comma, lettere a), b), c), d) dell'art. 112 CCII.

Quanto alle regole distributive fissate dall'art. 84 comma 5, 6 e 7 CCII, si osserva che il sesto comma dispone che il valore di liquidazione deve essere distribuito nel rispetto della graduazione delle cause legittime di prelazione, sicché i crediti inseriti in una determinata classe non possono ricevere alcun soddisfacimento se non sono stati soddisfatti integralmente quelli inseriti nella classe con grado di privilegio poziore e che, diversamente, il valore eccedente quello di liquidazione può essere distribuito ai creditori inseriti in una determinata classe anche se quelli inseriti in una classe di grado poziore siano stati soddisfatti solo parzialmente, purché il trattamento complessivo sia più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore e almeno pari a quello delle classi dello stesso grado.

Il valore di liquidazione – determinato in € 1.072.572,00, di cui € 500.464,00 riconducibili al valore dell'azienda (OMISSIS) ed € 572.108,00 riconducibili al valore del patrimonio netto disponibile del socio illimitatamente responsabile di (OMISSIS) – è stato correttamente destinato al pagamento integrale dei crediti ex art. 2751 bis n. 1 e 2 c.c. (cfr. classe 1 e 2) in conformità a quanto prescritto dall'art. 84, comma 7 CCII e al pagamento parziale dei crediti con il privilegio previsto dagli artt. 2753-2778 n. 1 c.c. nei limiti dell'importo realizzabile in caso di liquidazione giudiziale (vedi anche relazione ex art. 105 CCII pag. 141).

La seconda condizione che deve ricorrere è che *“il valore eccedente quello di liquidazione è distribuito in modo tale che i crediti inclusi nelle classi dissenzienti ricevano complessivamente un trattamento almeno pari a quello delle classi dello stesso grado e più favorevole rispetto a quello delle classi di grado inferiore, fermo restando quanto previsto dall'articolo 84 comma 7”*.

In relazione al soddisfacimento della prededuzione e dei creditori inseriti nelle restanti tredici classi la proposta, che stima flussi di cassa previsti dalla continuità in € 1.959.862, prevede che il *surplus* dei flussi di cassa rispetto al valore di liquidazione (€ 1.072.572,00), dedotto un fondo rischi di € 55.517,00, venga distribuito nel rispetto dei criteri della *relative priority rule* in favore della prededuzione e dei creditori concordatari inseriti nelle residue tredici classi. Quanto al trattamento previsto per i crediti inclusi nella classe dissenziente (classe 5 – debiti tributari con il privilegio previsto dall'art. 2758-2778 n. 7 – incapiente) agli stessi la debitrice ha proposto il soddisfacimento nella misura del 60%, trattamento che risulta inferiore a quello della classe dei crediti previdenziali di grado poziore, pari a quello della classe dello stesso grado (classe 6: fornitori con IVA con il privilegio ex art. 2758-2778 n. 7) e più favorevole ri-

spetto a quella della classe 7 (in cui sono inclusi i crediti previdenziali con il privilegio ex art. 2754-2778 n. 8 c.c.).

Quanto al trattamento previsto per i crediti inclusi nella classe dissenziente (Classe 8 – crediti vantati dall'Agenzia delle Entrate con il privilegio ex art. 2752-2778 n. 18 e n. 19), agli stessi la debitrice ha proposto il soddisfacimento nella misura del 5,028%, trattamento che risulta inferiore a quello della classe dei crediti previdenziali di grado peggiore della classe 7 e più favorevole rispetto a quello della classe 9 (crediti vantati dal Comune di Palermo con il privilegio previsto dagli artt. 2752-2778 n. 20 c.c.).

Ricorre anche la condizione di cui alla lett. c) considerato che *“nessun creditore riceve più dell'importo del proprio credito”*.

Infine, risulta integrata anche la condizione di cui alla lettera d) del comma 2 dell'art. 112 CCII costituita dal fatto che *“la proposta è approvata dalla maggioranza delle classi, purché almeno una sia formata da creditori titolari di diritti di prelazione”*, atteso che, come si ricava dalla relazione dei commissari giudiziali sull'esito delle operazioni di voto, la proposta della società è stata approvata dalla maggioranza delle classi (8 su 13 votanti), una delle quali formata da creditori titolari di diritti di prelazione non soddisfatti entro 180 giorni e tre da creditori originariamente prelazionari e degradati per incapienza (classe 4 - 6 - 7).

Sussistendo tutti i presupposti, viene omologato il concordato preventivo proposto da (OMISSIS), con sede legale in (OMISSIS), iscritta al Registro delle Imprese di Palermo Enna al N. REA (OMISSIS) (P.I.: (OMISSIS)), in persona del legale rappresentante p.t., (OMISSIS) (C.F.: (OMISSIS)).

L'omologazione del concordato preventivo determina l'improcedibilità del ricorso per apertura della liquidazione giudiziale proposto dal P.M..

P.Q.M.

Il Tribunale di Palermo, Sezione IV Civile, in composizione collegiale, visti gli artt. 9, 48, 112, comma 1 e 2, 113 e 118 CCII, così dispone:

- 1) dichiara inammissibile l'opposizione proposta da Agenzia delle Entrate;
- 2) omologa il concordato preventivo in continuità aziendale indiretta proposto dalla (OMISSIS), con sede legale in (OMISSIS), iscritta al Registro delle Imprese di Palermo Enna al N. REA (OMISSIS) (P.I.: (OMISSIS)), in persona del legale rappresentante p.t., (OMISSIS) (C.F.: (OMISSIS)), che prevede la ristrutturazione dei debiti e il soddisfacimento dei creditori mediante l'assunzione, da parte di una società di nuova costituzione, (OMISSIS), che riveste il ruolo di assuntore delle attività e passività della (OMISSIS);
- 3) dichiara improcedibile il ricorso per l'apertura della liquidazione giudiziale promosso dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Palermo;
- 4) dispone che l'effetto traslativo dei beni in favore del terzo assuntore, (OMISSIS), si determinerà solo all'esito della definitività della sentenza di omologazione del concordato preventivo;
- 5) riserva la nomina del comitato dei creditori al giudice delegato, su indicazione da parte dei commissari giudiziali di una rosa di creditori tra quelli più rappresentativi;
- 6) dispone che il legale rappresentante della società (OMISSIS), n.q. di assuntore, provveda a piani di riparto parziali, secondo

le modalità e i tempi stabiliti nella proposta di concordato, previo parere del comitato dei creditori e dei commissari giudiziali e preventiva comunicazione al giudice delegato;

- 7) stabilisce che le somme spettanti ai creditori contestati, condizionali o irreperibili siano depositate, a cura del legale rappresentante, in libretti di deposito indicanti il nominativo del beneficiario;
- 8) dispone che la società (OMISSIS) provveda con cadenza trimestrale a predisporre report consuntivi e budget previsionali da trasmettere con la medesima cadenza ai Commissari giudiziali;
- 9) dispone che i commissari giudiziali:
 - a) sorvegliano l'adempimento delle obbligazioni concordatarie e riferiscano al giudice e al Comitato dei creditori ogni fatto dal quale possa derivare pregiudizio ai creditori; per tali fini i commissari giudiziali sono autorizzati a effettuare ogni più opportuno controllo sull'attività inerente alla continuazione indiretta dell'attività di impresa, con facoltà di accesso alla contabilità e ai libri sociali dell'assuntore, (OMISSIS);
 - b) redigano ogni sei mesi, successivi alla presentazione della relazione di cui all'articolo 105, comma 1, un rapporto riepilogativo redatto in conformità a quanto previsto dall'articolo 130, comma 9, e lo trasmettano ai creditori. Conclusa l'esecuzione del concordato, i commissari giudiziali depositano un rapporto riepilogativo finale redatto in conformità a quanto previsto dal medesimo articolo 130, comma 9; ai fini del miglior assolvimento degli obblighi informativi di cui sopra, i commissari giudiziali sono facoltizzati a:
 - compiere atti di ispezione e controllo, anche e con particolare riguardo, ai libri sociali e alle scritture contabili;
 - assistere alle sedute degli organi sociali;
 - chiedere all'amministratore notizie in merito all'andamento dell'attività sociale;
 - c) informino i creditori di ogni fatto rilevante ai fini dell'eventuale iniziativa da adottare ai sensi dell'art. 120 CCII;
- 10) riserva al G.D. il potere di assumere ogni altro opportuno provvedimento e di autorizzare ogni ulteriore e diversa attività non espressamente prevista nei punti precedenti, che si rivelasse necessaria nella fase di attuazione del concordato;
- 11) dispone che la presente sentenza venga, ai sensi degli artt. 45 e 48 comma 5 CCII, notificata, a cura del Cancelleria, alla corrente e al Pubblico Ministero, e trasmessa per estratto all'Ufficio del Registro delle Imprese ai fini della sua iscrizione, nonché comunicata ai Commissari giudiziali, che cureranno la comunicazione ai creditori.

Così deciso nella Camera di Consiglio della Sezione IV Civile del giorno 22/01/2024.

Il Giudice relatore
Maria Cultrera

Il Presidente
Giuseppe Rini

*Il presente provvedimento viene redatto su documento informatico e sottoscritto con firma digitale dal **Giudice dott. Maria Cultrera** e dal **Presidente dott. Giuseppe Rini** in conformità alle prescrizioni del combinato disposto dell'art. 4 del D.L. 29/12/2009, n. 193, conv. con modifiche dalla L. 22/2/2010, n. 24, e del decreto legislativo 7/3/2005, n. 82, e succ. mod. e nel rispetto delle regole tecniche sancite dal decreto del Ministro della Giustizia 21/2/2011, n. 44.*

Trib. Ferrara, 28 maggio 2024, Pres. Giusberti, Est. Ghedini

■ CONCORDATO PREVENTIVO – Crediti erariali contestati – Necessaria trattazione nel piano – Ragioni.

In tema di concordato preventivo, i debiti erariali contestati vanno obbligatoriamente trattati nel piano, sebbene l'accantonamento non sia previsto da una norma *ad hoc*. Ciò in quanto la pendenza stessa di un contenzioso postula che ai creditori sia fornita una informazione il più possibile completa della situazione debitoria non stabilizzata, che di per sé influenza le previsioni di soddisfacimento formulate con la proposta di concordato tanto da postulare l'appostazione di un fondo rischi corrispondente alla quota di credito di presumibile riconoscimento in esito a ciascun singolo giudizio. Il Tribunale, dal canto suo, deve poter vagliare la regolarità della procedura anche con riferimento alla verosimile, credibile e motivata previsione della incidenza delle liti pendenti sulla tenuta del piano.

■ DOMANDA CON RISERVA – Atti di straordinaria amministrazione – Autorizzazione – Necessità.

Il dovere di richiedere la previa autorizzazione al tribunale per compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione, di cui all'art. 46, comma 1, CCII, trova applicazione anche dopo il deposito del ricorso ex art. 44 CCII, a prescindere dalla forma di composizione della crisi cui si orienterà il debitore. La norma, infatti, sembra, da un lato, fare riferimento alla sola ipotesi di ricorso prenotativo depositato in funzione di una proposta concordataria, ma, dall'altro lato, è noto che nella concezione del nuovo codice, il ricorso c.d. in bianco è strumento aspecifico, in cui non si deve indicare la forma di composizione della crisi cui ci si orienterà. È quindi improprio esprimersi in termini di ricorso ex art. 44 CCII riferito a una domanda concordataria in quanto, diversamente opinando, la disciplina degli effetti del ricorso prenotativo da cui esiti una proposta diversa da quella concordataria, ovvero un accordo di ristrutturazione o un piano di ristrutturazione omologato, non sarebbe individuabile, il che è contrario a una interpretazione sistematica delle norme.



Tribunale Ordinario di Ferrara

IL TRIBUNALE

riunito in Camera di Consiglio nelle persone dei Magistrati:

dott. Stefano Giusberti	- Presidente
dott. Anna Ghedini	- Giudice rel. ed est.
dott. Costanza Perri	- Giudice

nel procedimento n. r.g. P.U. **47/2023** relativo alla revoca ai sensi dell'art. 106 CCI del concordato proposto da (OMISSIS) ed aperto il 29.2.24, ha adottato il seguente

DECRETO

Con ricorso del 29/6/202 – dopo aver presentato nel gennaio 2023 ricorso ex art. 44 CCI ed avervi rinunciato a fine maggio 2023 – la debitrice depositava istanza di apertura di concordato preventivo allegando proposta e piano relativi a una ipotesi di continuità indiretta.

La società debitrice, con riferimento alla data del 31/5/2023, indi-

cava 41.905.103 l'ammontare delle passività (di cui € 1.851.983 per crediti prededucibili, € 15.449.039 per crediti privilegiati ed € 24.604.081 per crediti chirografari) ed in € 23.884.519,79 l'ammontare delle attività (di cui € 9.016.748 costituiscono il valore dei beni aziendali per l'esercizio dell'attività caratteristica, € 2.793.845 costituiscono il valore dei beni immobili non strumentali e gli incassi dalla loro gestione, € 8.973.210 costituiscono l'ammontare dei crediti ed € 3.100.716 costituiscono la liquidità).

La proposta di concordato, dato atto dell'avvenuto pagamento, prima del deposito della domanda, dei crediti assistiti dai privilegi sino all'art. 2752 c.c. per complessivi € 2.467.382,37, prevedeva:

- il pagamento delle spese di giustizia, tecniche e legali man mano che diverranno esigibili;
- il pagamento della quota privilegiata del debito verso l'Amministrazione finanziaria, in attuazione della transazione fiscale, entro 180 giorni dall'omologazione;
- il pagamento dei crediti privilegiati ipotecari al momento della liquidazione del bene su cui insiste la garanzia reale, in un tempo massimo di un anno dall'esperimento competitivo di vendita;
- il pagamento dei crediti chirografari, nella misura percentuale del 26,76%, ad avvenuta realizzazione dell'attivo.

La proposta di transazione fiscale allegata al piano prendeva in considerazione un debito di € 15.500.542, per poi offrire all'Eriario l'importo di € 9.700.000, con degradazione in via chirografaria della differenza di € 5.800.542, da soddisfarsi nella percentuale del 26,76%.

Vengono formate due classi di creditori, una per i crediti chirografari per il titolo ed altra per i crediti tributari degradati in chirografo.

Il piano di concordato prevedeva la continuità aziendale indiretta,

previo affitto dell'azienda per il periodo di 42 mesi (già concesso alla (OMISSIS) con contratto del 5/1/2023 per il canone annuo di € 190.000) e sua cessione alla scadenza dell'affitto (nel contratto di affitto d'azienda la (OMISSIS) si è obbligata al suo acquisto per il prezzo di € 2.800.000). Le scorte di magazzino, per un valore complessivo di € 14.500.000 circa, erano destinate ad essere integralmente cedute all'affittuaria (OMISSIS) mediante l'esecuzione del contratto estimatorio concluso il 5/1/2023. I beni immobili non strumentali, valutati in complessivi € 2.703.000, erano destinati alla vendita ai fini del pagamento dei crediti privilegiati ipotecari. Previa comparizione delle parti il Tribunale con decreto 18-25/7/23 dichiarava la inammissibilità della proposta e del piano che la sosteneva.

La debitrice impugnava il provvedimento innanzi alla Corte di Appello di Bologna ottenendo una pronuncia favorevole che revocava il decreto impugnato.

Immediatamente dopo la comunicazione del pronunciamento del giudice di appello il Tribunale con decreto del 29.2.24 provvedeva ad aprire la procedura di concordato fissando modalità e termini per le operazioni di votazione.

In data 16 aprile 2024 i Commissari Giudiziali depositavano relazione ai sensi dell'art. 106 comma 2 CCI; il 17 aprile 2024 il Collegio fissava ai sensi dell'art. 106 CCI per la comparizione della debitrice e dei Commissari Giudiziali l'udienza del 14 maggio 2024 assegnando alla (OMISSIS) termine fino a 10 giorni prima della udienza per depositare memorie; in data 24 aprile 2024 il P.M. depositava istanza di apertura di liquidazione giudiziale che veniva dal G.D. fissata per la discussione alla medesima udienza del 14.5.24.

In data 10.5.24 la difesa della debitrice presentava istanza di ricusazione dei tre componenti del Collegio che veniva rigettato con provvedimento del 20.5.24. Di conseguenza il processo, sospeso a seguito della ricusazione, proseguiva alla udienza del 28.5.24.

Alla udienza comparivano il legale rappresentante della debitrice, i suoi difensori, la affittuaria (OMISSIS) a mezzo dei propri legali, i creditori (OMISSIS) e la (OMISSIS) a mezzo del proprio legale in forza del mandato rilasciato in calce alla rispettiva dichiarazione di credito ai Commissari, i Commissari Giudiziali ed il P.M.

La debitrice si riportava alla propria memoria depositata il 3.5.24, (OMISSIS) all'intervento nel procedimento ex art. 106 CCI depositato il 13.5.24, rinunciando alla memoria depositata il 27.5.24, i due creditori (OMISSIS) e la (OMISSIS) chiedevano la revoca del decreto di apertura del concordato, così come il P.M., che insisteva anche nella richiesta di apertura di liquidazione giudiziale. Il legale di (OMISSIS) e la (OMISSIS) si associava alla richiesta del P.M.

Uno dei legali della ricorrente contestava la legittimazione di (OMISSIS) a intervenire non essendo la stessa creditrice di (OMISSIS), eccepeva la inammissibilità della memoria di (OMISSIS) del 27.5.24, e contestava che il legale di (OMISSIS) e la (OMISSIS) avesse mandato idoneo a proporre istanza di liquidazione giudiziale o ad associarsi alla istanza del P.M.

In via del tutto preliminare:

- La questione sollevata in udienza dalla debitrice circa la inammissibilità e inutilizzabilità della memoria di (OMISSIS) è supe-

rata dalla rinuncia da parte della interveniente alla memoria stessa; analogamente infondata la eccezione circa la assenza in capo alla (OMISSIS) di titolo per intervenire nel procedimento. Infatti, la (OMISSIS) risulta creditrice di (OMISSIS) sulla scorta dell'elenco dei creditori depositato dalla debitrice stessa in ossequio al disposto dell'art. 39 CCI e non v'è dubbio circa la legittimazione dei creditori, che la stessa debitrice qualifica come tali, ad intervenire nel sub procedimento di revoca, in quanto destinatari della comunicazione della relazione ex art. 106 CCI ed interessati alle sorti della proposta.

- si deve dare conto del fatto che in data 29.4.24, dopo la fissazione della udienza ex art. 106 CCI, la debitrice depositava istanza di rinvio della udienza medesima sulla quale il Collegio provvedeva come segue:

"premesso che il procedimento per concordato pende dal 29 giugno 2023, essendo stato il successivo decreto di inammissibilità del Collegio fatto oggetto di reclamo innanzi alla Corte di Appello con esito positivo, tanto che, in esecuzione della pronuncia della Corte, il Tribunale ha provveduto immediatamente, con decreto 29.2.24, a aprire il concordato fissando nei termini di legge (il CCI all'art. 113 prevede che la durata del procedimento concordatario sia contenuta in dodici mesi) le operazioni di votazione, che in data 16.4.24 i commissari depositavano relazione ai sensi dell'art. 106 CCI in cui evidenziavano sia il mancato rispetto delle norme di cui agli artt. da 84 a 88 del CCI, sia la presenza di atti in frode alle ragioni dei creditori; e successivamente in data 24.4.24 il P.M. avanzava istanza di apertura di liquidazione giudiziale, che la maggior parte delle circostanze di fatto e di diritto evidenziate nella relazione ex art. 106 CCI erano note alla debitrice per essere state fatto oggetto del contenuto del decreto di inammissibilità emesso dal Tribunale, e quindi la impresa istante era nelle piene condizioni di valutarne la fondatezza ed eventualmente adeguare o modificare il piano e la proposta, intenzione che viene manifestata per la prima volta dal giugno 2023 con la istanza oggetto del presente provvedimento, che peraltro la istanza attiene a un rinvio della udienza fissata ex art. 106 CCI e delle operazioni di votazione, nell'auspicio di potere formulare una modifica alla proposta o addirittura una nuova proposta (atteso l'accenno a soggetti terzi interessati diversi dalla attuale affittuaria), allegandone la possibilità sulla scorta di documentazione non congruente: infatti il documento allegato sub numero 2 non è il conferimento di incarico di advisor finanziario e fiscale allo studio Gnudi di Bologna, ma più semplicemente la proposta del predetto studio circa il compenso richiesto per una mera valutazione preliminare, proposta peraltro non accettata dalla (OMISSIS); i documenti allegati ai numeri 6 e 7 sono generiche dichiarazioni di interessamento di imprese, di cui allo stato si ignora la patrimonializzazione, all'eventuale acquisto della azienda subordinate alla omologa e alla soluzione del problema della disponibilità dei locali ove si trovano i beni aziendali, allo stato locati direttamente dalla proprietà all'attuale affittuaria; che pertanto la possibilità di utili modifiche alla proposta ed al piano, per fare fronte a circostanze in gran parte già note alla debitrice fin dal luglio 2023, è del tutto aleatoria e non può giustificare l'indefinito protrarsi della procedura; Rigetta la istanza."

In memoria autorizzata resa nel procedimento per la revoca la debitrice insisteva di nuovo nella richiesta di rinvio evidenziando che la mancata concessione avrebbe precluso alla debitrice la possibilità di modificare la proposta rimuovendo i rilievi di inammissibilità dei commissari, assumendosi così il giudice la responsabilità di troncare il tentativo del debitore di comporre il proprio debito.

Ebbene, sulla reiterata istanza di rinvio pare il caso di svolgere alcune sintetiche considerazioni:

- la volontà della debitrice, fatta oggetto del contenuto della istanza di rinvio, di avere tempo per rimuovere le questioni di inammissibilità evidenziate dai commissari e apprestare una domanda di concordato ammissibile, pare in deciso contrasto con quanto esposto dalla debitrice nella propria memoria e nella istanza di riconsiliazione: ovvero che avendo già la Corte di Appello giudicato infondate le questioni di inammissibilità sollevate dal collegio con il decreto del 18.7.23 revocato dalla Corte stessa, i commissari non avrebbero avuto diritto di farne oggetto di relazione e il collegio non avrebbe il potere di conoscerle nella presente sede; non si vede perciò per quale motivo, essendo il procedimento di revoca infondato, si dovrebbe rinviarlo, invece che pervenire quanto prima al suo rigetto (in ipotesi difensiva);
- quanto allegato dalla debitrice circa la possibilità di trovare un accordo con (OMISSIS) in merito allo svincolo del contratto di locazione ed al pagamento delle somme non versate (poco meno di 4 milioni di euro) per le merci prelevate, di addivenire ad un accordo con ADER circa la transazione fiscale, di reperire altra impresa interessata all'acquisto, di avere già affidato a noto studio bolognese la gestione del debito fiscale, attiene a circostanze non suffragate da alcuna prova concreta, per le ragioni esposte nel rigetto di rinvio sopra riportato, e che rientrano nel mondo, assai vasto, delle possibilità ma non a quello, molto meno ampio, della verosimiglianza; è invece vero che la relazione ex art. 106 CCI, come avanti si dirà, espone rilievi del tutto nuovi e sopravvenuti che gli auspici della debitrice non sarebbero, in ipotesi, in grado di superare;
- infine va rammentato che la crisi della (OMISSIS), ormai apertamente insolvente, dura da oltre un anno, e che ogni procedura concorsuale deve garantire che la crisi sia trattata in maniera efficiente e rapida, fissando la legge stessa il limite di dodici mesi per pervenire alla omologa della proposta; tempo che nel caso de quo, avuto riguardo al momento del deposito del ricorso, è stato già quasi superato, né può dirsi, citando ad esempio una delle criticità evidenziate dai Commissari, che il problema della locazione dei muri direttamente in capo alla (OMISSIS) (v. infra) fosse ignoto alla (OMISSIS) visto che lei stessa ha risolto il proprio contratto di locazione per favorire il contratto da parte della (OMISSIS), contratto che era peraltro previsto come condizione sospensiva dell'affitto di azienda; l'assetto, fondamentale, della disponibilità dei muri è stato voluto dalle parti prima del deposito del ricorso ex art. 44 CCI e proprio in funzione dello stesso, e il fatto che essa avrebbe rappresentato una difficoltà, se non un elemento ostativo alla percorribilità, della via concordataria era facilmente apprezzabile, con la conseguenza che è difficilmente affermare che non si sia lasciato alla debitrice sufficiente tempo per correggere il piano, ove possibile, risalendo tale carenza al gennaio 2023.

Per questi motivi non si può assecondare la istanza di rinvio.

Venendo al merito.

I. Il provvedimento della Corte e l'oggetto del presente giudizio.

Si deve dare atto che la debitrice, nella memoria autorizzata, insiste sulla motivazione della sentenza di revoca della Corte di Appello e sulla impossibilità che ne conseguirebbe circa la apertura di un giudizio di revoca ex art. 106 CCI. Sostiene infatti la (OMISSIS) che i fatti oggetto della relazione dei Commissari sono i medesimi che furono allegati al decreto di inammissibilità revocato, già giudicati infondati dalla Corte.

Ciò non risponde affatto al vero per tre ordini di ragioni:

- 1) La Corte di Appello, con sentenza peraltro non definitiva in quanto fatta oggetto di ricorso in Cassazione, non ha in alcun modo approfondito la fondatezza o meno del rilievo operati dal Tribunale, ma si è limitata a affermare che *"La verifica demandata al tribunale dall'art. 47, primo comma lett. b) si risolve dunque, nell'insieme, in una valutazione di correttezza formale e di non irrealizzabilità prima facie delle modalità adempitive della proposta; in particolare l'ammissibilità può essere esclusa soltanto quando la proposta sia irragionevole e manifestamente inidonea ad assorbire e regolare la crisi preservando i valori aziendali. Deve viceversa ritenersi che tale preliminare e provvisoria valutazione non possa spingersi sino a una disamina del contenuto degli atti, dei documenti e della proposta.*

Un vaglio ben più pregnante è infatti riservato alla successiva fase di omologa all'esito delle operazioni svolte e della relazione depositata dal commissario e del voto dei creditori, come si desume dalla dettagliata elencazione delle specifiche condizioni che il tribunale deve verificare a tal fine prevista dall'art. 112, primo comma CCII, che prevede testualmente che: "1. Il tribunale omologa il concordato verificati: a) la regolarità della procedura; b) l'esito della votazione; c) l'ammissibilità della proposta; d) la corretta formazione delle classi; e) la parità di trattamento dei creditori all'interno di ciascuna classe; f) in caso di concordato in continuità aziendale, che tutte le classi abbiano votato favorevolmente, che il piano non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza e che eventuali nuovi finanziamenti siano necessari per l'attuazione del piano e non pregiudichino ingiustamente gli interessi dei creditori; g) in ogni altro caso, la fattibilità del piano, intesa come non manifesta inattitudine a raggiungere gli obiettivi prefissati", al quale seguono il secondo, terzo e quarto comma che prevedono ulteriori requisiti per l'omologa del concordato in continuità in presenza di specifiche ipotesi (presenza di una o più classi dissenzienti, opposizione di un creditore dissenziente). Non appare quindi condivisibile, alla luce del tenore letterale delle disposizioni richiamate e dei principi ispiratori della materia – profondamente innovati, come si è detto, dal recepimento della Direttiva Insolvency – l'affermazione del primo giudice circa la sostanziale sovrapposibilità del sindacato di ammissibilità che il tribunale è tenuto ad operare in sede di ammissione rispetto a quello in sede di omologa, essendo lo stesso, nel primo caso, circoscritto soltanto alla sola verifica della non manifesta inidoneità della proposta alla soddisfazione dei

creditori e alla conservazione dei valori aziendali, e, nel secondo, invece, non contenuto entro tali limiti e, soprattutto, da effettuarsi alla stregua delle specifiche condizioni contemplate dal primo comma dell'art. 112, nonché in base a tutti i riscontri, le informazioni e i chiarimenti acquisiti nel corso della procedura e all'esito di un contraddittorio pieno con il proponente. Orbene, alla luce delle considerazioni sin qui svolte, deve ritenersi che, nel caso di specie, l'ampia e dettagliata disamina della proposta, del piano e dei documenti operata dal primo giudice abbia travalicato i limiti posti dall'art. 47, comma 1, lett. b) CCII, estendendosi ben oltre la verifica degli specifici requisiti di ammissibilità sopra indicati e illustrati, che, invece, non sono stati specificamente esaminati; la declaratoria di inammissibilità risulta pertanto fondata, da un lato, su valutazioni non richieste nella fase di ammissione e priva, per altro verso, della valutazione di non manifesta inidoneità del piano al raggiungimento della soddisfazione dei creditori, come proposta dal debitore, e alla conservazione dei valori aziendali". È evidente e pacifico che la Corte non ha in alcun modo esaminato le argomentazioni del Tribunale in punto di carenza degli elementi previsti dagli artt. 84-88 CCI ma ha ritenuto tali verifiche ultronee ed indebite nella fase di apertura disciplinata dall'art. 47 CCI, in quanto "non richieste nella fase di ammissione", fase in cui, sostiene la Corte, il giudice di primo grado si deve limitare a verificare, in negativo, la non manifesta inidoneità del piano al raggiungimento della soddisfazione dei creditori, e la ritualità della proposta, pur senza soffermarsi sul contenuto di tale controllo. Cosa sia la ritualità ce lo dice invero non solo la giurisprudenza relativa al controllo ex art. 47 CCI (per tutte vedi T. Roma, 24.10.23), ma anche la giurisprudenza in tema di vaglio di apertura del concordato semplificato (norma dove l'equivoco termine "ritualità" viene impiegato: "Passando dunque all'esame della questione centrale sollevata nel reclamo, i limiti del sindacato giudiziario sulla ritualità della proposta di concordato semplificato, come questa Corte ha già avuto modo di affermare, il controllo sulla ritualità della proposta previsto dall'art. 25 sexies co. 3° CCII ha come oggetto anche la verifica della legittimità sostanziale della proposta (così CdA Milano decreto n. 2407/2023 del 13.07.2023 ma anche decreto CdA Milano RG 1048/22 del 12.1.2023; CdA Milano RG 580/2023 del 13.07.2023) nel cui ambito è ricompreso anche l'esame della sua non manifesta implausibilità. Quest'orientamento risponde a ragioni di economia processuale e di contenimento dei costi della procedura, nell'ottica di preservare il patrimonio del debitore nell'interesse del ceto creditorio che, nella procedura liquidatoria prevista dall'art. 25 sexies e ss. CCII, vede la propria posizione indebolita dal mancato esercizio del voto. Il vaglio di ritualità operato dal tribunale sulla proposta di concordato semplificato di risponde pienamente a tale criterio. I profili di criticità della proposta sono di tale evidenza da attenere ai requisiti minimi di legalità che la proposta deve avere per superare il preliminare vaglio giurisdizionale" (C. Appello Milano, 21 marzo 2024).

- 2) Se quello della apertura non era, sempre secondo il ragio-

namento della Corte, il momento opportuno per la disamina dei requisiti di ammissibilità della proposta (fra i quali la Corte fa evidentemente rientrare anche la conformità della attestazione al modello legale), non v'è dubbio che quella presente sia esattamente la fase in cui il Collegio non solo può ma deve verificare i presupposti fissati dagli articoli da 84 a 88 CCI: a dirlo è l'art. 106 CCI che addirittura prevede che i Commissari debbano riferire al tribunale "in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per la apertura del concordato previste dagli artt. 84-88 CCI.". Il dato letterale della norma è sufficiente a comprendere che il controllo del tribunale è doveroso e che, addirittura, le condizioni di cui alle norme richiamate debbono essere presenti già al momento della apertura della procedura ("condizioni prescritte per la apertura del concordato"), rientrando quindi tra quelle che il tribunale deve verificare dopo il deposito della proposta.

- 3) Le circostanze narrate e documentate dai Commissari nella relazione in esame non sono affatto le stesse esaminate in sede di apertura, fase processuale nella quale i commissari non erano ancora stati nominati: certamente alcuni fatti sono sovrapponibili a quelli rilevati dal Collegio nel decreto del 25.7.23, ma sono ulteriormente documentati; ma soprattutto sussistono elementi del tutto nuovi che il Collegio conosce ora per la prima volta tra cui, ad esempio e senza pretesa di completezza, gli atti in frode, la sopravvenuta difficoltà finanziaria della promittente acquirente su cui si basa tutta la proposta al punto da consigliarle di accedere alla composizione negoziata, la notifica di un ruolo esattoriale straordinario per 44 milioni di euro con i conseguenti accantonamenti obbligatori per legge ex art. 90 DPR 602/73 (amplius vedi infra).
- 4) Quanto al momento del deposito della relazione dei commissari, ampiamente sottolineato nella memoria (OMISSIS) come tardivo, la relazione è stata depositata quando i fatti oggetto della stessa si sono manifestati nella loro compiutezza (si pensi all'accesso della affittuaria alla composizione negoziata, reso conoscibile in data 21.3.24 con la pubblicazione nel RRII della richiesta di misure protettive) e nei tempi necessari a compilare una relazione esaustiva e completa come la gravità dei fatti allegati suggeriva ed imponeva.
- I. I fatti oggetto della relazione.
- I.1. Mancanza originaria o sopravvenuta delle condizioni prescritte per l'apertura del concordato previste agli artt. da 84 a 88 CCI:
- a) Il ruolo di (OMISSIS)
- Il piano concordatario ruota tutto intorno al ruolo centrale e pressoché esclusivo della (OMISSIS). Essa è la affittuaria della azienda in forza di contratto di affitto già stipulato prima del deposito del ricorso ex art. 44 CCI, è la acquirente di tutte le merci del magazzino della debitrice per euro € 14.520.654,00 complessivi in forza del contratto estimatorio stipulato in uno al contratto di affitto, ha formulato offerta di acquisto della azienda (costituita solo dai beni mobili giacché l'immobile ove

viene espletata la attività è di terzi) al prezzo di 2.800.000 di euro. Ciononostante il piano non prevede alcuna forma di garanzia circa l'adempimento da parte di (OMISSIS) degli obblighi assunti con i predetti contratti e con la offerta di acquisto, non contiene alcuna indagine ed allegazione circa la consistenza patrimoniale della (OMISSIS), e, forse circostanza più grave, la attestazione non reca nessuna indagine in merito limitandosi a affermare che, poiché i canoni di affitto e i prezzi della merce prelevata sono, al momento della attestazione, pagati regolarmente, non vi è motivo di dubitare della solvibilità della (OMISSIS). Tale affermazione risulta tanto imprudente quanto infausta giacché già nell'autunno del 2023 la (OMISSIS) aveva maturato, in relazione al pagamento della merce prelevata in forza del contratto estimatorio, una rilevante morosità. La procedura aveva affrontato in maniera prudente la questione, nel timore che un approccio troppo aggressivo potesse compromettere l'assetto del piano: ricordiamo che in quel momento la liquidazione giudiziale era aperta ma pendeva il procedimento per reclamo, i legali della debitrice avevano chiesto la inibitoria ex art. 52 CCI proprio sulla base dell'allegato timore che l'attività dei curatori fosse tesa a compromettere la esecuzione del piano laddove la liquidazione giudiziale fosse stata revocata e il 21 settembre 23 la Corte aveva concesso la inibitoria inaudita altera parte delle attività di verifica del passivo e di liquidazione. Per questo, e correttamente, l'operato dei curatori fu improntato al massimo rispetto dell'assetto impostato dalla debitrice ed alla massima tutela dell'accordo con (OMISSIS), che la richiesta di pagamento delle somme arretrate avrebbe potuto compromettere. Infine la curatela si era determinata a agire per il recupero delle somme: ma proprio pochi giorni dopo il rilascio della autorizzazione del GD ai curatori circa l'invio di diffida al pagamento e successiva richiesta di decreto ingiuntivo la Corte di Appello, confermando la inibitoria concessa inaudita altera parte "sussistendo i gravi motivi", aveva ribadito la sospensione dell'attività di liquidazione, di verifica dello stato passivo e, malgrado non fosse stata richiesta, "di ogni altro atto gestorio". La mancata azione giudiziaria per il recupero delle somme, attività il cui mancato espletamento la debitrice ora, in memoria autorizzata, imputa ai curatori, è stata impedita invero non già dai curatori ma dal provvedimento sospensivo emesso dalla Corte su richiesta della debitrice stessa. Quindi di tale situazione la debitrice non può certo incolpare gli organi della procedura.

Appena revocata la sentenza di apertura della liquidazione giudiziale la debitrice ha chiesto ed ottenuto decreto ingiuntivo verso la (OMISSIS) per euro € 3.948.633,06 (per merci prelevate in forza del contratto estimatorio); a fronte di tale iniziativa il 12.3.24 (OMISSIS) ha depositato domanda di accesso alla composizione negoziata e in data 21.3.24 ha avanzato richiesta di conferma delle misure protettive che ha ottenuto nella misura di

70 giorni. Al fine di confermare le misure il giudice delle misure protettive ha ovviamente verificato la situazione di crisi o insolvenza reversibile che è il presupposto di accesso alla composizione negoziata ex art. 12 CCI.

È di tutta evidenza che la crisi o lo stato di precrisi della (OMISSIS), rende inattuabile, e addirittura manifestamente inidonea al superamento della crisi, la proposta della debitrice, che non solo ha stipulato un contratto estimatorio a fronte di nessuna garanzia circa l'adempimento ma si trova carente di 4 milioni di euro di liquidità che costituivano parte non indifferente dell'attivo destinato ai creditori in piano concordatario.

Sul punto vale la pena di rammentare il punto di motivazione della Corte di Appello di Milano in sentenza 21.3.24: "a ciò si aggiunga che il terzo finanziatore, accedendo alla composizione negoziata della crisi, ha, a propria volta, riconosciuto di versare "in condizioni di squilibrio patrimoniale ovvero economico finanziario che rendono probabile la crisi o l'insolvenza" ai sensi dell'art. 12 CCII. Alla luce dell'evoluzione dei fatti la proposta e il piano concordatario sono da reputarsi privi di concretezza, poiché basati su una proposta che non ha i requisiti minimi, sia sotto il profilo dei contenuti che della durata, per poter essere reputata tale".

Lo stato in cui versa (OMISSIS) rende poi del tutto inaffidabile, per i creditori, la offerta di acquisto della azienda a euro 2.800.000, a sua volta priva di alcuna garanzia; peraltro il prezzo offerto è stato quantificato arbitrariamente dalla debitrice senza che, a tutela dei creditori e della stessa ammissibilità del piano, sia mai stata prodotta una perizia svolta da esperto indipendente sul valore di mercato della azienda.

Infatti, la unica perizia allegata al ricorso è quella redatta dal dott. Gadda circa la congruità del canone di locazione, ma che non reca alcuna valutazione, ai fini della vendita, del compendio aziendale: nella sintetica perizia si indica il valore di mercato della azienda solo incidentalmente ai fini della valutazione del canone, senza l'indicazione, in concreto, dei singoli beni che compongono l'azienda e senza una loro specifica stima.

È questo un ulteriore profilo di inammissibilità del piano: ovvero la assenza di una allegazione motivata e argomentata, con parametri di confronto ed esposizione di criteri di valutazione, circa il valore di mercato della azienda.

La circostanza illumina poi di incertezza, con conseguente ulteriore profilo di inammissibilità, la indicazione, obbligatoria ex art. 87 lett. c), del fondamentale valore di liquidazione: da *"intendersi quale valore, alla data di deposito della domanda di concordato, che potrebbe trarsi dalla alienazione/realizzo in sede di liquidazione giudiziale dell'intero patrimonio della ricorrente (azienda, beni estranei al patrimonio aziendale, crediti, liquidità, eventuali utilità ritraibili da azioni risarcitorie o revocatorie); in relazione al valore dell'azienda, questo deve essere determinato con riferimento al presumibile realizzo in sede di esercizio provvisorio disposto dal Tri-*

bunale ovvero al valore di liquidazione dei singoli beni aziendali laddove si ravvisi come non prevedibile – perché non conveniente – l'esercizio provvisorio rispetto alla cessazione dell'azienda e alla vendita atomistica dei suoi beni. Tale valore coincide con il valore di liquidazione cui fa riferimento l'art. 84, comma 6, CCII a proposito della regola della priorità relativa" (la tesi è unanime ma la citazione proviene da T. Roma 24.10. 23, est. Miccio; vedi anche T.Roma 10.4.24, est. Miccio).

- b) Impossibilità di applicare la regola della competitività in relazione alla cessione della azienda.

Il 9° co. dell'art. 84 CCI dispone che quando il piano prevede l'offerta da parte di un soggetto individuato, avente ad oggetto l'affitto o il trasferimento in suo favore dell'azienda, il giudice provvede ai sensi dell'art. 91, 1° co., CCII, ovvero provvede alla ricerca di altri soggetti interessati all'acquisto mettendoli poi in competizione fra di loro in modo da ottenere il miglior risultato di liquidazione possibile. Tutto ciò deve avvenire prima della omologa al punto che dell'esito della gara il proponente deve tenere in conto in piano.

Il piano in esame, per contro, avuto riguardo all'assetto degli interessi come voluto dalle parti, non consente di mettere la offerta di (OMISSIS) per l'acquisto della azienda a confronto con il mercato.

Infatti, fino al 9/1/2023 la (OMISSIS) esercitava la propria attività presso un immobile di proprietà della (OMISSIS), sito in (OMISSIS), in forza di un "contratto di godimento in funzione della successiva alienazione di immobile" ex art. 23, d.l. n. 133/2014, convertito dalla l. n. 164/2014, concluso in data 29/12/2017.

Con atto autenticato dal Notaio Forte in data 9/1/2023 (doc. 15 allegato alla relazione) le parti hanno risolto consensualmente tale contratto.

Già in data precedente, il 5/1/2023 la (OMISSIS) ha concesso in affitto la propria azienda alla (OMISSIS). Nelle premesse del contratto si dà atto dell'intervenuta risoluzione (anche se la data della autentica notarile della risoluzione è successiva) del contratto di locazione dell'immobile ove l'azienda ha sede, e si precisa che è in corso di autonoma negoziazione un nuovo contratto di locazione tra l'affittuaria e il terzo proprietario.

Il 9/1/2023, la (OMISSIS) ha concesso in locazione alla (OMISSIS) il medesimo immobile ove è situata l'azienda per la durata di sei anni, rinnovabile per altri sei (doc. 16 allegato alla relazione).

Difficilmente un serio soggetto imprenditoriale sarebbe interessato ad acquistare una azienda costituita dai soli impianti senza potere fare affidamento sul subentro nel contratto di locazione dei muri all'interno dei quali risultano collocati gli impianti; né (OMISSIS) ha alcun mezzo per ovviare alla situazione che essa stessa ha creato; ed ancora (OMISSIS) avrebbe ancora meno interesse a concedere ad altro eventuale aggiudicatario il subentro nel contratto.

In nessuno modo, quindi, vista la scelta operata dalle parti circa la locazione dell'immobile, la debitrice po-

trebbe assicurare la indispensabile comparabilità delle offerte, presupposto indefettibile della competitività di ogni procedura di vendita concorsuale, sancita, per il concordato preventivo, dall'art. 91 CCI. Né il Tribunale sarebbe in grado di emanare prescrizioni idonee a far acquisire all'aggiudicatario la posizione di conduttore dell'immobile.

Di fatto quello proposto è un c.d. concordato "a pacchetto chiuso", dove l'unico potenziale acquirente della azienda è quello che la ha in affitto già prima dell'ingresso in procedura, ipotesi contrastata dal legislatore fin dalla introduzione dell'art. 163 bis l. fall., norma peraltro recettiva di prassi diffuse sul territorio.

Tale circostanza, di per sé già sufficiente a fare ritenere inammissibile la proposta, è peraltro, quanto alle argomentazioni della debitrice in memoria autorizzata, oggetto di un rilievo dei commissari cui il tribunale nel precedente decreto di inammissibilità non era pervenuto.

Originale l'approccio della debitrice al punto in esame: la debitrice in memoria autorizzata sostiene che proprio poiché nessun altro acquirente avrebbe l'azienda – in tal modo affittata – la proposta di concordato sarebbe conveniente rispetto alla liquidazione giudiziale: del tutto paradossalmente un vizio ab origine del piano (ovvero l'aver consapevolmente consentito a (OMISSIS) di contrarre la locazione dei muri in maniera indipendente dall'affitto della azienda, privando la offerta di acquisto di alcun serio competitor) viene presentato come il suo momento di convenienza rispetto alla liquidazione giudiziale.

Infatti, la stessa debitrice, con riguardo al rilievo che nel piano concordatario il valore di liquidazione in ipotesi di liquidazione giudiziale è stato determinato prefigurandosi una liquidazione atomistica a prezzi di stralcio e non, invece, una cessione dell'azienda in esercizio, ha dedotto quanto segue: "Al riguardo è agevole replicare che sussistendo la problematica dell'esclusione del contratto di locazione (dello stabilimento in cui viene esercitata l'attività) dal perimetro dell'azienda era molto difficile, per non dire impossibile, ipotizzare una cessione in esercizio".

Il Tribunale non può assecondare la condotta di una debitrice che prima costruisce un piano consentendo all'affittuaria dell'azienda di acquisire, in virtù di un nuovo ed autonomo contratto di locazione, la detenzione esclusiva dello stabilimento, rendendo conseguentemente "impossibile" la competizione nei confronti di altri soggetti eventualmente interessati all'acquisto dell'azienda, e effettuando una proposta inammissibile, e poi sostiene che proprio a causa di ciò in sede liquidatoria la azienda avrà un valore insignificante e proprio per questo ai creditori conviene il concordato; obliterando così il fatto che tale circostanza, ovvero l'aver creato un assetto che al di fuori del "pacchetto chiuso" esclude ogni valore dell'azienda, è frutto non del caso ma di una scelta consapevole della debitrice stessa.

Da ultimo, nell'ambito della composizione negoziata promossa da (OMISSIS) e a seguito delle trattative svoltesi esclusivamente con il creditore (OMISSIS), nei giorni immediatamente precedenti la udienza le parti hanno avuto uno scambio di mail, indirizzate anche ai commissari: dalla lettura delle mail emerge con chiarezza la consapevolezza da parte di entrambe le parti che la titolarità in capo alla affittuaria del contratto di locazione dei muri impedisca la competitività della cessione e quindi la ammissibilità del piano.

- c) Irregolare rappresentazione della situazione patrimoniale.

A pag. 30 del piano si afferma che nel giugno del 2023 sono stati pagati € 786.202,73 per debiti prededucibili, senza alcuna indicazione sul dettaglio dei pagamenti eseguiti. Il pagamento di detta complessiva somma non risulta ricostruibile.

Nell'all. B.4 allegato al piano viene indicato, tra i debiti in prededuzione, l'importo di € 1.300.000,00, quale "stima fondo consulenze ad oggi non puntualmente determinabili e riferibili agli esiti del contenzioso tributario pendente; all'assistenza per la definizione della proponenda transazione fiscale; alle spese di lite per eventuali attività di recupero crediti e/o per attività di patrocinio legale della Società nelle vicende pendenti (v. controversia Pavimenti Modulari)".

Considerato:

- che per l'assistenza nel contenzioso tributario è stata corrisposta, poco prima della presentazione della domanda di accesso al concordato, la somma complessiva di € 1.553.229,74 in favore dei consulenti dott. (OMISSIS) e avv. (OMISSIS);
- che è altresì previsto l'ulteriore compenso di € 212.040,40 per patrocinio nel contenzioso tributario (v. sempre l'all. B.4);
- che il compenso quantificato in favore dell'avv. (OMISSIS) per l'assistenza legale nella procedura di concordato preventivo è pari ad € 545.974,00 (all. B.4);
- che il 9/6/2023 la (OMISSIS) ha versato € 37.440 al dott. (OMISSIS) ed € 21.643,20 alla rag. (OMISSIS) per assistenza amministrativa, contabile e fiscale;
- che nel giugno 2023 la (OMISSIS) ha pagato crediti prededucibili per € 786.202,73;
- che il 29/6/2023, data del deposito della domanda di concordato, è stato versato al prof. avv. (OMISSIS) un compenso di € 21.339,83 e al dott. (OMISSIS) – al quale erano precedentemente versati in data 13/6/2023 € 50.752,00 – un compenso di € 26.644,80;

risulta che le spese prededucibili professionali pagate e maturande ammontano a complessivi € 3.260.316,73. A fronte di tale ingente costo, non è dato comprendere come possa appostarsi al passivo un ulteriore importo, per compensi professionali, di € 1.300.000,00, senza un'analitica indicazione delle causali di spesa e l'allegazione di preventivi.

Tale generica appostazione, oltre ad incidere sulle previsioni di riparto in favore dei creditori secondo le regole del concorso, impedisce al ceto creditorio di comprendere l'effettiva consistenza patrimoniale e la congruità della misura di soddisfacimento dei loro crediti.

Il compenso destinato all'avv. (OMISSIS) per l'assistenza nella procedura concordataria, quantificato in € 545.974,00 senza indicazione dei criteri utilizzati per la sua determinazione, viene interamente incluso tra i crediti prededucibili (v. l'all. B.4 al piano), nonostante l'art. 6, 1° co., lett. c), CCI limiti la prededucibilità alla quota del 75% del credito, sempreché la procedura sia aperta.

Le spese di consulenza per la redazione dei bilanci nel corso del concordato sono state quantificate, per un periodo di tre anni, in € 234.000 (v. all. B.4). Il costo non è stato giustificato in relazione all'attività da espletarsi in concreto, considerato che la (OMISSIS) ha concesso in affitto l'azienda e ceduto le scorte di magazzino attraverso il contratto estimatorio, con conseguente esiguità delle operazioni da registrare contabilmente. Ed infatti, il corrispettivo annuo di € 56.250 veniva versato dalla (OMISSIS) ai propri consulenti rag. (OMISSIS) e dott. (OMISSIS) a partire dall'esercizio 2020, tuttavia sulla base di fatturati annui oscillanti tra i 30 e i 40 milioni di euro. I compensi versati in data 9/6/2023 per € 37.440 al dott. (OMISSIS) ed € 21.643,20 alla rag. (OMISSIS) per assistenza amministrativa, contabile e fiscale, suscitano perplessità ed appaiono sproporzionati a quanto percepito dai professionisti negli anni in cui la (OMISSIS) gestiva direttamente la azienda e con fatturati annui tra i 30 e 40 milioni all'anno: se quei valori potevano essere giustificati, la cifra pagata per la tenuta della contabilità nella ipotesi affatto diversa di una impresa la cui azienda è gestita da altro soggetto appare assolutamente ultronea.

- e) Mancata indicazione dei crediti tributari contestati. Omessa previsione di un fondo rischi e di un accantonamento ex art. 90 D.P.R. 602/73.

Nel ricorso e negli allegati vi è scarsa chiarezza e mancata trasparenza nella rappresentazione del passivo, elemento ovviamente essenziale per la piena comprensione della proposta da parte dei creditori oltre che del giudice. Prima di tutto nell'elenco dei creditori, obbligatorio per legge ai sensi dell'art. 39 CCI, non viene indicato l'esatto ammontare dei crediti dell'Erario, le cause cui tali poste fanno riferimento ed il loro grado di prelazione.

Il debito fiscale non è correttamente rappresentato in quanto la debitrice è incorsa nell'equivoco di non considerare esistenti taluni debiti in quanto oggetto di contenzioso tributario pendente.

I Commissari, nella loro relazione ex art. 106 CCI, forniscono, in esito ad approfondimenti svolti, un quadro esaustivo delle pendenze verso l'Erario, come si legge dal seguente passaggio, non oggetto di contestazioni nella sua referenzialità (al di là delle conseguenze giuridiche che si vogliano trarre in sede concorsuale): "al

momento della presentazione della domanda di concordato il complessivo ammontare degli accertamenti tributari ricevuti da (OMISSIS) – e di cui ai PVC del 8/10/2013, 20/5/2014, 27/9/2017, 31/10/2017 e 6/10/2022 – era pari ad € 62.859.473,65, come risulta dalla certificazione sui debiti fiscali allegata al piano di concordato quale doc. 23. Attualmente, a seguito della “dichiarazione del credito tributario” dell’Agenzia delle Entrate comunicata in data 27/3/2024 ai Commissari giudiziali e dell’integrazione della certificazione del debito fiscale della (OMISSIS) comunicata il 28/3/2024 (doc.ti 25 e 26 allegati alla relazione), l’ammontare complessivo del credito tributario vantato è pari ad € 64.358.543,99, di cui € 44.163.079,14 rappresentano gli importi complessivamente iscritti a ruolo”.

A fronte di debiti contestati, a prescindere da quale sia la loro natura, il debitore che voglia perseguire la via concordataria non può evitare di trattare la questione nel proprio piano: è vero che l’accantonamento, in assenza di norma specifica (norma che esiste con riguardo ai crediti fiscali già a ruolo come più avanti si vedrà), non è obbligatorio nel concordato ma la presenza di crediti contestati e in relazione ai quali pende un contenzioso, va ovviamente fatta oggetto di trattazione nella proposta, prima di tutto al fine di fornire ai creditori una informazione il più possibile completa della situazione debitoria, sia pure non stabilizzata.

L’ipotesi di escludere a priori dalla procedura “i creditori presunti” è stata giudicata è stata giudicata “priva di qualunque consistenza, non solo perché pregiudica gli interessi di coloro che non dispongono ancora dell’accertamento definitivo dei loro diritti, ma perché falsa le previsioni del piano di soddisfo dei crediti certi e non consente agli ammessi al voto di esprimere, valutazioni prognostiche corrette, in difetto della conoscenza dell’area completa delle passività, comprese quelle sub iudice, in ordine alle quali, in luogo di essere ignorata, la classe avrebbe dovuto essere predisposta, con l’analisi e la prospettazione delle eventualità di successo delle contestazioni e la indicazione della misura del soddisfo e lasciata così al voto dell’adunanza dei creditori” (Cass. sent. n. 13284/2012). (Cass. sent. n. 13284/2012).

Non è obbligatorio prevedere la soddisfazione dei crediti contestati ma è necessario fornire un quadro informativo completo circa la situazione debitoria complessiva con riguardo alle conseguenze, sulle prospettive di soddisfacimento dei crediti, dell’esito infausto dei giudizi. (Cass. n. 15414/2018; Cass. n. 5689/2017; Cass. n. 13284/2012). La presenza di un passivo instabile falsa le previsioni di soddisfacimento formulate in proposta. Il debitore dovrà formulare, ed argomentare, la propria ipotesi sui possibili esiti del giudizio e appostare un fondo rischi corrispondente alla quota di credito di presumibile riconoscimento in esito al giudizio: un accantonamento pari alla percentuale di pagamento che la proposta prevede essere applicata a creditori omogenei di pari grado. Concluso il giudizio (assai verosimilmente

dopo l’omologa) il credito accertato definitivamente costituirà la base su cui operare la falcidia concordataria quale prevista in proposta per crediti di pari rango: le modalità devono essere indicate in piano, ben potendosi ipotizzare il soddisfacimento del creditore nella misura falcidiata applicata al credito accertato (Cass. 27489/2006).

Sul punto l’attestatore dovrà verificare se la stima del debitore, in punto di misura dell’accantonamento, sia coerente e credibile anche in rapporto alla previsione di esito della lite pendente.

I principi di attestazione dei piani di risanamento approvati con delibera del CNDCEC del 16 dicembre 2020 statuiscano che “compito dell’attestatore sarà, pertanto, verificare che il debitore abbia dato evidenza nella proposta dell’esistenza di crediti oggetto di contestazione e che abbia previsto le modalità del relativo soddisfacimento nel caso e nella misura in cui gli stessi risultassero dovuti tramite la costituzione di adeguati fondi rischi (di importo pari alla percentuale di soddisfacimento del credito contestato offerta nella proposta di concordato), tenendo altresì conto dell’importo dell’eventuale quota privilegiata degradata a chirografaria”.

La presenza di un’attestazione che rispetti i presupposti di legge e verifichi con percorso motivazionale autonomo la percorribilità della proposta è condizione di ammissibilità del piano, in qualsiasi momento si voglia collocare la verifica di tale condizione.

È nella valutazione circa l’ammissibilità della proposta che il Tribunale deve vagliare la regolarità della procedura e con essa ovviamente il rispetto delle norme, tra le quali una verosimile, credibile e motivata previsione della incidenza delle liti pendenti sulla tenuta del piano. Non è escluso, anzi è doveroso, che il debitore alleggi pareri di legali e di esperti e analisi compiutamente le caratteristiche del giudizio pendente, motivando il giudizio positivo che si formula sul suo esito.

Nel merito il giudizio sulla ricaduta degli esiti negativi delle liti sulla tenuta del piano è una valutazione prognostica sulla fattibilità economica della proposta che rientra tipicamente della valutazione dei creditori.

Il quantum dell’accantonamento a fondo rischi può essere anche inferiore al valore del credito contestato se le argomentazioni che hanno condotto a tali conclusioni siano state, a giudizio del Tribunale, ragionevoli e prudenti.

Per contro di accantonamenti non vi è traccia nel piano predisposto dalla debitrice.

Tutto quanto esposto riguarda il trattamento in generale dei crediti contestati.

Quanto alla ipotesi in cui tali crediti oggetto di giudizio siano crediti erariali e il giudizio sia quello tributario la questione si declina in maniera peculiare, sia stante la tipicità del giudizio tributario, sia avuto riguardo alla natura dei crediti e del soggetto che ne è titolare.

Se il debitore vuole pagare in maniera falcidiata il Fisco non si può far altro che ricorrere all’istituto della tran-

sazione fiscale: la prima norma che consente il pagamento falcidiato (peraltro solo nei limiti e in presenza dei presupposti di cui all'art. 160 comma 2 l. f. nella versione post 2006-07) è l'art. 182-ter introdotto l.fall. dalla novella del 2006-07.

Dalla lettura della intera norma citata e soprattutto dei commi 2 e 5 si deduce che la transazione fiscale del 2006 (rimasta tale fino al 2017) comportava che il debitore accettasse la indicazione del debito complessivo effettuata dagli Uffici (debito che al momento del rilascio della certificazione di cui al secondo comma si consolidava e quindi non era più, anche se non definitivo, contestabile da parte del debitore).

Di conseguenza, a seguito della omologa del CP con transazione fiscale, le liti pendenti innanzi al Giudice tributario cessavano.

La disposizione in esame si poneva quale deroga alla disciplina generale dei crediti contestati nel concordato preventivo contenuta nell'articolo 176 della L.F., che prevedeva, al contrario, la prosecuzione dei giudizi pendenti tra i creditori e l'impresa in crisi.

L'art. 1, co. 81, L. n. 232/2016 ha abolito la disposizione contenuta nel precedente co. 5 dell'art. 182-ter L.F. e non ha introdotto ulteriori disposizioni volte a disciplinare, in deroga all'art. 176 L.F., gli effetti processuali di una proposta di concordato preventivo avente ad oggetto anche i crediti tributari in contenzioso.

Si rispanse, pertanto, l'operatività della regola generale dettata dall'art. 176 L.F. e il trattamento dei crediti tributari viene ricondotto a quello degli altri creditori concorsuali, rispetto ai quali i contenziosi pendenti proseguono sino alla decisione che statuisce definitivamente nel merito.

Dal 2017 in avanti e anche nel CCI è generalizzato il ricorso al concordato preventivo con le peculiarità della procedura di cui all'articolo 182-ter della L.F. nei casi di proposta di un pagamento parziale del debito tributario. Se si vuole pagare in maniera falcidiata e dilazionata il debito fiscale si deve procedere alla Transazione fiscale: la TF è obbligatoria in questo caso.

La proposta di transazione fiscale non preclude al debitore di proseguire il contenzioso instaurato innanzi al giudice tributario: il debitore può, sempre nel contesto della TF, scegliere di accettare il debito risultante da atti non definitivi oppure di proseguire il contenzioso.

L'Agenzia delle Entrate nella Circolare n. 16/E del 23 luglio 2018, ha chiarito che:

- 1) i processi vertenti sulla pretesa tributaria possono proseguire fino alla definitiva conclusione del giudizio;
- 2) la proposta di concordato, approvata dai creditori secondo le maggioranze previste, omologata dal Tribunale, spiega i propri effetti anche sul credito giudizialmente accertato, il quale si rende dovuto per l'importo che deriva applicando all'ammontare che risulta dovuto all'esito del giudizio la percentuale di pagamento offerta all'Eriario;

- 3) a seguito dell'omologazione del concordato, il trattamento previsto dalla domanda di concordato è riconosciuto ai crediti tributari recati da atti impositivi impugnati dal contribuente, indipendentemente dal voto favorevole o contrario dell'Amministrazione finanziaria: e ciò poiché i crediti oggetto di contenzioso pendente, benché incerti, sono crediti anteriori all'apertura della procedura e non possono che essere soddisfatti nella misura riconosciuta al relativo creditore in sede di concordato, a pena di una inammissibile violazione della par condicio creditorum.

Per costruire la transazione fiscale, ad oggi, il debitore può scegliere due strade: prima consolidare il debito fiscale in contenzioso tributario a mezzo degli istituti propri del processo tributario, ovvero l'accertamento con adesione o la conciliazione giudiziale giungendo a definire il debito totale in una cifra determinata e non più soggetta all'alea del giudizio; successivamente il monte debiti così consolidato può essere oggetto di proposta ex art. 88 CCI, nei modi e nei limiti previsti dalla legge, con pagamento falcidiato.

Alternativamente il debitore può scegliere di coltivare il contenzioso tributario e di proporre comunque il pagamento falcidiato dei crediti fiscali con la transazione fiscale. Si tratta di un piano di alta complessità che presuppone peraltro che vi sia liquidità sufficiente a garantire i necessari accantonamenti, come visto sopra nella disciplina generale del trattamento dei crediti contestati; accantonamento la cui misura è strettamente legata alla prognosi di esito del giudizio.

Per i crediti contestati, la S.C. non impone al debitore di prevedere necessariamente la soddisfazione dei crediti contestati, ma di tenerne conto nella domanda, al fine di fornire una corretta e preventiva informazione al ceto creditorio "certo" circa la complessiva esposizione debitoria e con riguardo alla possibile ricaduta dell'esito sfavorevole del contenzioso sul trattamento riservato ai crediti privilegiati e chirografari, nonché per consentirgli di esprimere valutazioni prognostiche corrette e di atteggiarsi in modo pienamente informato circa il proprio voto (v. Cass. n. 15414/2018; Cass. n. 5689/2017; Cass. n. 13284/2012).

Il debitore deve informare il ceto creditorio dell'esistenza di crediti contestati, partendo dall'ammontare complessivo della pretesa creditoria, esprimendo il proprio giudizio circa la (totale o parziale) infondatezza della stessa e, infine, inserendo nel piano concordatario un apposito "fondo rischi" con riferimento alla quota di tale pretesa suscettibile di presumibile accoglimento da parte del giudice competente, con indicazione – in caso di suddivisione in classi – della classe omogenea rispetto al credito contestato oppure creandone una ad hoc.

Quindi il debitore prosegue il contenzioso tributario, informa i creditori, stima la possibilità di vincere in parte o in tutto il giudizio nonché la durata dei giudizi (attraverso un percorso motivazionale argomentato e ba-

sato sui precedenti, sulle pronunce non definitive intervenute, su pareri di legali e tributaristi) e quantifica la percentuale eventualmente dovuta ai creditori in esito al giudizio, cui deve corrispondere l'accantonamento di un fondo rischi. Con indicazione – in caso di suddivisione in classi – della classe omogenea rispetto al credito contestato oppure creandone una ad hoc (v. Cass. n. 13284/2012).

La valutazione del debitore in proposta è identica a quella che deve fare l'imprenditore in sede di redazione del bilancio, in base ai criteri sanciti dall'OIC 31 con riferimento al trattamento delle passività potenziali, che prescrivono l'obbligo di stanziare un fondo con riferimento ai rischi il cui concreto avverarsi sia giudicato probabile (e non solo possibile e tanto meno remoto) e a condizione che l'onere da esso discendente sia misurabile.

La fattibilità del piano presuppone che si tenga adeguatamente conto del rischio di soccombenza.

Su questa valutazione deve poi impegnarsi l'attestatore valutando ed attestando la bontà delle previsioni del debitore e della misura dell'accantonamento.

I Principi di attestazione dei piani di risanamento (approvati con delibera del CNDCEC del 16 dicembre 2020) statuiscono che: *"compito dell'attestatore sarà, pertanto, verificare che il debitore abbia dato evidenza nella proposta dell'esistenza di crediti oggetto di contestazione e che abbia previsto le modalità del relativo soddisfacimento nel caso e nella misura in cui gli stessi risultassero dovuti tramite la costituzione di adeguati fondi rischi (di importo pari alla percentuale di soddisfacimento del credito contestato offerta nella proposta di concordato), tenendo altresì conto dell'importo dell'eventuale quota privilegiata degradata a chirografia"*. La sussistenza di crediti oggetto di contestazione giudiziale non preclude, nel concordato preventivo, il loro doveroso inserimento in una delle classi omogenee previste dalla proposta, ovvero in apposita classe a essi riservata, assolvendo tale adempimento, ricadente sul debitore e oggetto di controllo critico sulla regolarità della procedura che il tribunale deve assolvere direttamente, a una fondamentale esigenza di informazione dell'intero ceto creditori ... La ragione del principio sta appunto nel fatto che l'omissione pregiudicherebbe gli interessi di coloro che al momento non dispongono ancora dell'accertamento definitivo dei propri diritti, ma che possono essere ammessi al voto ex art. 176 L.F., con previsione di specifico trattamento per l'ipotesi che le pretese siano confermate o modificate in sede giurisdizionale (Cass. sent. n. 5689/2017).

Un discorso a parte merita poi la disciplina dell'art. 90 del DPR 602/73.

La natura fiscale del credito contestato comporta la necessità di tener conto della norma tributaria speciale contenuta nell'art. 90 del D.P.R. n. 602/1973, in forza della quale, se il debitore è ammesso al concordato preventivo, il concessionario compie, sulla base del ruolo,

ogni attività necessaria ai fini dell'inserimento del credito nell'elenco dei crediti della procedura e, inoltre, "se sulle somme iscritte a ruolo sorgono contestazioni, il credito è comunque inserito in via provvisoria nell'elenco ai fini previsti agli artt. 176 co. 1, e 181 co. 3 primo periodo del Regio Decreto n. 267/1942".

Tuttavia, come sancito in linea generale dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con la sentenza 13 gennaio /2017, n. 758, in presenza di sentenza di annullamento dell'avviso di accertamento pronunciato in giudizio di merito (ancorché non passata in giudicato), l'ente impositore ha l'obbligo di agire in conformità alla statuizione giudiziale.

La L.F., art. 181, co. 3, nel suo testo originario, prevedeva: «Nella sentenza di omologazione il tribunale determina l'ammontare delle somme che il debitore deve depositare secondo il concordato per i crediti contestati. Determina altresì le modalità per il versamento delle somme dovute alle singole scadenze in esecuzione del concordato o rimette al giudice delegato di stabilirle con decreto successivo».

I riferimenti normativi non sono stati adeguati, onde, in via interpretativa, deve ritenersi il rinvio operato alla L.F. artt. 176 e 180, co. 6 e ora all'art. 112 co. 6 CCI. Quindi questi crediti vanno inseriti tra i crediti contestati ed occorre accantonare delle somme, il cui deposito e svincolo sarà disciplinato dal giudice dell'omologa.

Decisivo sul punto l'insegnamento della Corte di Cassazione 15414/2018, poi richiamata dalle S.U. 8504/21: «Se, tuttavia, ciò è ordinariamente vero (la facoltatività dell'accantonamento per i crediti contestati ndr), non tiene però conto della norma speciale sopra richiamata e della giurisdizione tributaria, cui sono devolute le relative controversie (cfr., ex multis, Cass., S.U. n. 11082/2010; Cass., S.U. n. 17943/2009). Con riguardo ai crediti tributari, per i quali vige la norma speciale dell'art. 90 citato, invero, ritiene il Collegio che il tribunale sia tenuto, secondo la lettera e la ratio della disposizione, ad operare l'accantonamento, in via provvisoria (sebbene poi possa comunque determinarne le modalità, anche prevedendo, ad esempio, se del caso, la prestazione di una polizza fideiussoria).

Orbene, è pur vero che, nel sistema della rinnovata legge fallimentare, è il debitore che, nel predisporre il concordato, ha il potere di decidere a quale creditore offrire il soddisfacimento del suo diritto, e che il giudice del concordato non ha il potere di sostituirsi a lui e di determinare l'an ed il quantum del credito, essendo il relativo potere di cognizione rimesso al giudice competente in via ordinaria: ma, ove quest'ultimo sia il giudice tributario, la devoluzione della controversia a quella sede ed il disposto, con essa coerente, del D.P.R. n. 602/1973, art. 90, impongono di operare l'accantonamento».

Per quanto riguarda tale accantonamento obbligatorio, va precisato che gli accertamenti la cui esecutività non è stata sospesa, o è stata sospesa subordinatamente al-

la prestazione di garanzia, tuttavia non costituita, ammontano ad € 33.103.877,71 (v. gli accertamenti di cui al PVC del 6/10/2022, i provvedimenti adottati sulle istanze di sospensione e le relative prese in carico: doc.ti. 22-22undecies allegati alla relazione). A seguito del diniego della sospensione, gli accertamenti sono esecutivi nei limiti di 1/3 delle imposte accertate e degli interessi maturati a norma dell'art. 15 D.P.R. n. 602/1973, e così per complessivi € 6.718.635,00 (di cui € 6.218.635,00 per prese in carico già notificate ed € 500.000 circa per prese in carico non ancora notificate e relative agli anni 2015 e 2016). Tale credito è suscettibile di riscossione, posto che la disciplina applicabile alle somme iscritte a ruolo vale anche per le somme affidate agli agenti della riscossione.

Pertanto, la somma di € 6.718.635,00 avrebbe dovuto essere obbligatoriamente destinata ad accantonamento ex art. 90 D.P.R. 602/73. Tale accantonamento non risulta in piano. L'onere della debitrice si è, però, notevolmente aggravato a seguito dell'iscrizione a ruolo dei crediti tributari per l'importo di € 44.163.079,14 (v. doc.ti 25 e 26 allegati alla relazione), avvenuta successivamente alla apertura del concordato.

Ciò significa che la (OMISSIS) dovrebbe effettuare un accantonamento per l'intero ammontare del credito iscritto a ruolo, e quindi per l'importo di € 44.163.079,14, indicando nel piano le risorse finanziarie allo stesso destinate, mentre il Tribunale, in sede di omologazione, dovrebbe determinare la modalità dell'accantonamento (così Cass., Sez. Un., 2021/8504 sopra richiamata)

Tale accantonamento non è evidentemente possibile in quanto la relativa somma è quasi pari al doppio della massa attiva che, secondo la debitrice, sarebbe realizzabile nel concordato, indicata in € 23.884.520 (pag. 24 del piano depositato dalla debitrice).

Questo quanto alla disciplina degli accantonamenti obbligatori.

A dire il vero però la lettura delle poche e generiche pagine dedicate alla proposta di transazione fiscale non consente di comprendere quale via abbia scelto la debitrice: essa infatti, omettendo alcuna informazione completa sugli accertamenti impugnati, sui motivi di ricorso, sulle decisioni già ottenute, e senza mai indicare ai creditori ed al giudice la somma complessiva delle somme in contestazione (solo una attenta lettura degli allegati consente di rinvenire tali dati, ma ben difficilmente i creditori potrebbero fare questa analisi), si limita a prendere in considerazione un debito di € 15.500.542, per poi offrire all'Erario l'importo di € 9.700.000, con degradazione in via chirografaria della differenza di € 5.800.542, da soddisfarsi nella percentuale del 26,76%. Nessuna spiegazione viene data del ragionamento in forza del quale da un ammontare di oltre 60 milioni di euro di debiti contestati si sia arrivati a costruire la transazione su una somma, sembrerebbe consolidata, di solo 15.500.000. Forse la debitrice

avrebbe voluto consolidare tali debiti con la adesione fiscale o con la conciliazione giudiziale ma agli atti non risulta che ciò sia avvenuto. Allo stato il debito erariale, contestato, ammonta ad euro € 64.358.543,99, i contenziosi sono tutti pendenti, come risulta dalla relazione dei commissari, e la proposta di transazione non indica in quale modo si pervenga all'importo di 15 milioni sui quali si formula la proposta di pagamento falcidiato. Certamente non può essere sufficiente il parere del prof. (OMISSIS) allegato al piano che in una pagina spiega che, solamente in riferimento a taluni avvisi di accertamento, è possibile una vittoria definitiva in sede tributaria.

Alcuna analisi del contenzioso, la cui esistenza e consistenza non viene resa nota ai creditori, alcuna prognosi seria e argomentata circa l'esito dei giudizi, alcuna stima degli accantonamenti secondo i principi contabili, nessun accantonamento e, non di poca importanza, nessuna previsione di voto per i crediti contestati, che, in quanto contestati sembrerebbero esclusi dal voto nel piano redatto dalla debitrice.

Nello specifico se la scelta fosse la prosecuzione dei giudizi tributari (che allo stato sono pendenti, nonostante sia decorso poco meno di un anno da quando la proposta è stata inviata a ADE, e manchi circa un mese all'inizio delle votazioni, con conseguente assoluta incertezza circa un fondamentale aspetto del piano al punto da impedire la espressione consapevole del voto di ADE ma anche di tutti gli altri creditori) la proposta sarebbe decisamente carente sotto ogni profilo: i debiti tributari non definitivi sono di un tale importo da rendere l'esito del concordato assolutamente imprevedibile, poiché la conferma degli accertamenti, anche solo in parte, potrebbe pregiudicare ogni possibilità di soddisfazione dei chirografari, privando di causa il concordato. La coltivazione del contenzioso, attesi i tempi del giudizio tributario e soprattutto della fase di legittimità, rende il contenuto della proposta estremamente aleatorio nell'an e nel quando.

La scelta di coltivare il contenzioso poi imporrebbe tutti gli elementi sopra riportati al fine di appostare idonei accantonamenti. Ma l'importo dei debiti è tale che la sola predisposizione degli accantonamenti esaurirebbe l'attivo disponibile.

Se invece la scelta fosse stata quella di consolidare il debito fiscale, allora già da tempo la debitrice avrebbe dovuto avviare le trattative in sede di contenzioso per verificare la possibilità di addivenire ad una conciliazione (verosimilmente essendo, per quasi tutti se non tutti gli accertamenti, già decorsi i termini per la adesione), di modo da potere presentare a ADE, ai creditori in generale ed al Tribunale una transazione rispettosa delle norme imperative.

Per contro il trattamento che la debitrice intende destinare al fisco è scarsamente intercettabile, privo di alcun adeguato corredo informativo, non rispettoso di alcuno schema legale.

Ciò comporta, di per sé, l'inammissibilità della domanda di concordato, e di conseguenza, la revoca del decreto di apertura della procedura ex art. 106, 2° co., CCII. Ed è per questo motivo, ora pienamente spiegato, che la richiesta di rinvio non è assecurabile.

d) Mancata indicazione nel piano delle azioni proponibili nel caso di apertura della liquidazione giudiziale e delle prospettive di realizzo (art. 87, 1° co., lett. h, CCII). La disamina approfondita dei commissari, che non era in alcun modo stata effettuata al momento del rigetto del luglio 2023, non essendo i commissari stati nemmeno nominati, ha consentito di verificare gli atti solutori che risultano effettuati in favore delle banche, tra il 1/1/2023 e il 31/5/2023, per € 8.000.000,00 circa. Infatti, dagli allegati al piano del 29.6.23 (si veda il raffronto fra il progetto di bilancio al 31/12/2022 con lo stato patrimoniale e conto economico al 31/5/2023) /emerge semplicemente che tra l'1/1/2023 e il 31/5/2023 i crediti delle banche risultavano soddisfatti per € 7.993.068,54.

Il piano dedica nemmeno mezza pagina (la stessa compilata dall'attestatore che semplicemente avalla, senza alcuna indagine o valutazione autonoma, la affermazione della debitrice) alla ricorrenza di azioni revocatorie e risarcitorie esperibili dalla liquidazione giudiziale (elemento obbligatorio per legge ex art. 87 lett. h) CCI) liquidandone la assenza per inesistenza dei presupposti, senza alcun approfondimento.

A pagina 34 del piano la debitrice richiama l'art. 97 14 comma CCI, ma alla data di deposito del ricorso del 29.6.23, non è dato ravvisare la pendenza di rapporti bancari autoliquidanti e comunque in tale domanda non è prevista una richiesta di scioglimento.

Dalla analisi effettuata dai Commissari risulta che per € 6.900.217,42 (come risulta dalla II Relazione informativa mensile depositata dalla (OMISSIS) durante il termine concesso ex art. 44 CCII: doc. 27 allegato alla relazione), il 14° co. dell'art. 97 non sarebbe comunque applicabile, trattandosi di accrediti anteriori ai 120 giorni antecedenti il deposito della domanda di concordato. Le argomentazioni svolte dai Commissari non consentono di escludere quindi che in una eventuale liquidazione giudiziale gli atti solutori dei crediti delle banche possano essere fatti oggetto di una utile azione revocatoria. Anche di questa circostanza doveva essere data informazione al giudice ed ai creditori nell'osservanza dell'art. 87 lett. h) CCI. Sotto questo aspetto, come anche per quello della transazione fiscale, il piano è quantomeno reticente.

Sempre ai sensi della lett. h) dell'art. 87, la debitrice avrebbe dovuto prendere in considerazione i pagamenti dei crediti (asseritamente) prededucibili e privilegiati eseguiti dalla (OMISSIS) nel mese di giugno del 2023, pochi giorni prima della presentazione della domanda di accesso al concordato preventivo, quanto meno per evidenziare e spiegarne l'eventuale non revocabilità, in caso di liquidazione giudiziale, a norma dell'art. 166

CCII (il professionista attestatore avrebbe dovuto, a sua volta, sollevare la questione ed effettuare le opportune indagini).

Di tali pagamenti, per complessivi € 2.467.382,37, viene dato atto a pag. 30 del piano, ove vengono dettagliati per categorie di privilegio ma senza l'indicazione specifica dei creditori soddisfatti. La spiegazione che la debitrice in piano fornisce di tali pagamenti, sintomaticamente effettuati a ridosso della presentazione del piano è la seguente: "Ci si è determinati a tali pagamenti ragionando su un insieme di motivi che migliorano il rapporto delle masse e che sottraggono le attività da possibili azioni esecutive alteranti la par condicio creditorum. In tal modo si sono evitate, infatti, le maggiorazioni dei debiti per rivalutazioni ed interessi che sarebbero maturati nei tempi tecnici della procedura concorsuale".

Ovvio replicare che il rischio delle azioni esecutive sarebbe stato sventato dall'accesso alle misure protettive invocato dalla debitrice con il ricorso stesso che contiene la già menzionata affermazione.

In relazione a questi pagamenti ai professionisti, come sopra motivato, si possono avanzare argomentazioni solide a fondamento della loro revocabilità o comunque inefficacia come sopra esposto. Eppure, né la debitrice, né l'attestatore, hanno ritenuto, di fronte a cifre di tale imponenza, di approfondire l'argomento, come invece impone il CCI.

Già la sola carenza di approfondimento sul punto delle azioni esperibili nella liquidazione giudiziale, come componente attiva che concorre a formare il valore di liquidazione e a consolidare il parametro di raffronto per la non deteriorità della proposta, è motivo di inammissibilità della proposta. Ma lo è in questo caso ancora di più perché le argomentazioni svolte dai commissari circa le azioni esperibili sono sensate, ben argomentate e documentate, rispettose della giurisprudenza sul punto: ciò non indica ovviamente una certezza di vittoria in caso di un giudizio, ma certamente un elemento da illustrare ai creditori ed al giudice perché valutino la completezza del piano.

Ed infine lacunosa appare l'affermazione della debitrice secondo cui non risulterebbero proponibili azioni risarcitorie di alcun genere posto che, a fronte di accertamenti tributari per circa 63 milioni di euro, non viene minimamente presa in considerazione, neppure in via eventuale, una responsabilità risarcitoria dell'organo gestorio e di quello di controllo per gli illeciti tributari contestati o, quanto meno, per le sanzioni applicate per complessivi € 26.393.569,20 (come risultanti dal prospetto B.5 facente parte della bozza del piano allegata alla memoria 25/5/2023 depositata nel procedimento ex art. 44 CCII, ma non più prodotto in uno al piano oggetto di esame).

- f) Omessa indicazione nel piano del valore di liquidazione del complesso aziendale in ipotesi di liquidazione giudiziale nella sua dimensione dinamica; in ogni caso, er-

roneità della quantificazione atomistica del valore di liquidazione. Mancata indicazione dei proventi delle azioni revocatorie e risarcitorie (art. 87, 1° co., lett. c). Nel piano concordatario (v. pag. 24 ss.) il valore di liquidazione dei beni aziendali in ipotesi di liquidazione giudiziale è stato determinato prefigurandosi una liquidazione atomistica “a prezzi di stralcio” e non, invece, una cessione dell’azienda in esercizio, nonostante la presentazione di un piano in continuità aziendale e la correlata possibilità, in caso di liquidazione giudiziale, previa prosecuzione dell’affitto in corso, di cessione dell’azienda funzionante. Ebbene non si vede il motivo per cui non possa e debba essere considerato che nella eventuale liquidazione (e quindi ai fini della indicazione del valore di liquidazione quale parametro per la non deteriorità del trattamento proposto) si possa procedere alla prosecuzione dell’affitto di azienda, con contrattazione da parte degli organi della procedura di un assetto compatibile con la cessione della azienda con forme competitive, e successiva cessione della azienda in esercizio, senza alcuna svalutazione del compendio aziendale.

Il prezzo della azienda è indicato in piano in € 2.795.199,41, mentre a pag. 25 del piano il valore dei medesimi beni in ipotesi di liquidazione giudiziale viene indicato in € 600.000 (punto 9.1.1, “immobilizzazioni materiali ed immateriali a prezzi di stralcio”). La debitrice precisa che “la stima dei corrispettivi spuntabili tiene conto, per i beni strumentali disaggregati, della rilevante condizione che trattasi per la più parte di impianti e di macchinari allocati in modo strutturale nell’immobile di proprietà di terzi, in condizione di pertinenzialità”.

Prima di tutto va rilevato che tale valore di 600mila euro, ricavabili in ipotesi liquidatoria (e quindi € 2.195.199,41 in meno di quanto ricavabile a seguito della vendita della azienda, purtroppo ipotizzabile solo in riferimento a (OMISSIS), in sede concordataria) non è supportato da alcuna perizia di stima né argomentazione diffusa, e la attestazione nulla aggiunge sul punto. Ma soprattutto e ancora una volta si rappresenta ai creditori una deteriorità delle prospettive liquidatorie, sulla base della quale il ceto creditorio dovrebbe formare il proprio convincimento, che non solo non trova alcun riscontro in argomentazioni complete ed esaustive di ogni possibilità, ma è anche frutto di una deliberata scelta della debitrice effettuata a monte (ovvero l’aver in concreto reso acquistabile la azienda solo dalla (OMISSIS)). Le stesse argomentazioni valgono per la valutazione operata in relazione alle scorte di magazzino: il valore attribuito a tali beni a pag. 23 del piano – al netto di quanto in precedenza prelevato dalla (OMISSIS) in forza del contratto estimatorio – è pari ad € 6.582.381 (punto 8.1.2, “scorte di magazzino”), mentre a pag. 25 il valore dei medesimi beni in ipotesi di liquidazione giudiziale viene indicato in € 1.816.748 (punto 9.1.2, “scorte di magazzino”).

Le ragioni di tale svalutazione vengono espone nella

nota 12 a pag. 24s. del piano. Ivi si suppone che, nella procedura di liquidazione giudiziale, la parte di scorte non ancora prelevate in forza del contratto estimatorio concluso tra (OMISSIS) ed (OMISSIS) in data 5/1/2023 all’epoca di redazione del piano “risulterebbe assai svalutata per le concorrenti ragioni che l’Affittuaria (OMISSIS) ha finora prelevato le scorte a più rapida rotazione, già nei programmi di vendita della (OMISSIS) e a prezzi definiti col più alto margine di remunerazione. L’andamento del volume delle vendite nei cinque mesi di affittanza potrebbe senz’altro offrire conferma di tale fatto. Dal che discende che la restante parte del magazzino è la meno appetibile ed è, peraltro, gravata da un andamento dei prezzi in apprezzabile discesa. Queste considerazioni conducono, per le giacenze di magazzino, a ritenere che sarà piuttosto improbabile una vendita dell’insieme se non a prezzi vili di vendita a stralcio, sulla quale pesa la forza contrattuale dell’acquirente che deve disporsi ad acquistare l’insieme nello stato di fatto, comprendente lavorazioni in corso, residui di lavorazione, formati non a misura di difficile esitazione, se non a peso, come sfridi da riutilizzare in nuove funzioni”.

La svalutazione delle scorte per ben € 4.765.633 non è adeguatamente giustificata: prima di tutto la affermazione è del tutto sformata di una completa perizia di stima e non è supportata dalla allegazione dell’iter argomentativo che ha condotto a una tale conclusione. In sostanza è una affermazione apodittica, così come lo è quella in forza della quale che la parte residua delle scorte di magazzino sia quella meno appetibile.

Altrettanto priva di alcuna motivazione ed allegazione la scelta di non affrontare la questione delle azioni revocatorie e risarcitorie, anche solo per escluderle: in buona sostanza non si vuole affermare che con certezza tali azioni sarebbero esperibili con esito positivo da parte degli organi della liquidazione, ma che esistono elementi concreti che potrebbero fondare tali pretese (e che sono stati compiutamente indicati dai commissari nella loro relazione ex art. 106 CCI e, successivamente, nella relazione ex art. 105 CCI che conclude circa la convenienza della ipotesi liquidatoria), e di cui la debitrice doveva dare conto.

In conclusione, il debitore ha l’obbligo – derivante dalle prescrizioni ex art. 4 CCI – di comportarsi con lealtà e trasparenza nei confronti dei propri creditori: ciò significa fornire ai creditori un quadro informativo completo, dove ogni affermazione sia spiegata e documentata, e dove nessuna circostanza, anche sfavorevole alla debitrice, sia taciuta.

Per contro il piano proposto è lacunoso, reticente e in certune parti meramente assertivo, oltre a non fare comprendere ai creditori che le conseguenze tratte in tema di deteriorità della liquidazione (tema centrale per i creditori) sono conseguenze di una precisa scelta della debitrice effettuata proprio nell’ottica dell’accesso, fin dal gennaio 2023, allo strumento ex art. 44 CCI.

Il difetto di completezza e di trasparenza del piano in

punto di indicazione del valore di liquidazione, si traduce in un grave difetto di ammissibilità del piano.

- f) mancato rispetto dell'art. 88 CCI in punto di transazione fiscale.

Si rammenti che con la proposta di transazione fiscale allegata al piano concordatario la debitrice ha indicato in soli € 15.500.000 la pretesa tributaria da prendersi in considerazione ai fini della transazione – offrendo il pagamento di € 9.700.000, con degradazione in chirografo della differenza rispetto alla predetta somma –, nonostante gli accertamenti effettuati dall'Agenzia delle Entrate, impugnati dalla (OMISSIS), fossero di entità corrispondente ad € 62.859.473,65 (come emerge dal certificato unico debiti tributari allegato al ricorso della (OMISSIS) per l'ammissione al concordato preventivo, allegato al doc. 20 della relazione ex art. 106 CCI). La debitrice non ha indicato – né nel piano, né nell'elenco nominativo dei creditori previsto dall'art. 39, 1° co., CCII – i crediti vantati dall'Agenzia delle Entrate, da inserirsi tra i crediti contestati, e neppure ha specificato a quali accertamenti faccia riferimento la somma assunta come base per la transazione. La (OMISSIS) avrebbe dovuto, per ogni singolo accertamento, e tenendo conto dello stato del contenzioso e delle decisioni nelle more pronunciate, indicare quale sia la proposta di transazione, dovendo questa tenere conto di tutti i debiti verso l'Erario, compresi quelli contestati.

Presupposto di ammissibilità della proposta di transazione fiscale nel concordato in continuità aziendale è che il trattamento proposto non sia inferiore a quello realizzabile in caso di liquidazione giudiziale, prevedendo il 2° co. dell'art. 88 che il professionista indipendente debba attestare “la sussistenza di un trattamento non deteriore”.

La relazione del professionista allegata al piano presentato dalla debitrice avrebbe dovuto indicare il valore di realizzo attribuibile all'intera massa mobiliare e contenere una simulazione del riparto della liquidazione giudiziale, al fine di stabilire fino a che grado i creditori muniti di privilegio generale possano essere soddisfatti per intero ed in quale misura possano essere soddisfatti quelli collocati al grado successivo, fino a giungere alla prelazione che assiste i crediti tributari vantati nei confronti della (OMISSIS), da considerarsi almeno nella misura indicata dalla debitrice.

Nella relazione del professionista allegata al piano presentato dalla (OMISSIS) tale aspetto non risulta neppure affrontato, sicché l'attestazione è priva del contenuto richiesto dalla già menzionata norma.

A pag. 68 della propria relazione l'attestatore, dopo avere riprodotto le argomentazioni ed i prospetti contabili esposti nel piano, si è limitato ad osservare quanto segue: “Sulla base di quanto sopra, il sottoscritto attestatore ritiene di poter affermare che, in caso di liquidazione giudiziale, non sarebbe possibile soddisfare nelle percentuali concordatarie i creditori privilegiati ed i creditori chirografari”.

Per contro, come argomentato nelle pagine precedenti, se il valore di liquidazione fosse stato correttamente individuato esso sarebbe stato superiore a quello indicato con seri dubbi sulla esistenza del requisito di cui alla norma citata.

Non risulta nemmeno rispettato il 1° co. dell'art. 88, che stabilisce che il piano debba prevedere la soddisfazione dei crediti erariali in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni gravati dal diritto di prelazione, indicato nella relazione di un professionista indipendente (corrispondente a quella prevista, in linea generale, dall'art. 84, 5° co., CCII).

Pur essendo quello dedicato al fisco un pagamento parziale, della attestazione di cui sopra non v'è traccia.

- g) Incompleta formazione delle classi dei creditori.

La norma dell'art. 85, 3° co., CCI prevede l'obbligatorietà della formazione delle classi nel concordato in continuità aziendale: per contro la debitrice ha previsto soltanto due classi di creditori, ovvero quella dei chirografari per il titolo e quella dei privilegiati degradati in chirografo omettendo di formare la classe dei creditori garantiti da privilegio ipotecario e soddisfatti oltre i termini di legge e quella dei titolari di crediti tributari dei quali non sia previsto l'integrale pagamento.

Il CCI, diversamente dalla legge fallimentare, i creditori privilegiati, pur se pagati nei limiti della capienza, votano anche per la parte soddisfatta in prelazione: nel concordato ad oggi gli unici creditori che non votano sono quelli il cui pagamento integrale per il credito nominale sia previsto entro 180 giorni dalla omologa.

Per contro malgrado quanto ai creditori ipotecari, a pag. 32 del piano si preveda che il pagamento dei loro crediti “potrà essere effettuato, integralmente, al momento della liquidazione del bene su cui insiste la garanzia reale, in un tempo massimo stimato di un anno dall'esperimento competitivo di vendita”, non è stata prevista la classe dei creditori privilegiati pagati oltre questo termine.

Quanto ai titolari dei crediti tributari dei quali non sia previsto l'integrale pagamento, l'obbligatorietà del classamento è prevista, in linea generale, dall'art. 85, 2° co., CCII.

Pertanto, per i crediti tributari la classe avrebbe dovuto essere necessariamente formata in ragione della falcidia insita nella proposta di transazione fiscale.

Il mancato rispetto delle regole imperative sulla formazione delle classi, funzionali alla corretta espressione del voto, è certamente circostanza che impone la inammissibilità della proposta.

- h) Incompletezza della relazione di attestazione di cui all'art. 87, 3° co., CCII.

Nella motivazione che precede si è sottolineato che nessuno degli elementi di piano in predicato di inammissibilità è stato oggetto di autonoma valutazione da parte dell'attestatore.

La attestazione è palesemente inadeguata nella misura in cui: non dà conto, se non in maniera tautologica, di avere verificato la veridicità dei dati aziendali (a pag. 16 s. della propria relazione l'attestatore ha dichiarato di avere eseguito una "circularizzazione" nei confronti di clienti e fornitori, ma senza specificare i destinatari delle richieste e le risposte pervenute); non verifica in alcun modo la correttezza dei pagamenti effettuati pochi giorni prima del deposito del piano e delle spese in prededuzione per € 1.851.982,73, di cui peraltro € 786.202,73 risultavano già pagati nel mese di giugno 2023; non effettua alcun approfondimento sulle pretese tributarie, senza indagare sui motivi di impugnazione e sulla prognosi dei giudizi; ignora, al pari della debitrice, la questione complessa del trattamento dei crediti tributari contestati, anche in riferimento alla mancata previsione da parte della debitrice di un fondo rischi e dell'accantonamento obbligatorio di cui all'art. 90 D.P.R. 602/73; non opera alcun accertamento autonomo sui valori di cessione appostati in piano e sui valori ipotizzati in caso di liquidazione, limitandosi a riportare quanto esposto, o non esposto, in piano; non opera alcuna verifica circa la affermazione della debitrice circa la inesistenza di presupposti per azioni di ricostruzione del patrimonio.

Quanto alla specifica attestazione ex art. 88, 2° co., CCI, l'attestatore si limita a riportare letteralmente quanto scritto nella proposta di transazione fiscale.

In buona sostanza, nonostante i plurimi aspetti critici del piano, la attestazione ha i connotati di una riproposizione dei contenuti di piano, piuttosto che di una verifica e valutazione effettuate in maniera indipendente e autonoma a tutela dei creditori, e non può essere considerata idonea ad assolvere alla funzione che la legge le attribuisce.

La presenza di una attestazione conforme al modello legale è sempre stata considerata dalla giurisprudenza (e il CCI nulla ha cambiato circa la natura e funzione dell'adempimento) un requisito rispetto agli stessi requisiti di ammissibilità, con la conseguenza che la sua carenza comporta la, questa volta sì, irrivalenza della proposta.

A fronte di tali rilievi da parte dei Commissari, che il Collegio condivide perché frutto di una attentissima lettura del piano e soprattutto di una sicura conoscenza dell'assetto normativo vigente, la debitrice si limita a produrre la lettera dell'attestatore che autocertifica la completezza e regolarità della propria relazione, precisando che tale lettera, prodotta davanti alla Corte d'appello, era stata "evidentemente ritenuta soddisfacente da tale organo superiore". Ma si deve ancora rammentare che la Corte, esplicitamente, non è mai entrata nel merito delle motivazioni del decreto che ha revocato, limitandosi ad affermare il principio per cui in fase di apertura del concordato ex art. 47 CCI il giudice non deve indagare sulla ammissibilità della proposta, ma solo verificare la sua ritualità.

Ed in ogni caso la dichiarazione (esclusa in capo all'attestatore una sorta di capacità auto certificativa) del professionista circa la bontà del proprio operato appare priva di alcun valore. Ma la Corte non ha affrontato la questione della incompletezza o esistenza stessa della relazione di attestazione, così come non ha ritenuto di valutare, nel merito, alcuno dei rilievi svolti dal Tribunale nel decreto di inammissibilità.

I diversi profili di inammissibilità sopra descritti impongono la revoca del provvedimento di apertura del concordato.

Occorre dare conto che nella relazione ex art. 106 CCI sono stati evidenziati anche ulteriori ipotetici motivi di revoca ovvero: la sussistenza di atti di frode ex art. 106, 1° co., CCI e la ricorrenza di pagamenti di debiti consorsuali senza la debita autorizzazione.

Quanto al primo profilo emerge che in data 13/6/2023, pochi giorni prima del deposito della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, avvenuta in data 29/6/2023, (OMISSIS) ha eseguito pagamenti in favore del dott. (OMISSIS) e dell'avv. (OMISSIS) per il complessivo importo di € 1.553.229,74. Al dott. (OMISSIS) la (OMISSIS) ha versato, in data 13/6/2023, la somma di € 729.169,07, comprensiva di cassa previdenza ed IVA (importo rettificato nella relazione dei commissari del 9.5.24).

All'avv. (OMISSIS) la (OMISSIS) ha versato, in data 13/6/2023, la somma di € 829.110,70 (importo rettificato nella relazione dei commissari del 9.5.24)

La lettura delle fatture allegate al doc. 2 della relazione consente di comprendere che si tratta di compensi per la consulenza ed assistenza nel contenzioso tributario apertosi a seguito di impugnazione degli accertamenti fiscali di cui ai PVC del 8/10/2013, 20/5/2014, 27/9/2017 e 6/10/2022.

Tra i compensi pagati figurano anche gli onorari per i giudizi tributari tuttora pendenti: per quanto riguarda il dott. (OMISSIS), le fatture emesse il 15/6/2023, nn. 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60 e 61, per il complessivo ammontare di € 152.827,50, riguardano compensi relativi a procedimenti tuttora pendenti davanti alla Corte di giustizia tributaria di I grado di Ferrara; le fatture, sempre emesse il 15/6/2023, nn. 31, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 45 e 49, per il complessivo ammontare di € 66.014,91, riguardano compensi relativi a procedimenti tuttora pendenti davanti alla Corte di giustizia tributaria di II grado dell'Emilia-Romagna.

Per quanto riguarda l'avv. (OMISSIS), le fatture emesse il 15/6/2023, nn. 64, 65, 66, 67, 68, 69, 70, 71, 72, 73 e 74, per il complessivo ammontare di € 152.827,50, riguardano compensi relativi a procedimenti tuttora pendenti davanti alla Corte di giustizia tributaria di I grado di Ferrara; le fatture, sempre emesse il 15/6/2023, nn. 44, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58 e 62, per il complessivo ammontare di € 66.014,91, riguardano compensi relativi a procedimenti tuttora pendenti davanti alla Corte di giustizia tributaria di II grado

dell'Emilia-Romagna; le fatture nn. 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33 e 34, sempre del 15/6/2023, per il complessivo ammontare di € 99.941,62, riguardano procedimenti tuttora pendenti davanti alla Corte di cassazione.

Complessivamente, i compensi pagati con riferimento a procedimenti non conclusi risultano pari ad € 537.626,42, IVA e cassa previdenza compresi. Per contro la S.C. con orientamento consolidato ritiene che il diritto di credito ai compensi maturi con il procedimento conclusivo del grado di giudizio: cfr. Cass. 18/8/2023, n. 24829; Cass. 2/3/2022, n. 6884; Cass. 21/2/2020, n. 4595; Cass. 3/4/2007, n. 8351; CTR Brescia 29/6/2022, n. 2724. Pertanto, la debitrice, che aveva depositato istanza ex art. 44 CCI il 2 gennaio 2023 per poi rinunziarvi il 23.5.23, depositando poi ricorso per concordato pieno il 29.6.23, nel mese in cui era tornata in bonis ha pagato debiti non scaduti e non esigibili per l'importo di cui sopra: si tratta di importi ripetibili ex art. 2033 c.c. e revocabili ex art. 164, 1° co., CCI, in caso di apertura della liquidazione giudiziale. La difesa della debitrice in memoria autorizzata, secondo cui si sarebbe trattato non di compensi finali ma di meri acconti, al di là della importanza delle somme che suggerisce il contrario, è smentita dallo stesso tenore delle fatture emesse dai due professionisti, prodotte in uno alla relazione ex art. 106 CCI e riepilogate analiticamente a pagine 5 e 6 della replica dei Commissari del 9.5.24, in cui si usa la espressione "versamento del maturato". E ciò trova conferma nella stessa documentazione prodotta dalla debitrice in relazione ai contratti professionali che, pur privi di data certa, anche se si volesse dar loro una qualche valenza probatoria, in un'ottica di favor debitoris, prevedono compensi che risultano interamente corrisposti con i pagamenti di cui si sta parlando.

Il resto dei pagamenti effettuati ai due professionisti, per complessivi € 1.020.653,35, rappresenta compensi per l'assistenza prestata in procedimenti svolti avanti la Corte di giustizia tributaria di I grado di Ferrara e la Corte di giustizia tributaria di secondo grado della Regione Emilia-Romagna e già precedentemente conclusi.

In ragione del momento in cui tali diritti di credito sono sorti, ovvero prima del biennio e atteso il disposto dell'art. 2751 bis, n. 2), c.c. – che limita il diritto di prelazione ai crediti sorti negli ultimi due anni di prestazione – i Commissari hanno avanzato la tesi secondo cui gran parte di questi crediti (indicati nella relazione 9.5.24 in euro 896.890,72) non godevano del diritto di privilegio, e ciò nonostante sono stati pagati in presenza di debiti privilegiati di rilevantissimo importo: infatti la prestazione dell'avvocato (o del commercialista innanzi al giudice tributario) che sia espletata in più gradi di giudizio viene ad essere suddivisa in autonomi incarichi corrispondenti ai singoli gradi di esso, con la conseguenza che il privilegio stesso può essere riconosciuto solo al credito riguardante i compensi relativi agli incarichi specifici (dunque del singolo grado) conclusi nel-

l'ultimo biennio del rapporto professionale complessivo (da ultimo, Cass. 2/3/2022, n. 6884).

Sul punto, ed avuto riguardo agli incarichi ed ai relativi compensi espongono infatti i Commissari: "per quanto riguarda l'avv. (OMISSIS), alla data di deposito della domanda di concordato il rapporto professionale non si era esaurito, essendo egli il procuratore della (OMISSIS) nei procedimenti in Cassazione. Prendendo in considerazione il biennio anteriore al 29/6/2023, data di deposito della domanda di concordato, emerge che nessuno dei compensi corrisposti dalla (OMISSIS) per gradi di giudizio già esauriti risulta maturato nel periodo tra il 29/6/2021 e il 29/6/2023. Ed infatti, le sentenze della Corte di giustizia tributaria di I grado sono state emesse in epoca compresa tra il 21/9/2015 e il 31/1/2020; quelle della Corte di giustizia tributaria di II grado, tra il 16/7/2018 e il 24/2/2021. Lo stesso vale per il dott. (OMISSIS), il quale, pur non essendo investito del patrocinio della debitrice davanti alla Corte di cassazione, essendo dottore commercialista, assisteva la (OMISSIS) nei relativi procedimenti congiuntamente con l'avv. (OMISSIS), come da questi precisato nelle proprie fatture nn. 27-34 del 2023)." Le sentenze dei giudizi tributari sono state prodotte al doc. 3 allegato alla relazione.

Sul punto la debitrice, in memoria autorizzata, si richiama alla sentenza Cass. 20/2/2012, n. 2446 che invero, se letta per esteso, non appare del tutto favorevole alla debitrice: infatti la pronuncia ha stabilito che, benché le prestazioni dell'avvocato vadano valutate unitariamente con riferimento al momento in cui devono essere determinati gli onorari (ovvero quello del deposito della sentenza in cancelleria), ancorché si riferiscano ad attività svolte oltre il biennio, ai fini del riconoscimento del privilegio si deve avere riguardo alla specifica attività professionale "prestata nello specifico segmento procedurale autonomamente valutabile e pertanto generatore di un diritto al corrispettivo che tenga conto dell'opera prestata per una individuabile fase processuale", come avviene "al termine di ogni grado di giudizio". Nello stesso senso, Cass. 22/5/2019, n. 13849. Ancora più esplicita Cass. 2/3/2022, n. 6884, sopra riportata.

Dalle verifiche effettuate dai commissari rispetto al complessivo importo dei compensi pagati per € 1.020.603,35, una parte, pari ad € 123.762,62, è maturata tra l'agosto del 2021 e il febbraio del 2023 (v. fatt. dott. (OMISSIS) nn. 16, 17, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29 e 50 del 15/6/2023 e fatt. avv. (OMISSIS) nn. 21, 22, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 43 e 63 del 15/6/2023, tutte prodotte quali doc. 2 a-b della relazione ex art. 106) e quindi nel biennio antecedente la presentazione della domanda di concordato, con la conseguenza che il complessivo credito soddisfatto cui dovrebbe attribuirsi natura chirografaria ammonta, esattamente, ad € 896.890,72 (v. prospetto allegato relazione di replica 9.5.24 dei Commissari quale doc. 3).

Nonostante parte dei debiti non fosse maturata e parte non fosse privilegiata nell'all. B.4 al piano concordatario i crediti così soddisfatti sarebbero interamente rappresentati come esigibili e privilegiati ex art. 2751 bis, n. 2), c.c.: a pag. 30 del piano la debitrice evidenzia di avere eseguito detti pagamenti nel giugno del 2023 "nel rigoroso rispetto dell'ordine dei privilegi", trattandosi di crediti assistiti dal privilegio di cui all'art. 2751 bis, n. 2), c.c., fornendo peraltro ai creditori una inesatta informazione della situazione.

Quanto ai pagamenti non autorizzati art. 106, 2° co., CCI, i Commissari evidenziano pagamenti di crediti concorsuali eseguiti il 29/6/2023, data di presentazione della domanda di accesso al concordato.

In data 29/6/2023 la (OMISSIS) ha pagato al prof. avv. (OMISSIS) la somma di € 21.339,83 (doc. 7 allegato alla relazione). Dalla fattura emessa dal professionista (doc. 8 allegato alla relazione) si apprende che è stato pagato un compenso per l'assistenza in procedimenti a tutt'oggi pendenti davanti alla Corte di giustizia tributaria di 1° grado di Ferrara.

Sempre in data 29/6/2023, la (OMISSIS) ha pagato al dott. (OMISSIS) la somma di € 26.644,80 (doc. 7 allegato alla relazione) a saldo della fattura n. 364 del 28/6/2023, relativa al compenso per l'attestazione di cui all'art. 87, 3° co., CCII (doc. 9 allegato alla relazione).

Si tratta di crediti maturati prima del deposito del ricorso per concordato, e quindi aventi natura concorsuale, che sono stati pagati lo stesso giorno del deposito del ricorso per concordato.

Sia nella legge fallimentare che nel CCI (vedi artt. 46 e 94) il pagamento, dopo la presentazione della domanda per concordato e al di fuori delle previsioni di piano, di debiti concorsuali in misura integrale è potenzialmente lesivo degli interessi dei creditori e va fatto og-

getto di richiesta di autorizzazione (Cass. 21/6/2019, n. 16808) che può essere concessa solo se trattasi di pagamenti urgenti: nel caso de quo sfugge la urgenza del pagamento e non risulta chiesta la autorizzazione. Ci si può chiedere se tali pagamenti, avuto riguardo al loro importo ed alla loro causa, fossero o siano lesivi degli interessi dei creditori: ebbene allo stato attuale, in cui all'attivo preventivato in piano, come sarebbe dovuto ammontare ad oggi, mancano quasi 4 milioni di euro, costituiti dal pagamento da parte di (OMISSIS) delle merci utilizzate, anche la somma di poco meno di 50mila euro in commento potrebbe avere apprezzabile rilevanza nella possibile soddisfazione dei creditori.

In relazione ai due ultimi rilievi operati dai commissari, relativi alla ricorrenza di atti in frode e di pagamenti di debiti concorsuali, malgrado la attenta ricostruzione operata dai due commissari, si tratta di temi da sempre oggetto di giurisprudenza non univoca e sui quali si confrontano diversi orientamenti. Tali aspetti saranno certamente oggetto di approfondimento nella procedura liquidatoria che seguirà, essendo gli altri rilievi esposti già pienamente idonei a integrare i presupposti per la revoca del decreto di cui all'art. 47 CCI.

Il decreto di apertura del concordato preventivo reso in data 29.2.24 deve pertanto essere revocato.

PQM

Revoca il decreto di apertura del concordato preventivo proposto da (OMISSIS) emesso in data 29.2.24.

Così deciso in Ferrara, il 28 maggio 2024.

Il Giudice estensore
Dott. Anna Ghedini

Il Presidente
Dott. Stefano Giusberti

Trib. Pordenone, 21 marzo 2024, Pres. Costa, Est. Bolzoni

AMMISSIONE AL PASSIVO – Crediti dei lavoratori – Mancato versamento dei contributi – Ammissione del credito al lordo delle ritenute – Onere del curatore di controllare l'eventuale duplicazione delle richieste.

In tema di trattenute contributive, al lavoratore che propone istanza di ammissione allo stato passivo della liquidazione giudiziale deve essere riconosciuto l'importo del credito al lordo delle ritenute ove il datore non abbia provveduto al versamento o abbia provveduto tardivamente. In merito al rischio di duplicazione del credito relativo alla quota contributiva, spetta al curatore l'onere di coordinare le richieste avanzate dall'Istituto previdenziale con quelle del lavoratore, non potendo portare in detrazione le trattenute per i contributi previdenziali ma dovendo riconoscere al lavoratore la retribuzione lorda, salva la possibilità del successivo diritto di rivalsa, onde evitare il duplice pagamento del medesimo credito.



IL TRIBUNALE di PORDENONE

Riunito in camera di consiglio nella persona dei giudici:

Dott.ssa Maria Paola Costa	Presidente
Dott.ssa Roberta Bolzoni	Giudice rel.
Dott. Francesco Tonon	Giudice

nel procedimento di liquidazione giudiziale n. 12/2023, avente ad oggetto il ricorso in opposizione allo stato passivo ex artt. 206-207 CCII proposto da (OMISSIS) con l'Avv. (OMISSIS) e l'Avv. (OMISSIS) nei confronti della

Liquidazione giudiziale n. 12 del 2023 della "(OMISSIS)" in persona del Curatore dott.ssa (OMISSIS) con l'avv. (OMISSIS)
letti gli atti e i documenti depositati dalle parti,

OSSERVA

Il ricorrente proponeva opposizione allo stato passivo della Liquidazione Giudiziale n. 12/2023 lamentando la mancata ammissione al passivo del credito di euro 771,37 con la seguente motivazione: *"escluso per euro 771,37 in quanto somme riferite a ritenute previdenziali non spettanti"*.

Assumeva l'opponente che tale esclusione, che aveva ad oggetto la quota di contributi previdenziali e assistenziali che fanno carico al lavoratore, era contraria al disposto normativo di cui agli artt. 19 e 23 della legge n. 218/1952 atteso che i crediti retributivi vanno ammessi al passivo fallimentare al lordo delle trattenute contributive previdenziali a carico del lavoratore ove non tempestivamente versati all'Istituto previdenziale. Aggiungeva, poi, il ricorrente che la retribuzione maturata, ovvero la retribuzione lorda, costituisce l'imponibile retributivo sia ai fini previdenziali che fiscali richiamando, altresì, l'art. 2115, comma secondo, c.c.. laddove prevede che il datore è *"responsabile del versamento del contributo, anche per la parte che è a carico del prestatore di lavoro"*.

Concludeva chiedendo l'ammissione al passivo dell'ulteriore importo di euro 771,37 con privilegio ex art. 2751 bis, n. 1 c.c. e, nelle note autorizzate, richiamando quanto esposto nel ricorso, contestava, altresì, le conclusioni della parte resistente sia in via principale che in via subordinata.

Si costituiva la procedura di liquidazione giudiziale contestando la domanda di ammissione al passivo dell'importo di euro 771,37 formulata da (OMISSIS) e chiedendo il rigetto dell'opposizione. In subordine, chiedeva la sola ammissione al passivo di euro 112,76 corrispondente alla quota di contributi (OMISSIS) carico del lavoratore fino al giugno 2023 con esclusione invece della quota dei contributi relativi ai cedolini di luglio e agosto 2023 pari ad euro 658,61. Parte opposta sosteneva che l'art. 23 della legge n. 281/1952 deve ritenersi implicitamente abrogato e che, ove così non fosse, il riferimento nell'art. 23 alla "quota a carico dei lavoratori" andrebbe interpretato quale "espressione della *ultrattività* del principio di cui all'art. 2115 c.c." aggiungendo, poi, che in ogni caso l'art. 23 L. n. 218/1952 non potrebbe trovare applicazione in caso di liquidazione giudiziale comportando tale applicazione un "iniquo arricchimento a favore del lavoratore" dovendosi infine ritenere ammissibile il credito previdenziale in oggetto solo ove l'(OMISSIS) non abbia proposto insinuazione allo stato passivo per i crediti previdenziali inerenti alle retribuzioni rivendicate dal lavoratore.

Orbene, rileva il collegio come, nel caso di specie, la normativa di riferimento sia riconducibile all'art. 19 e all'art. 23 della legge n. 218 del 1952.

L'art. 19 stabilisce che il datore di lavoro è responsabile del pagamento di contributi anche per la parte a carico del lavoratore e che il contributo a carico del lavoratore è trattenuto dal datore di lavoro sulla retribuzione corrisposta al lavoratore stesso alla scadenza del periodo di paga cui il contributo si riferisce.

L'art. 23 stabilisce quanto segue: "il datore di lavoro che non provvede al pagamento entro il termine stabilito o vi provvede in misura inferiore a quella dovuta è tenuto al pagamento dei contributi o delle parti di contributo non versate tanto per la quota a proprio carico quanto per quella a carico dei lavoratori, nonché al versamento di una somma aggiuntiva pari a quella dovuta, ed è punito con la sanzione amministrativa ...".

Il base al dettato normativo l'omissione o il ritardo comporta che il debito contributivo si concentri in capo al datore di lavoro e ciò evi-

dentemente con lo scopo di tutelare il lavoratore affinché i diritti dello stesso non vengano pregiudicati dall'inadempimento del datore di lavoro.

Va da sé che le argomentazioni svolte da parte resistente a sostegno della tesi dalla stessa formulata circa l'intervenuta abrogazione implicita dell'art. 23 della legge n. 218/1952, mediante richiamo al mutato impianto sanzionatorio, specie in ordine alla depenalizzazione intervenuta con la legge n. 689/1981 e 796 e l'art. 2, comma 1 bis del D.L. n. 463/1983, oppure profilando una "lettura" dell'art. 23 sopra menzionato quale "espressione della ultrattività del principio di cui all'art. 2115 c.c.", o ancora affermando l'inapplicabilità dello stesso articolo nella liquidazione giudiziale, non appaiono condivisibili specie ove rapportate al solido impianto normativo e alla consolidata, pacifica e sempre conforme giurisprudenza della Suprema Corte.

Giova sul punto rammentare che con ordinanza n. 18333 del 3/9/2020 la Suprema Corte, affrontando il tema delle trattenute contributive in ambito fallimentare, ha ribadito che al lavoratore che propone istanza di ammissione del proprio credito allo stato passivo del fallimento del datore di lavoro deve essere riconosciuto l'importo del credito al lordo delle ritenute previdenziali su di esso gravanti ed a suo carico ove il datore non abbia provveduto al versamento o vi abbia provveduto tardivamente. Peraltro, l'ordinanza sopra citata invita ad applicare l'art. 19 e l'art. 23 della legge n. 218/1952, trattandosi di norme che regolano in generale la contribuzione dei dipendenti ed il rapporto tra questi e il datore di lavoro e che, pertanto, si applicano anche alle procedure concorsuali.

Va, inoltre, rammentato che la Suprema Corte, nel ribadire l'obbligo di corrispondere al datore di lavoro i crediti spettanti al lordo delle ritenute previdenziali gravanti sul lavoratore ove il datore di lavoro non abbia provveduto tempestivamente all'obbligo di versamento contributivo, ha altresì chiarito che se il datore di lavoro non corrisponde tempestivamente la quota contributiva a carico del lavoratore, la stessa rimane definitivamente a suo carico, con la conseguenza che il lavoratore rimane liberato dall'obbligazione contributiva per la quota a suo carico e il suo credito retributivo si espande fino a comprendere detta quota; da ciò discendendo che l'intero credito in sede fallimentare segue nell'ordine dei privilegi la natura retributiva che gli è propria (v. Cass. n. 23427/2016). E in merito al rischio di una duplicazione dell'insinuazione allo stato passivo del fallimento da parte del lavoratore e da parte dell'(OMISSIS) per il medesimo credito relativo alla quota contributiva a carico del dipendente, la Suprema Corte è intervenuta chiarendo che tale rischio è "in radice escluso in quanto, ove il datore non abbia provveduto a tempestivo versamento della quota trattenuta sulla retribuzione del dipendente, viene meno l'obbligo contributivo pro-quota del lavoratore e quindi il credito del predetto assume interamente natura retributiva" (v. Cass. 3/9/202 n. 18333).

Da ciò consegue anche che, qualora non vi sia stata insinuazione al passivo da parte dell'(OMISSIS), il Curatore – su cui incombe l'onere di coordinare le richieste avanzate dall'Istituto previdenziale con quelle del lavoratore – non può portare in detrazione le trattenute per contributi previdenziali, ma deve riconoscere al lavoratore la retribuzione lorda, salva la possibilità del successivo diritto di rivalsa onde evitare il duplice pagamento del medesimo credito.

Ed è chiaro quindi che volendo operare secondo il consolidato indirizzo della Suprema Corte, le eventuali problematiche relative alle insinuazioni della quota previdenziale da parte del lavoratore e da parte dell'Istituto previdenziale richiedono un monitoraggio costan-

te del Curatore sia in sede di ammissione allo stato passivo sia in sede di ripartizione dell'attivo. Infine, quanto alla richiesta avanzata in via subordinata dal legale della procedura e volta comunque a limitare, in caso di rigetto delle conclusioni svolte in via principale, l'ammissione al passivo dell'opponente all'importo di euro 112,76, con esclusione della quota di contributi INPS a carico del lavoratore relativa agli emolumenti indicati nei cedolini di luglio e agosto 2023 pari ad euro 658,61, va osservato che il presupposto di tale esclusione sarebbe l'inapplicabilità dell'art. 23 L. n. 218/1952 dopo l'apertura della liquidazione giudiziale.

Nel caso di specie, tuttavia, il rapporto di lavoro è rimasto sospeso ex art. 189 CCII fino alla data di risoluzione del rapporto per dimissioni del ricorrente.

E l'art. 189, comma 5, CCII prevede "che le eventuali dimissioni del lavoratore nel periodo di sospensione tra la data della sentenza dichiarativa fino alla data della comunicazione di cui al comma 1, si intendono rassegnate per giusta causa ai sensi del l'art. 2119 del codice civile con effetto dalla data di apertura della liquidazione giudiziale".

In tale ipotesi, ai sensi dell'art. 189, comma 8, CCII "spetta al lavoratore con rapporto a tempo indeterminato l'indennità di mancato preavviso che, ai fini dell'ammissione al passivo, è considerata, unitamente al trattamento di fine rapporto, come credito anteriore all'apertura della liquidazione giudiziale"; inoltre, ai sensi dell'art. 189, comma 2, CCII il recesso del Curatore dai rapporti di lavoro subordinato sospesi "ha effetto dalla data di apertura della liquidazione giudiziale". Tale normativa comporta che i crediti dei lavoratori devono essere qualificati come crediti anteriori all'apertura della liquidazione giudiziale che vanno soddisfatti unitamente al rapporto previdenziale. Del resto, ove si opinasse diversamente la quota contributiva originariamente gravante sul lavoratore dovrebbe trovare soddisfazione in prededuzione.

Per tali motivi, si ritiene di accogliere il ricorso ammettendo allo stato passivo della Liquidazione Giudiziale n. 12/2023 le retribuzioni maturate dall'opponente e non pagate dalla datrice di lavoro al lordo della contribuzione previdenziale per l'ulteriore importo di euro 771,37 in privilegio ex art. 2751 bis n. 1 c.c. oltre rivalutazione e interessi.

Le spese di lite, così come liquidate in dispositivo, regolate in base al principio della soccombenza, vengono poste a carico della parte resistente, con distrazione a favore dei difensori.

PQM

accoglie il ricorso ammettendo allo stato passivo della Liquidazione Giudiziale n. 12 del 2023 della (OMISSIS) le retribuzioni maturate dal ricorrente non pagate dalla datrice di lavoro al lordo della contribuzione previdenziale per l'ulteriore importo di euro 771,37 in privilegio ex art. 2751 bis n. 1 c.c., oltre alla rivalutazione e agli interessi.

Condanna la parte resistente alla rifusione delle spese di lite nei confronti dell'opponente che liquida in complessivi euro 1.200 oltre spese generali nella misura del 15% ed accessori come per legge, con distrazione a favore dei difensori.

Così deciso in Pordenone il 21/03/2024

Il Presidente
Dott.ssa Roberta Costa

Il Giudice rel.
Dott.ssa Maria Paola Bolzoni

App. Milano, 10 gennaio 2024, Pres. Mantovani, Est. Mammone

■ FALLIMENTO – Azione revocatoria ordinaria – *Eventus damni* – Rilevanza del diverso grado dei crediti soddisfatti o compromessi – Insussistenza.

La revocatoria ordinaria non mira a preservare la *par condicio creditorum* e non impone alcuna comparazione tra rango dei creditori, che, semmai, sarà effettuata dal giudice dell'esecuzione nella redazione del piano di riparto, nel caso in cui partecipino alla procedura creditori privilegiati insoddisfatti.

■ FALLIMENTO – Azione revocatoria ordinaria – Natura degli atti revocandi – Possibilità di connotazione mista di gratuità e onerosità – Sussistenza.

Sono soggetti all'azione revocatoria anche gli atti aventi un profondo valore etico e morale, come quello con cui il debitore, per adempiere il proprio obbligo di mantenimento nei confronti dei figli e del coniuge, trasferisce la proprietà di un bene. Anche l'accordo con il quale i coniugi, nel quadro della complessiva regolamentazione dei loro rapporti in sede di separazione consensuale, stabiliscono il trasferimento di beni immobili o la costituzione di diritti reali minori sui medesimi, rientra nel novero degli atti suscettibili di revocatoria (fallimentare). Gli accordi di separazione personale fra i coniugi non risultano collegati necessariamente alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della «donazione», e rispondono ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di «separazione consensuale» il quale svela una sua «tipicità» propria la quale poi, volta a volta, può colorarsi dei tratti dell'obiettivo onerosità piuttosto che di quelli della «gratuità».



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
Sezione quarta civile

SIS)) (OMISSIS) (C.F. e P.IVA (OMISSIS)), in persona del Curatore dott. Alberto Molgora (C.F. (OMISSIS)), rappresentati e difesi dall'avv. Salvatore Sanzo (C.F. (OMISSIS)), ed elettivamente domiciliati presso il suo studio in Milano, via della Moscova 18;

APPELLATI

E NEI CONFRONTI DI

nelle persone dei seguenti magistrati:

dr. Anna Mantovani	Presidente
dr. Francesco Distefano	Consigliere
dr. Francesca Maria Mammone	Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nelle cause riunite iscritte ai nn. **360/2023e 390/2023 RG**, promosse in grado d'appello

DA

(OMISSIS); tutte rappresentate e difese dall'avv. prof. Mario Paccioia (C.F. (OMISSIS)), ed elettivamente domiciliate presso il suo studio in Milano, via Visconti di Modrone 21;

APPELLANTI

CONTRO

(OMISSIS), in persona del Curatore avv. Gino da Pozzo (C.F. (OMIS-

(OMISSIS) (C.F. (OMISSIS)), rappresentato e difeso dagli avv. ti Enrico Giliberti (C.F. (OMISSIS)), Giovanni Paolo Maria Olivares (C.F. (OMISSIS)), Martina Masciullo (C.F. (OMISSIS)), ed elettivamente domiciliato presso il loro studio in Milano, via Visconti di Modrone 21;

APPELLATO E APPELLANTE NELLA CAUSA R.G. n. 390/2023

avente ad oggetto: Azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c. sulle seguenti conclusioni.

Per (OMISSIS):

"Piacca all'Ecc.ma Corte d'Appello, ogni diversa o contraria istanza, deduzione, disattesa e reietta;

premesse le declaratorie tutte del caso;

NEL MERITO: in riforma della sentenza impugnata,

Rigettare con ogni miglior formula, in quanto infondate in fatto ed in diritto, le domande svolte da (OMISSIS) per tutti i motivi esposti in narrativa o, in estremo subordine, accogliere la domanda di revocatoria solo sui beni per la parte che abbia effettivamente "eceduto" la natura onerosa dell'atto e/o abbia arrecato un pregiudizio delle ragioni altrui;

IN VIA ISTRUTTORIA: Ammettersi le istanze istruttorie formulate

nella memoria ex art. 183, comma 6, n. 2), c.p.c. del 13.10.2021 e nella memoria ex art. 183, comma 6, n. 3), c.p.c. del 2.11.2021. Con vittoria di spese e compensi di entrambi i gradi di giudizio". Per (OMISSIS): "Voglia l'Ill.ma Corte d'Appello adita trattenere la causa in decisione, previa concessione dei termini di cui all'art. 190 cod. proc. civ. e, respinta ogni contraria richiesta, anche istruttoria, eccezione e deduzione ed in accoglimento dei motivi delineati in atti, così statuire:

In via preliminare

dichiarare l'inammissibilità dell'appello formulato dalle signore (OMISSIS) (R.G. n. 360/2023) e dell'appello formulato dal signor (OMISSIS) (R.G. 390/2023) ai sensi dell'art. 342 cod. proc. civ. e/o dell'art. 348-bis cod. proc. civ. e/o dell'art. 345 cod. proc. civ.; dichiarare l'inammissibilità ex art. 345 cod. proc. civ. della domanda nuova formulata in via subordinata dalle signore (OMISSIS) nel secondo e terzo motivo di appello e a pag. 57 dell'atto di appello, per tutti i motivi esposti in atti;

dichiarare l'inammissibilità ex art. 345 cod. proc. civ. dell'eccezione nuova contenuta nel sesto motivo di appello e della domanda nuova formulata in via subordinata dal signor (OMISSIS) nel sesto motivo di appello e a pag. 52 dell'atto di appello, per tutti i motivi esposti in atti;

In via principale, nel merito

rigettare integralmente l'appello proposto dalle signore (OMISSIS) (R.G. 360/2023) e dal signor (OMISSIS) (R.G. 390/2023) avverso la sentenza del Tribunale di Milano n. 9695/2022, resa nel giudizio innanzi al Tribunale di Milano iscritto sub R.G. n. 7274/2021, pubblicata il 12 dicembre 2022 e notificata il 10 gennaio 2023, siccome infondati in fatto e in diritto per tutti i motivi esposti in atti e per l'effetto, confermare integralmente la sentenza del Tribunale di Milano n. 9695/2022, resa nel giudizio innanzi al Tribunale di Milano iscritto sub R.G. n. 7274/2021, pubblicata il 12 dicembre 2022 e notificata il 10 gennaio 2023;

In ogni caso:

con vittoria di spese e competenze professionali di entrambi i gradi di giudizio a favore dei Fallimenti; con ogni più opportuna e necessaria pronuncia".

Per (OMISSIS):

"Voglia l'ecc.ma Corte d'Appello di Milano, contrariis reiectis,

- nel merito, in riforma della Sentenza del Tribunale di Milano n. 9695/2022 resa nel giudizio R.G. 7274/2021 pubblicata il 12 dicembre 2022 e notificata il 10 gennaio 2023, così giudicare:
 - (i) in via principale, rigettare le domande formulate dai Fallimenti nel giudizio di primo grado, in quanto infondate in fatto e in diritto, e, comunque, non provate, per i motivi meglio indicati in atti;
 - (ii) in via riconvenzionale, condannare le attrici al pagamento, in favore di (OMISSIS), dei danni dallo stesso subiti per l'illegittima trascrizione della domanda giudiziale, danni da determinarsi in via equitativa;
 - (iii) in subordine, nel non creduto caso di conferma della Sentenza di primo grado limitare l'estensione degli immobili oggetto della revocatoria per le ragioni enunziate in atti;
 - (iv) in via istruttoria, si ripropongono tutte le istanze istruttorie formulate in primo grado;
- con vittoria di onorari e spese di entrambi i gradi di giudizio".

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Milano, con sentenza n. 9695/2022, pubblicata il 12 dicembre 2022, ha accolto l'azione revocatoria ordinaria proposta dal (OMISSIS) ed ha dichiarato l'inefficacia relativa dell'accordo di separazione personale tra (OMISSIS) e (OMISSIS) in data 21 gennaio 2020, autorizzato dal p.m. di Roma il 23 gennaio 2021, nonché di una serie di atti traslativi di diritti reali immobiliari – nuda e piena proprietà ed usufrutto – esecutivi del predetto accordo, stipulati dal (OMISSIS) con la moglie e con le figlie (OMISSIS) e (OMISSIS).

L'azione era stata proposta a tutela di un credito risarcitorio ancora *sub iudice* che le curatele hanno sostenuto di vantare nei confronti di (OMISSIS) quale amministratore di fatto della società (OMISSIS) e socio di una holding di fatto occulta tra le due società fallite.

La sentenza è stata appellata, in primo luogo, da (OMISSIS) insieme alle figlie (procedimento n. 360/2023).

Con il **primo motivo di appello**, le appellanti rimproverano al primo giudice di non aver considerato il carattere pretestuoso dell'azione risarcitoria intrapresa dalle procedure fallimentari nei confronti di (OMISSIS), anche sotto il profilo dell'entità della somma richiestagli di venti milioni di euro. Tale accertamento sarebbe rilevante non solo sotto il profilo della legittimazione attiva, ma anche per poter valutare la sussistenza dell'*eventus damni* e per poter apprezzare l'elemento soggettivo dell'azione. Sarebbe sintomatico dell'infondatezza dell'iniziativa dei due fallimenti il fatto che, in sede penale, al (OMISSIS) sia stato contestato solo l'illegittimo prelievo di € 40.000 dalle casse sociali (somma che, per di più, il (OMISSIS) avrebbe successivamente rimborsato). Le appellanti, inoltre, si sono dolute dell'accoglimento della domanda non solo in funzione di salvaguardia del credito risarcitorio, ma anche di un credito di euro 7.500.000 per conferimenti non eseguiti, non avendo il tribunale considerato che il (OMISSIS) si era obbligato a sottoscrivere un aumento del capitale sociale nella suddetta misura subordinatamente al verificarsi di condizioni mai realizzatesi.

Con il **secondo motivo di appello** le appellanti hanno contestato la sussistenza degli altri elementi dell'azione revocatoria nei confronti del disponente (OMISSIS). In primo luogo, non potrebbe esistere l'*eventus damni*, in quanto il (OMISSIS), con gli atti impugnati, avrebbe adempiuto ai suoi obblighi di mantenimento nei confronti della moglie e delle figlie; inoltre, per ragioni sostanzialmente sovrapponibili, non vi sarebbero elementi per ravvisare la *scientia damni*. Il Tribunale avrebbe valorizzato elementi privi di valenza indiziaria, come il trasferimento contestuale di una pluralità di diritti immobiliari poco dopo il fallimento (OMISSIS).

Con il **terzo motivo** le appellanti si dolgono della qualificazione dell'accordo di separazione e degli atti dispositivi conseguenziali come atti a titolo gratuito, evidenziando come già l'accordo autorizzato dal p.m. prevedeva il "*carattere funzionale ed indispensabile ai fini della risoluzione della crisi coniugale*" di tali atti e che tale finalità era stata espressamente ribadita negli atti traslativi impugnati; inoltre, che la significativa sproporzione reddituale e patrimoniale tra i coniugi (la (OMISSIS), infatti, non ha mai lavorato ed era del tutto priva di redditi propri), la non autosufficienza economica delle figlie e l'elevato tenore di vita che era stato loro da sempre assicurato rendevano del tutto giustificate le attribuzioni patrimoniali a loro favore. Secondo le appellanti, comunque, ove vi fosse stata un'eccedenza tra il valore dei beni trasferito e quanto necessario al mantenimento del pregresso tenore di vita, sarebbe stato

necessario accertare in che misura il trasferimento *“abbia effettivamente ecceduto la natura onerosa dell'atto e/o abbia arrecato un pregiudizio delle ragioni altrui”*.

Con il **quarto motivo**, le appellanti censurano la sentenza appellata nella parte in cui, in considerazione della ritenuta gratuità dell'atto, ha ritenuto di poter prescindere dall'accertare l'elemento soggettivo dell'azione. Altrettanto erronee sarebbero le considerazioni del giudice, svolte *ad abundantiam*, in ordine alla sussistenza, in ogni caso, di *“elementi presuntivi comprovanti la conoscenza generica, anche in capo alle signore (OMISSIS), del pregiudizio che l'atto dispositivo posto in essere dal dott. (OMISSIS) arrecasse ai suoi creditori”*.

Infine, le appellanti hanno insistito affinché siano ammesse le prove testimoniali dedotte nel giudizio di primo grado, al fine di dimostrare la condizione della (OMISSIS) in costanza di matrimonio; gli studi effettuati dalle Sig.re (OMISSIS); l'agiato tenore di vita della famiglia (OMISSIS); la durata e la tipologia dell'apprendistato svolto dalla Sig.ra (OMISSIS) presso (OMISSIS)

Hanno concluso chiedendo, in riforma della sentenza appellata, di rigettare le domande svolte da (OMISSIS) o, in subordine, di limitare l'accoglimento della domanda *«per la parte che abbia effettivamente “ecceduto” la natura onerosa dell'atto e/o abbia arrecato un pregiudizio delle ragioni altrui»*.

Ha proposto appello anche il (OMISSIS), per motivi in parte sovrapponibili a quelli svolti dall'ex coniuge e dalle figlie. In particolare, egli ha contestato al primo giudice di aver erroneamente affermato che i fallimenti attori avrebbero agito a tutela di crediti risarcitori derivanti da illeciti che gli sono stati contestati in sede penale, anziché dagli episodi di *mala gestio* addebitatigli come amministratore di fatto di (OMISSIS) e socio di una holding occulta (**primo motivo**); inoltre, che le attrici avevano introdotto il tema dell'esistenza di un credito derivante dalla mancata esecuzione del conferimento promesso solo con la memoria depositata ai sensi dell'art. 183, sesto comma, n. 2, c.p.c., sì che il Tribunale aveva errato nel pronunciare l'inefficacia relativa degli atti traslativi impugnati anche a garanzia di tale credito (**secondo motivo**). Inoltre, si è doluto, come le altre appellanti, del fatto che il Tribunale non abbia rilevato: 1. il carattere pretestuoso della pretesa risarcitoria affermata nei suoi confronti; 2. l'inesistenza dell'*eventus damni*, essendosi egli limitato ad adempiere ad un debito scaduto nei confronti della moglie e delle figlie e comunque avendo egli conseguito, nel 2020, redditi per circa due milioni di euro ed essendo proprietario di diversi immobili di cui uno a Napoli in piena proprietà, oltre che di quote, rispettivamente di un mezzo e di un terzo, su altri due immobili sempre nella città campana; 3. l'inesistenza dell'elemento soggettivo dell'azione: gli atti traslativi erano stati stipulati in esecuzione degli accordi consacrati nel verbale di separazione consensuale del 12 novembre 2019, mentre il fallimento di (OMISSIS) era stato dichiarato successivamente, cioè il 15 novembre. Alla data dell'atto, inoltre, nessuna sua possibile responsabilità risarcitoria poteva profilarsi e nel procedimento penale pendente gli erano state attribuite condotte in alcun modo connesse a quelle successivamente poste a fondamento dell'azione risarcitoria; 4. il carattere oneroso, quanto meno prevalente, degli atti dispositivi. Anche (OMISSIS) si è doluto del rigetto delle istanze istruttorie. Ha concluso chiedendo il rigetto dell'azione revocatoria ed ha riproposto, in via riconvenzionale, domanda di condanna dei fallimenti attori al risarcimento dei danni conseguenti alla *“illecita trascrizione della domanda giudiziale”*.

I Fallimenti appellati si sono costituiti in entrambi i giudizi, eccependo l'inammissibilità dell'appello ai sensi dell'art. 342 c.p.c. e la sua infondatezza.

Il 14 settembre 2023 il procedimento n. 490/2023 è stato riunito al n. 360/2023.

Quindi, disposta la trattazione scritta ai sensi dell'art. 127-ter c.p.c., il 5 ottobre 2023 questa Corte ha trattenuto la causa in decisione. La sentenza, scaduti i termini assegnati alle parti ai sensi dell'art. 190 c.p.c., è stata deliberata nella camera di consiglio del 10 gennaio 2024.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Preliminarmente, deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità ai sensi dell'art. 342 c.p.c., poiché la lettura degli atti introduttivi consente di enucleare con sufficiente chiarezza gli elementi indispensabili a consentire l'esame del merito, risultando desumibile quale parte della sentenza di primo grado s'intenda censurare, quali siano le modifiche richieste, l'indicazione delle circostanze da cui deriverebbe la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata. Risultano quindi soddisfatte le condizioni richieste dalla disposizione citata, come interpretata dalla giurisprudenza di legittimità che, anche di recente, ha chiarito che *“Gli artt. 342 e 434 c.p.c., nel testo formulato dal d.l. n. 83 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 134 del 2012, vanno interpretati nel senso che l'impugnazione deve contenere, a pena di inammissibilità, una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice, senza che occorra l'utilizzo di particolari forme sacramentali o la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado, ovvero la trascrizione totale o parziale della sentenza appellata, tenuto conto della permanente natura di «revisio prioris instantiae» del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata”* (cfr. Cass. ord. n. 13535/2018). Sempre in rito, va segnalato che l'esenzione dalla revocatoria ordinaria, prevista per l'adempimento di un debito scaduto, integra un'eccezione in senso stretto, presupponendo l'allegazione in giudizio di fatti impeditivi non rilevabili d'ufficio (cfr. Cass., ord. n. 19962/2023; Cass. n. 16793/2015).

Si tratta di eccezione che le odierne parti appellanti non hanno formulato con le rispettive comparse di costituzione e risposta nel giudizio di primo grado e che dunque è loro preclusa in questa sede. Nessuna delle doglianze svolte sotto questo profilo sarà valutata. Nel merito, l'appello è fondato solo in minima parte. Se ne darà conto nell'esaminare le censure svolte dalle parti appellanti in ordine all'insufficienza delle verifiche svolte con riferimento ai crediti affermati dalle parti attrici, con la precisazione che, considerata la già segnalata sovrapposibilità dei motivi svolti dagli appellanti, detti motivi (primo motivo (OMISSIS) e primo, secondo e terzo motivo (OMISSIS)) verranno trattati congiuntamente, seguendo il medesimo ordine espositivo della sentenza di primo grado.

Esistenza del credito

I fallimenti (OMISSIS) e (OMISSIS), debitamente autorizzati dai rispettivi giudici delegati, hanno convenuto in giudizio (OMISSIS) dinanzi al Tribunale di Milano chiedendo l'accertamento della sua

responsabilità per atti di *mala gestio* compiuti in qualità di socio unico e di amministratore di fatto di (OMISSIS) e quale socio di una *holding* di fatto esercente attività di direzione e coordinamento anche della controllata (OMISSIS) (cfr. doc. nn. 16, 17, 18 e 19 fascicolo primo grado attori), nonché la sua condanna al pagamento, a titolo di risarcimento dei danni, di un importo pari all'incirca, a venti milioni di euro.

I giudizi sono ancora pendenti.

In questa situazione, non competeva al Tribunale valutare – e neppure deve essere oggetto di disamina in questa sede – la verosimile fondatezza dell'iniziativa, né occorre interrogarsi sui rapporti tra le cause civili ed il procedimento penale che ha coinvolto (OMISSIS) (cfr. doc. 23 fascicolo attori e doc. 20 fascicolo (OMISSIS)), giacché come è noto a tutti, anche alle parti appellanti, che tuttavia non traggono dalla regola apparentemente condivisa le ineludibili conseguenze, l'articolo 2901 c.c. ha accolto una nozione lata di credito, comprensiva delle mere aspettative, con conseguente irrilevanza dei normali requisiti di certezza, liquidità ed esigibilità, sì che anche il credito eventuale, nella veste di credito litigioso, è idoneo a determinare – sia che si tratti di un credito di fonte contrattuale oggetto di contestazione in separato giudizio sia che si tratti di credito risarcitorio da fatto illecito – l'insorgere della qualità di creditore che abilita all'esperimento dell'azione revocatoria ordinaria.

La giurisprudenza di legittimità ha pure precisato che, ai fini dell'accoglimento dell'azione revocatoria ordinaria, è sufficiente la titolarità di un credito eventuale qual è quello oggetto di un giudizio ancora in corso, fermo restando che l'eventuale sentenza dichiarativa dell'inefficacia non può essere portata ad esecuzione fino a quando l'esistenza di quel credito non sia accertata con efficacia di giudicato (cfr. Cass. n. 5619/2016; Cass. n. 9855/2014; Cass. n. 1893/2012). Si tratta di principi condivisi, ribaditi dal giudice di legittimità finché in fattispecie in cui la domanda del creditore procedente era già stata respinta dal giudice di primo grado (cfr. Cass. ord. n. 3369/2019), ai quali questa Corte intende dare continuità.

Ad avviso della Corte, infatti, una verifica sulla plausibilità delle ragioni di credito addotte a fondamento della domanda è certamente necessaria, al fine di scongiurare il rischio che l'azione sia esercitata in modo pretestuoso, ove il procedente abbia agito semplicemente prospettando la titolarità di una ragione di credito non solo non ancora accertata in giudizio, ma in relazione alla quale nessuna concreta iniziativa volta al suo accertamento sia stata ancora assunta. Non, invece, nel caso in esame, in cui i giudizi diretti a far affermare la responsabilità del (OMISSIS) sono già in corso e, per di più, si avvalgono degli accertamenti svolti da soggetti imparziali nell'ambito del procedimento ex art. 2409 c.c. e dal p.m. (cfr. doc. 11 e 15 fascicolo attori e doc. 20 (OMISSIS), pagine 29 e 30). Sostengono le appellanti che l'ammontare del possibile debito risarcitorio non è un fatto neutro, poiché è in rapporto al *quantum* della pretesa che deve essere verificato il carattere pregiudizievole degli atti dispositivi impugnati e perché l'entità del credito incide anche sulla valutazione, in termini presuntivi, dell'elemento soggettivo dell'azione.

Sul punto, è agevole replicare che l'*eventus damni* non può che essere verificato alla stregua del credito così come affermato dalla parte attrice, poiché è a tutela di quell'ipotetico credito che la stessa ha agito. Si vedrà, comunque, che il (OMISSIS) si è spogliato della quasi totalità del suo patrimonio, sì che verosimilmente non potrebbe rispondere neppure di debiti di più modesto ammontare.

Quanto alla *scientia damni*, costituisce *ius receptum* il principio secondo il quale non occorre la conoscenza, da parte del terzo, dello specifico credito per cui è proposta l'azione (cfr. Cass. ord. n. 28423/2021), ma la mera previsione del pregiudizio arrecato ai creditori, sì che, anche sotto questo profilo, le censure di (OMISSIS) e di (OMISSIS) appaiono prive di pregio.

È indubbio però – e sotto questo profilo le critiche di (OMISSIS) e delle altre appellanti (cfr. pagine 23-24 atto di appello) sono fondate – che l'azione revocatoria sia stata originariamente esercitata solo a salvaguardia del credito risarcitorio e non del credito di € 7.500.000 preteso dal (OMISSIS) sul presupposto dell'inadempimento, da parte del (OMISSIS), dell'impegno assunto di sottoscrizione di un aumento del capitale sociale.

Non è contestato che di tale asserito credito la curatela abbia riferito solo nella memoria ex artt. 183, sesto comma, n. 2, c.p.c..

Il Tribunale, ciò malgrado, sul presupposto secondo il quale la "*allegazione relativa al secondo giudizio intrapreso*" dovrebbe qualificarsi come una "*consentita emendatio libelli*" ha affermato, in motivazione, che, "*tra le legittime ragioni di aspettativa di credito (atteso che l'azione revocatoria mira a conservare la garanzia del patrimonio del debitore in favore dei Fallimenti creditori)*" debba "*ricomprendersi senz'altro anche il credito risarcitorio e di condanna per l'importo di € 7,5 Milioni promesso a titolo di conferimento*". Non è così.

L'accoglimento dell'azione revocatoria ordinaria comporta l'inefficacia relativa dell'atto impugnato: essa giova unicamente al creditore procedente, in relazione al credito a tutela del quale ha agito. L'indicazione di un'ulteriore ragione di credito – a vantaggio del quale potrebbe in futuro essere esercitata l'azione esecutiva – amplia il *thema decidendum* e l'ambito del *decisum*; non è importante stabilire se tale ampliamento integri la proposizione di una nuova domanda o se si tratti di *emendatio libelli*, poiché le modificazioni e le precisazioni delle domande sono consentite entro il termine di cui all'art. 183, sesto comma, n. 1, c.p.c..

La declaratoria di inefficacia dell'accordo di separazione e degli atti traslativi consequenziali giova quindi alle parti appellate unicamente in relazione ai dedotti crediti risarcitori e la sentenza, sotto questo profilo, va emendata.

Ciò naturalmente non vuol dire che non si possa tener conto della circostanza in sé dell'emersione di un ulteriore profilo di responsabilità del (OMISSIS) e della documentazione prodotta (e del resto, a ben leggere le memorie istruttorie, verosimilmente era soltanto questo l'intento originario del fallimento (OMISSIS)), ma solo a fini istruttori, nella misura in cui i fatti allegati concorrono a dimostrare la sussistenza degli elementi oggettivo e soggettivo dell'azione revocatoria.

Eventus damni

È possibile quindi passare ad esaminare le doglianze delle parti appellanti (secondo motivo (OMISSIS) e quarto motivo (OMISSIS)) con riferimento alla accertata ricorrenza dell'*eventus damni* che, come è noto, sussiste anche in presenza di variazioni solo qualitative nel patrimonio del debitore, quando siano tali da rendere anche soltanto più difficile il recupero coattivo del credito, con la precisazione, come si è detto *infra*, che il carattere pregiudizievole dell'atto va accertato avuto riguardo all'ammontare della pretesa risarcitoria, giacché, altrimenti, non avrebbe senso riconoscere legittimazione all'esercizio dell'azione anche a tutela di crediti litigiosi e solo eventuali.

Al riguardo, vi è poco da aggiungere alle persuasive considerazioni del primo giudice, il quale ha evidenziato che con l'atto di trasferimento del 31 gennaio 2020 il (OMISSIS) si è spogliato di una notevolissima parte del suo patrimonio, cedendo alla moglie ed alle figlie diritti reali su molteplici unità immobiliari di cui aveva la piena proprietà situate a (OMISSIS).

Dal canto suo, il (OMISSIS), gravato dal relativo onere probatorio ha solo genericamente allegato di essere "*ancora titolare di adeguate risorse per far fronte alla (non ipotizzabile) condanna*" (così in comparsa di costituzione e risposta, pag. 22), senza darsi pena di dimostrare la veridicità dell'assunto.

Dai registri immobiliari (doc. 14 parte attrice), come segnalato dal primo giudice, risulta la titolarità in capo al disponente di un immobile di 100 mq. circa sito in Napoli (pure promesso alla (OMISSIS) ed a (OMISSIS) – cfr. rogito notarile, pag. 4) – e di quote di un terzo e due terzi di due immobili, pure ubicati in Napoli, ma, in assenza di una perizia estimativa, di un estratto delle rilevazioni OMI o di una qualche dettagliata descrizione dei beni, non è possibile affermare che gli stessi siano di valore tale da garantire il soddisfacimento del credito risarcitorio delle parti attrici. In particolare, non sono di alcuna utilità le dichiarazioni dei redditi in atti, relative agli anni 2018-2020, che danno conto della titolarità di diritti immobiliari in capo al contribuente, compresi quelli oggetto dell'atto dispositivo impugnato, ma non certo delle caratteristiche e del valore di quelli dei quali ha mantenuto la titolarità.

Il reddito imponibile di €2.058.444,00 dichiarato nel 2020 è palesemente insufficiente rispetto all'ammontare della pretesa risarcitoria, considerata anche l'esistenza di ulteriori debiti, quale quello di €7.500.000 di cui si è detto; inoltre, il (OMISSIS) non ha dimostrato di essere titolare di risparmi, cioè delle "*risorse accumulate negli anni precedenti*" a cui fa cenno nell'atto di appello.

Infine, non è possibile far affidamento sul credito ammesso al passivo del (OMISSIS), in quanto si tratta di credito postergato, ammesso in via chirografaria, che potrebbe essere pagato solo previo soddisfacimento di tutti gli altri creditori ammessi al passivo (cfr. doc. 1 di parte (OMISSIS)).

L'assunto secondo l'*eventus damni* sarebbe poi escluso dalla finalità dell'atto traslativo, con il quale il (OMISSIS) avrebbe adempiuto all'obbligo di mantenimento nei confronti della moglie e delle figlie e dunque avrebbe soddisfatto un credito di rango più elevato, è del tutto privo di pregio.

La revocatoria ordinaria non mira a preservare la *par condicio creditorum* e non impone alcuna comparazione tra rango dei creditori, che, semmai, sarà effettuata dal giudice dell'esecuzione nella redazione del piano di riparto, nel caso in cui partecipino alla procedura creditori privilegiati insoddisfatti.

Solo per completezza d'esposizione si rammenta che non è ammissibile perché tardiva l'eccezione di cui all'art. 2901, terzo comma, c.c., per di più formulata senza tener conto del carattere discrezionale dell'accordo separativo, esso stesso parte dell'operazione revocabile.

Scientia damni in capo al disponente

Parimenti infondate sono le doglianze che concernono la *scientia damni* in capo al (OMISSIS).

Va premesso che gli atti oggetto dell'azione revocatoria sono l'accordo di separazione sottoscritto il 21 gennaio 2020 e gli atti traslativi stipulati il 31 gennaio 2020.

La pretesa risarcitoria affermata dai fallimenti appellati è fondata su condotte di *mala gestio* che si collocano tra il 2018 ((OMISSIS), di cui il (OMISSIS) è socio unico, è stata costituita il 31 gennaio 2018) e la primavera del 2019 (cfr. doc. 11 di parte attrice) che avrebbero determinato o comunque aggravato il dissesto delle due società, portandole al fallimento il 15 novembre 2019.

Dunque, è incontrovertibile che le ragioni creditorie di cui si discute sono antecedenti alla stipulazione degli atti impugnati, dovendosi far riferimento all'insorgenza del credito e non al momento del suo accertamento.

Sotto il profilo soggettivo, quindi, non serve la dimostrazione della dolosa preordinazione degli atti impugnati a ledere le ragioni dei creditori, ma è sufficiente poter affermare che, ragionevolmente, il (OMISSIS), allorché ha trasferito la quasi totalità del suo patrimonio immobiliare all'ex moglie ed alle figlie, sapeva che, così facendo, avrebbe reso più difficile il soddisfacimento degli altri suoi creditori. Il primo giudice ha valorizzato, a tal fine, il fatto, certo, che gli atti impugnati sono stati posti in essere poco più di due mesi dopo le dichiarazioni di fallimento delle due società; il fatto che, dalle verifiche condotte dal p.m. e dall'amministratore giudiziario nominato nel procedimento ex art. 2409 c.c., è emerso il ruolo del (OMISSIS) "*come principale riferimento per ottenere i finanziamenti dal sistema bancario*" per l'acquisizione di partecipazioni sociali in società farmaceutiche in difficoltà economico-finanziaria, ciò che ha generato il dissesto delle società (doc. 15 di parte attrice e 20 di parte (OMISSIS)); infine, l'elevato numero di unità immobiliari trasferite con un unico atto di disposizione.

Si tratta di elementi di grave ed univoco valore indiziario.

L'appellante, con un passato da manager di successo, non può certamente aver nutrito dei dubbi sulle conseguenze del rifiuto, esposto in assemblea il 6 agosto 2019 e ribadito il 7 novembre 2019 all'amministratore giudiziario, di ricapitalizzare (OMISSIS) in un momento in cui la stessa si trovava ad aver urgente bisogno di liquidità.

Proprio la consapevolezza della situazione di difficoltà delle farmacie del gruppo, unita alla consapevolezza delle proprie precedenti condotte, è sufficiente a far ritenere il (OMISSIS) conscio del suo essere esposto a possibili iniziative risarcitorie e quindi, per ciò solo, necessariamente consapevole del pregiudizio arrecato ai propri creditori, mentre non gli giova il rigetto da parte del giudice delle indagini preliminari della richiesta di applicazione di misura cautelare, in quanto non poggia sull'inconsistenza del quadro indiziario, ma, come giustamente evidenziato dal Tribunale, ma sulla ritenuta non attualità del *periculum* di reiterazione dei reati (cfr. pag. 115 del doc. 20 (OMISSIS)).

Natura degli atti impugnati ed elemento soggettivo

Gli appellanti rimproverano al Tribunale di aver affermato la gratuità degli atti impugnati e, così facendo, di averli ritenuti revocabili senza necessità di accertare la sussistenza dell'elemento soggettivo dell'azione in capo a (OMISSIS) ed a (OMISSIS).

Hanno domandato, inoltre, in via subordinata, di accertare in quale misura gli atti traslativi siano stati il mezzo per l'adempimento dell'obbligo di mantenimento e in quale misura siano connotati da gratuità.

Si tratta di domanda nuova ed inammissibile, anche sotto il profilo di un interesse concreto all'accertamento, giacché ove anche si potesse ritenere che i negozi in questione abbiano avuto causa onerosa, ciò non vuol dire che essi non possano essere aggrediti ai sensi

dell'art. 2901 c.c., ma comporta semplicemente che la loro revocabilità "passi" dall'accertamento del *consilium fraudis* in capo alle beneficiarie, che, nel caso in esame, risulta essere positivamente accertato. Giova premettere, in via di principio, che, con riferimento ai negozi esecutivi di accordi di separazione, la giurisprudenza di legittimità ha chiarito che:

- *"partendo dalla considerazione che, da un lato, l'art. 2740 c.c. dispone che il debitore risponde con tutti i suoi beni dell'adempimento delle proprie obbligazioni, a prescindere dalla loro fonte, e quindi anche se le stesse derivino dalla legge, come l'obbligo di mantenimento del coniuge e dei figli minori; e, dall'altro, l'art. 2901 c.c. tutela il creditore, rispetto agli atti di disposizione del proprio patrimonio posti in essere dal debitore, senza alcun discrimine circa lo scopo ulteriore avuto di mira dal debitore nel compimento dell'atto dispositivo – è stato affermato che: a) sono soggetti all'azione revocatoria anche gli atti aventi un profondo valore etico e morale, come quello con cui il debitore, per adempiere il proprio obbligo di mantenimento nei confronti dei figli e del coniuge, abbia trasferito a quest'ultimo, a seguito della separazione, la proprietà di un bene (così Sez. 3, Sentenza n. 15603 del 26/07/2005, Rv. 584892 – 01); b) l'accordo con il quale i coniugi, nel quadro della complessiva regolamentazione dei loro rapporti in sede di separazione consensuale, stabiliscano il trasferimento di beni immobili o la costituzione di diritti reali minori sui medesimi, rientra nel novero degli atti suscettibili di revocatoria (fallimentare), non trovando tale azione ostacolo né nell'avvenuta omologazione dell'accordo stesso, cui resta estranea la funzione di tutela dei terzi creditori e che, comunque, lascia inalterata la natura negoziale della pattuizione; né nella pretesa inscindibilità di tale pattuizione dal complesso delle altre condizioni della separazione; né, infine, nella circostanza che il trasferimento immobiliare o la costituzione del diritto reale minore siano stati pattuiti in funzione solutoria dell'obbligo di mantenimento del coniuge economicamente più debole o di contribuzione al mantenimento dei figli, venendo nella specie in contestazione, non già la sussistenza dell'obbligo in sé, di fonte legale, ma le concrete modalità di assolvimento del medesimo, convenzionalmente stabilite dalle parti..."*;
- *«Gli accordi di separazione personale fra i coniugi, contenenti attribuzioni patrimoniali da parte dell'uno nei confronti dell'altro e concernenti beni mobili o immobili, non risultano collegati necessariamente alla presenza di uno specifico corrispettivo o di uno specifico riferimento ai tratti propri della «donazione», e – tanto più per quanto può interessare ai fini di una eventuale loro assoggettabilità all'actio revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. rispondono, di norma, ad un più specifico e più proprio originario spirito di sistemazione dei rapporti in occasione dell'evento di «separazione consensuale» (il fenomeno acquista ancora maggiore tipicità normativa nella distinta sede del divorzio congiunto), il quale, sfuggendo – in quanto tale – da un lato alle connotazioni classiche dell'atto di «donazione» vero e proprio (tipicamente estraneo, di per sé, ad un contesto – quello della separazione personale – caratterizzato proprio dalla dissoluzione delle ragioni dell'affettività), e dall'altro a quello di un atto di vendita (attesa oltretutto l'assenza di un prezzo corrisposto), svela, di norma, una sua «tipicità» propria la quale poi, volta a volta, può, ai fini della più particolare e differenziata disciplina*

di cui all'art. 2901 c.c., colorarsi dei tratti dell'obiettiva onerosità piuttosto che di quelli della «gratuità», in ragione dell'eventuale ricorrenza – o meno – nel concreto, dei connotati di una sistemazione «solutorio-compensativa» più ampia e complessiva, di tutta quell'ampia serie di possibili rapporti (anche del tutto frammentari) aventi significati (o eventualmente solo riflessi) patrimoniali maturati nel corso della (spesso anche lunga) quotidiana convivenza matrimoniale» (cfr. Cass. ord. n. 10443/2019 e le altre ivi citate).

Nella fattispecie in esame, (OMISSIS) non ha mai lavorato, non era titolare di redditi propri, benché proprietaria di due unità immobiliari (cfr. doc. 6 (OMISSIS), pag. 5); le due figlie, nate nel 1998, all'epoca della separazione erano maggiorenni e già laureate, ma non lavoravano ancora.

Con l'accordo di separazione, (OMISSIS) si è obbligato a versare €3.000 mensili quale contributo al mantenimento del coniuge e delle figlie, ha assunto a suo carico il 50% delle spese straordinarie relative alle figlie. La casa coniugale in Roma *"con tutto quanto in essa contenuto"* è stata assegnata a (OMISSIS). Il (OMISSIS), inoltre, si è obbligato a trasferire, come poi avvenuto:

- l'usufrutto, in favore della signora (OMISSIS), sulla casa coniugale di (OMISSIS) e sulle porzioni immobiliari site in (OMISSIS);
- la nuda proprietà ad (OMISSIS) (i) della casa coniugale sita in (OMISSIS) e (ii) dell'immobile sito in (OMISSIS);
- la piena proprietà a (OMISSIS) dell'immobile sito in (OMISSIS);
- la nuda proprietà ad (OMISSIS) e (OMISSIS), in comunione tra loro, delle porzioni immobiliari site in (OMISSIS);
- la nuda proprietà ad (OMISSIS) e (OMISSIS), in comunione tra loro, delle porzioni immobiliari site in (OMISSIS).

Il valore dei beni trasferiti è stato indicato dalle parti in € 1.1340.000.

Non vi è dubbio, ad avviso della Corte che, considerata l'assenza di redditi in capo alla (OMISSIS) e che, all'epoca della separazione, (OMISSIS) e (OMISSIS) non avevano ancora un'occupazione, tali accordi ed i conseguenti atti traslativi, abbiano avuto la funzione di provvedere al loro mantenimento, essendo altrimenti palesemente insufficiente, anche a fronte di un tenore di vita meno elevato rispetto a quello di cui riferiscono le parti, un assegno di € 1.000 per persona.

Neppure può essere seriamente messa in dubbio l'eccedenza dei beni trasferiti in rapporto all'obbligo di mantenimento e che non ricorresse alcuna necessità di regolare, in un'ottica solutorio-compensativa, i rapporti tra i coniugi, considerato che la (OMISSIS) non ha mai allegato di avere in qualche modo contribuito alla formazione del patrimonio del coniuge, che ha sposato quando egli aveva già 51 anni ed era un manager di successo (cfr. ricorso per la separazione giudiziale), e neppure avendo dimostrato di avere rinunciato ad una qualche attività lavorativa svolta prima del matrimonio e della nascita delle figlie.

Si aggiunga che, sebbene i coniugi fossero in regime di separazione, la (OMISSIS) era già intestataria, pro quota, di parte delle unità immobiliari oggetto del negozio impugnato, ciò che dimostra che, avendo ella stessa escluso di aver contribuito con i suoi mezzi, all'acquisto di tali beni, il coniuge aveva già provveduto, nel corso dei 23 anni di matrimonio, a "compensarla" del contributo dato al benessere della famiglia.

Non è un caso, del resto, che il notaio incaricato della stipulazione, abbia ritenuto necessaria la partecipazione all'atto di testimoni,

che, come è noto, è prevista per la donazione e non per gli atti con causa onerosa.

Ad avviso di questa Corte, tuttavia, non è utile disquisire della prevalenza o meno della causa gratuita sulla causa onerosa, poiché gli elementi di prova acquisiti nel corso dell'istruttoria dimostrano senza incertezza, anche se in via presuntiva, che (OMISSIS) ed (OMISSIS) erano consapevoli dei timori di (OMISSIS) per le possibili conseguenze del dissesto di (OMISSIS), a seguito, come si è visto, di operazioni intraprese già nel 2018, e quindi del carattere pregiudizievole delle attribuzioni patrimoniali a loro favore per gli altri creditori.

Vengono innanzitutto in considerazione il rapporto di coniugio protrattosi per 23 anni e la coabitazione. Persino dal 13 al 21 agosto 2019, quando era già in atto la crisi coniugale a seguito della scoperta, nel mese di maggio, della relazione intrattenuta dal coniuge con certa (OMISSIS) ed era già stato preannunciato il ricorso per separazione, la (OMISSIS) trascorse alcuni giorni di vacanza ad (OMISSIS) con il marito, condividendo con lui la camera n. 321 (si vedano il riepilogo sub. 38 del fascicolo (OMISSIS) e (OMISSIS) ed il doc. 19 di parte (OMISSIS)).

La conoscenza da parte della (OMISSIS) degli affari del marito emerge inoltre con chiarezza dalla lettura del ricorso di separazione, nel quale ella ha puntualmente indicato gli incarichi ricoperti dal coniuge nel corso degli anni ed i suoi redditi, sottolineando i sacrifici fatti per favorire la crescita professionale del marito – e quindi la condivisione del suo percorso lavorativo – ed anche dalla facilità con la quale, allorché ha dubitato della sua fedeltà, l'appellante ha individuato i bonifici eseguiti dal (OMISSIS) a favore della (OMISSIS).

Anche gli estratti conto delle carte di credito intestate al (OMISSIS) arrivavano presso la residenza coniugale (cfr. doc. 27-bis fascicolo (OMISSIS)).

Quanto alle figlie, non si trattava di bambine, ma di giovani adulte, già laureate.

Con specifico riferimento alla figlia (OMISSIS), inoltre, rileva il fatto che, seppure senza alcuna formalizzazione del rapporto, tra gennaio e (quanto meno) maggio 2019, ella abbia lavorato presso la sede romana di (OMISSIS). Indipendentemente dalle mansioni attribuitele, che sembrano aver riguardato lo sviluppo del sito web e del logo, tale esperienza, voluta dal padre (*"Non c'è bisogno di formalizzare nulla. facciamo conto come se fosse una giovane figlia che fa un po' di compagnia al vecchio papà"* – cfr. doc. 11 fascicolo (OMISSIS)), non solo conferma la coesione del nucleo familiare, ma appare particolarmente rilevante poiché in quello stesso periodo è emersa in modo prepotente la crisi di liquidità della società e perché di lì a poco sarebbe stato avviato, nei confronti della società, da parte del collegio sindacale, il procedimento ex art. 2409 c.c. (cfr. doc. 27 di parte attrice ed atto di intervento del p.m., doc. 11 attori, datato luglio 2019), sì che non appare credibile che (OMISSIS), presente in azienda in affiancamento del padre, sia stata tenuta all'oscuro della crescente situazione di difficoltà. È particolarmente significativa, al riguardo, la corrispondenza intercorsa tra il (OMISSIS) e l'amministratore delegato (OMISSIS) relativa al mancato pagamento della fattura di (OMISSIS), cioè proprio del principale interlocutore di (OMISSIS) per l'incarico che le era stato affidato (cfr. atto di appello, pag. 50 e doc. 27 di parte attrice, pag. 124, ma si veda anche la pag. 122).

Ma vi è di più.

È proprio il tenore degli accordi di separazione che dimostra come il veloce passaggio da una separazione giudiziale con addebito ad

una separazione consensuale sia stato il frutto del tentativo dell'intera famiglia (OMISSIS) di mettere i "beni di famiglia" al riparo dalle iniziative dei creditori.

Infatti, con il ricorso datato 29 luglio 2019, (OMISSIS) dopo aver tratteggiato la florida situazione patrimoniale e reddituale del marito ed aver dato atto della sua situazione di impossidenza, mettendo bene in evidenza (a "futura memoria") che il coniuge l'aveva sempre esclusa dalla gestione economica della famiglia, ma le aveva fatto condurre un elevato tenore di vita, chiedeva la separazione con addebito, un assegno mensile di €7.000, di cui 5.000 per sé e 2.000 per le figlie, l'accollo al (OMISSIS) delle spese straordinarie da sostenere per (OMISSIS) ed (OMISSIS) e l'assegnazione della casa coniugale, per poterla continuare ad abitare insieme alle figlie. L'udienza veniva fissata per il 10 dicembre 2019 ed il ricorso veniva notificato il 4 ottobre 2019.

Il (OMISSIS) chiedeva un'anticipazione dell'udienza, che veniva fissata per il 12 novembre 2019. Quindi, nel costituirsi in giudizio l'8 novembre 2019, il giorno successivo alla sua audizione da parte dell'amministratore nominato nel procedimento ex art. 2409 c.c. – al quale, come si è detto, aveva manifestato la propria indisponibilità a ricapitalizzare (OMISSIS) – aderiva alla domanda di separazione e formulava una "controproposta" nettamente più vantaggiosa per la (OMISSIS) e le figlie, giacché se è vero che l'assegno mensile diventava pari a tremila euro al mese, con rimborso del 50% delle spese straordinarie, egli si rendeva disponibile a privarsi della proprietà della casa coniugale, laddove la (OMISSIS) aveva solo chiesto di continuare ad abitarla ed a trasferire, senza alcuna contropartita, alla moglie ed alle figlie tutti gli immobili che sono poi stati oggetto del contratto impugnato, oltre che, alle figlie, alcune partecipazioni sociali. Non deve ingannare la proposta di pagamento di 3000 euro al mese, anziché di 7.000, poiché si legge nella comparsa di risposta che due delle unità immobiliari offerte erano state date in affitto e che i canoni netti (depurati da spese ed imposte) ammontavano a complessivi 6.200 euro (cfr. doc. 7 (OMISSIS), punto 7).

(OMISSIS) si offriva, inoltre, di provvedere al pagamento delle spese dell'atto notarile.

Risulta dagli atti del procedimento che già all'udienza del 12 novembre le parti raggiungevano un'intesa e firmavano un verbale di conciliazione.

Poiché l'udienza veniva rinviata al 4 febbraio 2020, il 13/12/2019, il (OMISSIS) chiedeva al Tribunale di Roma una nuova anticipazione, che non veniva concessa.

Veniva quindi intrapresa una strada alternativa, quella della negoziazione assistita dinanzi al p.m.; l'accordo, con differenze minime rispetto alla proposta, veniva sottoscritto il 21 gennaio 2020, quando (OMISSIS) erano già state dichiarate fallite ed autorizzato dal p.m. il 23 gennaio.

L'intera vicenda presenta numerose anomalie.

Innanzitutto, l'insolita offerta da parte di (OMISSIS) di condizioni di separazione di gran lunga più vantaggiose di quelle prospettate dalla (OMISSIS), tanto più sperequante ove si consideri che l'ammontare di un assegno di mantenimento può essere modificato nel corso degli anni, al mutare delle condizioni economiche delle parti, mentre, nel caso di specie, il (OMISSIS) si è spontaneamente e definitivamente privato della quasi totalità del suo patrimonio immobiliare. La stessa (OMISSIS) ha ammesso che, all'epoca della separazione, gli immobili trasferiti le consentivano di incassare

€ 8.800 lordi al mese, ciò che testimonia di un elevato valore locativo che non viene meno per la circostanza, ovvia, che il reperimento di un nuovo inquilino alla scadenza di un contratto di locazione possa non essere immediato.

Inoltre, la velocità con la quale le parti sono addivenute alla sottoscrizione del verbale di separazione consensuale, a distanza di soli quattro giorni dalla costituzione in giudizio di (OMISSIS) che ha depositato ben due istanze di anticipazione dell'udienza, senza che ve ne fosse alcuna ragione oggettiva (se non la generica volontà di formalizzare l'accordo raggiunto).

Ancora, l'inidoneità di parte dei beni trasferiti a produrre un reddito, in contraddizione con l'obiettivo dichiarato di provvedere all'adempimento dell'obbligo di mantenimento, essendo stati ceduti principalmente beni destinati ad abitazione principale ed a "dimora estiva" e sostanzialmente incommerciabili, non perché non appetibili in sé, ma in quanto, fatta eccezione per la piena proprietà a (OMISSIS) dell'immobile ubicato in (OMISSIS), per il resto, è stata attribuita alle figlie, pro quota, la nuda proprietà di beni sui quali ha l'usufrutto la madre.

Sono proprio tali anomalie che, ad avviso della Corte, rivelano non solo la conoscenza, da parte di (OMISSIS) dei rischi a cui era esposto (OMISSIS), ma anche la loro consapevole e fattiva partecipazione ad un'operazione diretta ad ostacolare l'aggressione del patrimonio del (OMISSIS).

L'intero procedimento di separazione, infatti, si è svolto in concomitanza con l'emergere della situazione di illiquidità delle farmacie del gruppo, il verbale di separazione è stato sottoscritto tre giorni solo prima della dichiarazione di fallimento, l'accordo di separazione e l'atto traslativo sono successivi alla dichiarazione di fallimento ed al deposito dell'istanza di ammissione al passivo (cfr. doc. 7 (OMISSIS)). Tutto ciò senza trascurare che, come ha evidenziato il primo giudice, *"ai fini dell'azione revocatoria ordinaria, la consapevolezza dell'evento dannoso da parte del terzo contraente, prevista quale condizione dell'azione dall'art. 2901 primo comma n. 2, prima ipotesi, cod.civ., consiste nella generica conoscenza del pregiudizio che l'atto di disposizione posto in essere dal debitore, diminuendo la garanzia patrimoniale, può arrecare alle ragioni dei creditori, e la relativa prova può essere fornita anche mediante presunzioni. Nel caso in cui il debitore disponga del suo patrimonio mediante vendita contestuale di una pluralità di beni, l'esistenza e la consapevolezza sua e dei terzi acquirenti del pregiudizio patrimoniale che tali atti recano alle ragioni del creditore, ai fini dell'esercizio da parte di quest'ultimo dell'azione pauliana, sono «in re ipsa»* (così Cass. n. 10430/2005, oltre a quelle richiamate dal Tribunale di Milano).

Tanto basta per il rigetto degli appelli, senza alcuna necessità di procedere ad approfondimenti istruttori su circostanze sostanzialmente estranee al tema del contendere, in quanto principalmente dirette a ricostruire i motivi della crisi coniugale ed il tenore di vita al quale (OMISSIS) e le sue figlie sono state abituate.

Senza tacere, quanto alle suddette (OMISSIS), che sia nel precisare le conclusioni nel giudizio di primo grado che in appello, le loro istanze istruttorie sono state richiamate solo mediante richiamo generico alle memorie depositate (cfr. Cass. ord. n. 16420/2023, per l'affermazione secondo la quale *"In osservanza del principio di specificità dei motivi di appello, anche la riproposizione delle istanze istruttorie, non accolte dal giudice di primo grado, deve essere spe-*

cifica, sicché è inammissibile il mero rinvio agli atti del giudizio di primo grado").

Ancora una volta, non vi è spazio per l'accoglimento della domanda risarcitoria del (OMISSIS), il quale assume, inspiegabilmente, di essere stato danneggiato dalla trascrizione della domanda giudiziale su beni che non sono più di sua proprietà.

La disciplina delle spese

Le spese del grado seguono la soccombenza, che va accertata sulla base dell'esito complessivo della lite. Non rileva, in contrario, la disposta riforma parziale della sentenza impugnata, giacché l'effetto di tale modesta correzione si concreta semplicemente nel ridotto accoglimento della domanda proposta e non integra una ragione per compensare in tutto od in parte le spese di lite (cfr. Cass. n. 1685/2019; Cass. n. 15360/2010).

Dette spese si determinano come in dispositivo, secondo lo scaglione per le cause di valore indeterminabile di particolare importanza – già utilizzato dal giudice di primo grado in conformità con la richiesta degli attori e senza che le controparti se ne siano lamentate –, tenuto dell'attività difensiva svolta, senza nulla riconoscere per la non svolta fase istruttoria. Le fasi di studio e di redazione della comparsa di risposta, nella causa n. 360/2023, vengono liquidate sulla base del valore medio; secondo i valori minimi nella causa 390/2023, considerata la sostanziale identità delle tematiche trattate; per la fase successiva alla riunione la liquidazione è unitaria, su parametri medi. Non compete l'aumento per pluralità di parti, sempre per la sostanziale omogeneità delle posizioni sia delle parti appellanti che degli appellati.

PQM

La Corte di appello di Milano, definitivamente decidendo, negli appelli riuniti iscritti ai nn. 360/2023 e 390/2023 contro la sentenza n. 9695/2022 del tribunale di Milano, pubblicata il 12 dicembre 2022:

1. in parziale riforma della sentenza appellata, dichiara inammissibile la domanda proposta dal (OMISSIS) in relazione al credito di € 7.500.000, oggetto del giudizio n. 39523/2021 e, per il resto, rigetta gli appelli proposti da (OMISSIS) e conferma la sentenza appellata;
2. condanna (OMISSIS), tra loro in solido, a rifondere ai (OMISSIS) le spese del giudizio n. 360/2023 RG, fino al provvedimento di riunione, che determina in € 6.941 per compensi, oltre rimborso spese generali, iva (se dovuta) e cpa come per legge;
3. condanna (OMISSIS) a rifondere ai (OMISSIS) le spese del giudizio n. 390/2023 RG, fino al provvedimento di riunione, che determina in € 3.471 per compensi, oltre rimborso spese generali, iva (se dovuta) e cpa come per legge;
4. condanna (OMISSIS), tra loro in solido, a rifondere ai (OMISSIS) le spese successive alla riunione, che determina in € 7.298 per compensi, oltre rimborso spese generali, iva (se dovuta) e cpa come per legge.

Così deciso in Milano, il 10 gennaio 2024

Il consigliere est.
Francesca Maria Mammone

Il presidente
Anna Mantovani

App. Firenze, 30 gennaio 2024, Pres. Monti, Est. Nannipieri

■ CONCORDATO MINORE – Decreto del Tribunale di inammissibilità ex art. 77 e art. 78, comma 1, CCII – Reclamo alla Corte di Appello – Ammissibilità.

Avverso il decreto di inammissibilità della proposta di concordato minore pronunciato dal Tribunale in sede di deliberazione preventiva senza comunicazione ai creditori ex art. 77 e art. 78, comma 1, CCII, deve ritenersi proponibile il reclamo alla Corte di Appello nelle forme previste per il concordato dall'art. 47, comma 5, CCII, in applicazione dei rinvii operati dagli art. 65, comma 2, e art. 74, comma 4, CCII.

■ CONCORDATO MINORE LIQUIDATORIO – Diniego di inammissibilità della domanda – Reclamo ex art. 47, comma 5, CCII – Ammissibilità.

In applicazione degli artt. 65, comma 2, e 74, comma 4, CCII avverso il decreto di inammissibilità della proposta di concordato minore pronunciato dal Tribunale in sede di deliberazione preventiva senza comunicazione ai creditori ex artt. 77 e 78 comma 1, CCII, deve ritenersi proponibile il reclamo nelle forme previste per il concordato dall'art. 47, comma 5, CCII.

■ CONCORDATO MINORE – Professionista che ha cessato l'attività – Ammissibilità – Preclusione derivante dall'art. 33, comma 4, CCII – Insussistenza.

La proposta di concordato minore liquidatorio del professionista che ha cessato l'attività è ammissibile, non ostandovi il disposto dall'art. 33, comma 4, CCII posto che trattasi di soggetto che non era iscritto al registro delle imprese.



CORTE D'APPELLO DI FIRENZE
SECONDA VOLONTARIA

ha emesso il seguente

DECRETO
(art. 47, comma quinto CCII)

PREMESSO:

- che (OMISSIS) il 12 settembre 2023 depositava presso il Tribunale di Livorno proposta di concordato minore liquidatorio ex art. 74, comma secondo CCII, esponendo che la situazione di sovraindebitamento era in larga misura riconducibile alla pregressa "attività libero professionale di consulente tributario" svolta nel periodo dal 2010 al 2015;
- che il Tribunale di Livorno con decreto in data 15 settembre 2023 dichiarava inammissibile la proposta, osservando in motivazione: "1. La legittimazione dell'imprenditore individuale (sottosoglia) all'accesso al concordato minore liquidatorio, ex art. 74 c.2 CCII, per definire i debiti derivanti dal pregresso esercizio di attività d'impresa, pur avendo cancellato la propria ditta individuale dal Registro Imprese è espressamente esclusa dall'inequivoco dato normativo dell'art. 33 c.4 CCII, a prescindere dal tempo della cancellazione [...]. Il dato normativo appare chiaro e non sembra superabile (che l'art. 33 c. 4 si riferisca anche all'imprenditore individuale emerge anche dalla circostanza che il precedente comma 3 esplicitamente cita gli imprenditori individuali, di tal che è da escludersi che il comma 4 contenga una svista del legislatore). 2. Di scarso rilievo appare l'argomento secondo cui, se non si ammettesse al concordato minore,

La Corte d'Appello di Firenze in persona dei seguenti magistrati:

dott. Edoardo Enrico Alessandro Monti	Presidente
dott. Anna Primavera	Consigliere
dott. Luigi Nannipieri	Consigliere Relatore

all'esito dell'udienza del deposito delle note di trattazione scritta, riunita in camera di consiglio
nel procedimento iscritto al n. r.g. **531/2023** promosso da:
(OMISSIS), con il patrocinio dell'avv. PUCCINI SILVIA

RICORRENTE

con l'intervento del
PUBBLICO MINISTERO presso la Corte di Appello di Firenze

INTERVENUTO

l'imprenditore individuale sottosoglia cessato, non potendo accedere alla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore, in quanto i debiti non sono di natura consumeristica, avrebbe a disposizione esclusivamente la procedura della liquidazione del patrimonio. 3. Non pare, infatti, che nel sistema del nuovo codice della crisi sia rinvenibile un diritto di portata generale a poter usufruire, per la ristrutturazione dei propri debiti, oltre che di una procedura di tipo liquidatorio anche di una procedura lato sensu negoziale. [...] 5. Nella direzione sopra indicata sembra andare anche la recente decisione della Prima Presidente della Cassazione del 26 luglio 2023 [...] 6. In conclusione, l'imprenditore individuale cessato non può accedere al concordato minore, né è ammissibile la procedura della ristrutturazione dei debiti del consumatore per debiti di natura non consumeristica se non nei limiti indicati da Cass 1869/2016";

- che (OMISSIS) ha proposto tempestivo reclamo, formulando i seguenti motivi: "1) attuale qualità di consumatore del (OMISSIS) e precedente qualità di libero professionista (non imprenditore); 2) inapplicabilità al (OMISSIS) dell'art. 33 CCII e piena applicabilità dell'art. 74 CCII";
- che il Pubblico Ministero ha vistato gli atti il 20 novembre 2023;
- che il 5 dicembre 2023 la Corte pronunciava la seguente ordinanza: "RILEVATO: – che parte reclamante deduce di non essere mai stata iscritta nel registro delle imprese, rinviando ad apposita documentazione che tuttavia non risulta essere stata allegata (vedi ricorso: "non è mai stato imprenditore iscritto al registro delle imprese (doc. 25)"; il doc. 25 non risulta essere stato prodotto); – che non appare chiaro se l'attività di "consulenza tributaria" sia stata svolta quale commercialista regolarmente iscritto al relativo albo ovvero come "professione non organizzata in ordini o collegi" ex art. 1 L. 4/2013 e, in tal caso, i motivi per i quali non si è in ipotesi proceduto all'iscrizione nel registro delle imprese; [...] – invita parte ricorrente a produrre il doc. 25 richiamato in ricorso e, comunque, a documentare: a) il codice ATECO relativo all'attribuzione di partita IVA; b) l'eventuale iscrizione nel periodo di svolgimento dell'attività professionale all'albo dei commercialisti; c) la mancata iscrizione pregressa nel registro delle imprese e le relative ragioni in ipotesi di attività di consulenza svolta non quale professionista iscritto all'albo";
- che la causa era trattenuta in decisione, a seguito di trattazione scritta, il 30 gennaio 2024;

RILEVATO:

- che si pone un **problema processuale preliminare relativo all'ammissibilità del reclamo**;
- che con il provvedimento oggetto di impugnazione il Tribunale ha dichiarato inammissibile la domanda di concordato minore in sede di vaglio preliminare, ex art. 77, 78 comma primo CCII, prima della comunicazione ai creditori;
- che l'art. 80, comma 7 CCII prevede il reclamo avverso il diniego dell'omologa del concordato minore di cui al precedente comma 5, mentre il medesimo mezzo di impugnazione non è espressamente previsto avverso una pronuncia di inammissibilità in sede di vaglio preliminare;
- che il decreto di inammissibilità determina la definizione del procedimento con esito negativo per il proponente, ma è co-

munque assunto, a differenza del diniego di omologa, a prescindere da una controversia, anche solo potenziale tra parti contrapposte, all'esito di un procedimento che non prevede alcun contraddittorio;

- che il reclamo, pur in assenza di una previsione espressa, deve comunque ritenersi ammissibile: l'art. 65 comma secondo del CCII estende alle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento, in quanto compatibili, le disposizioni previste per gli strumenti di regolazione della crisi e dell'insolvenza; l'art. 74 comma quarto CCII opera un generale rinvio, per il concordato minore, alla disposizioni dettate per il concordato; l'art. 47, comma quinto del CCII prevede il reclamo alla Corte di Appello avverso il decreto con il quale il Tribunale collegiale dichiara inammissibile la proposta di concordato preventivo all'esito del vaglio preliminare, rinviando, quanto alla disciplina, agli artt. 737 e 738 c.p.c.;
- che, quindi, **in applicazione degli artt. 65 comma secondo, 74 comma quarto CCII avverso il decreto di inammissibilità della proposta di concordato minore** pronunciato dal Tribunale in sede di deliberazione preventiva senza comunicazione ai creditori ex artt. 77, 78 comma primo CCII, **deve ritenersi proponibile il reclamo nelle forme previste per il concordato dall' art. 47 comma quinto CCII**;
- che **il reclamo, nel merito, è fondato**;
- che nella proposta di concordato minore, pur essendo indicato che (OMISSIS) aveva svolto "attività libero professionale di consulente tributario", l'ammissibilità era argomentata sostenendo la tesi, dibattuta in dottrina e nella giurisprudenza di merito, relativa alla possibilità di proposizione del concordato minore da parte (non del libero professionista mai stato iscritto al registro delle imprese ma) dell'imprenditore individuale già cancellato dal registro delle imprese (vedi proposta: "da un lato, l'art. 33 quarto comma CCII preclude all'imprenditore cessato l'accesso alla procedura di concordato minore; dall'altro lato, l'accesso alla ristrutturazione dei debiti del consumatore ex art. 67 CCII è consentita solamente per debiti di natura consumeristica. Unica soluzione parrebbe pertanto essere il ricorso alla liquidazione controllata del patrimonio, ipotesi che tuttavia appare in aperto contrasto con la ratio della normativa sul sovraindebitamento, di fatto impedendo a tale soggetto la soluzione del proprio stato di crisi se non con la sola messa a disposizione di tutti i propri beni [...] il Tribunale di Ancona con decreto del 11.01.2023, ha ritenuto l'inammissibilità di cui all'art. 33, comma 4, CCII riferita al solo imprenditore collettivo");
- che il Tribunale nel proprio provvedimento, replicando alle argomentazioni svolte nella proposta, ha evidenziato, anche sulla base del decreto emesso dalla Prima Presidente il 26 luglio 2023 a seguito di questione interpretativa ex 363 bis c.p.c. sollevata da questa Corte, che il disposto dell'art. 33 quarto comma relativo all'inammissibilità del concordato minore proposto dall'imprenditore cancellato dal registro delle imprese deve ritenersi applicabile anche all'imprenditore individuale;
- che, a prescindere da ogni rilievo e considerazione in ordine alle questioni interpretative relative alla disciplina applicabile all' (ex) imprenditore individuale cancellato dal registro delle imprese, **nella fattispecie comunque non trova applicazione l'art. 33 comma quarto CCII perché, come meglio**

chiarito con il reclamo e con la documentazione prodotta in questa sede, il ricorrente non è mai stato iscritto al registro delle imprese, avendo svolto attività libero-professionale;

- che parte reclamante ha infatti prodotto: visura camerale storica a nome (OMISSIS) con esito negativo, a dimostrazione che lo stesso non è mai stato iscritto nel registro delle imprese; attestazione della Agenzia delle Entrate circa la cessata partita IVA del (OMISSIS) con codice ATECO 69.20.13 (*"servizi forniti da revisori contabili, periti, consulenti ed altri soggetti che svolgono attività in materia di amministrazione, contabilità e tributi"*);
- che quindi il ricorrente risulta aver svolto attività libero professionale, non come "commercialista" come erroneamente indicato nel reclamo, ma come "professione non organizzata in ordini o collegi" ex art. 1 L. 4/2013 e, comunque, senza iscrizione nel registro delle imprese;
- che, pur ravvisandosi notevoli incongruenze ed irragionevolezza nella disciplina di accesso alle procedure di sovraindebitamento con riferimento alle ipotesi di "sovraindebitamento a causa mista" di persone fisiche che al momento della domanda non svolgono più attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale, in ogni caso non vi sono motivi per ritenere inammissibile la domanda sotto il profilo evidenziato dal Tribunale, posto che:
 - a) (OMISSIS) rientra nell'ambito dei *"debitori di cui all'articolo 2, comma 1, lettera c)"* indicati nell'art. 74 comma primo e non può qualificarsi quale consumatore, almeno secondo la nozione accolta dal Tribunale recependo le indicazioni del decreto della Prima Presidente del 26 luglio 2023, essendo la maggior parte dei debiti derivanti dalla pregressa attività professionale;
 - b) non opera la preclusione dell'art. 33 comma quarto CCII, posto che (OMISSIS) non è mai stato "imprenditore minore"

re" ma "professionista", non è mai stato iscritto al registro delle imprese e, conseguentemente non è "imprenditore cancellato";

- c) la proposta ha ad oggetto un concordato di tipo liquidatorio e quindi non è in contraddizione con la cessata attività professionale;
- che quindi in accoglimento del reclamo deve revocarsi il decreto impugnato e disporsi la remissione al Tribunale di Livorno che, effettuato in ipotesi il vaglio di ammissibilità con riferimento a profili diversi da quello qui esaminato, provvederà agli ulteriori adempimenti ex art. 78 e seguenti CCII;
- che il CCII non disciplina espressamente le modalità di prosecuzione del procedimento con riferimento alle ipotesi di accoglimento del reclamo con remissione al giudice di primo grado e quindi devono ritenersi applicabili le disposizioni generali del codice di rito, con riassunzione ad opera della parte nel termine perentorio di tre mesi, ex art. 354 c.p.c.;
- che non occorre provvedere sulle spese, trattandosi di reclamo avverso provvedimento reso *inaudita altera parte*;

P.Q.M.

in accoglimento del reclamo revoca, per le motivazioni esposte, il decreto del Tribunale di Livorno in data 15 settembre 2023 con il quale è stata dichiarata inammissibile la proposta di concordato minore depositata da (OMISSIS);

dispone la remissione degli atti al Tribunale di Livorno per l'ulteriore corso, con riassunzione entro tre mesi.

Così deciso nella camera di consiglio del 30 gennaio 2024

Il Consigliere relatore
Dott. Luigi Nannipieri

Il Presidente
Dott. Edoardo Enrico Alessandro Monti

Trib. Avellino, 11 aprile 2024, Est. Russolillo

■ RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI DEL CONSUMATORE – Possibilità di mantenere la disponibilità dell’immobile anche in difetto delle condizioni di cui all’art. 67, comma 5, CCII – Condizioni.

Nel caso di mutuo ipotecario non più pendente avente ad oggetto l’abitazione del consumatore è possibile prevedere la restituzione dilazionata del residuo finanziamento e la conservazione dell’immobile, pur non ricorrendo le condizioni di cui all’art. 67, comma 5, CCII, atteso che nella procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore non è prevista l’alternativa fra piano di continuità e liquidatorio, come invece nel concordato minore, e sempre che il valore di liquidazione del bene su cui insiste la garanzia possa essere surrogato da un’utilità diversa, in denaro o di altra natura, che non sia vincolata al pagamento degli altri creditori concorsuali, il che accade nel caso di apporto di finanza esterna senza obbligo di restituzione durante l’esecuzione del piano.

■ RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI DEL CONSUMATORE – Crediti privilegiati – Pagamento dilazionato – Ammissibilità.

È ammissibile la proposta del consumatore che prevede il pagamento dilazionato dei crediti prelatizi oltre la data dell’omologa, purché i tempi possano dirsi ragionevoli, tali cioè da non far dubitare della concreta fattibilità della proposta e salva la valutazione di convenienza rispetto all’alternativa liquidatoria.

■ RISTRUTTURAZIONE DEI DEBITI DEL CONSUMATORE – Ragionevole affidamento nella verifica del merito creditizio effettuata da operatore qualificato – Colpa grave – Insussistenza.

L’accesso alla procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore è consentito non solo ai consumatori che abbiano prudentemente e diligentemente assunto le proprie obbligazioni avendo correttamente valutato la propria capacità di adempiere, salvo poi trovarsi nell’impossibilità di pagare per vicende sopravvenute e imprevedibili (c.d. *shock* esogeno), ma anche a coloro che, al contrario, pur non avendo correttamente ponderato la propria solvibilità, siano stati tuttavia spinti da condizionamenti estrinseci, assumendo comportamenti che non appaiano del tutto privi di giustificazione razionale, i quali devono essere valutati comparando tale condotta non già con quella dell’uomo avveduto e prudente, bensì con quella dell’uomo di minima diligenza, in quanto la legge individua quale condizione ostativa la sola “colpa grave”. Non sussiste la condizione ostativa della colpa grave, alla luce della previsione dell’art. 69, comma 2, CCII, quando il consumatore abbia riposto un ragionevole affidamento sulle verifiche relative al merito creditizio compiute da soggetti qualificati, laddove essi siano tenuti a compiere i controlli previsti dall’art. 124 *bis* T.U.B. al fine di assolvere al dovere di erogare il credito con prudenza (c.d. prestito responsabile) senza esporre il cliente al rischio di insolvenza.



TRIBUNALE ORDINARIO DI AVELLINO SEZIONE PRIMA CIVILE

Il giudice, dott. Pasquale Russolillo, nel procedimento portante il n. **r.g. 83- 1 /2023**, promosso da (OMISSIS) (C.F. (OMISSIS))

ricorrente

per il tramite dell’OCC “I diritti del debitore” di Chiusano San Domenico (Av), con il nominato gestore della crisi (OMISSIS) letto l’art. 70 CCII., ha pronunciato la seguente

SENTENZA

Con ricorso depositato in data 4 ottobre 2023, (OMISSIS) ha pro-

posto domanda di omologa della proposta di ristrutturazione dei debiti del consumatore.

Il piano proposto prevede:

- l’apporto di finanza esterna da parte di soggetti terzi, mediante versamento di una maxi-rata di € 12.000,00 al momento dell’omologa e successivamente di un importo mensile di € 500,00;
- la conservazione in capo alla debitrice della proprietà della casa di abitazione già oggetto di pignoramento immobiliare;
- l’esecuzione del piano nell’arco temporale di undici anni e nove mesi;
- il pagamento integrale dei crediti prededucibili;
- pagamento della porzione di credito ipotecario che risulterebbe capiente nell’alternativa liquidatoria entro l’arco temporale di 8 anni e 10 mesi;
- pagamento integrale dei creditori privilegiati a partire dal decimo mese dell’ottavo anno ed entro 10 anni e 7 mesi;
- pagamento parziale del creditore chirografario (OMISSIS), con trattamento differenziato per non avere correttamente valutato il merito creditizio della ricorrente, nella misura del 7 % a partire dal settimo mese del decimo anno e fino al completamento del piano.

- pagamento parziale degli altri creditori chirografari per natura e della quota del credito ipotecario degradata a chirografo per incapacienza nella misura del 10% a partire dal settimo mese del decimo anno e fino al completamento del piano.

Il decreto di fissazione dell'udienza di omologa la proposta e il piano sono stati ritualmente comunicati a tutti i creditori inseriti in elenco, come da ricevute in atti.

Pervenute le osservazioni dell'Agente per la Riscossione e del creditore ipotecario nel termine assegnato, sono state apportate modifiche alla proposta e al piano e gli stessi sono stati nuovamente comunicati ai creditori.

All'udienza del 28 marzo 2024 la (OMISSIS), creditore ipotecario, ha insistito nelle ragioni di contestazione e la debitrice ha chiesto l'omologa del piano.

§ Le ragioni di contestazione.

(OMISSIS) ha precisato il credito allegando una cartella dell'importo complessivo di € 1.408,27 non considerata nell'elenco allegato.

La ricorrente ha pertanto modificato il piano includendo detto credito fra i chirografari per natura.

Il creditore ipotecario ha:

- contestato la fattibilità del piano, evidenziando che il reddito familiare della ricorrente, attualmente non più integrato dall'indennità di disoccupazione percepita dal coniuge, apparirebbe insufficiente al sostentamento del nucleo, facendo così sorgere dubbi sulla concreta possibilità di esecuzione dei pagamenti promessi;
- dedotto l'esistenza della condizione soggettiva ostativa della colpa grave, per avere la ricorrente, già in stato di sovraindebitamento a causa dell'incapacità di onorare le rate del mutuo, contratto due ulteriori finanziamenti nell'anno 2021, dell'importo, rispettivamente, di € 10.871,74 e di € 5.641,20;
- assunto la non convenienza della proposta rispetto all'alternativa liquidatoria, essendo prevedibile, in ragione dell'esecuzione forzata già in corso, una miglior soddisfazione del credito, comprovata dall'interesse già manifestato da alcuni offerenti a seguito di un unico ribasso dopo che la prima asta era andata deserta.

§ La competenza territoriale

Dagli accertamenti compiuti in corso di causa è emerso che la residenza di (OMISSIS) è sita in Avellino, luogo in cui è ubicata anche la casa di abitazione oggetto di pignoramento.

§ Lo stato di sovraindebitamento e la qualifica di consumatore del ricorrente

Vi è prova della qualità di consumatore, ovvero di persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale, in quanto risulta che la ricorrente è una lavoratrice dipendente ed ha debiti insoluti riferibili esclusivamente ad esigenze personali e familiari (cfr. Cass. 1 febbraio 2016, n. 1869).

L'accesso alla procedura in esame è subordinato alla sussistenza di una situazione oggettiva di sovraindebitamento.

Tale condizione ricorre quando vi è un perdurante squilibrio fra le obbligazioni assunte e il patrimonio prontamente liquidabile per farvi fronte, tale cioè da determinare una rilevante difficoltà, ovvero una definitiva incapacità, di adempimento.

Nel caso di specie la pendenza dell'esecuzione immobiliare iscritta nel 2021 ai danni della (OMISSIS), a seguito di decadenza dal beneficio del termine nel pagamento del mutuo ipotecario, costituisce sicuro indice di insolvenza.

Si aggiunge che il minimo reddito della ricorrente, pari ad € 1.100,00 mensili a fronte di spese familiari stimate in € 960,00, è tale da non rendere disponibili flussi finanziari idonei al pagamento dei crediti scaduti, il cui ammontare è pari a circa centocinquanta-mila euro.

Le risorse patrimoniali disponibili sono inoltre limitate alla sola casa di abitazione, già oggetto di pignoramento, il cui valore d'asta risulta inferiore alle somme ancora dovute al creditore ipotecario.

§ Insussistenza delle ragioni ostative di cui all'art. 69 C.C.I.I.

Non ricorre alcuna delle ragioni ostative all'omologa di cui all'art. 69 C.C.I.I. in quanto l'istante:

- non risulta esdebitata nei cinque anni anteriori al deposito della domanda;
- non ha beneficiato in precedenza dell'esdebitazione per due volte.
- non ha determinato la situazione di indebitamento con colpa grave, mala fede o frode.

Delle prime due condizioni ha dato atto il gestore della crisi e non risultano evidenze di segno contrario.

Neppure sussiste la condizione ostativa rappresentata dalla commissione di atti in frode ai creditori.

Sono atti in frode prontamente rilevabili, e tali da consentire l'arresto anticipato della procedura per inammissibilità, quelli consistenti nell'occultamento – emerso poi dai successivi rilievi del tribunale o del gestore della crisi – di fatti rilevanti ai fini dell'esatta valutazione delle condizioni patrimoniali e reddituali del proponente o del suo stato di sovraindebitamento, nonché, parimenti, quelli che abbiano determinato il depauperamento del patrimonio del debitore rendendo più difficile la soddisfazione del ceto creditorio, così da costituire atto potenzialmente revocabile ai sensi dell'art. 2901 c.c.

Nel caso in esame, la documentazione acquisita non fornisce evidenza di atti o pagamenti straordinari che possano dirsi pregiudizievoli per il ceto creditorio, ovvero che abbiano ridotto in misura consistente la garanzia patrimoniale in data anteriore alla presentazione della domanda.

Del pari e sotto altro profilo, come anche attestato dal gestore della crisi, la situazione patrimoniale complessiva della ricorrente risulta compiutamente illustrata e documentata in modo da consentire ai creditori una completa informazione sulle possibilità di soddisfazione nell'alternativa liquidatoria.

Non può rilevare sul punto la mancata menzione iniziale di un credito di € 1.408,27, peraltro di natura chirografaria, relativo ad una cartella esattoriale, tenuto conto della minima incidenza dello stesso sulla fattibilità della proposta.

Venendo all'assenza di colpa grave o malafede tale condizione di accesso alla procedura è stata oggetto di specifica contestazione da parte della banca opponente, la quale ha in particolare fatto notare che, in presenza di una condizione di incapacità di adempiere già in atto, la ricorrente non si è astenuta dal contrarre, nell'anno 2021, due ulteriori finanziamenti per un importo complessivo di circa quindicimila euro.

Sul punto si osserva quanto segue.

Il Codice della crisi ha inteso favorire l'accesso del consumatore alla procedura di ristrutturazione dei debiti, modificando l'originaria formulazione della norma, contenuta nell'art. 12 bis della l. 3/2012, in cui si indicava quale causa di esclusione del beneficio l'ipotesi in cui *"il consumatore ha assunto obbligazioni senza la ragionevole prospettiva di poterle adempiere ovvero che ha colposamente determinato il sovraindebitamento, anche per mezzo di un ricorso al credito non proporzionato alle proprie capacità patrimoniali"*.

L'art. 69 co. 1 CCII, eliminato ogni riferimento alla corretta valutazione delle prospettive di adempimento al momento dell'assunzione del debito ed alla sproporzione fra l'entità di esso e le capacità patrimoniali dell'indebitato, prevede, invece, nell'ottica del *favor debitoris*, un elemento di valutazione selettiva delle condotte impeditive, costituito dal grado di rilevanza della colpa, ostativa nel solo caso in cui possa valutarsi come *"colpa grave"*.

Il riferimento alla colpa grave costituisce elemento profondamente innovativo in quanto, pur richiedendo di valutare il comportamento del debitore sul piano oggettivo, ovvero in un'ottica comparativa e scevra da giudizi morali, muta totalmente il modello di riferimento con il quale operare il confronto, non più individuabile nell'uomo avveduto e coscienzioso (secondo i criteri su cui di regola si basa la colpa nell'illecito aquiliano), ma nel soggetto che abbia prestato quella minima diligenza esigibile anche dalle persone scarsamente accorte.

L'accesso alla procedura è consentito, in questa nuova ottica, non solo ai consumatori che abbiano prudentemente e diligentemente assunto le proprie obbligazioni avendo correttamente valutato la propria capacità di adempiere, salvo poi trovarsi nell'impossibilità di pagare per vicende sopravvenute e imprevedibili (c.d. shock esogeno), ma anche a coloro che, al contrario, pur non avendo correttamente ponderato la propria solvibilità, siano stati tuttavia spinti da condizionamenti estrinseci, assumendo comportamenti che non appaiono del tutto privi di giustificazione razionale (c.d. sovraindebitamento indotto o necessitato).

Tale valutazione, basata sulla comparazione con l'uomo di minima diligenza, rappresenta un giudizio necessariamente complessivo della condotta del consumatore, che deve tener conto della relazione particolareggiata e dei riscontri istruttori e sul quale incidono diversi fattori, quali: l'entità dei debiti assunti in confronto con le disponibilità patrimoniali e reddituali; la reiterazione delle condotte imprudenti; la natura e la destinazione dei beni o delle somme acquisite mediante ricorso al credito risultato insostenibile; le scelte di adempimento delle obbligazioni compiute tempo per tempo e la distribuzione delle risorse disponibili; non da ultimo, alla luce della previsione dell'art. 69 co. 2 CCII, il ragionevole affidamento sulle verifiche relative al merito creditizio compiute da soggetti qualificati. In tale ultima ipotesi il grado di colpa del consumatore, da valutarsi ai fini dell'accesso alla procedura, è inversamente proporzionale a quello imputabile al creditore nella valutazione del merito creditizio, essendo quest'ultimo tenuto a compiere con diligenza i controlli previsti dall'art. 124 bis T.U.B., al fine di assolvere al dovere di erogare il credito con prudenza (c.d. prestito responsabile) senza esporre il cliente al rischio di insolvenza (v.si Trib. Tempio Pausania 3/02/2023; Trib. Santa Maria Capua Vetere 2/04/2022; Trib. Napoli 21/02/2021; Trib. Rimini 1/03/2019).

Venendo al caso qui in esame, deve darsi atto anzitutto della circostanza che (OMISSIS) ebbe a contrarre il principale debito oggetto di ristrutturazione, quello derivante dal mutuo ipotecario (concluso nel 2009), in condizioni di adeguata solvibilità, avendo anche provveduto ad onorare le prime rate fino al verificarsi di eventi sopravvenuti e non prevedibili, quali la trasformazione del contratto di lavoro da *full time* a *part time* e la definitiva perdita del lavoro e della contribuzione Naspi da parte del coniuge (circostanze di cui è dato atto nella relazione particolareggiata e che sono risultate incontestate).

L'indebitamento fiscale, non particolarmente elevato in confronto con la debitoria complessiva, risulta poi determinato non già dalla destinazione di risorse ad altre finalità in danno dell'Erario, ma dalla generale condizione di sofferenza economica in cui versava la ricorrente, essendo esso riferibile per la parte più consistente al mancato pagamento di sanzioni amministrative per assegni senza copertura, oltre che del servizio di erogazione idrica.

Residuano infine i due finanziamenti erogati nell'annualità 2021, i quali, benché contratti in una condizione di sovraindebitamento già in atto, non consentono di ritenere sussistente di per sé la condizione ostativa della colpa grave.

Ed infatti va rilevato che la ricorrente ha tentato di onorare fin quando è stato possibile i debiti in questione, destinati a fornire una minima liquidità per le proprie esigenze familiari in un periodo particolarmente critico, contando sulla possibilità di farvi fronte in quanto prestiti assistiti da garanzie autoliquidanti (cessione del quinto e delega di pagamento); inoltre costituisce sicuro elemento scriminante nel caso di specie la non corretta valutazione del merito creditizio da parte del finanziatore, atteso che a quella data alcun finanziamento avrebbe potuto essere accordato, essendo la ricorrente già insolvente e nel medesimo anno raggiunta da pignoramento immobiliare, nonché priva di un reddito idoneo a far fronte al pagamento delle rate, come analiticamente chiarito nel prospetto allegato alla relazione particolareggiata del gestore.

§ Rispetto delle regole sul trattamento dei creditori ed assenza di pregiudizio per il creditore ipotecario

La proposta prevede la soddisfazione parziale e dilazionata nel tempo del creditore ipotecario ed il pagamento integrale e dilazionato dei crediti privilegiati.

A giustificazione della falcidia è stata allegata l'attestazione del gestore della crisi.

Dall'attestazione emerge che la somma riconosciuta dal piano al creditore ipotecario è superiore a quella che lo stesso potrebbe conseguire dalla liquidazione del cespite pignorato, con l'aggiunta che i creditori privilegiati, tenuto conto della minima entità del reddito familiare della ricorrente e dell'assenza di altri beni liquidabili, resterebbero del tutto incapienti.

L'art. 67 co. 4 CCII impone che il giudice valuti in ogni caso che il trattamento riservato ai creditori prelatizi non integralmente soddisfatti sia almeno altrettanto favorevole di quello che riceverebbero in caso di apertura della liquidazione controllata.

Occorre al riguardo verificare la completezza, logicità e congruità delle valutazioni compiute dal gestore della crisi.

Nella fattispecie in esame la (OMISSIS), per il tramite della mandataria (OMISSIS), ha sostenuto di poter conseguire nel caso di prosecuzione dell'esecuzione forzata un maggior vantaggio, in con-

siderazione del valore dell'immobile su cui insiste la garanzia e dei prevedibili tempi di realizzazione del credito, in particolare rimarcando l'eccessiva durata del piano sotteso alla proposta.

Occorre al riguardo anzitutto considerare che è senz'altro possibile prevedere nella procedura di ristrutturazione dei debiti del consumatore il pagamento dilazionato dei crediti prelatizi purché i tempi possano dirsi ragionevoli, tali cioè da non far dubitare della concreta fattibilità della proposta e salva la valutazione di convenienza rispetto all'alternativa liquidatoria (Cass. 21 febbraio 2024, n. 4622).

Posto che l'unica alternativa da porre in comparazione con la proposta del consumatore è quella della liquidazione controllata, va aggiunto che il giudizio di convenienza riguarda il trattamento complessivo del credito sicché i tempi di pagamento vanno sempre considerati in uno con la percentuale di soddisfazione, ben potendo la più lunga durata del piano essere compensata dall'aspettativa di un maggior incasso.

Nel caso in esame al creditore opponente è offerto il pagamento di un importo complessivo di € 58.247,67, corrisposto nei seguenti termini: € 12.000,00 subito dopo l'omologa; € 41.538,75 a completamento della parte capiente del credito risultante dall'attestazione del gestore entro otto anni e 10 mesi; € 4.708,92 unitamente ai chirografari entro il termine di durata del piano.

La comparazione con l'alternativa liquidatoria fa ritenere quest'ultima senz'altro meno favorevole, atteso che i tempi della liquidazione non sono allo stato preventivabili e la soddisfazione, pure ipotizzando il subentro del liquidatore nell'asta in corso e l'immediata aggiudicazione, appare prevedibilmente inferiore, essendo il prezzo base d'asta pari ad € 53.538,75 e l'offerta minima ammessa pari ad € 40.154,06.

Occorre anche considerare che la presente proposta segue ad altra non omologata dal Tribunale perché ritenuta non conveniente e si connota, rispetto alla precedente, per un sensibile miglioramento del trattamento riservato al creditore ipotecario.

Non è poi corretto ipotizzare, come sostenuto dalla banca opponente, che nell'alternativa liquidatoria debba sempre farsi riferimento al valore di stima dell'immobile, dovendo, per contro, come si evince dall'art. 67 co. 3 CCII, aversi riguardo invece alle prospettive concrete del mercato e dunque, in caso di bene già subastato, tenersi conto dell'esito degli esperimenti andati deserti e dei ribassi già disposti.

Risulta infine evidente che alcuna altra attività appare realizzabile nella liquidazione controllata oltre alla vendita del predetto cespite, posto che la ricorrente non possiede altri beni ed il reddito è interamente assorbito dai bisogni personali e familiari, sicché solo la finanza esterna consente nel caso di specie il raggiungimento delle percentuali promesse ai creditori.

§ Facoltà di conservazione della casa di abitazione al patrimonio del debitore

Un'ultima riflessione va fatta, pur in assenza di specifica contestazione al riguardo, circa la possibilità per il consumatore di prevedere nella proposta la conservazione della casa di abitazione posta a garanzia di un mutuo già anteriormente risolto e dunque non più pendente ai sensi dell'art. 67 co. 5 CCII.

Non va condiviso al riguardo l'orientamento secondo cui la norma richiamata costituisce l'unica eccezione possibile alla regola della

concorsualità, la quale imporrebbe, invece, in ogni caso la liquidazione di tutti i beni del debitore (c.d. principio di universalità oggettiva).

Piuttosto l'eccezionalità della disposizione va ricercata nella prevista possibilità, in caso di prosecuzione del mutuo, di considerare il creditore ipotecario soggetto estraneo alla procedura, come tale non legittimato a contestarne la convenienza, nonché di trattare il credito al di fuori del piano e di eseguire, in presenza delle necessarie risorse ed in assenza di pregiudizio per i creditori, il pagamento delle rate nei termini dell'ammortamento negoziale, anche se eccedenti la durata della procedura, senza la necessità di osservare le regole di graduazione e proporzionalità del concorso dei creditori. Al di fuori dell'ipotesi descritta la conservazione dei beni resta comunque possibile, ma a condizione che il credito ipotecario, in tal caso da considerare all'interno del piano come interamente scaduto, sia soddisfatto secondo le regole del concorso e riceva una soddisfazione non deteriore rispetto all'alternativa liquidatoria.

La conclusione è avvalorata dal fatto che nella ristrutturazione dei debiti del consumatore non è posta l'alternativa, propria delle procedure concordatarie, fra procedura di continuità e liquidatoria, con la conseguenza che l'esclusione di taluni beni dalla liquidazione è da ritenersi sempre possibile in quanto consentita dal generale principio di libertà dei contenuti della proposta sancito dall'art. 67 co. 1 CCII.

La disciplina della ristrutturazione dei debiti del consumatore non impone del resto che i creditori siano soddisfatti necessariamente mediante liquidazione dei beni o diritti su cui insiste la causa di prelazione, essendo l'unico limite al loro trattamento costituito dalla richiamata regola della non minor convenienza del piano rispetto all'alternativa liquidatoria (art. 67 co. 4 CCII).

Tale regola non esclude affatto, ma anzi postula, che il valore della cessione del bene su cui insiste la garanzia possa essere surrogato da un'utilità diversa, in denaro o di altra natura, purché altrimenti reperita e non vincolata al pagamento degli altri creditori.

Ebbene nella procedura in esame risponde senz'altro a tale esigenza la nuova finanza in quanto, oltre ad essere liberamente distribuibile, può essere anche destinata a sostituire il valore di liquidazione dei beni ai fini della soddisfazione dei creditori, non dovendo ad esso necessariamente aggiungersi come invece imposto dalla legge nel caso di concordato liquidatorio.

Né la distribuzione delle somme offerte da terzi senza diritto alla restituzione deve necessariamente avvenire al momento dell'omologa.

La giurisprudenza di legittimità ha infatti chiarito, già nella vigenza della l. 3/2012, che nella procedura ad iniziativa del consumatore non vi è un limite temporale al pagamento dei creditori prelatizi, essendo invece necessario e sufficiente che gli interessi degli stessi siano meglio tutelati dal piano (Cass. 28 ottobre 2019, n. 27544; Cass. 20 agosto 2020, n. 17391; Cass. 4622/2024 cit.).

La soluzione appare addirittura avvalorata nell'impianto normativo della riforma dall'eliminazione di ogni riferimento al termine annuale di soddisfazione previsto dall'abrogato art. 8 co. 4 l. 3/2012.

§ Le ulteriori contestazioni sulla fattibilità del piano

Non coglie nel segno l'ulteriore contestazione dell'opponente relativa alla non concreta fattibilità del piano, sul presupposto che la ricorrente non potrebbe destinare al pagamento dei creditori le ri-

sorse promesse, essendo il suo reddito inidoneo a garantire anche solo le esigenze quotidiane.

È sufficiente al riguardo osservare che tutte le risorse messe a disposizione dei creditori provengono nella specie da finanza terza e che la solvibilità dei promittenti non è contestata e dimostrata dalla circostanza che trattasi di soggetti percettori di reddito, come da documentazione in atti.

§ Provvedimenti accessori

Vengono adottati i provvedimenti accessori come in dispositivo.

§ Spese del procedimento

Le spese di lite vanno interamente compensate fra le parti, tenuto conto della novità delle questioni e della loro obiettiva controvertibilità dimostrata dall'esistenza di precedenti difforni a proposito del giudizio di meritevolezza.

P.Q.M.

Il Tribunale, definitivamente decidendo sul ricorso in epigrafe, omologa il piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore presentato da (OMISSIS);

compensa integralmente fra le parti le spese di lite;

dichiara chiusa la procedura;

manda al gestore della crisi di:

- vigilare sull'esatto adempimento del piano, riferendo immediatamente al giudice delegato in caso di atti o circostanze che ne impediscano l'attuazione, specificando se vi siano le condizioni per la modifica dello stesso, nonché in ogni caso con cadenza semestrale mediante apposita relazione di riepilogo da comunicare anche ai creditori;
- trasmettere urgente informativa al giudice delegato in presenza di ogni altra circostanza rilevante ai fini della revoca dell'omo-

logazione ai sensi dell'art. 70 co. 1 CCII, ovvero quando è stato dolosamente o con colpa grave aumentato o diminuito il passivo, ovvero sottratta o dissimulata una parte rilevante dell'attivo ovvero dolosamente simulate attività inesistenti o se risultano commessi altri atti diretti a frodare le ragioni dei creditori;

- verificare che non siano compiuti pagamenti e atti di disposizione in violazione del piano;
- provvedere ad aprire un conto della procedura sul quale dovrà essere immediatamente depositata la somma di € 12.000,00 affinché sia corrisposta al creditore avente diritto non appena l'omologa sia divenuta definitiva;
- accantonare sul medesimo conto le somme destinate al pagamento del compenso del gestore della crisi affinché possano essere svincolate mediante riconoscimento di periodici acconti, salva la liquidazione del saldo finale ai sensi dell'art. 71 co. 4 CCII;
- depositare una relazione finale alla scadenza del termine per l'esecuzione del piano unitamente al proprio rendiconto della gestione, specificando il debitore abbia esattamente ed integralmente adempiuto, ovvero segnalando eventuali inadempimenti o omissioni;

dispone la comunicazione della sentenza a tutti i creditori a cura del gestore della crisi;

dispone che la sentenza sia comunicata dalla cancelleria al Ministero della Giustizia per la pubblicazione entro quarantotto ore sul sito istituzionale mediante invio della richiesta all'indirizzo (OMISSIS), allegando in formato doc. l'estratto della sentenza.

Avellino, 11 aprile 2024

Il Giudice Delegato
Dott. Pasquale Russolillo

Trib. Milano, 29 febbraio 2024, Pres. De Simone, Est. Agnese

■ SOVRAINDEBITAMENTO – L. n. 3/2012 – Organismo di Composizione della Crisi (OCC) – Determinazione pattizia dei compensi – Inopponibilità della pattuizione contrastante con i principi dell'art. 15 D.M. n. 204/2014 – Sussistenza.

In nessun caso l'eventuale accordo sui compensi tra l'OCC ed il debitore di cui all'art. 14, comma 1, D.M. n. 202/2014 può porsi in contrasto con i principi generali in tema di cui all'art. 15 D.M. n. 202/2014, richiamato dalla prima disposizione. Pertanto, qualora ciò avvenga, il Giudice non risulta vincolato nella liquidazione del predetto compenso dalla sussistenza di tale accordo, neppure ove vi sia già stata l'inclusione nello stato passivo di tale determinazione, perché la stessa non può che considerarsi "provvisoria" e "condizionata" alla liquidazione del compenso da parte del Giudice, costituendo solo questo il momento di insorgenza effettiva del credito in prededuzione.

■ SOVRAINDEBITAMENTO – L. n. 3/2012 – Liquidazione del patrimonio – Compenso dell'OCC e del liquidatore – Liquidazione di un unico compenso.

Anche l'ipotesi in cui il professionista nominato dall'OCC all'assistenza al debitore nella fase prodromica all'accesso ad una procedura i) di composizione della crisi o ii) di liquidazione del patrimonio, venga poi nominato quale liquidatore nella (eventuale, nel primo caso) fase liquidatoria, integra la c.d. "successione di più organismi" in forza dell'analoga lettura del combinato disposto degli artt. 16, 17 e 18 D.M. n. 202/2014. Per l'effetto, va liquidato anche in tale scenario un unico compenso ai sensi delle predette disposizioni.

■ SOVRAINDEBITAMENTO – Liquidazione del patrimonio ex L. n. 3/2012 – Liquidazione controllata ex art. 268 CCII – Nomina del Liquidatore – Necessità dell'iscrizione all'albo ex art. 356 CCII – Esclusione.

Nessuna previsione normativa prescrive che l'organismo nominato liquidatore in un previgente procedimento di liquidazione del patrimonio ai sensi della L. n. 3/2012 – ovvero oggi in sede di liquidazione controllata ex art. 268 CCII – debba essere iscritto nell'albo di cui all'art. 356 CCII, predicando anzi l'unica previsione richiamabile al riguardo, e cioè l'art. 270, comma 2, lett. b), CCII, una chiara e diversa disciplina in alcun modo inferente con tale albo.

■ SOVRAINDEBITAMENTO – Liquidazione del Patrimonio – Provvedimento del G.D. sulla distribuzione delle somme da ripartire – Reclamo – Applicazione analogica dell'art. 14 *octies*, comma 4, L. n. 3/2012.

In tema di liquidazione del patrimonio ex artt. 14 *ter* e ss. L. n. 3/2012, il provvedimento del Giudice Delegato che dirime controversie sulla distribuzione delle somme ricavate è reclamabile al Tribunale in applicazione analogica dell'art. 14 *octies*, comma 4, L. n. 3/2012, che a sua volta richiama l'art. 10, comma 6, L. n. 3/2012, in tema di formazione dello stato passivo.



Tribunale di Milano
Sezione II civile

DECRETO

in ordine al reclamo proposto in data 29.12.2023 nell'ambito della procedura di liquidazione del patrimonio (R.G. 99-1/2019), avverso il provvedimento assunto dal G.D. in data 16.12.2023, comunicato in data 22.12.2023

DA

Organismo di Composizione della Crisi da Sovraindebitamento dell'Ordine degli Avvocati di Milano, con l'avv. Salvatore Sanzo

riunita in camera di consiglio nelle persone dei signori

Dott. Laura De Simone	Presidente
Dott. Luca Giani	Giudice
Dott. Vincenza Agnese	Giudice relatore

ha pronunciato il seguente

IN FATTO E IN DIRITTO

rilevato che:

- Con ricorso depositato in data 29.12.2023 l'Organismo di Composizione della Crisi da Sovraindebitamento (OCC) ha proposto reclamo ex art. 26 l.f. avverso il decreto con il quale il giudice delegato della Liquidazione del Patrimonio della società (OMISSIS) ha dichiarato l'esecutività del progetto di riparto;
- il progetto di riparto veniva rimesso dal liquidatore al giudice delegato in applicazione analogica dell'art. 14 octies, comma 4, l. n. 3/2012;
- nel piano di riparto, detratte le spese di procedura, veniva attribuito all'OCC il residuo importo di € 199,35, già ammesso allo stato passivo in prededuzione per l'importo di € 1.073,61 mentre veniva attribuito al Liquidatore l'importo liquidato dal giudice delegato nella misura di € 1.051,45 oltre accessori di legge;
- il piano di riparto veniva comunicato all'OCC che depositava osservazioni, rilevando che le spese prededucibili dell'OCC e del Liquidatore avrebbero dovuto distribuirsi proporzionalmente tra i medesimi;
- con provvedimento in data 16.12.2023 il g.d., affermando che ai sensi degli artt. 17 e 18 del D.M. n. 202/2014 debba essere liquidato un compenso unitario, disponeva che, nel caso di specie, stante l'insufficienza dell'attivo ai fini del pagamento dei costi in prededuzione, tutto l'attivo doveva versarsi all'OCC;
- il g.d. disponeva altresì che, in base all'art. 9 del "Regolamento concernente l'organizzazione e il funzionamento dell'organismo di composizione della crisi costituito presso l'Ordine degli Avvocati di Milano" al gestore/liquidatore sarebbe andato l'80% dell'importo mentre il restante 20% sarebbe stato trattenuto dall'OCC per i costi di amministrazione.

Avverso tale provvedimento ha proposto tempestivo reclamo l'OCC sopra indicato censurando il provvedimento nella parte in cui ha affermato il principio della unitarietà del compenso.

Parte reclamante, richiamati gli articoli 17 e 18 del d.m. n. 202/2014, osserva che il detto decreto ministeriale non disciplina la modalità di determinazione del compenso nelle procedure di liquidazione del patrimonio, nei casi in cui a seguito dell'apertura della procedura all'OCC succeda la figura del Liquidatore, ciò in quanto l'unica disposizione che si occupa della liquidazione dei compensi al Liquidatore è contenuta nell'art. 18 del d.m. che dispone: "il compenso del liquidatore è determinato sull'ammontare dell'attivo realizzato dalla liquidazione e del passivo accertato", richiamando l'art. 16 e pertanto l'applicazione dei medesimi criteri previsti per il compenso dell'OCC nelle altre procedure di sovraindebitamento. Ciò diversamente da quanto è previsto per l'accordo di composizione della crisi e per il piano del consumatore.

Secondo la prospettazione di parte ricorrente le disposizioni normative sopra richiamate sarebbero indicative della volontà del legislatore di attribuire all'OCC e al liquidatore, ancorché svolgano attività differenti, due autonomi compensi, ciascuno calcolato sugli stessi parametri dell'attivo liquidato e del passivo accertato.

Più specificamente a tale conclusione parte reclamante giunge attraverso le seguenti considerazioni:

- a) il d.m. n. 202/2014 regola il solo compenso del Liquidatore e non quello dell'OCC; disciplinato quest'ultimo solo in re-

lazione all'accordo di composizione della crisi e al piano del consumatore;

- b) il d.m. n. 202/2014 non disciplina espressamente le modalità di determinazione del compenso nella ipotesi in cui all'OCC succeda la figura del Liquidatore, se non nell'ipotesi espressamente contemplata della conversione della procedura di composizione della crisi in quella di liquidazione;
- c) gli artt. 17 e 18 del d.m. citato, fissano, in caso di avvicendamento degli organismi, un criterio di proporzionalità;
- d) la tesi dell'unicità del compenso determinerebbe come corollario l'iscrizione nel registro ministeriale ex art. 356 CCII da parte dell'OCC per essere nominato liquidatore;
- e) in caso di unicità del compenso, non si comprenderebbe quale sarebbe la quota di spettanza dell'OCC e quella del Liquidatore all'interno della somma liquidata dal giudice;
- f) tale tesi non terrebbe conto che il compenso dell'OCC sarebbe già cristallizzato nello stato passivo e opinare nel senso della unicità del compenso verrebbe a privare di rilievo giuridico i preventivi e le pattuizioni intervenute tra l'OCC e il debitore nella fase prodromica all'accesso alla procedura di liquidazione;

All'udienza in data 29/02/2024 le parti presenti si sono riportate al reclamo e il Tribunale si è riservato.

Tanto premesso, il Tribunale osserva quanto segue.

Il reclamo è ammissibile essendo oggetto di impugnazione il provvedimento del giudice delegato che ha risolto le contestazioni sorte in ordine alla distribuzione delle somme oggetto di riparto. L'art. 14 octies della L. n. 3/2012, applicabile analogicamente anche alle contestazioni sorte in sede di riparto come prospettato dalla reclamante, richiama al comma 4 l'art. 10, comma 6, secondo cui si applicano in quanto compatibili, gli articoli 737 e seguenti del codice di procedura civile, stabilendo altresì che il reclamo si propone al tribunale.

La presente fattispecie ha ad oggetto la liquidazione del compenso al Liquidatore allorché lo stesso già abbia svolto le funzioni di OCC nella fase prodromica alla presentazione da parte del debitore del ricorso per l'accesso alla procedura di liquidazione del patrimonio.

La fattispecie sostanziale è disciplinata dalla L. n. 3/2012 vertendosi in ipotesi di liquidazione del patrimonio.

Va innanzitutto verificato se l'OCC nominato liquidatore abbia diritto o meno a un compenso unico.

La "tesi" del compenso unico

La disciplina di riferimento per la liquidazione dei compensi è contenuta nel d.m. 24 settembre 2014 n. 202. Vanno pertanto innanzitutto richiamate le disposizioni normative del cennato d.m. che vengono in rilievo nel caso di specie.

Il dato normativo in ordine alla liquidazione dei compensi dell'OCC è contenuto nell'art. 18 comma 1 in base al quale "nelle procedure di liquidazione di cui al capo II, sezione seconda, della legge, il compenso del liquidatore è determinato sull'ammontare dell'attivo realizzato dalla liquidazione e del passivo accertato. Si applica l'art. 16". L'art. 16 disciplina i criteri di determinazione del compenso dell'organismo nelle procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento in cui sono previste forme di liquidazione dei beni, con la conseguenza che, in forza del rimando all'art. 16, i criteri di determinazione dei compensi del Liquidatore sono sovrapponibili a quelli dell'organismo di composizione.

La norma non disciplina espressamente il caso della liquidazione del compenso al Liquidatore allorché lo stesso già abbia svolto le funzioni di OCC nella fase prodromica alla presentazione del ricorso per l'apertura della liquidazione controllata da parte del debitore. Invero la mancata espressa previsione deriva dalla sussunzione della fattispecie nella regola generale enunciata dal legislatore all'art. 17, comma 1, del d.m. citato per i seguenti motivi.

Va al riguardo considerato che il decreto ministeriale contiene due disposizioni che disciplinano specifiche fattispecie di successione del Liquidatore all'OCC ovvero di coesistenza dei medesimi, prevedendo per esse l'applicazione di un compenso unico.

La prima disposizione è quella contenuta nell'articolo 17, comma 2, in base alla quale *"nel caso in cui per l'esecuzione del piano o dell'accordo omologato sia nominato un liquidatore o un gestore per la liquidazione, la determinazione del compenso ha luogo a norma del comma 1"*.

Il comma 1 a sua volta dispone che *"quando nello stesso incarico si sono succeduti più organismi, il compenso unico è determinato secondo le disposizioni del presente capo ed è ripartito secondo criteri di proporzionalità"* (enfasi aggiunta)".

Dalla lettura congiunta delle due disposizioni si ricava limpidamente che il legislatore ha inteso applicare la norma di cui all'art. 17, comma 1, d.m. e prevedere una liquidazione di compenso unitaria quando nella medesima procedura siano presenti l'OCC e il liquidatore, assimilando la fattispecie alla "successione di più organismi".

L'applicazione del medesimo principio è altresì contenuta nell'art. 18, comma 2, laddove si prevede che *"quando nello stesso incarico si sono succeduti più liquidatori ovvero nel caso di conversione della procedura di composizione della crisi in quella di liquidazione, il compenso unico è determinato secondo le disposizioni del presente capo ed è ripartito secondo criteri di proporzionalità"* (enfasi aggiunta)".

Le due disposizioni normative testé citate e contenute rispettivamente nell'art. 17, comma 2 e 18, comma 2 costituiscono declinazioni specifiche del principio generale contenuto nell'art. 17, comma 1, d.m. citato. Dalle disposizioni sopra citate si ricava che il legislatore ha inteso qualificare come successione di *più organismi* la compresenza ovvero l'avvicendamento nella procedura dell'OCC e del liquidatore prevedendo espressamente in dette ipotesi il *compenso unico*.

Consegue che la fattispecie qui in esame è sussumibile nella disposizione di carattere generale di cui al comma 1 dell'art. 17. Nel caso in cui l'OCC venga nominato anche Liquidatore nella persona del gestore della crisi già designato per la fase prodromica all'accesso della procedura si ha una situazione del tutto assimilabile alla successione di "più organismi", come per le specifiche fattispecie sopra richiamate; ciò che comporta per espressa disposizione normativa l'applicazione di un *compenso unico* (cfr., sul punto, Trib. Bergamo, 23.3.2021 secondo cui *"sulla scorta di un'interpretazione analogica delle disposizioni citate, che nella esaminanda ipotesi di successione della figura dell'O.C.C. e di liquidatore nelle procedure di liquidazione del patrimonio, il compenso deve ritenersi unico"*).

La circostanza che la norma contenga due esprese previsioni in tal senso e non disciplini espressamente la ipotesi qui in esame è conseguenza del fatto che l'avvicendamento nella procedura dell'OCC anche come liquidatore (nella persona dallo stesso designata) rappresenta una fattispecie per così dire "classica" e del tutto fisiolo-

gica nella prassi, a differenza delle altre due ipotesi espressamente contemplate dal dato normativo.

E difatti quanto all'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 17, va rilevato che non sempre per l'esecuzione del piano e per l'accordo omologato è necessaria la nomina di un liquidatore (cfr. art. 13, comma 1, L. n. 3/2012).

L'art. 18, comma 2, del d.m. contempla una ipotesi tutt'altro che fisiologica, costituita dalla conversione della procedura di composizione della crisi in quella di liquidazione. Entrambe le fattispecie sono quindi state espressamente ricondotte dal legislatore all'ipotesi tipica dell'art. 17, comma 1, CCII.

A contrario, si osserva che opinare diversamente significherebbe svuotare di contenuti la previsione generale di cui all'art. 17, comma 1, CCII. Se infatti i due casi di cui all'art. 17, comma 2 e 18 comma 2 hanno una espressa disciplina e, allo stesso modo, ha una espressa disciplina l'ipotesi di successione di più liquidatori (anche essa contenuta nell'art. 18, comma 2), la norma di cui all'art. 17, comma 1, CCII avrebbe una applicazione del tutto residuale, al di fuori dei casi espressamente ricondotti dal decreto a questa disposizione.

Gli elementi sopra considerati militano pertanto univocamente a favore della tesi del compenso unico nella fattispecie in cui l'OCC venga nominato anche liquidatore (cfr., per l'orientamento secondo cui il compenso dell'OCC e del liquidatore è unitario, già Trib. Milano, 21.11.2020; Trib. Bergamo, 23.3.2021 cit.; Trib. Palermo, 10.5.2023).

La rilevanza dell'accordo di cui all'art. 14, comma 1, d.m. 202/2014 e la sua riproduzione nello stato passivo

Nel caso di specie non vi è prova agli atti di questo fascicolo che sia stato stipulato l'accordo menzionato dal dato normativo, quindi nessuna rilevanza viene acquisire, ai fini della decisione sul caso concreto, l'incidenza della pattuizione tra le parti nella determinazione del compenso da parte dell'autorità giudiziaria.

L'argomento viene incidentalmente in considerazione ai fini della affermata natura unica del compenso dell'OCC nominato anche Liquidatore, secondo il rilievo mosso da parte reclamante secondo cui tale tesi non terrebbe conto che il compenso dell'OCC sarebbe già cristallizzato nello stato passivo e opinare nel senso della unicità del compenso verrebbe a privare di rilievo giuridico i preventivi e le pattuizioni intervenute tra l'OCC e il debitore nella fase prodromica all'accesso alla procedura di liquidazione.

Il motivo di reclamo va disatteso per i seguenti motivi.

Va innanzitutto rilevato che il rapporto giuridico in questione viene ad instaurarsi tra l'Organismo di Composizione della Crisi e il debitore; l'Organismo di composizione della crisi precede alla designazione, per quanto qui di rilievo, del gestore. Il tribunale nomina, di regola e nella ricorrenza dei presupposti, come Liquidatore lo stesso Organismo di Composizione della Crisi, nella persona del gestore già designato da quest'ultimo. Alcun rapporto giuridico di natura contrattuale viene pertanto ad insorgere tra il professionista designato dall'OCC poi nominato come Liquidatore e il debitore.

Va altresì rammentato che il d.m. citato pur richiamando al comma 1 dell'art. 14 del d.m. l'accordo con il debitore, precisa che per la determinazione dei compensi si applicano le disposizioni del presente capo e il comma 1 dell'art. 15 dispone che nella determinazione del compenso occorre tenere conto della misura di soddisfazione assicurata ai creditori.

Invero il carattere unitario del compenso dell'OCC nominato Liquidatore non incontra alcun ostacolo nella ipotesi in cui il compenso pattuito con il debitore sia conforme ai parametri individuati dal legislatore; in tali casi infatti esso viene naturalmente assorbito e conglobato nel compenso liquidato dall'autorità giudiziaria che a detti parametri è tenuta ad attenersi per il richiamo contenuto nell'art. 18 all'art. 16.

La questione acquisisce invece rilevanza nella ipotesi in cui la determinazione pattizia del compenso esorbiti rispetto ai parametri pure individuati nel d.m. citato; con la conseguenza che conglobare la misura del compenso pattiziamente determinata dal debitore nella determinazione del compenso da parte dell'autorità giudiziaria si tradurrebbe in una violazione da parte di quest'ultima del dato normativo in punto di applicazione dei criteri di determinazione del *compenso unico* liquidabile in forza di quanto sopra rappresentato.

Nel caso in cui l'accordo non tenga conto dei parametri normativi prevedendo una determinazione del compenso esorbitante rispetto agli stessi, questo Tribunale ritiene che sussistano ragioni per disapplicare l'art. 14 comma 1 del decreto ministeriale nella parte in cui attribuisce rilievo all'accordo con conseguente inopponibilità alla procedura della determinazione pattizia del compenso per la parte esorbitante i parametri di legge.

A tali conclusioni si perviene sulla base dei seguenti motivi.

Innanzitutto la previsione di un compenso non allineato ai parametri normativi e la opponibilità dello stesso alla procedura, avrebbe come conseguenza che l'autorità giudiziaria verrebbe a liquidare un compenso oltre i limiti di legge: se difatti il compenso è unico, come sopra argomentato, e l'accordo fosse vincolante per l'autorità giudiziaria chiamata a liquidare i compensi, si porrebbe alla conseguenza che il giudice sarebbe chiamato a liquidare, di fatto, un compenso esorbitante rispetto ai parametri di legge. È evidente quindi che l'accordo non può vincolare il giudice nella liquidazione dei compensi quando ciò comporterebbe una violazione dei parametri di legge cui l'autorità giudiziaria è – naturalmente – vincolata nella liquidazione.

Attribuire carattere vincolante all'accordo tra il debitore e l'OCC significherebbe altresì rimettere alla volontà del debitore la misura di soddisfacimento dei creditori che verrebbe a dipendere dall'entità del *quantum* concordato con il debitore, in una procedura quale la liquidazione del patrimonio (e, ora, nel Codice della Crisi, liquidazione controllata) in cui l'attuazione della garanzia patrimoniale generica (art. 2740 c.c.) è ontologicamente sottratta alle determinazioni del debitore.

Sotto connesso profilo, si osserva che la fase prodromica all'accesso alla liquidazione del patrimonio non può ritenersi autonoma e, del tutto, "degiurisdizionalizzata" rispetto alla fase propriamente processuale, confluendo, all'evidenza, ogni attività svolta dall'OCC nella procedura di liquidazione. Facendo riferimento, in proposito, alle disposizioni contenute, per quanto qui in rilievo nella L. 3/2012, le attività dell'OCC prima dell'accesso alla procedura in ipotesi di liquidazione del patrimonio si sostanziano nella redazione della relazione particolareggiata con gli specifici contenuti indicati dall'art. 14 ter comma 3 L. n. 3/2012. In particolare la relazione dell'OCC dovrà contenere: la indicazione delle cause dell'indebitamento e della diligenza impiegata dal debitore nell'assumere volontariamente le proprie obbligazioni con l'indicazione delle ragioni di in-

capacità di adempiere le obbligazioni assunte; il resoconto sulla solvibilità del debitore persona fisica negli ultimi cinque anni; gli atti del debitore impugnati dal creditore nonché un giudizio di completezza e attendibilità della documentazione posta a corredo della domanda.

Nell'emettere il giudizio di completezza ed attendibilità della documentazione a corredo dell'istanza l'OCC dovrà necessariamente esaminare l'attivo e il passivo afferente alla instauranda procedura, posto che ai sensi dell'art. 9, comma 2, L. n. 3/2012 (richiamato dall'art. 14 ter comma 3) il debitore dovrà depositare l'elenco di tutti i creditori con indicazione delle somme dovute (passivo) e di tutti i beni del debitore e degli atti di disposizione compiuti negli ultimi cinque anni (attivo). Emerge chiaramente che tali attività si sovrappongono a quelle che pure dovranno essere compiute dall'OCC una volta nominato liquidatore che verrà pertanto a formare lo stato passivo e a liquidare l'attivo, la cui composizione è per legge già oggetto di esame da parte dello stesso soggetto nella fase prodromica all'accesso alla procedura. Il realizzo dell'attivo verrà poi a costituire l'attività tipica del Liquidatore che verrà a completare l'attività iniziata dall'OCC prima dell'accesso alla procedura da parte del debitore, fase in cui appunto la consistenza dell'attivo deve essere vagliata dall'OCC al fine di verificare l'attendibilità della rappresentazione in punto offerta dal debitore. In altri termini, l'attività svolta dall'OCC per la redazione della relazione è necessariamente strumentale all'attività svolta dal liquidatore e in quest'ultima pienamente assorbita (vedi ad. es. analisi dell'attivo e del passivo, verifica della documentazione contabile e fiscale).

Consegue che la "tesi" della unicità del compenso, oltre a trovare conferma nei dati normativi del decreto ministeriale come sopra analizzati, rappresenta il riflesso dell'attività sostanzialmente unitaria svolta dall'OCC nella fase pre e post-accesso alla procedura liquidatoria, assumendo l'attività dell'OCC in veste di Liquidatore natura squisitamente complementare rispetto a quanto dallo stesso compiuto prima dell'accesso alla fase della procedura più prettamente giurisdizionale. Assumere pertanto che il liquidatore debba essere remunerato per ciascuna delle due fasi con un compenso autonomo calcolato sui medesimi valori dell'attivo e del passivo (art. 16, d.m. cit.) per la fase ante e post accesso alla procedura di liquidazione, significherebbe pervenire ad una duplicazione dei compensi.

Tale possibile duplicazione acquista ulteriore e specifica rilevanza in quanto determinerebbe una ingiustificata disparità di trattamento tra i compensi dell'OCC nominato liquidatore nella liquidazione del patrimonio e i compensi del liquidatore nominato per l'esecuzione del piano o dell'accordo omologato (art. 17, comma 2) e per il caso di conversione della procedura di composizione della crisi in quella di liquidazione (art. 18, comma 2).

Si assisterebbe in tal caso a una violazione del generale principio di ragionevolezza *"per cui l'atto normativo, ancorché secondario, deve trattare in maniera uguale situazioni eguali ed in maniera razionalmente diversa situazioni diverse"*, con la conseguenza che il decreto ministeriale in oggetto *"non diversamente da qualsiasi atto amministrativo che incide su materiale in cui si faccia questione di diritti soggettivi"* potrà essere disapplicato da parte del giudice ordinario, nella parte qui in rilievo, per l'illegittimità discendente dalla violazione del principio di ragionevolezza quale più ampia espressione del generale principio di eguaglianza (cfr. Cass. Sez. Un. 26 maggio 1997 n. 4670 per il caso in cui la Suprema Corte ha sta-

tuito che la disposizione di cui all'art. 5 d.m. 28 luglio 1992 n. 570, vigente al momento della pronuncia, nella parte in cui prevedeva che il compenso del commissario giudiziale potesse essere il doppio di quello del curatore, distinguendo la fase precedente l'omologazione da quella successiva, si poneva in contrasto con il canone fondamentale del diritto di uguaglianza, con conseguente legittimazione alla parziale disapplicazione da parte del giudice).

Anche a non voler accedere alla tesi della disapplicazione dell'atto normativo secondario, una lettura costituzionalmente orientata del decreto ministeriale unitamente alle norme di rango primario con riguardo alle quali lo stesso è chiamato ad operare e quindi a rapportarsi, induce a ritenere che l'accordo tra il debitore e l'OCC non possa ritenersi opponibile alla procedura di liquidazione per tutti i motivi sopra evidenziati. Corroborano tale conclusione – ancorché in via interpretativa per la fattispecie qui in rilievo disciplinata dalla L. n. 3/2012 – le disposizioni normative contenute nel Codice della Crisi, norma di rango primario rispetto al decreto ministeriale qui in esame. E così l'art. 71, comma 4, CCII in ipotesi di omologazione del piano di ristrutturazione dei debiti del consumatore prevede che il compenso dell'OCC è liquidato dal giudice *“tenuto conto di quanto eventualmente convenuto dall'organismo con il debitore”*. Sul punto la Relazione illustrativa al Codice della Crisi rappresenta che *“la disposizione si allinea, come proposto dalla Commissione Giustizia al regolamento adottato con il D.M. 24 settembre 2014 n. 202”*, significando, all'evidenza, che la volontà del legislatore non depone nel senso di considerare vincolante l'“accordo” tra l'OCC e il debitore. Allo stesso modo l'art. 81, comma 4, in ipotesi di omologa di concordato minore, dispone che il giudice liquida i compensi all'OCC, *“tenuto conto di quanto eventualmente convenuto dall'organismo con il debitore”*.

In forza della ricostruzione sopra operata discende che alcuna significatività può assumere la inclusione nello stato passivo della misura del compenso concordata tra OCC e debitore. L'adempimento previsto nel decreto ministeriale secondo cui l'organismo è obbligato a portare a conoscenza dei creditori l'accordo concluso con il debitore per la determinazione del compenso non può automaticamente tradursi nella invocata “cristallizzazione” del compenso dell'OCC. Se è vero infatti che l'organismo è tenuto a tale adempimento come previsto dall'art. 10, comma 4, del d.m. citato, la inclusione nello stato passivo di tale determinazione non può che considerarsi “provvisoria” e “condizionata” alla liquidazione del compenso unico da parte del giudice, costituendo solo questo il momento di insorgenza effettiva del credito in prededuzione. Né è giuridicamente sostenibile la immodificabilità del compenso per effetto del consolidamento dello stato passivo perché in questo caso sarebbe il liquidatore (e quindi normalmente lo stesso OCC) a valutare il proprio compenso in una situazione di evidente “conflitto di interessi”.

Quanto all'ulteriore profilo sollevato da parte reclamante circa la ripartizione dei compensi tra OCC e liquidatore, va rilevato che essa

può assumere rilevanza nel caso in cui venga nominato un soggetto diverso rispetto al gestore già designato dall'OCC, ipotesi che esula dalla presente fattispecie, riguardante, come esposto in premessa, l'OCC designato liquidatore nella stessa persona fisica del gestore già individuato dall'Organismo di Composizione della Crisi.

La “tesi” dell'iscrizione dell'OCC nell'albo ex art. 356 CCII

Invero non è fondato il motivo di reclamo secondo cui la tesi della unitarietà del compenso comporterebbe come corollario l'iscrizione nel registro ex art. 356 CCII da parte degli Organismi di composizione della crisi.

Va innanzitutto rilevato che la presente fattispecie attiene a liquidazione di compensi nell'ambito di sovraindebitamento disciplinato dalla L. n. 3/2012.

Ai sensi dell'art. 15, comma 8, L. n. 3/2012, quando il giudice lo dispone l'organismo svolge le funzioni di liquidatore. Allo stesso modo l'art. 270 CCII dispone che con la sentenza il tribunale nomina il liquidatore confermando, in caso di domanda presentata dal debitore, l'OCC o, per giustificati motivi, scegliendolo nell'elenco dei gestori della crisi di cui al decreto del Ministro della giustizia 24 settembre 2014 n. 202.

Nessuna delle due norme prevede che l'organismo nominato liquidatore debba essere iscritto nel registro ex art. 356 CCII.

Invero con specifico riguardo alle disposizioni del Codice della Crisi in relazione alle quali potrebbe astrattamente predicarsi un obbligo di iscrizione ex art. 356 CCII, è il dato normativo a confermare la non necessità della iscrizione in nessuna delle due ipotesi contemplate dalla legge e, difatti: 1) nel caso in cui è nominato come liquidatore l'OCC è la legge stessa a prevedere che l'OCC possa essere nominato liquidatore ovvero 2) nella ipotesi in cui venga nominato un soggetto diverso da quello già designato dall'OCC lo stesso deve essere iscritto unicamente nell'elenco dei gestori della crisi di cui al d.m. qui in argomento e non già nell'albo di cui all'art. 356 CCII.

Il motivo è palesemente infondato.

Per tutti i motivi sopra evidenziati, consegue il rigetto del reclamo. Nulla per le spese stante la mancata costituzione di controinteressati.

P.Q.M.

- 1) rigetta il reclamo;
- 2) nulla per le spese.

Così deciso in Milano, nella camera di consiglio della Sezione Seconda Civile, in data 29/02/2024;

Il Giudice Relatore
Dott. Vincenza Agnese

Il Presidente
Dott. Laura De Simone

Trib. Treviso, 15 marzo 2024, Protocollo

Protocollo sul conferimento degli incarichi ex art. 5, comma 3 CCII

Il protocollo, considerate le Linee Guida elaborate dal Consiglio Superiore della Magistratura in materia di Buone Prassi nel settore delle procedure concorsuali, ed approvate con delibera di Plenum del 20 luglio 2022, detta disposizioni volte ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, rotazione ed efficienza nelle nomine dei professionisti nell'ambito delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.



TRIBUNALE DI TREVISO
SECONDA SEZIONE CIVILE

Protocollo sul conferimento degli incarichi ex art. 5, comma 3,
d. lgs. n. 14/2019
(Codice della Crisi di Impresa)

Il Presidente e i Giudici della Seconda Sezione Civile,
letto l'art. 5, comma 3, del d.lgs. n. 14/2019 (d'ora in poi CCII),
considerate le Linee Guida elaborate dal Consiglio Superiore della
Magistratura in materia di Buone Prassi nel settore delle procedure
concorsuali (delibera di Plenum in data 20 luglio 2022),

provvedono

all'adozione del protocollo per l'attuazione dei principi di trasparenza, rotazione ed efficienza nelle nomine dei professionisti nell'ambito delle procedure di regolazione della crisi e dell'insolvenza.

I. Ambito di applicazione.

Il protocollo si applica al conferimento dei seguenti incarichi previsti dal Codice della Crisi, in particolare:

- ausiliario nel concordato semplificato (art. 25 *sexies*);
- liquidatore nel concordato semplificato (art. 25 *septies*);
- pre-commissario (art. 44);
- commissario giudiziale nel concordato preventivo (art. 47);
- liquidatore nel concordato preventivo (art. 114);
- commissario giudiziale nell'accordo di ristrutturazione (artt. 40-48);
- curatore nella liquidazione giudiziale (art. 49);
- commissario giudiziale nell'accordo di ristrutturazione soggetto a omologazione (art. 64 *bis*);
- commissario nel concordato minore (art. 74 ss.);
- ausiliario nella composizione negoziata (art. 22 ss.);
- liquidatore nella liquidazione controllata (quando ricorrano i giustificati motivi ex art. ex art. 270 comma 1 lett. b).

II. Principi generali.

Il protocollo è strumento di "attuazione" dei criteri e dei principi generali che governano le nomine, quali sanciti dagli artt. 5 e 358 del Codice della crisi.

L'attività del giudice in merito al conferimento degli incarichi è diretta in via principale a garantire l'interesse pubblicistico al regolare svolgimento ed al buon esito della procedura concorsuale, i quali richiedono, anche in ragione della spiccata specializzazione della materia e della inerenza della stessa a profili molteplici e spesso difficili da bilanciare (quali la salvaguardia degli interessati dei creditori e la conservazione dei valori patrimoniali delle imprese), l'intervento di professionisti dotati, oltre che di profili deontologici cristallini, di elevata preparazione nelle materie coinvolte e capacità di operare in coerenza con gli indirizzi dell'ufficio.

La scelta del professionista è perciò basata su una valutazione complessiva ispirata all'efficienza del sistema.

Se ne trae conferma dalle previsioni dell'art. 358 CCII, che disciplina i "requisiti per la nomina agli incarichi delle procedure".

La norma, oltre ad individuare i soggetti che possono essere investiti dell'ufficio di curatore, commissario e liquidatore giudiziale (art. 358, comma 1)¹, contempla i casi di incompatibilità² e poi si-

1. a) iscritti agli albi degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro;

b) studi professionali associati o società di professionisti, sempre che i soci delle stesse siano in possesso dei requisiti di cui alla lettera a);

c) coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e sempre che non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale.

2. Non possono essere nominati all'incarico il coniuge, la parte di un'unione civile tra persone dello stesso sesso, il convivente di fatto, i parenti e gli affini entro il quarto grado del debitore, i creditori di questo e chi ha concorso al dissesto dell'impresa e chiunque si trovi in conflitto di interessi con la procedura (art. 358, comma 2). Tale disciplina va peraltro coordinata con quella ex art. 125, comma 3, CCII, a mente della quale al curatore, agli esperti nominati ai sensi dell'art. 49, comma 3, lettera b) ed al coadiutore nominato a norma dell'art. 129, comma 2, si applicano le disposizioni di cui agli articoli 35, comma 4 *bis*, e 35.1 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, ai termini del quale: "Non possono assumere l'ufficio di amministratore giudiziario né quello di suo coadiutore, coloro i quali sono legati da rapporto di coniugio, unione civile o convivenza di fatto ai sensi della legge 20 maggio 2016, n. 76, parentela entro il terzo grado o affinità entro il secondo grado con magistrati addetti all'ufficio giudiziario al quale appartiene il magistrato che conferisce l'incarico, nonché coloro i quali hanno con tali magistrati un rapporto di assidua frequentazione. Si intende per frequentazione assidua quella derivante da una relazione sentimentale o da un rapporto di amicizia stabilmente protrattosi nel tempo e connotato da reciproca confidenza, nonché il rapporto di frequentazione tra commensali abituali".

gnificativamente indica nella professionalità l'indefettibile presupposto della nomina.

L'art. 358, comma 3 lett. b), CCII prescrive invero che l'autorità giudiziaria effettui le nomine in modo da assicurare *"l'espletamento diretto, personale, efficiente e tempestivo delle funzioni"*.

D'altro canto, l'art. 358, comma 3 lett. c), CCII dispone che si tenga conto *"delle esigenze di trasparenza e di rotazione degli incarichi"* (con ciò richiamando le previsioni dell'art. 5, comma 1).

Dalle prescrizioni anzidette emerge chiaramente che:

- specie per quanto riguarda i curatori, le nomine debbano ricadere su professionisti che siano in grado di svolgere in autonomia le attività richieste dall'incarico, senza dover ricorrere in maniera sistematica ai coadiutori, chiaro essendo che *"l'espletamento in prima persona delle incombenze dell'ufficio rende il curatore maggiormente consapevole delle peculiarità della procedura e dei suoi risvolti, consentendogli di cogliere le sfumature anche potenzialmente significative per le sorti della stessa, sfumature che un coadiutore – investito solo di una porzione della stessa – potrebbe non rilevare"*³;
- debba trattarsi di professionisti muniti di adeguata struttura organizzativa, che conoscano gli indirizzi operativi e le prassi dell'ufficio e posseggano un'approfondita conoscenza specialistica⁴;
- debbano essere assicurate la turnazione e rotazione degli incarichi, ma nel rispetto del principio di efficienza in modo che, posto che la specializzazione del settore ed il mantenimento dei parametri sopra citati comportano per i professionisti costi ed investimenti di notevole entità, sia assicurata una certa stabilizzazione ed un numero di incarichi idonei a garantire adeguata remunerazione, così come rimarcato nelle Linee Guida del CSM⁵.

In ragione di siffatti principi e direttive, la Sezione ritiene che sia utile dare continuità alla prassi dell'ufficio e tenere (ed aggiornare) un elenco interno contenente:

- i professionisti nominabili;
- l'annotazione, per ciascuno di essi, degli incarichi conferiti e del giudice delegato della procedura e, per quanto soprattutto riguarda le liquidazioni giudiziali ed i concordati preventivi, le indicazioni relative alla complessità dell'incarico ed ai presumibili valori di attivo.

Trattasi di uno strumento sussidiario dell'attività giurisdizionale di conferimento dell'incarico nelle singole procedure, perché consente di monitorare le nomine ed assicurare la dovuta turnazione delle stesse, la quale va assicurata anche tenendo conto della data di conferimento dell'incarico, della complessità della procedura e remuneratività della stessa⁶.

3. Così le "Linee guida" del CSM sulle Buone Prassi nel settore delle procedure concorsuali, capitolo 3, paragrafo 2, pagina 33.

4. Da qui l'importanza delle *"risultanze dei rapporti riepilogativi"* e *"degli incarichi in corso"*, quali mezzi di verifica dell'efficienza delle attività di accertamento del passivo, di liquidazione e recupero dell'attivo, della tempestività e completezza degli atti e dei risultati conseguiti in termini di attivo realizzato e passivo accertato nonché della durata delle procedure.

5. Che sul punto evidenzia: *"per consentire un'efficace gestione delle nomine ed evitare la loro concentrazione pare opportuno poi che si individui il numero approssimativo di incarichi da assegnare in un dato periodo ai professionisti ... coordinando tale necessità con quella di attribuire ai medesimi un numero tale da garantire il conseguimento di un'adeguata professionalità e remunerazione"* (pag. 36 delle Linee guida).

Proprio perché strettamente inerente alla funzione giurisdizionale ed estraneo alla funzione amministrativa, l'elenco ha natura rigorosamente riservata e non può essere reso pubblico né accessibile da parte di terzi⁷.

Tale riservatezza non è incompatibile con il principio di trasparenza, che opera sul diverso piano della indicazione – che si vuole in questa sede fornire – dei criteri di formazione e di aggiornamento dell'elenco.

III. Criteri di formazione dell'elenco.

III. – 1. Premessa.

Ai fini della formazione dell'elenco, la Sezione ritiene di indicare il numero approssimativo degli incarichi da assegnare in un dato lasso temporale a ciascun professionista e di ridurre il più possibile il numero dei professionisti inclusi.

Diversamente opinando, ove cioè si ritenesse di poter inserirvi un numero eccessivamente elevato di professionisti, si correrebbe il rischio di assegnare a ciascuno un numero esiguo di procedure. Con evidente danno per i valori della efficienza e della specializzazione. L'esperienza maturata evidenzia che la maggior parte delle procedure (di liquidazione giudiziale, come già di fallimento) non presenta attivo oppure presenta un attivo sufficiente appena al pagamento delle spese di procedura. Nondimeno, anche per esse i curatori sono chiamati a svolgere diversi adempimenti: si pensi alle relazioni preliminari, alle comunicazioni ai creditori ed all'accertamento del passivo. Se si considera che la remunerazione che per queste spetta è assai modesta (il compenso minimo a carico dell'erario è pari ad euro 811,35), risulta evidente che dette procedure finiscono per essere considerate come un peso anziché un beneficio.

Ne consegue che il numero complessivo degli incarichi, quantomeno sul piano dei compensi, non è molto significativo e che esso va correlato con il fattore qualitativo, tenendo conto delle procedure che presentano un attivo rilevante.

Riguardo all'altro aspetto rilevante (di delimitazione del numero dei professionisti da inserire), va evidenziato che negli ultimi anni i dati statistici indicano un calo delle procedure pendenti, che alla data del 30.06.2019 risultavano pari a n. 1448, mentre alla data del 30.06.2023 sono risultate in n. 1089.

In ragione di siffatte valutazioni e considerazioni, la Sezione ritiene che:

- 1) debba essere previsto per ciascun professionista iscritto il conferimento tendenziale per ciascun anno di tre/quattro incarichi, di cui tre poco remunerativi e uno con attivo;
- 2) il numero massimo di professionisti da inserire nell'elenco debba essere fissato in 100 unità.

6. Vanno, infatti, evitati sia il conferimento di incarichi eccessivamente ravvicinati nel tempo sia la concentrazione delle procedure più redditizie in capo a pochi professionisti: pagine 3 5 e 3 7 delle Linee Guida. D'altro canto, va considerato che le procedure di liquidazione giudiziale (come già quelle di fallimento) sono spesso lente nel loro sviluppo, ma, dopo una prima fase di intenso impegno lavorativo, divengono meno assorbenti: il numero elevato di procedure assegnate può dunque dipendere dalla pendenza di procedure assai datate, ma questa circostanza non può impedire le nuove assegnazioni, perché diversamente si disperderebbero le migliori professionalità ed esperienze.

7. Come riconosciuto con delibera plenaria del Consiglio Superiore della Magistratura in data 24.01.2024.

III. – 2. Requisiti per l’inserimento nell’elenco.

Rilevano, innanzitutto, i requisiti previsti dall’art. 358 comma 1 CCII e dagli artt. 92, 114 e 125 CCII. Possono essere perciò nominati (e vanno perciò inseriti nell’elenco) soltanto:

- gli iscritti agli albi degli avvocati, dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e dei consulenti del lavoro;
- gli studi professionali associati o società di professionisti, sempre che i soci delle stesse siano in possesso dei requisiti di cui al periodo che precede ed in tal caso, all’atto dell’accettazione dell’incarico, deve essere designata la persona fisica responsabile della procedura;
- coloro che abbiano svolto funzioni di amministrazione, direzione e controllo in società di capitali o cooperative, dando prova di adeguate capacità imprenditoriali e sempre che non sia intervenuta nei loro confronti dichiarazione di apertura della procedura di liquidazione giudiziale;
- i soggetti sopra elencati che siano iscritti all’albo degli incaricati dall’autorità giudiziaria delle funzioni di gestione e di controllo nelle procedure previste dal codice e che siano perciò in possesso dei requisiti per l’iscrizione, la cui verifica è demandata al Ministero della giustizia (art. 356 CCII).

Si ritengono poi rilevanti le esigenze di rinnovamento ed il tendenziale criterio della territorialità.

Per un verso, infatti, deve consentirsi ai professionisti già nominati di portare a termine gli incarichi favorendo al contempo l’inserimento di giovani professionisti e, per un altro verso, va assicurata l’uniforme applicazione di prassi ed indirizzi giurisprudenziali.

Per questi motivi, non sono inseriti nell’elenco:

- coloro che abbiano compiuto il settantesimo anno di età;
- i professionisti non iscritti agli albi locali (pur restando salvi i casi in cui la peculiarità o complessità della procedura giustifichi una differente scelta).

Sono poi valutati come titoli di merito ai fini dell’inserimento nell’elenco:

- il possesso di un’adeguata struttura professionale, che consenta di usufruire di consulenza fiscale e tributaria di soggetti appartenenti al medesimo studio o di personale di segreteria in grado di gestire le infrastrutture telematiche ecc. (senza oneri per la procedura);
- il possesso di titoli accademici riconosciuti nelle materie di pertinenza;
- la partecipazione, anche quali relatori, ad attività di formazione ulteriori rispetto a quelle prescritte per l’iscrizione all’albo ex art. 356 CCII;
- il possesso di comprovate e consistenti esperienze nella materia concorsuale;
- i risultati dell’attività svolta in occasione di precedenti incarichi.

Infine, si rimarca che non possono essere inseriti nell’elenco né ricevere nuovi incarichi:

- coloro che sono stati revocati da precedenti incarichi per grave inadempimento;
- i soggetti di cui all’art. 358, comma 1 lett. c), CCII, nell’ipotesi in cui la società amministrata o controllata (o le società collegate e/o controllate) abbia in corso o abbia avuto accesso, negli ultimi cinque anni, ad una qualunque procedura regolata dal Codice della crisi.

III. – 3. Struttura e modifiche dell’elenco.

L’individuazione concreta dei professionisti da inserire nell’elenco è stata effettuata in occasione di un’apposita riunione tra i giudici della Sezione, nel corso della quale sono stati valutati i titoli, le capacità e le pregresse esperienze dei professionisti già inseriti nel registro in uso presso l’ufficio.

La deliberazione è stata assunta con la maggioranza dei 3/4 dei giudici presenti nella Sezione.

L’elenco è suddiviso in tre fasce:

- la Fascia A) comprende i professionisti che hanno dato prova, in un numero consistente di procedure, di preparazione e capacità tecniche e di gestione particolarmente elevate, quali palesate dalla approfondita conoscenza delle norme da applicare, dalla oculatezza nell’amministrazione delle risorse e dal carattere rimarchevole dei risultati conseguiti: ad essi possono essere attribuiti tutti gli incarichi, compresi quelli in cui è prevedibile, sulla base degli elementi presenti al momento del conferimento dell’incarico, un attivo pari o superiore a 5 milioni di euro o le procedure di peculiare complessità;
- la Fascia B) comprende i professionisti che hanno dato prova, in un numero consistente di procedure, di elevata preparazione e capacità tecnica e gestionale, sia per la conoscenza delle norme da applicare sia per l’accertamento del passivo e la liquidazione dell’attivo: ad essi possono essere attribuiti gli incarichi di bassa o media complessità, con esclusione di quelli riguardanti procedure in cui è prevedibile un attivo pari o superiore a 5 milioni di euro;
- la Fascia C) comprende i professionisti che, nello svolgimento delle attività svolte nell’ambito delle procedure assegnate, hanno dato prova di adeguata preparazione e capacità tecnico-gestionale e che sono stati puntuali e tempestivi negli adempimenti: ad essi sono attribuiti gli incarichi in cui è prevedibile un attivo inferiore ad euro 500.000,00 e le procedure che non presentino profili di complessità.

Le nomine nelle procedure con attivo presumibile nullo o irrisorio saranno ripartite tra i professionisti di tutte le fasce secondo il criterio della rotazione.

Per ciascuno dei professionisti inseriti, sono come detto indicati gli incarichi e le date del relativo conferimento, il giudice delegato della procedura e le indicazioni relative alla complessità dell’incarico ed ai presumibili valori di attivo nonché gli aggiornamenti di detti ultimi elementi, quali consentiti dal progredire delle procedure.

L’elenco sarà aggiornato periodicamente all’esito delle riunioni che saranno svolte dai giudici della Sezione e sulla base di deliberazioni assunte a maggioranza.

L’inserimento di nuovi professionisti sarà effettuato tenendo conto dei titoli e delle pregresse esperienze professionali e su domanda degli interessati da trasmettere alla cancelleria fallimentare unitamente alla documentazione comprovante l’iscrizione all’albo ex art. 356 CCII.

Il passaggio di un professionista da una fascia all’altra sarà possibile soltanto se la maggioranza dei giudici della Sezione esprima, nell’ambito di apposite riunioni, il proprio parere positivo sulla base di una specifica valutazione di seri e concreti elementi di giudizio. L’esclusione dall’elenco sarà disposta:

- a) in caso di cancellazione dall’albo di cui all’art. 356 CCII;

- b) nel caso in cui sopravvenga una delle ipotesi di incompatibilità previste dall'art. 358, comma 2, e dagli artt. 35 comma 4 bis e 35.1 del d. lgs. n. 159/2011;
- c) in presenza di seri e concreti elementi di giudizio fondati su episodi, inadempienze, ritardi o mancanze che dimostrino l'inedeguatezza operativa, tecnico-giuridica o di gestione delle procedure; in particolare verrà valutato il mancato rispetto dei termini della c.d. Legge Pinto senza che vi siano fondate ragioni che giustifichino il prolungarsi della procedura;
- d) in presenza di gravi comportamenti che risultino incompatibili con il prestigio e/o l'onorabilità dell'ufficio.

Nell'ipotesi sub a), l'esclusione sarà automatica.

Nelle restanti ipotesi, sarà disposta con determinazione della maggioranza dei giudici della Sezione.

Qualora un professionista già iscritto sia colpito da incolpazione in sede disciplinare oppure indagato e/o imputato in ambito penale per uno dei reati previsti dall'art. 356 CCII o per altri reati che possano comunque incidere con le funzioni, il prestigio e/o l'onorabilità dell'ufficio, i giudici della Sezione, a maggioranza, potranno disporre la sospensione temporanea dal conferimento degli incarichi.

IV. Il conferimento degli incarichi.

Gli incarichi rientranti nell'ambito applicativo del presente protocollo saranno attribuiti dal Tribunale con l'obiettivo di garantire la massima efficienza nello svolgimento delle procedure contempe-

rando siffatta esigenza con i principi di adeguata rotazione ed equa ripartizione.

Il conferimento sarà quindi fondato su un criterio automatico di rotazione all'interno di ciascuna fascia, fatti salvi i casi eccezionali in cui sia necessario prescindere dall'automaticità della rotazione per specifiche ragioni connesse alla straordinaria importanza o alla complessità delle procedure oppure per la probabile disposizione dell'esercizio provvisorio dell'impresa.

In caso di procedure di straordinaria complessità o con attivo presumibile di valore superiore a 5 milioni di euro, potranno essere nominati due o più professionisti di diverse competenze e/o professionalità.

Il presente protocollo, sottoscritto dal Presidente e dai giudici della Sezione, sarà trasmesso al Consiglio Superiore della Magistratura, VII Commissione, al Presidente del Tribunale, al Presidente della Corte d'Appello di Venezia, ai Consigli degli ordini degli Avvocati, dei Dottori Commercialisti e Revisori Contabili e dei Consulenti del lavoro di Treviso e pubblicato sul sito del Tribunale.

Treviso 7 marzo 2024

Il Presidente della Sezione
Bruno Casciarri

I Giudici della Sezione

Lucio Munaro

Clarice Di Tullio

Petra Uliana

Trib. Spoleto, 26 febbraio 2024, Circolare

Adempimenti preliminari dei curatori e dei liquidatori nelle procedure concorsuali.

Il provvedimento organizzativo mira a fornire ai curatori, ai commissari giudiziali ed ai liquidatori, istruzioni in merito ai primi adempimenti da curare, in via telematica, con riferimento alle procedure concorsuali. Specifica che questi adempimenti si sostanziano nell'accettazione dell'incarico, nella apposizione dei sigilli, nella redazione dell'inventario, nella trascrizione della sentenza nei pubblici registri, nell'apertura di un conto corrente intestato alla procedura, ed infine nel pagamento del foglio notizie.



**TRIBUNALE DI SPOLETO
UFFICIO FALLIMENTARE**

OGGETTO: Adempimenti preliminari del Curatore/Liquidatore nelle procedure concorsuali attraverso il sistema SIECIC

La presente circolare mira a fornire ai Curatori, Commissari Giudiziali e Liquidatori istruzioni in merito ai "primi" adempimenti da curare, in via telematica, con riferimento alle procedure concorsuali, ivi comprese, in particolare, le procedure di liquidazione controllata.

1. Accettazione incarico

Come già indicato con le Linee Guida dell'ottobre 2022, il primo adempimento che il Curatore/Liquidatore è chiamato a svolgere, a seguito della nomina del Tribunale, consiste nella accettazione dell'incarico.

L'Accettazione della nomina deve intervenire nel termine di due giorni dalla sua conoscenza (cfr. art. 126 CCI) mediante deposito telematico dell'atto di accettazione, contenente le specifiche indicazioni richieste dalla legge.

Il fac-simile di atto di accettazione dell'incarico è allegato alla Linee Guida citate. Si invitano pertanto i Curatori prenderne visione e ad utilizzarlo per l'adempimento richiesto.

2. Per le procedure di liquidazione controllata: Pubblicazione della sentenza sul sito del Tribunale di Spoleto

Ai sensi dell'art. 270, comma II, lett. f) CCI, la sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione controllata deve essere pubblicata mediante l'inserimento nel sito internet del Tribunale o del Ministero della giustizia ovvero, nel caso in cui il debitore svolga attività d'impresa, la pubblicazione è effettuata presso il registro delle imprese. A tal proposito, dunque, il Liquidatore è tenuto a provvedere, anzitutto, alla pubblicazione della sentenza nel sito internet del Tribunale (cfr. art. 270, comma quarto CCI), rinvenibile al seguente link: <https://tribunale-spoleto.giustizia.it/>, trasmettendo quanto da pubblicare direttamente ai funzionari incaricati del servizio.

Analogamente, nel caso in cui il debitore svolga attività d'impresa, il Curatore deve provvedere alla pubblicazione presso il registro delle imprese.

Il Curatore deve dunque documentare l'assolvimento dei seguenti oneri, mediante deposito telematico sul fascicolo della procedura, utilizzando i relativi eventi codificati (es. "*pubblicazione sentenza su sito tribunale/ministero della giustizia*").

3. Apposizione dei sigilli (nelle procedure di Liquidazione Giudiziale)

Ai sensi dell'art. 193 CCI (e, prima di esso, art. 84 l. fall.), dichiarata aperta la liquidazione giudiziale, il curatore procede all'immediata ricognizione dei beni e, se necessario, all'apposizione dei sigilli sui beni che si trovano nella sede principale dell'impresa e sugli altri beni del debitore secondo le norme stabilite dal codice di procedura civile, quando non è possibile procedere immediatamente al loro inventario; in caso di impossibilità, il curatore procede a norma dell'articolo 758 del codice di procedura civile.

Il Curatore deve dunque documentare l'assolvimento del suddetto incombenza, mediante deposito telematico sul fascicolo della procedura, utilizzando i relativi eventi codificati (es. "*verbale di apposizione dei sigilli*").

4. Relazione dell'inventario

Ai sensi dell'art. 195 CCI (e, prima di esso, art. 87 l. fall.), nonché ai sensi dell'art. 272, comma II CCI per la liquidazione controllata, il Curatore/Liquidatore provvede all'inventario dei beni.

Come già precedentemente formalizzato (circolare del G.D. del 13.10.2022), l'inventario viene svolto autonomamente dal Curatore, con esonero della Cancelleria da detto incombenza.

L'inventario deve riguardare tutti i beni del debitore, mobili e immobili, al fine di garantire la completezza delle informazioni contenute nel fascicolo telematico.

Il Curatore dovrà documentare lo svolgimento delle operazioni di inventario depositando telematicamente il verbale di inventario, utilizzando lo specifico atto messo a disposizione dal gestionale in uso, allegando la documentazione fotografica¹.

A tal fine, il Curatore dovrà effettuare il deposito caricando il relativo file in formato ".xml".

Il corretto svolgimento di tale deposito è funzionalmente necessario

¹ Per la redazione dell'inventario si informano i Curatori che, dalla prassi emersa in altri Tribunali, è possibile procedere alternativamente importando l'inventario mediante file Excel, appositamente predisposto per il deposito strutturato, da completare con la documentazione fotografica, oppure importando l'inventario mediante app gratuita scaricabile dagli store Apple e Play Store di Android, che consente di anagraficare il bene e di abbinarvi la relativa foto, per poi caricarlo con il relativo evento sul portale SIECIC.

al fine di consentire la corretta gestione della successiva fase di vendita dei beni, mediante creazione dei lotti e gestione dell'intero flusso liquidatorio.

A tal proposito, inoltre, una volta caricato correttamente l'inventario, con il deposito del programma di liquidazione e la sua approvazione, si apriranno i relativi lotti, la cui chiara e precisa composizione dovrà essere specificata dal Curatore nel programma di liquidazione, in uno con le modalità di vendita (cfr. art. 213 CCI).

5. Trascrizione pubblici registri

Ai sensi dell'art. 197, comma II CCI (e, prima di esso, art. 88 l. fall.), se il debitore possiede immobili o beni mobili iscritti in pubblici registri, il curatore notifica un estratto della sentenza di apertura della liquidazione giudiziale ai competenti uffici, perché sia trascritto nei pubblici registri. Quanto alla liquidazione controllata, ai sensi dell'art. 270, comma II, lett. g) CCI, il Tribunale, con la sentenza che dichiara l'apertura della liquidazione controllata, ordina, quando vi sono beni immobili o beni mobili registrati, la trascrizione della sentenza presso gli uffici competenti.

Pertanto, costituisce specifico onere del Curatore procedere alle suddette trascrizioni.

Il Curatore deve dunque documentare l'assolvimento del suddetto incombenza mediante deposito telematico sul fascicolo della procedura, utilizzando i relativi eventi codificati (es. "*trascrizioni in pubblici registri*").

6. Apertura conto corrente della procedura

Il Curatore è tenuto all'apertura del conto corrente intestato alla procedura.

Il Curatore deve documentare l'assolvimento del suddetto incom-

bente mediante il deposito telematico sul fascicolo della procedura, utilizzando il relativo evento codificato (es. "*attestazione apertura c/c*" e similari) e indicando l'importo effettivo e attuale del conto corrente, depositando – se possibile – anche l'ultimo estratto conto o documentazione analoga attestante l'ammontare delle somme giacenti in conto corrente.

Il corretto adempimento a tale incombenza è funzionalmente necessario per la gestione dei mandati di pagamento, in riferimento ai quali si rinvia alle precedenti circolari pubblicate e divulgate.

7. Pagamento foglio notizie/campione fallimentare

Come già rilevato con le Linee Guida dell'ottobre 2022, non appena acquisite disponibilità liquide (si veda a tal proposito l'art. 146 D.p.r. 115/2002), il Curatore è tenuto al pagamento delle spese prenotate a debito o anticipate dall'Erario.

A tal fine il Curatore deve mettersi in contatto con la Cancelleria, che provvederà a comunicare l'ammontare delle spese da corrispondere.

Si ribadisce che tale adempimento è prescritto dalla legge e deve essere evaso dal Curatore senza ritardo.

Si ribadisce che, in caso di errata compilazione degli eventi relativi ai depositi, la Cancelleria è autorizzata a rifiutare il deposito dell'atto.

Si ringrazia sin da ora per la collaborazione.

Si manda alla Cancelleria per la pubblicazione sul sito del Tribunale di Spoleto nell'apposita sezione.

Spoleto, 26.02.2024

Il Giudice Delegato

I VERI INTERESSI TUTELATI NELL'ATTUALE CONCORDATO IN CONTINUITÀ: TRASPARE UNA REVISIONE DI FONDO DELLE PRIORITÀ

LUIGI BOTTAI Avvocato in Roma

18 Marzo 2024

A seguito della lettura dei primi provvedimenti emessi da vari Tribunali italiani sull'interpretazione della c.d. ristrutturazione trasversale dei debiti di cui all'art. 112, 2° comma, CCI (preziosamente raccolti da A. Turchi, *Il valore di liquidazione alla luce delle prime pronunce di merito*, in *Dirittodellacrisi.it*, 11 dicembre 2023, oltre ai successivi qui pubblicati), sorge un dubbio di fondo sulla reale prevalenza della tutela dell'interesse dei creditori nella nuova disciplina del concordato preventivo in continuità; dubbio, peraltro, posto e acuito dalle considerazioni (sempre illuminanti) di illustri *maitres à penser* della materia.

Se è innegabile che, dal punto di vista dei principi generali e della collocazione codicistica delle norme (artt. 4, 7, 53, 84, 87, 112, etc.), la preoccupazione del legislatore per i creditori dell'impresa in crisi rimanga il caposaldo della disciplina – e, come tale, viene ribadito anche da taluni provvedimenti giudiziali –, non altrettanto sembra potersi affermare dopo aver approfondito l'applicazione pratica del disposto di cui all'art. 112, comma 2, lett. d), del Codice, in virtù del quale basta l'approvazione di una sola classe dei creditori (purché “maltrattata” o “*in the money*”, come ora usa dirsi) per far omologare il concordato.

Con la consueta efficacia il professore Alessandro Nigro (*Il diritto della crisi oggi fra tradizione e innovazione*, in *Riv. dir. comm.*, 2023, 2, p. 185 ss., spec. 190) ha indicato la tendenza del nuovo “diritto della ristrutturazione delle imprese” a far emergere il problema della rilevanza degli **interessi esterni diversi** da quelli classici dei creditori e del debitore: “è, in altri termini, il profilo della **sostenibilità**, in tutte le sue accezioni (sociale, ambientale, ecc.), che sta affiorando anche nella nostra materia” rispetto all'esercizio dell'impresa; ciò comporta la necessità di integrare nelle strategie aziendali quei processi di mitigazione dei rischi e degli impatti sulla collettività e sull'ambiente imposti oggi finanche a livello costituzionale (nuovo art. 41 Cost.). “Di questa ‘cedevolezza’ [della tutela del diritto di credito *tout court*] comincia ad esservi traccia nelle normative: e v. ad esempio l'art. 87, co. 1, (...) lett. f)”.

E sulla interpretazione già a livello unionale di questa “vera e propria clausola generale” della sostenibilità economica dell'impresa si legga S. Leuzzi, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo: oggetto, regole, controlli*, in *Dirittodellacrisi.it*, 9 ottobre 2023 [che ha ricordato come le “norme codicistiche vanno, del resto, interpretate alla luce del diritto unionale e l'art. 10, comma 3, della Direttiva 1023/2019 (cd. *Insolvency*) pretende appunto che il piano non sia privo della prospettiva ragionevole di garantire la so-

stenibilità economica dell'impresa. Il concetto è menzionato in altre disposizioni del testo eurounitario, a cominciare dall'art. 1, lett. a), che lega teleologicamente i quadri di ristrutturazione preventiva all'obiettivo di impedire l'insolvenza e di assicurare la viability” ...].

Più avanti ancora si sono spinti F. Di Marzio (*Sulla omologazione del concordato preventivo*, in *Giustiziacivile.com*, 22 agosto 2023) e A. Ghedini (*L'omologa del concordato preventivo in continuità: il cross class «cram down»*, in *Dirittodellacrisi.it* – slides, 23 maggio 2023), i quali hanno plasticamente rilevato, in estrema sintesi (per ragioni di spazio), come il soddisfacimento congiunto delle condizioni poste dal 2° comma dell'art. 112 CCI per l'omologazione consenta di affermare la ragionevolezza economica della soluzione concordataria e l'accettabilità dei sacrifici proposti ai creditori dissenzienti. Sicché il voto negativo finanche della maggioranza delle classi, non apparendo sorretto da buone motivazioni né giustificato dalla tutela dell'interesse egoistico del creditore, viene sterilizzato e reso ininfluente.

Ma così viene meno la regola della maggioranza, perché la legge tutela *in primis* la conservazione dei valori aziendali, ritenuta per definizione della Direttiva UE 2019/1023 più conveniente rispetto all'alternativa liquidatoria.

Di più: nel concordato in continuità è proprio la voce dei creditori a non essere più determinante, salvo che le singole opposizioni di ciascun creditore dimostrino il pregiudizio subito (in raffronto allo scenario della LG).

Come segnalato, infatti, da L. Panzani, *Analisi economica del diritto delle imprese e della crisi*, in *Dirittodellacrisi.it*, 7 febbraio 2024, “L'interesse dei creditori è dunque tutelato, ma nei limiti in cui è ritenuto razionale favorire la ristrutturazione, procedimento questo che tutela i creditori nei limiti ora detti, ma che consente di tener anche conto di altri interessi, ugualmente compromessi dalla crisi d'impresa. La possibilità di compressione del diritto di credito lascia spazio alla tutela di altri diritti, anch'essi lesi dalla crisi o dall'insolvenza dell'impresa, in primo luogo la conservazione dei posti di lavoro, il mantenimento dell'impresa nell'interesse dei fornitori a continuare i rapporti contrattuali in essere, il recupero dell'equilibrio economico dell'impresa nell'interesse dell'economia in generale, l'interesse dell'imprenditore persona fisica e dei soci dell'impresa costituita in forma collettiva a proseguire l'attività”.

Per effetto di queste regole, dunque, l'autotutela dei creditori attraverso l'espressione del voto subisce una forte limitazione, poiché è sopravanzata dalla eterotutela di tutti gli interessi coinvolti

ad opera del tribunale. Su questo piano i creditori sono avvicinati a tutti gli altri soggetti interessati alla procedura, che tuttavia non hanno diritto di voto nella stessa.

Ma così si perde la natura negoziale del concordato (in continuità) e si perviene alla conclusione anticipata da Floriano d'Alessandro a proposito del concordato fallimentare proposto da un terzo già nel 2008 (in *Giur. Comm.*, 2008, I, p. 349).

COMMENTO di Antonio Pezzano, Avvocato in Firenze
14 Marzo 2024 ore 11.38

Purtroppo, la visione (quasi) propositiva sul nostro concordato preventivo in continuità non può condividersi (salvo miracoli ad opera di un traumaturgico “correttivo”, che oramai sembra più ... onirico che reale).

A partire proprio dalla “promiscuità” dei valori tutelati.

Difatti, come vedremo, le norme del CCII non hanno effettuato una netta scelta tra – per sintetizzare – tutela dell’impresa e tutela del credito. Lasciando quindi al Giudice (a differenza della tanta vituperata A.S. in cui però gli obiettivi, anche subordinati, risultano chiari) l’ingrato – e forse neppure delegabile – compito di districarsi nell’amletico dubbio: continuità o non continuità, anche senza miglior soddisfacimento dei creditori?

Il tutto, però, in un contesto in cui la **Dir. Ins.** la scelta l’ha fatta ed è, di regola, pro continuità.

E che sia nettamente pro continuità lo confermano le seguenti norme congenite (cioè non derogabili dagli Stari):

4/1. – “Gli Stati membri provvedono affinché, qualora sussista una probabilità di insolvenza, il debitore abbia accesso a un quadro di ristrutturazione preventiva che gli consenta la ristrutturazione, **al fine di impedire l’insolvenza e di assicurare la loro sostenibilità economica**, fatte salve altre soluzioni volte a evitare l’insolvenza, **così da tutelare i posti di lavoro e preservare l’attività imprenditoriale**” (*idem* artt. 8/1/h e 10/3).

Invece, nel **CCII** si leggano gli artt. 7/2/c, 47/1/b, 53/5bis, 84/2, 87/2 e 3, 112/1/f per rendersi subito conto che sono tutte norme in cui non è chiaro cosa debba privilegiarsi come interesse da tu-

Quel che più interessa sottolineare è, in conclusione, che nella predisposizione della proposta di concordato (in continuità) le regole sulla “produzione” dell’attivo (art. 87), al pari di quelle sulla sua distribuzione (artt. 84, 112, etc.), debbano essere più rigidamente controllate dall’eterotutela giudiziale proprio al fine di precludere sottrazioni di attività ai creditori, a beneficio di altre categorie di soggetti.

telare ove ambedue non risultino parimenti e pariteticamente perseguibili. Analogamente, rispetto ai finanziamenti, in cui la **Dir. Ins.** è chiara nella previsione dell’art. 10/2/e (“se del caso, qualsiasi nuovo finanziamento sia necessario per attuare il piano di ristrutturazione e **non pregiudichi ingiustamente gli interessi dei creditori**”). Mentre nel **CCII**, se l’art. 112/1/f risulta in linea con la **Dir. Ins.**, lo stesso non può certo dirsi rispetto all’art. 99/1 e 2 in cui, oltre a parlarsi del diverso concetto di miglior soddisfacimento (che presuppone che alcun pregiudizio via sia, per quanto “giusto”), non è chiaro – ancora una volta – se prevalga la tutela di un interesse o dell’altro.

D’altra parte, mentre nel **CCII** continua a porsi in più norme il tema della comparazione, sempre relativamente al miglior soddisfacimento dei creditori, con la liquidazione giudiziale (con mille ricadute, a partire dal profilo di ritualità/ammissibilità della domanda), quest’“ansia” non si registra in sede di **Dir. Ins.**

Si non c’è, perché la tematica entra in gioco solo se il creditore si duole – ed a ragione – ai sensi delle previsioni chiarissime degli artt. 10/2/d e 16/4.

Anche in caso di omologazione trasversale, visto l’art. 11/1/a.

Ovviamente, tralascio qui di entrare nel merito del diabolico meccanismo, appunto, dell’omologazione trasversale (ma sempre e solo) nel **CCII**, per via del canonizzato generale possibile utilizzo del RPR di cui all’art. 84/6 (anziché limitato allo scenario “112/2/b” dell’omologazione trasversale), ma ancor più per l’infelice previsione dell’art. 120-quater/1 e 2 (tra l’altro, forse poco comprensibilmente non prevista anche in sede di cp di gruppo; v. art. 285), che la **Dir. Ins.** in alcun modo imponeva (pur se consentiva).

COMMENTO di Giovanni La Croce, Dottore commercialista
17 Marzo 2024 ore 21.20

L’EVAPORAZIONE DELL’HOMO OECONOMICUS NELLA COMPLESSA LOGICA DEL CCII

L’aggregazione delle preferenze individuali, secondo Pareto, è possibile se:

- (i) un insieme di individui migliora la propria soddisfazione passando dalla situazione **a** a quella **b**, se tutti gli individui sono più soddisfatti in **b** che in **a**;
- (ii) quell’insieme migliora la propria soddisfazione passando da

a a b se alcuni (al limite un solo individuo) stanno meglio in **b** che in **a** e nessuno sta peggio in **b** che in **a**.

L’art. 84 del **CCII**, al primo comma, introduce però un elemento d’invarianza tra **a** e **b**: l’insieme dei creditori deve essere soddisfatto dal concordato in misura non inferiore a quella realizzabile con la liquidazione giudiziale, mettendo in discussione l’essenza stessa della scelta che essi sono chiamati a fare.

Se, infatti, non c’è differenza tra **a** e **b**, nessuno starebbe peggio in **b**, ma neppure un creditore starebbe meglio in **b** che in **a**.

Se passiamo alle regole di approvazione/omologazione del concordato in continuità aziendale, ci imbattiamo, poi, nell’enigma-

tica lett. d) del secondo comma dell'art. 112, interpretata dai più nel senso che il concordato (il "b" paretiano) può essere omologato se anche un solo creditore che sta peggio in **b** rispetto a **c** – intendendosi per **c** la soluzione della distribuzione del valore eccedente di liquidazione rispettando le cause legittime di prelazione – Lo approva.

In sostanza, dato che si suppone $a = b$, l'insieme dei creditori cui è imposta la soluzione **b** da un creditore che starebbe meglio in **c** non subisce alcun danno, giacché si presuppone che per l'insieme degli altri creditori $b > c$ o quanto meno per alcuni $b = c$.

A ben vedere, però, tornando all'art. 84 – al sesto comma – ci accorgiamo che non è affatto vero, nel concordato in continuità aziendale, $a = b$, e ciò almeno nei casi in cui non si possa realizzare la liquidazione dell'impresa in funzionamento anche nella LG.

Se il concordato in continuità aziendale distribuisce ai creditori più del valore di liquidazione avremmo sempre $b > a$, ragione per cui almeno la maggioranza dei creditori, se non tutti, dovrebbero preferire **b** ad **a**.

Invece il legislatore ha previsto che l'insieme dei creditori – meglio la maggioranza di essi – nonostante $b > a$, possa preferire **a** a **b**, cioè possa comportarsi in modo antieconomico. Il legislatore così ha abbandonato il postulato e modello fondamentale dell'economia classica che presuppone che l'*homo oeconomicus* sia totalmente razionale e prenda le proprie decisioni in funzione del suo miglior interesse personale, introducendo, non so quanto consciamente, elementi delle teorie della scelta sociale (Arrow, Senn, etc.), privi, però, di quella complessità matematica che li contraddistingue.

COMMENTO di Luigi Bottai, Avvocato
28 Marzo 2024 ore 23.22

In risposta a Giovanni La Croce, Dottore commercialista
L'EVAPORAZIONE DELL'*HOMO OECOMICUS*
NELLA COMPLESSA LOGICA DEL CCII

...

Condivido le Vostre osservazioni e il quesito finale di GLC, ricordando comunque che la bussola orientatrice la fornisce la Di-

Lasciando in disparte i temi legati alle modalità di determinazione delle maggioranze, che scontano la perversa contaminazione dell'astensione = diniego, concentriamo l'attenzione sulle probabilità di successo di un piano di risanamento che abbia incontrato il favore di una sola classe di creditori, magari composta da un solo creditore, e che sia omologato in dispregio della volontà della maggioranza, sulla base del solo presupposto che esso "non sia privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza".

Si dovrebbe, quindi, presupporre, che il risanamento sia possibile anche senza la collaborazione dei creditori – la maggioranza – che avessero votato contro, con una conseguente necessità di sostituire nell'immediatezza la gran parte dei fornitori di beni, servizi e denaro.

Ma se così potesse essere, come non è in natura, il giudizio di fattibilità di quel piano dovrebbe presupporre anche la valutazione a monte di un simile scenario determinato dall'omologazione di un concordato contro la volontà dei creditori (della maggioranza). Gli è, però, che tale scenario si concretizza a valle dell'attestazione, sicché la stessa non potrà mai averlo presupposto, col che si giunge all'assurdo di legittimare l'omologazione in assenza di attestazione.

Il tema sollevato, può essere condensato tutto in un quesito: "quando la gran parte dei creditori vota contro il concordato si può affermare che il piano continui a non essere privo di ragionevoli prospettive di impedire o superare l'insolvenza, come lo era quando se ne presupponeva l'approvazione almeno a maggioranza?".

rettiva (di cui il D. Lgs. 83/2022 e l'odierno CCII, in parte qua, costituiscono attuazione).

Ma allora si giunge al punto "politico": viene alla luce l'ambivalenza tipica del diritto con le frequenti ambiguità che ne accompagnano l'applicazione.

Il diritto, attraverso le classificazioni e le gerarchie che esprime, riproduce le relazioni di potere esistenti.

Nel nostro caso è in atto una redistribuzione di tali poteri in favore degli *stakeholders*?

COMMENTO di Giovanni La Croce, Dottore commercialista
30 Marzo 2024 ore 18.06

In risposta a Luigi Bottai, Avvocato

Condivido le Vostre osservazioni e il quesito finale di GLC, ricordando comunque che la bussola orientatrice la fornisce la Direttiva (di cui il D. Lgs. 83/2022 e l'odierno CCII, in parte qua, costituiscono attuazione) ...

Non direi.

Il diritto non può essere ambivalente per postulato.

Il precetto astratto di legge dovrebbe essere valido in ogni occasione, ciò in relazione alla necessità di consentirgli di operare in un perimetro vasto. La questione che ho sollevato in altra sede, è che nel momento in cui, invece, un codice si trasforma in circolare operativa, il diritto si riduce a tecnica; si riduce a mero strumento, perdendo qualsiasi connotazione esistenziale.

Il suo "sapere" diviene "prassi".

Si genera così un fenomeno recessivo dove la negazione del "senso" si accompagna al primato della "funzione" e ogni anelito di giustizia, che dovrebbe stare alla base di qualsiasi atto giuridico, evapora sino a scomparire.

Dunque, continuando il percorso di analisi che parte da questa amara constatazione, non può affatto affermarsi che ci sia stata una redistribuzione dei poteri in favore degli stakeholder, perché non è questo il “senso” che si ricava dal codice nel suo complesso.

Non esiste neppure un termine all’interno del CCII che possa evocare una sì vasta prateria, all’interno della quale occorre ricordare pascolano anche i creditor e i supplier, per continuare con gli [odiati] anglicismi.

Osservo che tanto si può parlare di potere, quanto a tale potere corrisponda la possibilità di determinare le sorti del concordato e gli *stakeholder*, creditori a parte, non hanno legittimazione alcuna a “parlare” nel concordato. Neppure ai lavoratori e alle loro organizzazioni è concesso di partecipare attivamente alla ristrutturazione, nonostante la Direttiva lo consentisse.

Le regole di cui si discute sono semplici regole di “omologabilità” che espropriano i creditori di qualsiasi potere in favore del debitore, cui è demandata la decisione se ricorrere o meno all’approvazione trasversale del suo concordato, sulla base di prospettive soggettive non condivise dalla maggioranza dei creditori.

Gli *stakeholder* subiscono anch’essi e degli eventuali danni successivi nessuno risponde.

Come ho sostenuto nel mio primo intervento ci troviamo al cospetto di una norma che, superando in un balzo il brocardo *id quod plerumque accidit*, fa coesistere “la ragionevole idoneità del piano a superare l’insolvenza” con il voto contrario della stragrande maggioranza dei creditori, degradati a “femminucce capricciose”.

L’amministrazione statale vi è addirittura dipinta come ignava nonostante l’art. 97 Cost. non lo consenta per postulato.

Ecco, se si vuole, come ha sostenuto autorevole dottrina, i creditori nel CCII sono solo un accidente del processo di ristrutturazione. Ci sono perché altrimenti non ci sarebbe l’insolvenza, ma sono una mera constatazione, un paesaggio dipinto sullo sfondo, un avatar.

Appunto un avatar, che se non si esprime – d’altro canto come farebbe un avatar ad esprimersi!? – è considerato dissenziente, ma il suo dissenso non espresso, pur determinando il mancato raggiungimento della maggioranza delle classi, non conta nulla ai fini dell’omologazione. Perché mai considerarlo allora dissenziente!? Quale “senso esistenziale giuridico” si può rinvenire in siffatta “prassi”, dove l’astensione è considerata dissenso, ma il dissenso non conta nulla?

Chiudo richiamando il secondo periodo del 2° comma dell’art. 11 della Direttiva *insolvency*: “*Gli Stati membri possono mantenere o introdurre disposizioni che derogano al primo comma [la ristrutturazione trasversale], qualora queste siano necessarie per conseguire gli obiettivi del piano di ristrutturazione e se il piano di ristrutturazione non pregiudica ingiustamente i diritti o gli interessi delle parti interessate*”.

È più determinate del consenso della maggioranza dei creditori per conseguire gli obiettivi di un piano cosa c’è!?

La ristrutturazione trasversale ha un “senso giuridico” solo nei piani dove il debito è convertito in *equity*, come accade nei grandi dossier USA, modalità assai rara nell’esperienza italiana.

COMMENTO di Luigi Bottai, Avvocato

31 Marzo 2024 ore 23.39

In risposta a Giovanni La Croce, Dottore commercialista

Non direi.

Il diritto non può essere ambivalente per postulato ...

Caro Giovanni,

La discussione rischia di avvitarsi: le tue conclusioni, ineccepibili, contrastano con quanto affermi in apertura; tu sostieni che “Il diritto non può essere ambivalente per postulato. Il precetto astratto di legge dovrebbe essere valido in ogni occasione”.

Sarebbe opportuno che fosse così, ma:

1) come definire una disciplina che in incipit detta regole in un senso (art. 84), mentre *in explicit* si accontenta dell’esatto contrario (112.2, d)?

2) *Rem tene*: una sola classe di creditori, assolutamente minoritari

(potenzialmente anche un solo professionista, salvo trovare un abuso del diritto in tale manovra), decide le sorti di tutti.

3) per *stakeholders* intendo ovviamente le controparti del debitore che siano anche creditori e non solo indirettamente interessati: quindi i dipendenti per gli arretrati, i consulenti, gli agenti, gli enti previdenziali, l’erario, i fornitori, le banche, etc.

Veniamo così al punto politico che avevo sollevato e che anche tu accogli: per dirla con Emanuele Severino (*Dialogo su diritto e tecnica*, con Natalino Irti, Bari-Roma, 2001, p. 25), il corpo politico vorrebbe regolare, orientare, ordinare il capitalismo e la tecnica, ma non vi riesce. Il capitalismo tende alla deregulation: sarà ciò che vuole Bruxelles? La tecnica, poi, è ancora più potente ed è destinata a diventare il principio ordinatore di ogni materia (p. 27). Ora, senza farla troppo “filosofica”, si tratta di capire chi vuole cambiare lo status quo e chi no. Dall’esito di questo confronto avremo o un Correttivo chiarificatore oppure si rimane nel guado; zona in cui prevalgono i coccodrilli e chi ci capita è soltanto lo gnu più sfigato ...



Partner tecnologico
della Rivista Diritto della Crisi



Divisione software
per i **professionisti dell'area giuridica**



Fallco Liquidazione Giudiziale

Fallco Fallimenti

Fallco Esecuzioni

Fallco Composizione Negoziata

Fallco Gestore Crisi

Fallco Aste

Fallco CTU

Fallco ADS (Amministrazioni di Sostegno)

Divisione software e servizi
per **studi notarili**



www.zucchettisoftwaregiuridico.it

www.fallco.it

www.polonotarilezucchetti.it

Società per lo Studio del Diritto della Crisi
via Principe Amedeo, 27 46100 Mantova
segreteria rivista: rivista@dirittodellacrisi.it
direzione: ssdirittodellacrisi@gmail.com
P.IVA 02674210204

Powered by
Zucchetti Software Giuridico srl
via Enrico Fermi, 134 36100 Vicenza
www.fallco.it