



**S.A.F.** TOSCO-LIGURE  
Scuola Alta Formazione  
Dottori Commercialisti

---

**Corso di Alta Formazione Crisi di Impresa**

**2016-2018**

**PAGAMENTI PARZIALI AI PRIVILEGIATI EX ART. 160/2: IVA DI  
RIVALSA, PRIVILEGIO SPECIALE, PRIVILEGIO GENERALE**

**Docente: Avv. Antonio Pezzano**

*24 febbraio 2017*

**§ Parte Seconda §**

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. PANEBIANCO Ugo Riccardo	-	Presidente	-
Dott. PICCININNI Carlo	-	Consigliere	-
Dott. DI PALMA Salvatore	-	Consigliere	-
Dott. DOGLIOTTI Massimo	-	Consigliere	-
Dott. RAGONESI Vittorio	-	Consigliere	-

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

S.G.C. s.r.l. in persona del legale rappresentante quale mandataria di Banca Nazionale del lavoro s.p.a., elettivamente domiciliata in Roma, Via XXIV Maggio presso l'avv. NUZZO Antonio, che la difende giusta delega in atti;

- ricorrente -

contro

Fallimento G. & B. Group s.p.a. in persona del curatore;

- intimato -

avverso il decreto del Tribunale di Milano emesso il fallimento n. 59184/94 in data 1.2.2005.

Udita la relazione della causa svolta nella Pubblica udienza del 4.3.2010 dal Relatore Cons. Dott. Carlo Piccininni;

Udito l'avv. Andrea Pantellini su delega per la ricorrente;

Udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. GOLIA Aurelio, che ha concluso per il rigetto del ricorso.

## Fatto

### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con decreto dell'1.2.2005 il Tribunale di Milano rigettava il reclamo della S.G.C. s.r.l., quale mandataria di Banca nazionale del Lavoro, contro il provvedimento con il quale il giudice delegato del fallimento G & B Group s.p.a. aveva approvato e reso esecutivo il progetto di riparto finale predisposto dal curatore.

In particolare la contestazione della S.G.C., era stata mossa in relazione all'addebito delle spese generali della procedura alla BNL, ammessa al passivo in via privilegiata ipotecaria per Euro 1.409.728,82 e in via chirografaria per Euro 647.741,25, nonchè al criterio adottato per l'imputazione alla massa di una quota del compenso al curatore, contestazione che il tribunale aveva risolto in senso sfavorevole al reclamante, ritenendo che sul ricavato della liquidazione degli immobili gravati da garanzia reale dovesse incidere anche una quota delle spese generali, comprensiva del compenso del curatore oltre che - nella specie - del commissario giudiziale del concordato preventivo che aveva preceduto il fallimento, e che la quantificazione di detta quota dovesse essere determinata secondo un criterio di proporzionalità tra il valore dell'immobile garantito e quello degli altri beni facenti parte dell'asse fallimentare.

Avverso il detto decreto la S.G.C., proponeva ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost., affidato ad un motivo, cui non resisteva l'intimato.

La controversia veniva quindi decisa all'esito dell'udienza pubblica del 4.3.2010.

## Diritto

### MOTIVI DELLA DECISIONE

Con il motivo di ricorso la S.G.C. ha denunciato violazione della L. Fall., art. 111 e vizio di motivazione laddove il tribunale aveva ritenuto corretto l'addebito dell'imputazione al creditore ipotecario di quota del compenso al curatore e delle spese generali della procedura, mentre invece queste avrebbero dovuto gravare su esso ricorrente esclusivamente nei limiti del loro collegamento con l'amministrazione e la liquidazione dei beni garantiti.

La censura di violazione di legge (non quella relativa al vizio di motivazione, improponibile alla stregua della normativa all'epoca vigente) è fondata.

Osserva al riguardo il Collegio che il tribunale, dopo aver ritenuto incontestata la questione relativa all'addebito al creditore ipotecario delle spese riconducibili alla conservazione e alla liquidazione del bene ipotecato, ha individuato nel reclamo due profili di problematicità, di cui il secondo subordinato al primo, rispettivamente consistenti: a) nell'imputabilità o meno di una quota delle spese generali della procedura anche al ricavato della vendita del bene ipotecato; b) nella individuazione del relativo criterio di determinazione, nell'ipotesi di risposta positiva all'interrogativo prospettato sub a).

Lo stesso Tribunale, delineata dunque la questione nei termini indicati, ha poi ritenuto che parte delle spese della procedura dovessero gravare anche sul bene ipotecato (così rispondendo affermativamente all'interrogativo sub a), precisando inoltre, per la questione sub b), che al creditore ipotecario avrebbero dovuto essere addebitati i costi della gestione della procedura affrontati nel suo interesse, secondo un principio di proporzionalità (tra il ricavato della liquidazione dell'immobile ipotecato e quello della liquidazione degli altri beni) nel caso di impossibile individuazione di un differente criterio di ripartizione.

A seguito di tale premessa il tribunale aveva dunque rigettato il reclamo contro il piano di riparto predisposto dal curatore del fallimento, secondo il quale dal ricavato della vendita del bene ipotecato, pari a Euro 1.650.116,06, dovevano essere detratte: 1) la quota relativa al compenso del curatore (pari a Euro 72.033,53); 2) le spese specifiche relative all'immobile ipotecato (pari a Euro 274.688,94); 3) la quota delle spese generali di gestione (pari a Euro 260.556,25).

La ricorrente non ha sollevato alcuna censura in ordine alla disposta detrazione dell'importo sub 2), concordando sul fatto che sul bene ipotecato dovessero gravare anche le spese specifiche di conservazione di quest'ultimo; non ha neanche contestato l'astratta riferibilità a suo carico, quale creditore ipotecario, delle spese sostenute per il compenso del curatore (sub 1), pur ritenendone tuttavia errata la relativa quantificazione per la parte attribuita (non dunque quella complessivamente determinata); ha viceversa lamentato l'addebito pro quota delle spese generali di gestione (sub 3), che al contrario a suo dire non avrebbero potuto essere imputate anche al creditore ipotecario.

Sul punto per vero il tribunale aveva precisato, come considerazione di carattere generale e preliminare, che "il ricavato della vendita dell'immobile posto a garanzia non possa essere decurtato da quei costi che siano stati affrontati anche nell'interesse dell'ipotecario", con l'ulteriore conseguenza che "il concorso alle spese andrà pertanto escluso per le attività non funzionali anche all'interesse del creditore con privilegio sull'immobile", precisazione che appare in linea con la giurisprudenza di questa Corte.

In proposito è stato infatti affermato: a) per quanto riguarda il compenso del curatore, che questo va determinato ponendo comparativamente a raffronto l'attività da lui svolta nell'interesse generale della massa e quella specificamente riferibile all'interesse dei creditori garantiti (C. 97/5104); b) per quanto concerne la ripartizione delle spese in prededuzione sul ricavato della vendita dei beni ipotecati, che queste devono gravare anche sul detto ricavato, in misura corrispondente all'utilità - anche solo sperata - del creditore garantito (C. 06/13672, C. 06/2329, C. 71/3015).

Tuttavia il tribunale, dopo la sopra richiamata e condivisibile premessa e l'ulteriore corretta precisazione che, nel caso di impossibile valutazione dell'incidenza delle spese generali su quelle specifiche che sarebbero state necessarie per la liquidazione del bene ipotecato, "sarà inevitabile il ricorso ad un criterio proporzionale" tra il ricavato delle due liquidazioni (dell'immobile ipotecato e degli altri beni), ha poi ritenuto che tale criterio dovesse essere applicato "in mancanza di certezze in merito all'inutilità, per l'ipotecario, di alcune delle spese rientranti in quelle globali", così ribaltando il parametro valutativo indicato da questa Corte, secondo cui al fine indicato occorre fare riferimento non già alla mancata certezza in ordine all'inutilità delle spese sostenute dalla procedura, ma all'accertata utilità delle stesse per il creditore garantito.

Il ricorso deve pertanto essere accolto, con cassazione del decreto impugnato e rinvio al Tribunale di Milano in diversa composizione, perchè determini la quota del compenso del curatore e delle spese generali della procedura imputabile al creditore ipotecario sulla base del criterio dell'utilità da esse ricavato sopra delineato.

Il tribunale provvederà infine anche alla liquidazione delle spese generali del presente giudizio.

**PQM**

P.Q.M.

Accoglie il ricorso, cassa il decreto impugnato e rinvia al Tribunale di Milano in diversa composizione, anche per le spese del giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, il 4 marzo 2010.

Depositato in Cancelleria il 12 maggio 2010

ilCodiceDeiConcordati.it

Sentenza n. 1116/2016 pubbl. il 30/06/2016

RG n. 618/2016

Repert. n. 1117/2016 del 30/06/2016

RG. 618/16

CRON. 1498/16

REP. n. 1117/16



**LA CORTE D'APPELLO DI TORINO**

**SEZIONE I CIVILE**

Riunita in camera di consiglio nelle persone dei signori magistrati:

Dott. Luigi Grimaldi **PRESIDENTE**  
Dott. Caterina Mazzitelli **CONSIGLIERE**  
Dott. Gian Paolo Macagno **CONSIGLIERE REL.**

**30 GIU 2016**

Oggetto: reclamo ex  
art. 18 l. fall.

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nella procedimento iscritto al n. [REDACTED]

promosso da:

[REDACTED], [REDACTED] in persona del legale  
rappresentante pro tempore dott. [REDACTED], rappresentata e difesa, per procura in data  
31.3.2016 in calce all'atto di reclamo, dall'avv. [REDACTED] e dall'avv.  
[REDACTED] del Foro di Asti ed elettivamente domiciliata in [REDACTED]  
9, presso lo Studio dell' [REDACTED]

**RECLAMANTE**

contro

[REDACTED], C.F. [REDACTED] in persona  
del curatore dott. [REDACTED], rappresentato e difeso dall'avv. [REDACTED]  
[REDACTED] presso lo stesso elettivamente domiciliato in [REDACTED]

**RESISTENTE**

**CONCLUSIONI DELLE PARTI**

**PER PARTE RECLAMANTE:** *“Voglia l'Ecc.ma Corte di Appello, contrariis reiectis  
e previe le declaratorie del caso, accogliere il reclamo ed annullare i provvedimenti  
impugnati, revocare la sentenza dichiarativa di fallimento n. 24/2016 pubblicata il  
3.3.2016 anche previa riforma integrale del decreto del Tribunale di Asti emesso nel*



procedimento [redacted] e pronunciare ogni consequenziale statuizione atta a dar corso al procedimento di concordato. Col favore delle spese in caso di opposizione.”

**PER IL FALLIMENTO RESISTENTE:** “Voglia l'Ecc.ma Corte d'Appello di Torino, nel merito, rigettare il reclamo presentato da [redacted] in persona del legale rappresentante, dott. [redacted] avverso la sentenza del Tribunale di Asti n. 36/2016, depositata in data 3 marzo 2016, comunicata via PEC in pari data, con il quale è stato dichiarato il fallimento di [redacted] nonché avverso il decreto del Tribunale di Asti, depositato in data 11 febbraio 2016, con il quale è stata dichiarata inammissibile la domanda di concordato preventivo presentata dalla società [redacted] - con vittoria, di onorari, spese, I.V.A. e C.P.A.”

#### MOTIVI IN FATTO E IN DIRITTO DELLA DECISIONE

Con ricorso ex art. 18 e 162 l.f. depositato in data 31 marzo 2016, la [redacted] ha proposto reclamo avverso la sentenza 24/2016 del 3.3.2016 del Tribunale di Asti, che ha dichiarato il fallimento della società reclamante, nonché avverso il presupposto decreto 10-11.02.2016 del medesimo Tribunale, che ha dichiarato l'inammissibilità della domanda di concordato preventivo depositata in data 7.11.2014 dalla predetta società.

Lo sviluppo della procedura di concordato preventivo e della conseguente procedura prefallimentare possono essere riassunti, per quanto in questa sede rileva, evidenziando i seguenti passaggi.

A seguito della presentazione della domanda di concordato e della successiva attività integrativa, svolta a seguito di richiesta di chiarimenti ex art. 162, primo comma, l.f., il Tribunale di Asti con decreto 26.2.2105 ammetteva la [redacted] alla procedura di concordato preventivo, nominando i commissari giudiziali e fissando al 15.6.2015 l'adunanza dei creditori.

Su istanza dei commissari, il tribunale rinviava l'adunanza dei creditori al 13.10.2015, al fine di consentire il deposito della relazione ex art. 172 l.f..



I commissari giudiziali depositavano in data 2.10.2015 la relazione, nella quale esprimevano una valutazione fortemente negativa della proposta di concordato, di natura liquidatoria, segnalando tra l'altro:

- a) l'assenza di concrete manifestazioni di interesse da parte di terzi in merito all'acquisto del compendio immobiliare, consistente in via quasi esclusiva nell'immobile aziendale;
- b) alcune criticità in merito al bene mobile oggetto del contratto di leasing, e che costituisce l'unico altro elemento rilevante del patrimonio da liquidare;
- c) l'esperibilità di azioni risarcitorie e di ripetizione da parte della Curatela dell'eventuale fallimento;
- d) nel complesso, la prospettiva di una migliore soddisfazione dei creditori nella procedura fallimentare.

Con provvedimento in data 7.10.2015 il tribunale apriva il subprocedimento per la revoca dell'ammissione al concordato e fissava all'11.11.2015 udienza in camera di consiglio.

Alla predetta udienza il pubblico ministero chiedeva dichiararsi il fallimento della società; su richiesta della stessa, il tribunale assegnava termine sino al 10.12.2015 per il deposito di proposta migliorativa, fissando nuova udienza in camera di consiglio al 16.12.2015.

La [redacted] in data 10.12.2015 provvedeva al deposito di memoria di modifica e integrazione del piano e della proposta di concordato preventivo.

All'udienza del 16.12.2015 il pubblico ministero rinnovava la richiesta di dichiarazione di fallimento; il tribunale riservava la decisione ed assegnava termine sino al 20.1.2016 ai commissari per osservazioni, che venivano formulate con memoria depositata in forma telematica il 20.1.2016.

Con decreto 10.2.2016, a scioglimento della riserva assunta, il Tribunale di Asti dichiara l'inammissibilità del concordato e fissava udienza di comparizione ex art. 15 l.f. al 1.3.2016, per la trattazione del procedimento prefallimentare.

In data 1.3.2016 la società ricorrente notificava ai commissari giudiziali ricorso per cassazione ex art. 111 Cost. per l'annullamento del decreto del 10.2.2016 con il quale



era stata dichiarata l'inammissibilità del concordato preventivo (ricorso che successivamente non veniva depositato) e, in pari data, si celebrava l'udienza ex art. 15 l.f., all'esito della quale il tribunale riservava la decisione, pronunciando il successivo 3.3.2016 sentenza di fallimento della [REDACTED]

\*\*\* \*\* \*\*\*

Con il primo dei tre motivi di reclamo la [REDACTED] eccepisce la nullità del decreto di inammissibilità del 10.2.2016, lamentando la violazione del principio del contraddittorio con specifico riguardo alla erronea applicazione degli artt. 162, 172, 173, e 15 L. Fall., art. 156, secondo comma, c.p.c.

La reclamante afferma di non avere potuto prendere visione della relazione dei Commissari giudiziali del 20.1.2016 – relazione che peraltro risulta oggetto di rituale deposito telematico in pari data.

Specifico oggetto della doglianza è invero che il Tribunale di Asti abbia dichiarato l'inammissibilità del concordato in base a rilievi nuovi e mai precedentemente sollevati, né tanto meno contestati alla debitrice, sì da porla in condizioni di non poter controdedurre; né la convocazione nel procedimento prefallimentare, si osserva, avrebbe sanato la mancata concessione di uno spazio defensionale, che necessariamente deve precedere e non seguire l'adozione del provvedimento.

Con il secondo motivo di reclamo lamenta la violazione ed erronea applicazione degli artt. 175, secondo comma, *ratione temporis* applicabile e dell'art. 161 della legge fallimentare, nonché la violazione e erronea applicazione degli artt. 4 e 23 della legge n. 132/2015 del 6 agosto 2015 e l'errata valutazione dei fatti.

Si duole la reclamante della circostanza che il Tribunale di Asti abbia considerato le modifiche apportate a proposta e piano concordatario con la memoria depositata il 10.2.2015 tali da configurare la presentazione di una proposta di concordato integralmente nuova, e che di conseguenza abbia ritenuto applicabile la disciplina come risultante dalla novella di cui al d.l. 83/2015, come convertito con l. 132/2105, pervenendo alla pronuncia di inammissibilità per difetto dei presupposti di nuova introduzione (assicurazione del pagamento di almeno il 20% dei crediti chirografari e indicazione dell'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile per



ogni creditore). La reclamante sostiene che, ai sensi degli artt. 4 e 23 della legge cit., la nuova disciplina debba applicarsi esclusivamente alle domande introdotte successivamente alla sua entrata in vigore. Svolge ulteriori difese al fine di dimostrare, anche sotto un profilo sostanziale, la continuità tra la proposta iniziale e quella modificata.

Con il **terzo motivo**, pur affermando di ritenere assorbenti le superiori doglianze, la reclamante esamina e contesta con analitiche censure i singoli rilievi (di cui si tratterà più estesamente *infra*), formulati in numero di dieci dall'Ufficio commissariale e che il Tribunale di Asti, pur ritenendone i profili assorbiti in forza della *ratio decidendi* adottata, ha integralmente richiamato e affermato di condividere nel decreto di inammissibilità.

In forza dei rassegnati motivi, la reclamante chiede l'annullamento dei provvedimenti impugnati - e segnatamente la revoca della sentenza dichiarativa di fallimento, anche previa riforma integrale del decreto di inammissibilità - e la pronuncia di ogni consequenziale statuizione atta a dar corso al procedimento di concordato; con vittoria di spese.

Si è ritualmente costituito il Fallimento, contestando la fondatezza dei motivi su cui si fonda il reclamo e chiedendone la reiezione.

Per quanto attiene al **primo motivo** la procedura contesta che vi sia stata lesione del contraddittorio, osservando che la società debitrice, all'udienza appositamente fissata in data 16.12.2015 era stata sentita dal Tribunale in relazione alle modifiche apportate al piano cd alla proposta di concordato preventivo, e che parimenti aveva avuto modo di esporre le proprie difese all'udienza ex art. 15 l.f. Afferma inoltre la resistente che non sussisterebbe alcun obbligo per il Tribunale di disporre una successiva audizione, al fine di contestare ogni possibile profilo di inammissibilità rilevato o rilevabile ai fini del provvedimento ex art. 173 l.f.

In relazione al **secondo motivo di reclamo**, pur chiedendone il rigetto, osserva la procedura che, qualora questa Corte dovesse ritenerne la pur denegata fondatezza, non potrebbe che condividere la validità dei profili di inammissibilità evidenziati dai Commissari nella memoria del 10.2.2016, ritenuti assorbiti, ma comunque



esplicitamente condivisi dal Tribunale di Asti. In caso di accoglimento del motivo in oggetto, la Corte – osserva la curatela - dovrebbe rimettere le parti avanti al tribunale che, sulla base dei dieci presupposti come individuati dai Commissari, non potrebbe che pronunciare l'inammissibilità e, quindi, dichiarare il fallimento della ██████████ ██████████ attesa la pendenza dell'istanza formulata dal pubblico ministero.

Con riferimento al terzo motivo, parte resistente ha svolto puntuali controdeduzioni in ordine alle critiche sollevate in merito ai rilievi menzionati.

\*\*\* \*\*

Al fine di delimitare l'oggetto del presente giudizio, nonché ai fini delle assumende determinazioni, occorre rammentare che, *"in tema di concordato preventivo, quando in conseguenza della ritenuta inammissibilità della domanda il tribunale dichiara il fallimento dell'imprenditore, su istanza di un creditore o su richiesta del P.M., può essere impugnata con reclamo solo la sentenza dichiarativa di fallimento e l'impugnazione può essere proposta anche formulando soltanto censure, [come nel presente caso], avverso la dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato preventivo"* (cfr. Cass. civ., Sez. un., sentenze "gemelle" n. 9935 e 9936 del 15 maggio 2015).

Tanto debitamente premesso, il primo motivo di reclamo deve ritenersi fondato e meritevole di accoglimento, nei termini e con gli effetti che si vanno a precisare.

Va preliminarmente osservato come non possa ricavarsi dalla disciplina della procedura di concordato preventivo, pur letta in una prospettiva costituzionalmente orientata secondo il dettato dall'art. 111, secondo comma, Cost., un generale principio di necessaria corrispondenza tra i rilievi contestati al debitore ricorrente e i motivi che fondano l'eventuale successivo decreto di rigetto (*sub specie* di inammissibilità).

Ha anzi osservato la Suprema Corte, che *"In tema di ammissione al concordato preventivo, il tribunale, quando concede il termine previsto dall'art. 162, primo comma, legge fall. per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti, esercita un potere discrezionale relativamente al quale il debitore non è titolare di alcun diritto, avendo piuttosto l'obbligo di corredare la domanda di concordato di tutta la documentazione prescritta dall'art. 161 legge fall. Ne consegue che l'assenza di*



*relazione fra il contenuto del richiesto chiarimento e le ragioni dell'inammissibilità non violano il principio del contraddittorio e non danno luogo ad alcuna nullità"* (cfr. Cass. civ. Sez. I, 04 giugno 2014, n. 12549 - rv. 631415). Anche *"a seguito della rinuncia alla prima domanda di concordato e della presentazione di una nuova proposta, il tribunale non è tenuto, a norma dell'art. 162 legge fall., a sentire il debitore prima di dichiarare l'inammissibilità di quest'ultima e contestualmente pronunciare, ove il P.M. ne abbia formulato la richiesta, l'eventuale fallimento del proponente"* (Cfr. Cass. civ., Sez. I, Sentenza n. 495 del 14 gennaio 2015 - Rv. 633987). Ed ancora, al fine del rispetto dell'obbligo di audizione del debitore, *"non è necessaria neppure la preventiva contestazione delle eventuali ragioni di inammissibilità del concordato, restando nella discrezionalità del tribunale indicare le eventuali insufficienze del piano o della documentazione"* (cfr. Cass. civ. Sez. I, Sentenza n. 13083 del 27 maggio 2013 - Rv. 626688).

Il richiamato orientamento trova peraltro differente declinazione, in rapporto alla specifica fattispecie, dovendosi comunque sempre tenere presente che l'audizione del debitore è *"funzionale a consentire al medesimo, in ispecie ove la proposta di concordato costituisca un autonomo procedimento, senza prelievi, di illustrarla e di svolgere le proprie difese"* (cfr. Cass. civ. n. 13083/2013 cit.).

A tale riguardo, deve ritenersi necessario, per l'attuazione del diritto di difesa del debitore, *"che questi sia sentito e che gli siano contestate le circostanze, eventualmente ostative all'ammissione, che siano state acquisite d'ufficio od emergano dagli elementi offerti dai creditori o dal pubblico ministero; tale necessità, che può dirsi soddisfatta ogni qual volta l'imprenditore è comunque stato posto in condizione di svolgere le opportune controdeduzioni, non ricorre in relazione agli elementi di fatto desumibili da documenti prodotti dallo stesso ricorrente e specificamente attinenti alla sussistenza delle condizioni di ammissibilità"* (cfr. Cass. Sez. I, Sentenza n. 11288 dell'8 ottobre 1999 - Rv. 530536; conf. Cass. civ. Sez. I, Sentenza n. 22089 del 26 settembre 2013 - Rv. 629164).



Nel caso in esame le circostanze ostative all'ammissione sono state in effetti desunte da fatti e profili giuridici non tutti riconducibili alla sfera di ostensione del debitore, e deve pertanto ravvisarsi la violazione del contraddittorio nei termini appena indicati.

Per quanto attiene agli effetti di tale rilievo, la Corte osserva come al procedimento camerale del reclamo regolato dall'art. 18 della legge fallimentare debba ritenersi pienamente applicabile la disciplina di cui agli artt. 353 e 354, comma 1 c.p.c. (cfr. (Cass. civ., Sez. I, Sentenza n. 2302 del 5 febbraio 2016 - Rv. 638407): di conseguenza, non ricorrendo nella fattispecie alcuno dei casi tassativamente previsti dalle citate disposizioni per la rimessione della causa al primo giudice, la causa deve essere trattenuta e, essendo la reclamante stata – ampiamente - ammessa ad esercitare nel presente grado di giudizio le attività difensive che ha legittimamente lamentato di non aver potuto svolgere nella procedura avanti al Tribunale di Asti, deve essere decisa nel merito, sempre rammentandosi che unico provvedimento oggetto di impugnazione deve ritenersi la sentenza dichiarativa di fallimento.

Procedendo all'esame degli ulteriori motivi di reclamo, deve ritenersi **fondato anche il secondo motivo** rassegnato dalla **[REDACTED]**

La disciplina transitoria contemplata dal d.l. 83/2015 (cfr. art. 23, co. 1, secondo periodo, d.l. 83/2015, così come modificato dalla legge di conversione) prevede che i nuovi e più stringenti presupposti di ammissibilità introdotti agli artt. 160 e 161 della legge fallimentare si applichino ai soli procedimenti di concordato preventivo introdotti successivamente all'entrata in vigore della legge di conversione del 6.8.2015 (in data 21 agosto 2015).

La procedura di concordato introdotta con la domanda depositata il 7.11.2014 deve ritenersi senz'altro pendente anteriormente all'entrata in vigore delle norme novellate, né le modifiche apportate a piano e proposta – in mancanza di espressa rinuncia alla primitiva domanda – possono intendersi espressione di una nuova e distinta domanda e quindi di un nuovo procedimento, da ritenersi soggetto alla disciplina attualmente vigente.

A tale proposito va ribadito l'orientamento di recente espresso da questa Corte (cfr. App. Torino, 19 aprile 2016), dovendosi ritenere applicabile la disciplina previgente



nell'ipotesi di pendenza di domanda di concordato con riserva, così come nell'ipotesi di vicende modificative di piano e proposta, in ragione della unitarietà insita nella procedura concordataria che, rispetto al medesimo imprenditore ed alla medesima insolvenza, non può che essere unica, salva espressa contraria manifestazione di volontà da parte del debitore ricorrente: il qui affermato principio dell'unicità della procedura concordataria è stato più volte ribadito dalla Suprema Corte (cfr. Cass. civ. Sez. I, Sentenza n. 495 del 14/01/2015 - Rv. 633987; Cass. civ. Sez. U, Sentenze n. 9935-6 del 15/05/2015).

Dirimente risulta pertanto l'esame del terzo motivo di reclamo, con il quale sono stati censurati i molteplici profili di inammissibilità che il Tribunale di Asti, pur dichiarandoli assorbiti in ragione dell'applicazione della disciplina riformata del concordato preventivo, ha integralmente richiamato e condiviso, alla stregua di una *ratio decidendi* implicita e alternativa.

Ad ogni modo, anche indipendentemente da tale ultima considerazione, la Corte, per le motivazioni già esposte in ordine all'applicabilità della disciplina di cui all'art. 354 c.p.c. alla procedura camerale del reclamo ex art. 18 l.fall., deve comunque procedere all'esame – nel merito – di tali profili, riguardo ai quali la reclamante è stata posta in condizioni di svolgere ed ha effettivamente svolto con pienezza le proprie difese.

Deve pertanto operarsi una sorta di prova di resistenza della dichiarazione di inammissibilità espressa dai giudici di prime cure, anticipandosi che tale valutazione va senz'altro condivisa, quanto meno con riferimento ad alcuni dei profili in esame.

Il piano concordatario originario, pur mantenendo la sua natura esclusivamente liquidatoria, è stato modificato dalla società prevedendosi, anziché la cessione dei beni del compendio aziendale, rivelatasi non attuabile in mancanza di soggetti interessati, la messa a disposizione di parte degli stessi mediante lo strumento della *datio in solutum*.

Tale operazione presuppone l'accettazione dell'offerta presentata dalla [REDACTED], con sede in [REDACTED] che si afferma "riconducibile all'imprenditore friulano [REDACTED], garantita "a mezzo il rilascio di fideiussione escutibile a prima richiesta di € 100.000,00" e che prevedrebbe, subordinatamente all'omologa e, nella sola ipotesi di adesione da parte di [REDACTED].



[redacted] (di seguito [redacted]) dell'opzione ad esso riservata "i) il conferimento del complesso aziendale, comprensivo del compendio immobiliare, nonché degli impianti, dei macchinari e delle attrezzature, ai valori di stima di redigenda relazione giurata ex art. 2465 cod. civ. (speculare a quelli esposti nella Relazione estimativa ex art. 160 comma 2° L. Fall.), oltre ai corrispondenti debiti nei confronti dei creditori privilegiati speciali nella misura risultante dalla soddisfazione nella simulata prognosi di riparto fallimentare nella costituenda newco; successivamente ii) la cessione a valore nominale dell'integrale partecipazione nella newco a favore della società [redacted] che si renderà a sua volta garante del debito contratto dalla newco stessa".

Il piano di concordato, come modificato e integrato, prevede:

"a) l'impiego di tutte le disponibilità liquide di [redacted] pari ad € 197.566,78 (...);

"b) l'incasso dei crediti erariali e previdenziali, indicato in € 195.929,00 (...);

"c) il conferimento del complesso aziendale, comprensivo del compendio immobiliare, nonché degli impianti, dei macchinari e delle attrezzature, oltre ai corrispondenti debiti nei confronti dei creditori privilegiati speciali fino alla loro prognostica capienza, previa esposizione dell'incidenza delle spese di giustizia ai sensi dell'art. 111-bis L. Fall., in una newco, previa liberazione dei gravami ai sensi dell'art. 108 L. Fall. ed assegnazione delle quote a [redacted] in subordine, previa espressa adesione da parte di [redacted] cessione delle quote in favore della [redacted] entro il 31 dicembre 2016, a fronte del pagamento della somma di € 2.000.000,00 in quattro ratei annuali di pari importo, il primo da corrispondersi entro e non oltre il 31 dicembre 2017;

d) l'escussione delle garanzie da parte di [redacted] e, conseguentemente dei pegni costituiti a favore di [redacted] e [redacted] rispettivamente di € 2.723.100,00 ed € 950.000,00";

la formazione di classi di creditori come meglio descritte *infra*.

La proposta è così delineata nella memoria integrativa:

"Le modalità di assegnazione descritte nel paragrafo che precede, unitamente all'incasso dei crediti e all'impiego delle risorse liquide, risultano idonee a consentire a RE di ottenere le risorse necessarie per coprire l'intero fabbisogno generato da una



proposta di concordato – qual è la presente – che si propone di soddisfare per intero, oltre alle spese di procedura ed agli altri crediti prededucibili, tutti quei soggetti che vantino pretese munite di privilegio generale.

In particolare viene previsto che, successivamente all'omologa (che è presumibile ipotizzare entro il 30 settembre 2016) l'intero complesso aziendale, comprensivo dell'immobile e dei beni strumentali, per il tramite di un'operazione di conferimento e successiva cessione di quote, transiti nella titolarità di [REDACTED], in alternativa, della società [REDACTED]. Il creditore assistito da privilegio speciale e "transitato" con il conferimento, verrà soddisfatto senza concorrere, per la quota prognosticamente degradata a chirografo, nel riparto con gli altri chirografari.

La modalità soddisfattiva, ad essi riservata, pertanto, consiste nell'assegnazione dell'integrale partecipazione nella newco o nella sostituzione del soggetto giuridico debitore. Il debito, come detto, verrà estinto dalla newco in quattro ratei di pari importo da € 500.000,00 cadauno, da imputarsi, quanto ad € 190.000,00 per i beni strumentali e, quanto ad € 1.810.000,00, per la componente immobiliare.

Quanto ai creditori chirografari (comprensiva dell'incapiente iva di rivalsa), [REDACTED] offre di riservare agli stessi l'attivo che residuerà all'esito dell'integrale soddisfacimento delle pretese prededucibili e privilegiate generali, da soddisfarsi attingendo alle attuali liquidità e dall'incasso del credito erariale". La percentuale disponibile per i chirografari pronosticata, al netto dei pagamenti in favore dei soggetti cui spetta un trattamento preferenziale, è indicata in una misura prossima al 4% dei relativi crediti.

Quanto alle modalità dell'adempimento, si precisa che:

"(...) il creditore [REDACTED], per l'intero credito (quota ipotecaria, quota privilegiata speciale e chirografaria), verrà soddisfatto a mezzo dell'assegnazione delle quote della newco sorta dal conferimento (previa emissione dei provvedimenti purgativi ex art. 108, comma 2°, L. Fall. nonché riconoscimento della quota parte delle spese di giustizia incidenti sulla componente trasferita – pari ad € 230.000,00) o, alternativamente, attraverso il subentro d'un nuovo soggetto debitore (garantito dalla controllante Lumiei Impianti S.r.l.), che estinguerà il debito (già al netto di quanto incassato dall'escussione delle fidejussioni), per come novato ai sensi dell'art. 184 L. Fall., corrispondendo



l'importo di € 2.000.000,00, in quattro anni. Il pagamento della prima rata avverrà entro e non oltre il 31 dicembre 2017, di cui, circa, € 230.000,00 (o nella differente somma che risulterà determinata dall'Ill.mo Tribunale), verranno destinati al saldo delle spese di giustizia".

La proposta prevede che i creditori prognosticamene incapienti siano suddivisi in tre classi, la cui composizione e trattamento sono descritti come segue.

La Classe n. 1, rubricata "Categoria Creditori Privilegiati speciali soddisfatti parzialmente per la prognostica incapienza del bene su cui insiste il privilegio speciale" comprende il solo creditore ipotecario [REDACTED] che vanta privilegio speciale sugli impianti ed i macchinari. La soddisfazione è prevista a mezzo della *datio in solutum*, e segnatamente "a mezzo dell'assegnazione della partecipazione integrale nella newco, sorta dal conferimento del complesso aziendale, per una percentuale di circa il 20% dell'intero credito privilegiato; alternativamente, viene previsto il subentro d'un nuovo soggetto debitore ed il pagamento avviene in danaro da parte della newco, partecipata integralmente dalla [REDACTED] nell'arco temporale d'un quadriennio, decorrente dall'omologa, in quattro ratei di pari importo, da € 500.000,00 cadauna".

In ragione dell'attestata incapienza, non è previsto il pagamento degli interessi.

L'assegnazione è ritenuta integralmente satisfattiva in forza del patto concordatario, che prevede la facoltà del singolo creditore, al quale viene proposta l'assegnazione del bene, di optare almeno 5 gg. prima dello spirare del termine di cui all'art. 178 L. Fall. per l'accettazione del subentro d'un nuovo soggetto giuridico ed il pagamento dilazionato in luogo dell'assegnazione. Si prevede il diritto di voto, ai sensi dell'art. 177, comma 3°, L. Fall., per la quota prognosticamente degradata a chirografo, per come stimata alla stregua dei criteri di cui all'art. 160, comma 2°, L. Fall..

La Classe n. 2, rubricata Categoria Società di leasing comprende il solo creditore, [REDACTED] per il credito relativo ad una locazione finanziaria concessa su impianti pari ad € 551.676,29. La soddisfazione del creditore è promessa "a mezzo dell'assegnazione del bene alla stregua di quanto disposto nell'art. 72-quater L. Fall. oltre ad una percentuale pari al 5% sul credito (messa a disposizione dal terzo [REDACTED] [REDACTED], che residuerà all'esito della sua riallocazione; in alternativa, pagamento



della somma di € 99.952,37, da parte del terzo (di cui € 76.177,43, per la parte di credito potenzialmente di natura prededuttiva – maturata nel periodo novembre 2014/maggio 2015 – a fronte d'un canone mensile di € 10.882,49, oltre al 5% del residuo credito chirografario pari ad € 23.774,94), a tacitazione ed a fronte del trasferimento dell'impianto in favore della stessa o della newco. Anche in questo caso, quale espresso patto concordatario, viene prevista la facoltà del singolo creditore, al quale viene proposta l'assegnazione del bene, di optare almeno 5 gg. prima dello spirare del termine di cui all'art. 178 L. Fall. per l'accettazione del pagamento in luogo dell'assegnazione.

Si prevede per il creditore appartenente alla presente categoria, ai sensi dell'art. 177, comma 3°, L. Fall., il diritto di voto per l'intero credito esposto.

La Classe n. 3, rubricata "Categoria Creditori Chirografari" comprende tutti gli altri creditori, per i quali è previsto il pagamento nella misura prossima al 4% all'atto del definitivo realizzo delle attività, con esclusione dei soci finanziari.

La prima criticità rilevabile consiste nei criteri di formazione delle classi 1 e 2, che sono censurabili anche se non in relazione a tutti i profili ritenuti dal Tribunale di Asti.

A tale riguardo si rileva come la natura monosoggettiva delle classi non sia in sé ragione di inammissibilità, ed anzi possa divenire soluzione quasi necessitata in presenza di creditori "irriducibili" alle altre classi (v. App. Torino, Sez. I, 23 aprile 2009). Tale ipotesi va ravvisata nella fattispecie in esame, in quanto sia il creditore ipotecario, sia il creditore "potenzialmente prededuttivo" (fatto salvo, per tale ultimo aspetto, quanto si rileverà *infra*), non sono riconducibili per posizione giuridica e interessi economici ad altre classi. Tale scelta non è inoltre sindacabile, non essendovi elementi per ritenere configurabile mediante la stessa un palese abuso del diritto di voto (cfr. App. Torino, 17 maggio 2013): se in effetti non può escludersi che le classi 1) e 2) possano coalizzarsi ed imporsi sulla classe 3), composta dai creditori chirografari originari, e che i due singoli creditori che le compongono possano, in ipotesi, esercitare *uti singuli* la facoltà di stimolare il giudizio di *cram down*, tali eventualità appaiono comunque riconducibili a dinamiche fisiologiche (e non patologiche) del concordato.

Non si ravvisa inoltre una violazione dell'ordine delle cause legittime di prelazione nella previsione che la mancata soddisfazione della quota eccedente il valore del bene



assistito da privilegio o ipoteca comporti un trattamento della quota chirografaria (pari a zero) deteriore, sotto tale specifico aspetto, rispetto a quello offerto alla generalità dei crediti chirografari (4%).

Questa Corte non ignora la tesi, pur autorevolmente espressa in dottrina e non priva di riscontro nella giurisprudenza (così di recente App. Napoli 25 giugno 2014), secondo la quale i creditori privilegiati non integralmente soddisfatti dovrebbero godere, per la parte incapiente, dello stesso trattamento dei creditori chirografari.

Si ritiene altresì di dare continuità al differente orientamento, già in precedenza espresso (cfr. App. Torino, Sez. I, 6 maggio 2010), che muove dal dato normativo in forza del quale la necessità del concorso dei creditori privilegiati con i creditori chirografari per la parte di credito non soddisfatto risulta positivamente previsto solo dalla disciplina del fallimento (e segnatamente dall'art. 54 l.fall., non richiamato dall'art. 169 l.fall.), intesa a regolare un trattamento che il debitore deve supinamente subire, senza possibilità di partecipare – come al contrario, avviene nella procedura concordataria – alla regolamentazione negoziale della crisi.

Nell'ambito del concordato preventivo la disciplina del trattamento dei crediti privilegiati incapienti va quindi ricavata dalle autonome previsioni contenute negli artt. 160, secondo comma e 177, terzo comma, l. fall.

La prima di tali disposizioni prevede che la proposta possa contemplare che i creditori muniti di diritto di privilegio, pegno o ipoteca, non vengano soddisfatti integralmente, ove il riferimento alla nozione di “soddisfazione” anziché di “pagamento” comporta la possibilità di ricorrere a forme alternative quali quelle di cui all'elenco, peraltro non tassativo, contenuto nel primo comma dell'art. 160 l. fall.: affermata l'ammissibilità di un trattamento diverso, non sussistono ragioni per ritenere che questa differenziazione possa comportare di per sé un trattamento – complessivo - deteriore per la classe dei crediti privilegiati “declassati” rispetto a quella costituita dai crediti chirografari.

Questa conclusione resta tuttavia soggetta al rispetto di due condizioni, entrambe fondate sul disposto dell'art. 160, comma 2, l. fall.: l'attribuzione ai crediti privilegiati “declassati” di un trattamento comunque complessivamente più favorevole rispetto a quello che riceverebbero all'esito dell'alternativa liquidazione fallimentare e di un



trattamento complessivamente più favorevole rispetto a quello riservato ai titolari di pretese aventi natura esclusivamente chirografaria, in tali termini dovendosi intendere il divieto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione.

Il verificarsi delle due condizioni è pertanto indipendente dalla equiparazione del residuo al chirografo, né può ritenersi ostativo a tale riguardo il dettato del terzo comma dell'art. 177 L.f., che equipara i creditori privilegiati incipienti ai chirografari, ma ai soli fini del voto. A tale conclusione si perviene sia in ragione della collocazione topografica della norma (inserita, nell'ambito del titolo III della legge fallimentare, all'interno del capo IV, recante «della deliberazione del concordato preventivo» e rubricata, inoltre, «maggioranza per l'approvazione del concordato») sia in forza di criteri ermeneutici logico-sistematici, poiché la disciplina sostanziale del trattamento dei creditori falciati è integralmente ed esaurientemente dettata dall'art. 160, secondo comma l.f., ove si prevede che i creditori privilegiati possano (a determinate e tassative condizioni, tra le quali non è però prevista la suddetta equiparazione al chirografo) essere pagati solo in parte (cfr. App. Torino, Sez. I, 6 maggio 2010). Nel caso in esame occorre pertanto guardare al trattamento complessivo del creditore, che contempla la *datio in solutum* del compendio immobiliare immobiliare (*recte* delle quote della costituenda *newco*), e che nel complesso non può ritenersi deteriore rispetto a quello riservato ai creditori chirografari, in previsione soddisfatti per il 4% del loro credito.

Viene meno, di conseguenza, la necessità di affrontare la questione dell'ammissibilità di una classe a soddisfazione zero, tale non potendosi ritenere - nel suo complesso - il trattamento riservato al creditore di cui alla classe I, al quale viene riservato il diritto di voto per la porzione del credito che si assume insoddisfatta.

Ed è con riferimento a quest'ultimo profilo del riconoscimento del diritto di voto che va rilevata una ulteriore grave criticità della proposta chirografaria.

L'utilità attribuita a [REDACTED] mediante il complesso strumento di *datio in solutum* "indiretta" previsto non può essere in alcun modo ricondotta ad una forma di pagamento con modalità ordinarie del credito privilegiato, che deve avvenire in denaro e senza rilevante dilazione temporale. In caso contrario non si giustifica il sacrificio imposto in termini di diritto al voto: il creditore privilegiato al quale sia proposta una soddisfazione



con utilità diverse dal denaro deve votare per tutto il credito e non solamente per la parte degradata come previsto nel caso in esame (cfr. Trib. Cuneo, 31 luglio 2014).

Pertanto il vizio va ravvisato ancora a più a monte del rilievo operato dal Tribunale di Asti: anche volendo prescindere dalla necessità di un previo assenso alla soddisfazione del creditore mediante assegnazione dell'immobile ex artt. 1197 e 1198 c.c., i criteri di formazione della classe e le regole del voto sarebbero comunque viziati dovendosi ritenere [redacted], per quanto ora evidenziato, sottoposto a falcidia per l'intero suo credito, con corrispondente estensione del diritto di voto.

Per quanto attiene alla Classe (monosoggettiva) 2 e in particolare al trattamento del credito in esso ricompreso (vantato da [redacted] per la locazione finanziaria degli impianti aziendali), le principali criticità vanno ravvisate non (per quanto *supra* osservato) nella previsione della modalità di soddisfazione mediante *datio in solutum* senza il previo assenso del creditore, ma – come già rilevato dal Tribunale di Asti, alla “mancata previsione del pagamento integrale del credito prededucibile relativo ai canoni di leasing scaduti in corso di procedura (...) e all'applicazione dell'art. 72 quater l.f. con riferimento vuoi al capitale a scadere (...), vuoi alle rate scadute anteriormente alla domanda”.

Non può esservi dubbio alcuno in merito alla pendenza del contratto di leasing in esame, rispetto al quale la società non ha chiesto né la sospensione, né lo scioglimento ex art. 169 bis l.f. Non sarebbero ad ogni modo applicabili, per le ragioni condivise dalla stessa reclamante, anche nell'ipotesi non verificatasi dello scioglimento, le modifiche introdotte, con l'aggiunta del quarto comma del citato articolo, dal D.L. 27 giugno 2015, n. 83 (convertito, con modificazioni, dalla L. 6 agosto 2015 n. 132), che ha previsto l'estensione al concordato della disciplina di cui all'art. 72 quater l.f.: pertanto, ai canoni di leasing maturati nelle more del procedimento dovrebbe comunque riconoscersi natura di credito prededucibile ai sensi dell'art. 161, comma 7, l.f. (cfr. Trib. Terni, 27 dicembre 2013).

Tanto premesso, la somma complessivamente offerta a [redacted] con modalità di adempimento non soddisfattive rispetto al rango del credito (€ 99.952,37 nel caso dell'intervento di [redacted]) risulta comunque inferiore all'importo del



credito per canoni in prededuzione maturato sino all'ottobre 2015, accertato dai commissari giudiziali in € 146.946,53.

A seguito della riclassificazione del credito in prededuzione di cui alla classe 2 (credito per leasing) operata dai commissari seguendo le condivise e ora esposte argomentazioni, la previsione di soddisfazione dei creditori chirografari nella misura del 4%, già di per sé molto modesta, si riduce ulteriormente sino a quella – irrisoria – dell'1,8%, senza considerare le ulteriori riserve e alee evidenziate dall'organo commissariale.

Ora, applicandosi la disciplina anteriore alla Riforma del 2015, non è in discussione la natura non direttamente vincolante dell'indicazione della percentuale di pagamento prevista per i creditori (cfr. Cass. civ. Sez. 1, Sentenza n. 13817 del 23/06/2011 -Rv. 618344).

Peraltro, nell'ambito del controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità giuridica della proposta, che compete al giudice secondo i principi interpretativi affermati dalla Suprema Corte (cfr. Cass. civ. Sez. un. n. 1521 del 23 gennaio 2013) rientra la verifica dell'effettiva realizzabilità della causa concreta che, nelle sue possibili varie esplicazioni, deve essere finalizzata al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro, dovendo il tribunale rilevare l'eventuale inidoneità *prima facie* della proposta a soddisfare in qualche misura i crediti, nel rispetto dei termini di adempimento previsti (cfr. Cass. civ. Sez. I, 17-10-2014, n. 22045).

Nel caso in esame la proposta non può ritenersi, almeno per quanto attiene ai creditori chirografari, idonea a riconoscere loro una pur minimale consistenza del credito da essi vantato, e ciò a maggior ragione a fronte delle carenze ravvisate nell'offerta della [redacted] contenuta nella comunicazione 4.1.2016) che dovrebbe costituire l'elemento fondante ai fini della realizzabilità della modificata proposta concordataria. Tale società, peraltro sulla base di presupposti alquanto generici (un "Progetto Industriale" descritto in termini molto vaghi, privo di *business plan* e specifica indicazione delle risorse ad esso destinate e non deliberato dagli organi societari, un accordo con [redacted] allo stadio di mera eventualità, il coinvolgimento di non



meglio indicate "strutture accademiche friulane"), assume impegni per oltre 2.000.000,00 di euro, garantiti da una fideiussione per soli € 100.000,00 a fronte di un patrimonio netto esposto in € 912.930,00.

Tali risultanze, sebbene in parte possano ritenersi estranee all'ambito di valutazione giudiziale, in quanto riconducibili alla c.d. fattibilità economica, non sono prive di rilevanza in termini di idoneità della proposta al soddisfacimento dei crediti (e quindi di realizzabilità della causa concreta del concordato *sub specie* di fattibilità giuridica), idoneità già ritenuta del tutto carente per quanto sinora evidenziato.

Come già esposto nella premessa, quando la dichiarazione di fallimento è conseguenza della pronuncia di inammissibilità della domanda di concordato, può essere impugnata con reclamo solo la sentenza dichiarativa di fallimento, eventualmente formulando, come nel caso in oggetto censure rivolte esclusivamente avverso la dichiarazione di inammissibilità.

Pertanto, respinte tali censure, seppure all'esito di diverso percorso motivazionale, va riaffermata la dichiarazione di inammissibilità della domanda di concordato preventivo già espressa dal giudice di prime cure e, non essendo altresì stata mossa doglianza alcuna nei confronti della sentenza di fallimento per vizi ad essa propri, il reclamo deve essere integralmente rigettato.

Le spese di giudizio seguono il principio della soccombenza e sono liquidate come in dispositivo in base al DM 55/2014 tenendo conto dello scaglione corrispondente al valore indeterminato (cfr. Cass. civ. Sez. un. sentenza n. 16300 del 24.07.2007) e in misura media in considerazione della relativa complessità delle questioni affrontate.

Ricorrono altresì i presupposti di cui all'art. 13 comma 1 quater del DPR 115/02 perché la parte reclamante sia dichiarata tenuta al versamento di ulteriore importo, a titolo di contributo unificato, pari all'importo dovuto per lo stesso titolo e la stessa impugnazione.

**P.Q.M.**

definitivamente pronunciando nel giudizio di reclamo proposto ai sensi dell'art. 18 legge fallimentare iscritto al n. 618/2016 R.G. avverso la sentenza dichiarativa di fallimento n. 24/2016 pronunciata dal Tribunale di Asti,



la Corte di Appello di Torino, sezione I civile, ogni diversa istanza, eccezione e deduzione reiette:

RESPINGE il reclamo proposto da [REDACTED]

DICHIARA tenuto e CONDANNA la reclamante al rimborso, in favore della controparte costituita Fallimento [REDACTED] delle spese di lite che si liquidano in complessivi euro 4.034,00 oltre spese generali nella misura del 15%, CPA e IVA sulle somme imponibili;

DICHIARA la sussistenza dei presupposti di cui all'art. 13 comma 1 quater del DPR 115/02 perché la parte reclamante sia dichiarata tenuta al versamento di ulteriore importo, a titolo di contributo unificato, pari all'importo dovuto per lo stesso titolo e la stessa impugnazione.

MANDA alla Cancelleria per la comunicazione alla reclamante ai sensi dell'art. 18 l. fall.

Torino, così deciso nella camera di consiglio del 23 giugno 2016.

Il Consigliere est.

Dott. Gian Paolo Macagno

Il Presidente

Dott. Luigi Grimaldi

MINUTA REPERTORIATA in Cancelleria  
in data 26/6/2016  
il Cancelliere

Direttore Amministrativo  
RUSCAZIO dr.ssa Maria Stefania

DEPOSITATO nella Cancelleria della Corte  
d'Appello di Torino li 30 GIU 2016

Direttore Amministrativo  
RUSCAZIO dr.ssa Maria Stefania



S. 123/14

RE 171/14  
ex art. 460/14  
cap. 3260/14  
el. Giacomo



REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI, I<sup>a</sup> Sezione civile bis  
composta dai magistrati:

- |                                |                  |
|--------------------------------|------------------|
| 1. dott. Renato Lipani         | Presidente       |
| 2. dott.ssa M. Silvana Fusillo | Consigliere      |
| 3. dott. Fulvio Dacomo         | Consigliere rel. |

riunita in camera di consiglio ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

nel procedimento iscritto al n. 171 del Ruolo Generale V.G. dell'anno 2014,  
avente ad oggetto: reclamo ex art. 18 l.f., vertente

TRA

Giofi srl (cf. 03183590615), elettivamente domiciliata in Napoli via P. Colletta n. 35 presso lo studio dell'avv. Carlo Di Nanni (cf. DNN CRL 44P06 F839K) che la rappresenta e difende giusta procura in margine al reclamo, con pec: [carlodinanni@avvocatinapoli.legalmail.it](mailto:carlodinanni@avvocatinapoli.legalmail.it)

- reclamante -

E

Fallimento Giofi srl (cf. 03183590615), in persona del curatore pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Fimmano (cf. FMM FNC 68H19 F839Y) presso il cui studio in Napoli al Centro Direzionale Is. E/2 Pal. Futura sc. B è elettivamente domiciliato, giusta procura a margine della memoria difensiva, con pec [francescofimmano@pec.dirittoitalia.it](mailto:francescofimmano@pec.dirittoitalia.it)

Fallimento Diana Costruzioni srl, non costituito,

Tecno Beton srl, non costituita,

Procura Generale, non costituita,

- reclamati -

**Svolgimento del processo**

Con decreto emesso in data 23.1.2014 il Tribunale di S. Maria Capua Vetere dichiarava inammissibile la proposta di concordato preventivo presentata dalla Giofi srl in data 12.10.2013, e integrata nelle date del 9.11.2013 e 11.12.2013, e con contestuale separata sentenza ne dichiarava il fallimento. Premetteva il Tribunale che le quote sociali di tutti i soci erano state oggetto di sequestro con provvedimento del GIP del Tribunale di Napoli del 12.7.2011, per cui, qualora si volesse seguire la tesi secondo cui il

sequestro di quote tali da assicurare le maggioranze ed il controllo della società determinerebbe il sequestro della intera azienda, il legale rappresentante della società non avrebbe più la disponibilità dei beni aziendali e non sarebbe pertanto più legittimato alla presentazione di istanza di concordato liquidatorio. E affermava che in ogni caso, e prescindendo dalla considerazione di cui sopra, la proposta di concordato preventivo appariva inammissibile in quanto:

- per i creditori privilegiati era previsto il pagamento della percentuale del 50% del credito (pari al corrispettivo realizzabile dalla vendita dell'immobile ipotecato, sulla base della attestazione accompagnatoria del piano), e nulla era previsto per il residuo 50% degradato a chirografario, con l'effetto di creare, per tale valore, una classe con percentuale di soddisfazione pari a 0, con palese violazione delle regole di formazione delle classi;
- la relazione giurata del professionista ex art. 160 comma 2 l.f., allegata alla integrazione al piano dell'11.12.2013, era sostanzialmente priva di riscontri oggettivi e specifici in ordine al valore di mercato da attribuire all'immobile ipotecato, limitandosi a richiamare le risultanze della perizia di stima dell'ing. Luigi Pagano che attribuiva un valore di euro 2.300.000,00; e nessuna osservazione era svolta in ordine alla correttezza dei criteri di stima utilizzati, né in ordine alla discrasia con la precedente perizia, allegata al piano originario del 12.10.2013, in cui il valore di mercato dell'immobile era stato individuato dallo stesso ing. Pagano in euro 10.977.699,00. Né appariva corretto il riferimento effettuato dall'ing. Pagano, per giustificare la sensibile differenza, a riscontrati prezzi di aste giudiziarie di immobili simili, dovendosi comunque prendere a riferimento i valori formati nelle contrattazioni private fisiologiche;
- la Atlantic Center srl, società che si era assunta l'impegno irrevocabile di pagare tutte le somme occorrenti per l'esecuzione del concordato, fino alla concorrenza del passivo di euro 4.049.546,00, in cambio del trasferimento dell'immobile, era stata costituita solo in data 5.12.2013 con un capitale sociale di euro 10.000,00 e quindi non forniva alcuna garanzia in ordine all'assolvimento degli obblighi concordatari. Inoltre gli "impegni irrevocabili al rilascio di fideiussione a prima richiesta" da parte dei due consorzi di garanzia fidi erano privi di qualsiasi sottoscrizione, e nello schema del contratto di locazione annuale degli immobili era prevista la semplice opzione (e non l'obbligo) da parte della Atlantic Center di acquisto dell'immobile.

Avverso la sentenza dichiarativa di fallimento e la declaratoria di inammissibilità della proposta di concordato proponeva reclamo la società, sostenendo che:

*Mani*

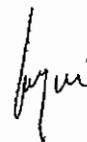
*Ⓟ*

- l'amministratore della società era legittimato alla presentazione del ricorso per concordato preventivo, posto che il sequestro penale aveva investito solo le quote societarie appartenenti ai soci e i rapporti bancari e finanziari intrattenuti dalla Gioli srl con il Banco di Napoli ed il Monte dei Paschi di Siena, e non anche i mezzi finanziari e i beni della società, che ben potevano essere messi a disposizione dei creditori dall'amministratore, che era rimasto nella pienezza dei suoi poteri;
- le integrazioni alla proposta concordataria erano state conseguenti alla accertata disponibilità del bene immobile, non oggetto di sequestro penale, e non comportavano alcuna modifica sostanziale della originaria proposta, che era rimasta invariata salvo che per l'ingresso del terzo, la Atlantic Center srl, che a fronte del trasferimento dell'immobile si era impegnata a pagare la differenza a concorso del fabbisogno concordatario, coprendo anche il rischio che le fonti finanziarie originariamente indicate come copertura (i canoni di fitto) potessero interrompersi;
- in relazione al creditore ipotecario, la sua equiparazione al creditore chirografario per la parte di credito non soddisfatta era limitata all'esercizio del diritto di voto, altrimenti venendo egli a trarre dalla approvazione della proposta concordataria un vantaggio superiore agli altri creditori chirografari; e comunque non potendosi il Monte dei Paschi di Siena considerare come creditore ipotecario, in quanto essendo il rapporto bancario stato oggetto di confisca ovvero sequestro preventivo finalizzato alla confisca, la ipoteca doveva considerarsi estinta alla luce di quanto affermato dalla Corte di Cassazione con sentenza n. 10532/2013;
- non vi era discordanza tra i valori di realizzo dell'immobile indicati nelle due perizie dell'ing. Pagano, in quanto nella originaria proposta di concordato che non prevedeva la disponibilità dell'immobile era stato indicato il valore risultante dalla applicazione dei principi di estimò, mentre nella successiva proposta era stato indicato il prezzo più prossimo a quello di possibile realizzo;
- in ordine alla garante Atlantic Center srl, il suo capitale era di euro 100.000,00 e non di euro 10.000,00, e la possibilità di costituire new-co era espressamente prevista dall'art. 160 l.f.; la previsione di un'opzione di acquisto dell'immobile costituiva garanzia maggiore per la procedura, rispetto ad un contratto preliminare; le dichiarazioni di fideiussione non erano firmate perché non erano ancora definiti gli importi da garantire, e perché altrimenti sarebbe sorto l'obbligo di pagarne il corrispettivo prima ancora di avere avuto la autorizzazione dal tribunale;
- in relazione ai ricorsi di fallimento, il P.M. non era legittimato alla presentazione, non essendo sussistenti le fattispecie di cui all'art. 7 l.f.; il credito della Diana Costruzioni srl era contestato e quello della Tecno Beton srl non attuale in quanto basato in parte su titoli ancora da scadere;

I

L

it



- non era sussistente lo stato di insolvenza, alla luce dei dati emergenti dai bilanci, e non avendo rilievo la mancata approvazione di quelli relativi agli esercizi 2011 e 2012, la cui approvazione era stata rinviata per dare miglior riscontro alle osservazioni sollevate dal collegio sindacale e dai custodi delle quote;
- il concordato preventivo era da ritenersi maggiormente conveniente per i creditori, rispetto al fallimento della società;
- la sentenza dichiarativa di fallimento era nulla in quanto uno dei componenti del collegio giudicante sarebbe stato non più in servizio presso il tribunale al momento del deposito della sentenza.

Chiedeva pertanto la reclamante la revoca della declaratoria di fallimento e la prosecuzione della procedura concordataria.

Si costituiva ritualmente in giudizio il fallimento, evidenziando che:

- la determina dell'amministratore unico di presentazione del concordato non risultava essere stata depositata ed iscritta al registro delle imprese come disposto dall'ultimo comma dell'art. 152 l.f.;
- contravvenendo al disposto dell'art. 161 comma 6 l.f., la Giuli srl aveva depositato solo i bilanci relativi agli anni dal 2008 al 2010, mentre quelli degli esercizi 2011 e 2012 non erano stati né approvati né depositati, avendo anzi l'assemblea dei soci in data 27.3.2012 espresso voto negativo all'approvazione del bilancio relativo al 2010, dopo la lettura della relazione del collegio sindacale, a seguito della assoluta grave e reiterata omissione dell'amministratore alle richieste di informative. In relazione alla bozza di bilancio dell'esercizio 2011 i componenti del collegio sindacale avevano altresì affermato di non essere in grado di esprimere un giudizio sul bilancio in assenza di informative e di possibilità di visionare le scritture contabili, e per la mancanza di relazione dell'amministratore di accompagnamento al bilancio; e che comunque la situazione finanziaria confermava una tendenza negativa ed evidenziava la incapacità della società di far fronte a tutti i suoi debiti;
- era legittimato l'amministratore a presentare il ricorso per concordato preventivo, essendo ancora nel pieno dei suoi poteri;
- le integrazioni alla proposta concordataria concretizzavano una sostanziale modifica della stessa per cui necessitavano di una nuova relazione del professionista che non era invece stata redatta; e mancava inoltre una attestazione di veridicità dei dati aziendali;
- in relazione alla posizione del creditore ipotecario M.P.S., non poteva sostenersi il degrado del credito a chirografo in quanto l'immobile non era oggetto di sequestro, per cui non poteva prevedersi alcuna confisca; non era previsto alcun pagamento immediato, come invece dovuto, della somma privilegiata; non era stata prevista alcuna percentuale per la parte del credito degradata a chirografaria, come invece previsto dall'art. 177 comma 3 l.f.;

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten mark]*

- l'esistenza del credito IVA appariva dubbia e non era stata specificamente accertata e certificata dall'asseveratore;
- in ordine alla solvibilità e alle garanzie offerte dalla Atlantic Center srl, andava evidenziato come detta società risultasse inattiva e non disponesse di alcun patrimonio, per cui l'unica garanzia poteva essere data dall'intervento dei Consorzi di Garanzia Fidi; le garanzie di questi erano però solo degli impegni irrevocabili al rilascio di fideiussione e non erano sottoscritti, laddove almeno la garanzia relativa al contratto di locazione doveva essere immediatamente efficace, essendo stata richiesta la immediata autorizzazione alla stipula del contratto di locazione annuale dell'immobile;
- sussistevano tutti i presupposti di legge per la dichiarazione di fallimento.

All'udienza collegiale del 13.6.2014 la Corte si riservava la decisione.

#### Motivi della decisione

Preliminarmente va rilevato come il fascicolo amministrativo della procedura prefallimentare non sia stato trasmesso dal Tribunale, e tuttavia ciò non sia di ostacolo alla pronuncia della Corte, avendo le parti prodotto nei loro fascicoli tutta la documentazione necessaria al fine della decisione.

Nel merito, il reclamo è infondato, e deve pertanto essere respinto. In primo luogo va confermata la inammissibilità della proposta di concordato preventivo, sussistendone svariati profili. Va evidenziata in primis la violazione del disposto dell'art. 161 comma 6 l.f., secondo cui l'imprenditore è tenuto al deposito con il ricorso dei "bilanci relativi agli ultimi tre esercizi", oltre alla aggiornata situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa prevista dal precedente comma 2. Il termine "bilancio" utilizzato in relazione agli ultimi tre esercizi sta ad indicare evidentemente cosa diversa da una situazione patrimoniale, economica e finanziaria, e si riferisce pertanto non ad un documento informalmente predisposto dall'amministratore bensì al tipico documento previsto dall'art. 2478 bis cc, redatto ai sensi degli artt. 2423 cc e ss., ovvero accompagnato dalla nota integrativa e corredato dalla relazione sulla gestione, approvato dalla assemblea e depositato presso l'ufficio del registro delle imprese. Copie informali di bilanci o bozze di bilanci non assolvono evidentemente alla stessa funzione, come rimarcato anche dalla Suprema Corte con sentenza n. 13643 del 30/05/2013, secondo cui *"la produzione di copie informali di bilanci che non risultano approvati deve equipararsi alla mancata produzione dei bilanci stessi, atteso che, per assumere la valenza probatoria di cui alla L. Fall., art. 1 e comunque per essere speso come atto riferibile alla società, il bilancio deve essere almeno approvato, a tacere dal profilo della pubblicazione dello stesso. Sicché tale evenienza, integrando una violazione dell'art. 15, quarto comma, legge fall., come sostituito dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, si risolve in danno dell'imprenditore che intenda dimostrare l'inammissibilità della dichiarazione di fallimento"*. Ora, la società ha prodotto in relazione agli esercizi 2011 e

*Luigi*

*[Signature]*

2012 le bozze di bilancio predisposte dall'amministratore, non approvate dall'assemblea, sostenendo che la loro mancata approvazione era stata determinata dalla necessità di dare miglior riscontro alle osservazioni sollevate dal collegio sindacale e dai custodi delle quote. Risulta pertanto acclarata la violazione eccepita dalla curatela, da ritenersi pertanto già causa di inammissibilità della proposta.

Appare peraltro rilevante accertare i motivi della mancata approvazione dei bilanci. Il collegio sindacale, nella propria relazione del 30.5.2013 di accompagnamento al bilancio dell'esercizio 2011, aveva evidenziato che l'amministratore non aveva predisposto alcuna relazione di accompagnamento né indicato i fatti di rilievo intervenuti dopo la chiusura dell'esercizio; che i valori dell'attivo corrispondenti ai saldi contabili non erano stati riscontrati con il libro cespiti in quanto non era stato reso disponibile il registro dei beni ammortizzabili; che in relazione al credito IVA per euro 1.861.966,00 "lo stesso non è stato esposto nella dichiarazione fiscale mod. Unico 2011 (redditi 2010).....e che le compensazioni sono state eseguite utilizzando il credito relativo all'anno 2009"; che la società aveva utilizzato le proprie risorse per concedere crediti di natura finanziaria a società e terze persone non facenti parte dell'assetto societario; che in definitiva non era in grado di esprimere un giudizio sul bilancio d'esercizio chiuso il 31.12.2011, "a causa della rilevanza degli effetti connessi alle incertezze descritte nel precedente paragrafo". In precedenza peraltro il collegio sindacale aveva in data 9.8.2012 già presentato al Tribunale di S. Maria Capua Vetere ricorso ex art. 2409 cc denunciando la assoluta, grave e reiterata omissione dell'organo amministrativo in ordine alle richieste di informazioni, anche documentali, necessarie per redazione del bilancio relativo all'esercizio 2010 e per consentire all'organo di controllo di effettuare le verifiche di competenza, ed evidenziando il sospetto di gravi irregolarità nella gestione. Risultavano pertanto determinanti ai fini della mancata approvazione dei bilanci le incompletezze, le omesse informative, la impossibilità di controllo della veridicità dei dati esposti dall'amministratore, la dubbia esigibilità del credito IVA, tutti elementi dai quali era ed è lecito desumere come i dati esposti nelle bozze dei bilanci non potessero ritenersi attendibili se non in forza di un atto di fede nei confronti dell'amministratore. E tutto ciò è da considerarsi rilevante anche ai fini del giudizio in ordine alla idoneità della attestazione del professionista di cui all'art. 161 comma 3 l.f., come si dirà più avanti.

Va poi confermato l'ulteriore profilo di inammissibilità costituito dalla previsione del pagamento del creditore privilegiato in misura corrispondente alla previsione di realizzo dell'immobile ipotecato, senza previsione di alcuna percentuale di pagamento, neanche minima, della parte di credito declassata a chirografaria, con l'effetto di creare per tale valore residuo una classe di chirografari con percentuale di soddisfazione pari a 0. L'art. 177 comma 3 l.f. prevede che "i creditori muniti di diritto di prelazione di cui la proposta di

*Luigi*

*[Signature]*

concordato prevede ai sensi dell'art. 160 la soddisfazione non integrale, sono equiparati ai chirografari per la parte residua del credito". Tale disposizione si ritiene espliciti i propri effetti non solo ai fini del voto, ma anche dal punto di vista sostanziale rendendo chirografario il credito residuo, con la conseguente sua equiparazione ai creditori chirografari in punto di necessità di considerazione di pagamento in percentuale, rendendosi pertanto inammissibile la sua esclusione da ogni previsione di riparto. Ed in effetti una diversa interpretazione, che vorrebbe la equiparazione del credito falciato a chirografario ai soli fini del voto, restando esclusa tout court ogni sua soddisfazione, finirebbe col riservare ai creditori privilegiati un trattamento deteriore rispetto ai chirografari, specie quando il valore del bene su cui si esercita la prelazione viene ad essere minimo rispetto al credito totale vantato, assicurando quindi un pagamento privilegiato che in percentuale verrebbe a divenire inferiore al pagamento offerto ai creditori chirografari.

La attestazione del dr. Forte di veridicità dei dati aziendali contenuti nel piano e di fattibilità del piano stesso appare inadeguata ed idonea ad assolvere alla funzione alla stessa demandata. In ordine alla sindacabilità da parte del giudice del contenuto di tale attestazione, è di recente intervenuta la Suprema Corte con la nota sentenza a SS.UU. n. 1521 del 23 gennaio 2013, che ha affermato il principio di diritto secondo cui il controllo demandato al giudice, tanto ai fini dell'ammissione alla procedura quanto ai fini dell'omologazione e della revoca, non è limitato alla completezza ed alla congruità logica della relazione del professionista, ma si estende alla fattibilità giuridica della proposta, la cui valutazione implica un giudizio in ordine alla compatibilità delle relative modalità di attuazione con norme inderogabili e con la causa concreta dell'accordo, avente come finalità il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore ed il riconoscimento in favore dei creditori di una sia pur minimale consistenza del credito vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti. I margini di tale sindacato, ha aggiunto la Corte, non possono essere stabiliti in via generale ed astratta, dovendosi invece tenere conto delle modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria; e ritenendo rientrare nell'ambito di detto sindacato una delibazione in ordine alla correttezza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni addotte dal professionista a sostegno del giudizio di fattibilità del piano, nonché in ordine alla coerenza complessiva delle conclusioni finali prospettate, all'impossibilità giuridica di dare esecuzione alla proposta di concordato o all'inidoneità prima facie della proposta a soddisfare in qualche misura i crediti rappresentati, nel rispetto dei termini di adempimento previsti (cfr. anche più recentemente Cass. n. 11014 del 09/05/2013, secondo cui *"In tema di concordato preventivo, il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dall'attestazione del professionista, mentre rimane riservata ai creditori la valutazione in ordine al*

*M. M.*  
*[firma]*

*merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti. Il menzionato controllo di legittimità -che deve svolgersi in tutte le fasi del concordato preventivo- non è limitato alla completezza, alla congruità logica e alla coerenza complessiva della relazione del professionista, ma si estende alla fattibilità giuridica della proposta, la cui valutazione implica un giudizio in ordine alla sua compatibilità con le norme inderogabili e con la causa in concreto dell'accordo, il quale ha come finalità il superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e l'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro").*

Ora, la attestazione prodotta si presenta assolutamente generica ed inattendibile, ed è inidonea a consentire una ponderata valutazione della fattibilità del piano proposto. Invero l'attestatore ha dichiarato di avere svolto la propria indagine basandosi sulla documentazione posta a sua disposizione dall'amministratore, tra cui le copie dei bilanci 2011 e 2012, e chiarendo che "la responsabilità della redazione del bilancio compete all'amministratore unico e legale rappresentante della Gioli srl, sig. Diana Francesco Paolo, mentre è dello scrivente la responsabilità del giudizio professionale espresso sui dati sopra elencati e basato sulla tecnica della revisione contabile". Riferendosi pertanto ai dati dei bilanci come esposti dall'amministratore, l'attestatore non ha assolutamente esposto né rilevato che i bilanci relativi agli esercizi 2011 e 2012 erano stati criticati dal collegio sindacale e non approvati dalla assemblea dei soci, e non ha pertanto svolto alcuna considerazione in ordine alle contestazioni svolte dal collegio sindacale ai bilanci stessi, quanto meno per confutarle e ritenerle infondate. Nessun accertamento specifico è stato svolto poi in relazione alla esistenza ed esigibilità del rilevante credito IVA (pari a euro 1.000.000,00), in relazione al quale solo con la relazione integrativa del 7.11.2013 si limita a dichiarare (pg. 8) che "la domanda di richiesta di rimborso potrà già avvenire a partire dal gennaio 2014 (l'originario credito era pari ad euro 1.486.996,00 attestato in dichiarazione annuale "modello IVA 2013" periodo di imposta 2012, presentata in data 30.9.2013 regolarmente asseverata con visto leggero da professionista abilitato"; la necessità che l'attestatore, oltre che dichiarare la esistenza della richiesta di rimborso e le modalità con cui era stata presentata, prendesse posizione in ordine alla esistenza ed alla esigibilità del credito, previo esame di tutta la documentazione inerente, appare ancor più necessaria alla luce delle osservazioni mosse dal collegio sindacale in occasione del bilancio dell'esercizio 2011, laddove, come sopra già esposto, era stato evidenziato che il credito non era stato esposto nella dichiarazione fiscale mod. Unico 2011 (redditi 2010), presentato in data 29.11.2011 senza la sottoscrizione prevista dal c. 5 dell'art. 1 D.P.R. 322/98, e che le compensazioni erano state eseguite utilizzando il credito relativo all'anno 2009; con ciò ponendo seri dubbi in

ILL it

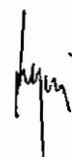
*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*

ordine alla esistenza e/o esigibilità del detto credito, nonché nei tempi e nei modi di realizzo peraltro solo genericamente indicati.

Ancora, l'attestatore nella relazione dell' 11.12.2013 si riporta acriticamente al valore dell'immobile come definito dal perito ing. Pagano in euro 2.300.000,00 senza esprimere alcuna valutazione personale in ordine al procedimento di stima seguito ed alla congruità del valore determinato, e senza minimamente accennare al fatto che nella precedente attestazione dell'11.10.2013 si era sempre acriticamente riportato ad altra perizia dell'ing. Pagano che aveva stimato il valore di mercato dell'immobile nella diversa cifra di euro 10.977.699,00 da lui evidentemente ritenuta parimenti congrua. La necessità che l'attestatore motivi la propria adesione ad una valutazione economica svolta da un terzo, già di per sé necessaria, era pertanto nella fattispecie ancor più imposta dalla precedente difforme valutazione. E non può questa Corte non rilevare, altresì, come i dati comparativi esposti dal perito nella seconda perizia (quella con cui ha determinato il valore inferiore di euro 2.300.000,00, singolarmente corrispondente proprio all'importo che già era stato offerto al creditore ipotecario) non possano essere utilizzati ai fini della valutazione, trattandosi di dati inerenti ad immobili non omogenei, in quanto per gran parte destinati ad uso diverso, o non completati e privi di agibilità, o da ristrutturare integralmente, laddove l'immobile per cui è controversia consiste in un centro commerciale in piena attività, di discreta appetibilità e collocabilità sul mercato immobiliare (pg. 17 della perizia 11.12.2013), e capace di generare introiti netti solo per canoni di fitto nella misura di euro 1.437.046,66 annui (vedasi tabella A allegata alla perizia ing. Pagano del 20.9.2013), e attualmente affittato parzialmente con contratti per complessivi euro 857.455,00 annui oltre IVA.

Ulteriore motivo di inammissibilità della proposta concordataria è inerente all'impegno irrevocabile assunto dalla Atlantic Center srl di pagare tutte le somme occorrenti per la esecuzione del concordato fino alla concorrenza del passivo di euro 4.049.546,00 (anche in caso di minore realizzazione della disponibilità attiva offerta), in otto rate semestrali posticipate a partire dal passaggio in giudicato del decreto di omologazione del concordato, in contropartita del trasferimento dell'immobile. Ora, come rilevato dal Tribunale, nessuna garanzia risulta fornita in relazione all'acquisto dell'immobile e alla corretta esecuzione degli impegni corrispettivi. In primo luogo si osserva che la delibera dell'assemblea della Atlantic Center srl dell'8.12.2013 autorizzava l'amministratore a "locare in conto acquisto" gli immobili intestati alla Gioli srl, e la "richiesta di fitto del complesso immobiliare con opzione all'acquisto" del 10.12.2013 prevede solo, oltre che la locazione per un anno, il diritto di opzione in favore della locataria per l'acquisto dell'immobile "e di ogni altro bene indicato nella proposta di concordato preventivo formante gli attivi patrimoniali della debitrice", per un prezzo pari al fabbisogno concordatario. Pertanto, l'acquisto dell'immobile e



delle altre attività sarebbe stato valutato e deciso dalla Atlantic Center srl in assoluta libertà al momento del passaggio in giudicato del decreto di omologazione del concordato (pg. 11 della proposta), sulla base del diritto di opzione concessole, in difformità sia di quanto previsto nella integrazione alla domanda di concordato dell' 11.12.2013, in cui si dà atto di un impegno irrevocabile ad acquisire il complesso immobiliare (e solo quello, non tutte le attività concordatarie) a fronte del pagamento del fabbisogno concordatario, sia di quanto previsto in richiesta di acquisto immobile sempre del 10.12.2013 della stessa Atlantic Center srl, in cui invece si dichiara l'impegno irrevocabile all'acquisto dei soli immobili. Il contrasto tra le due proposte contrattuali, e la diversa ampiezza dell'oggetto delle stesse, impediscono di considerare come seriamente proposto l'impegno irrevocabile all'acquisto indicato nel piano concordatario. Nessuna garanzia è poi fornita in relazione alla solvibilità della neo costituita società, posta la esiguità del suo capitale sociale (di 100.000,00 euro), l'assenza di patrimonio, e la assoluta irrilevanza degli impegni al rilascio di fideiussione a prima richiesta da parte di due Consorzi di Garanzia Fidi, in quanto privi di alcuna sottoscrizione. Sostiene la reclamante che la mancanza di sottoscrizione era dipesa dalla necessità di evitare il pagamento del corrispettivo in attesa delle determinazioni del tribunale anche in relazione alla precisazione degli importi da garantire, ma ciò non esclude che comunque le garanzie proposte allo stato erano -e sono rimaste- inesistenti; e che i Consorzi di Garanzia avrebbero potuto, se non emettere le fideiussioni, almeno impegnarsi formalmente a rilasciarle secondo il testo predisposto e salvo rettifiche richieste dall'autorità giudiziaria, come indicato a pg. 4 della integrazione a domanda di concordato preventivo dell' 11.12.2013.

I rilievi di inammissibilità sopra rilevati danno conto della conferma del giudizio espresso dal tribunale in ordine alla inidoneità della proposta concordataria, ed esimono dalla trattazione delle ulteriori questioni, a questo punto da ritenersi marginali, pure sollevate dalle parti con il reclamo e la memoria di costituzione.

Va infine solo aggiunto che non costituiva onere del tribunale disporre ulteriori rinvii della decisione per consentire la definizione della domanda di concordato preventivo, in pendenza di ricorsi di fallimento pendenti già dal 26.3.2013, come osservato anche da Cass. n. 21901 del 25/09/2013, secondo cui *"La mancata formulazione da parte del giudice, nel corso dell'udienza camerale, di osservazioni critiche in ordine alla proposta concordataria non impedisce al proponente di richiedere, nel suo interesse, un termine per integrarla, in relazione ad eventuali profili di inammissibilità che potrebbero pur sempre emergere in sede di decisione, mentre l'art. 162, primo comma, legge fall. attribuisce al giudice un potere discrezionale, il cui omesso esercizio non necessita di motivazione, né è censurabile in sede di legittimità"*.

it

*[Handwritten signature]*

*[Handwritten signature]*

Sono del pari infondati i motivi di reclamo inerenti la avvenuta dichiarazione di fallimento. In primo luogo va detto che i creditori ricorrenti erano tre, ovvero il P.M., il Fallimento Diana Costruzioni srl, e la Tecno Beton srl. E se è stata contestata dalla reclamante la legittimazione dei primi due ricorrenti, non altrettanto è stata quella della terza, il cui credito, si è sostenuto, "in parte è basato su titoli ancora da scadere al momento del deposito del ricorso di fallimento". Riconosciuto pertanto essere la Tecno Beton legittimata, anche se solo in relazione a parte del credito vantato, a presentare ricorso di fallimento, il tribunale doveva accertare la esistenza dei presupposti per la sua declaratoria, una volta dichiarato inammissibile il concordato. Ritene peraltro la Corte che la legittimazione attiva debba essere riconosciuta anche all'altro creditore e al P.M.. Quanto al credito del Fallimento Diana Costruzioni srl, esso è stato contestato in quanto superato da un controcredito in relazione al quale era stata presentata anche domanda di ammissione allo stato passivo. Ora, l'esame della esistenza o inesistenza del credito vantato dal ricorrente è estraneo all'oggetto del presente procedimento, dal momento che l'oggetto del procedimento è solo quello -indicato dal comma 4 dell'art. 15 l.f.- relativo all'accertamento dei presupposti per la dichiarazione di fallimento, e la valutazione del credito del ricorrente funge esclusivamente da presupposto di legittimazione alla presentazione del ricorso. E ciò è tanto più vero se si considera che comunque il creditore che ha chiesto il fallimento del proprio debitore è tenuto a presentare domanda di ammissione allo stato passivo, se vuole divenire creditore concorsuale. Non è pertanto neanche necessario che il creditore sia in possesso di un titolo esecutivo, essendo legittimato al ricorso anche il titolare di un credito non scaduto, sottoposto a condizione o contestato; le contestazioni pendenti sul credito posto a base della sentenza di fallimento non impediscono quindi che il tribunale conosca *incidenter tantum* del credito dell'istante per accogliere l'istanza di fallimento. E la legittimazione attiva del Fallimento Diana Costruzioni srl deve ritenersi, posto che a fronte di un debito ritenuto dalla reclamante "teorico" ma risultante dai libri contabili della Gioli srl e confermato dal suo collegio sindacale, vi è opposto un credito peraltro tutto da accertare.

Altresì legittimato è il P.M., posto che la sua legittimazione ex art. 7 l.f. deriva dall'essere l'insolvenza sia emersa nel corso di un procedimento penale, sia risultante dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'ha rilevata nel corso di un procedimento civile. Con riguardo infatti al primo aspetto, si rileva come il P.M. abbia nel proprio ricorso dato atto della esistenza del procedimento penale n. 42972/05 nell'ambito del quale era stato disposto il sequestro preventivo delle quote della Gioli srl, e rilevata dalla analisi della contabilità consegnata ai custodi delle quote lo stato di insolvenza. Con riguardo al secondo aspetto, va detto che il P.M. risulta avere assunto l'iniziativa del ricorso di fallimento anche in seguito alla trasmissione

I

L

it

f m

d

della relazione del curatore al giudice delegato del fallimento della Diana Costruzioni srl, ovvero di un atto facente parte della procedura fallimentare, id est di un procedimento civile.

Infine, lo stato di insolvenza è conclamato, alla luce delle ammissioni della stessa reclamante di impossibilità di pagare per intero i debiti esistenti, dei pignoramenti negativi, dei protesti di cambiali ed assegni, della mancanza di liquidità; basti solo considerare come in relazione al credito della Icet 2000 spa, ammesso allo stato passivo per l'importo di euro 4.703.957,37 in chirografo, la Gioli srl abbia con scrittura privata dell'8.8.2013 riconosciuto sia il debito sia la mancanza di liquidità necessaria al pagamento, tanto da procurare in luogo dell'adempimento la vendita di un immobile di proprietà della Diana F.T.P. srl dando mandato per la vendita alla stessa Icet 2000 spa e autorizzandola a trattenere il ricavato fino alla concorrenza dell'importo dovuto.

Nessun elemento è poi stato fornito dalla reclamante a sostegno della dedotta, e peraltro espressa in termini dubitativi, nullità della sentenza dichiarativa di fallimento per essere uno dei componenti del collegio giudicante non più in servizio presso il tribunale al momento del deposito della sentenza; tra l'altro va evidenziato che l'eventuale trasferimento del magistrato dopo la data della decisione, e prima del deposito in cancelleria del provvedimento, non è previsto quale motivo di nullità.

Deve pertanto respingersi il reclamo, confermando la sentenza dichiarativa di fallimento. Le spese seguono la soccombenza, e vanno liquidate come da dispositivo, ex D.M. n. 55/2014, con riferimento a procedimenti per dichiarazione di fallimento e a cause di valore indeterminato di particolare importanza, in relazione al numero e alla complessità delle questioni trattate.

**P.Q.M.**

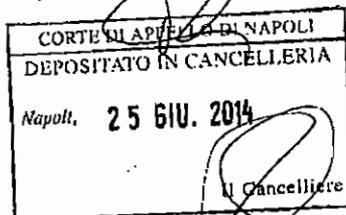
La Corte d'Appello di Napoli, prima sezione civile bis, pronunciando sul reclamo proposto dalla Gioli srl avverso la sentenza dichiarativa del suo fallimento n. 5/2014 emessa dal Tribunale di S. Maria Capua Vetere in data 23.1.2014; così provvede, disattesa ogni ulteriore eccezione, deduzione ed istanza:

- respinge il reclamo, e condanna la Gioli srl alla rifusione in favore della curatela del fallimento Gioli srl delle spese di lite del presente giudizio, liquidate in euro 2.750,00 per compensi, oltre rimborso forfettario spese, IVA e CPA sul dovuto.

Così deciso in Napoli il 13.6.2014.

Il Consigliere est.

Il Presidente



Corte d'Appello di Torino, 7 maggio 2010 – Pres. Griffey – Rel. Stalla.

**Fallimento – Verifica del passivo – Previsione di insufficiente realizzo – Omissione della fase di verifica del passivo – Natura sub procedimentale – Crediti da lavoro dipendente – Intervento del Fondo di Garanzia dell'I.N.P.S. – Presupposti – Sussistenza.**

*Se l'istituto del Fondo di Garanzia si pone l'obiettivo (comunitariamente imposto) di fornire al lavoratore una tutela 'ad ampio spettro' di fronte all'insolvenza del datore di lavoro e se tale tutela deve operare anche nei confronti di un datore di lavoro che non sia stato dichiarato fallito perché non assoggettabile alla procedura concorsuale per la mancanza del presupposto soggettivo ovvero oggettivo, a maggior ragione dovrà riconoscersi l'intervento del Fondo di Garanzia anche nell'ipotesi nella quale il datore di lavoro sia non soltanto assoggettabile, ma in concreto effettivamente assoggettato al fallimento, ancorché ragioni di mera speditezza ed economia processuale abbiano deposto per l'omissione della fase (puramente subprocedimentale) della verifica del passivo. (fb) (riproduzione riservata)*

## IL CASO.it

omissis

In fatto e diritto

§ 1. Con ricorso depositato il 22 dicembre 2009, T. V. proponeva reclamo ex articolo 102 legge fallimentare avverso il decreto 25-30 novembre 2009 (comunicatogli il 9 dicembre 2009) con il quale il Tribunale Fallimentare di Torino, su conforme istanza del curatore, disponeva non farsi luogo all'accertamento del passivo nel Fallimento E. C. srl in liquidazione (fall.\*/09), posto che: "allo stato, non è preventivabile il compimento di alcun atto di liquidazione, stante l'assoluta assenza di cespiti patrimoniali riferibili alla società fallita e neppure può prevedersi l'acquisizione in futuro di attività di sorta utilmente liquidabili e distribuibili ai creditori concorsuali".

Assumeva, con unico motivo di contestazione: - di essere creditore della somma di € 9.163,04, oltre interessi, rivalutazione e spese, a titolo di trattamento di fine rapporto, come riconosciutogli con sentenza del Tribunale di Torino, Sezione Lavoro, n.5162/08; - di aver depositato tempestiva insinuazione di credito in via privilegiata allo stato passivo del Fallimento in oggetto; - di subire, a seguito del mancato espletamento delle operazioni di accertamento del passivo, come su disposto, il grave pregiudizio insito nella giuridica impossibilità di adire al Fondo di Garanzia gestito dall'Inps di cui alla legge 297/82 recante appunto, tra le condizioni di attivazione del Fondo, proprio l'avvenuta ammissione del credito del lavoratore allo stato passivo del fallimento.

Ciò posto, chiedeva che il decreto reclamato venisse revocato, con conseguente "verificazione dei crediti dei lavoratori dipendenti ai fini di consentire agli stessi di accedere al Fondo di Garanzia".

Integrato il contraddittorio con la notificazione del reclamo e del pedissequo decreto di comparizione in camera di consiglio al curatore ed alla società fallita, si addiveniva all'udienza odierna alla quale presenziava, senza peraltro formalmente costituirsi in giudizio, il curatore del Fallimento che confermava la permanenza dei presupposti (totale inesistenza di attivo) per non fare luogo all'accertamento dei crediti.

Il ricorrente insisteva nel reclamo.

§ 2.1 Il reclamo è infondato.

Va premesso che il T. V. non lamenta l'illegittimità del decreto reclamato sotto il profilo della insussistenza dei requisiti di cui all'articolo 102 legge fallimentare; in particolare, egli non pone minimamente in discussione che nel fallimento in oggetto non vi sia un attivo (acquisito o acquisibile) tale da giustificare le operazioni di verifica dei crediti, ma si duole unicamente del fatto che da tale omissione gli derivi il pregiudizio insito nella mancata possibilità di ottenere l'intervento del Fondo di Garanzia gestito dall'Inps.

Orbene, già questa considerazione pone il presente ricorso in una prospettiva tutt'affatto peculiare, dal momento che il rimedio del reclamo previsto dall'ultimo comma dell'articolo 102 legge fallimentare è chiaramente preordinato a far valere i vizi (formali o sostanziali) intrinseci al decreto del Tribunale fallimentare mentre, nel caso in esame, tale rimedio viene in realtà utilizzato al fine di sindacare non già la legittimità del decreto ex articolo 102 legge fallimentare (del quale si lamentano soltanto gli effetti pregiudizievoli, non anche l'insussistenza dei presupposti di legge), bensì la ritenuta "ingiustizia" di un sistema normativo complesso (perché costituito dal combinato disposto dell'articolo 102 legge fallimentare e dall'articolo 2 della legge 297/82 concernente la disciplina del Fondo di Garanzia) che, da un lato, condiziona l'attivazione del Fondo di Garanzia all'avvenuta ammissione del credito del lavoratore allo stato passivo fallimentare e, dall'altro, ammette che in talune ipotesi tale ammissione possa trovare preclusione; non già a seguito di deliberazione negativa del merito della pretesa creditoria bensì, semplicemente, per la mancata verifica dei crediti insinuati da parte degli organi della procedura.

Va detto che il reclamo (recante una contestazione che, a ben vedere, ben potrebbe rivolgersi direttamente nei confronti dell'Inps qualora l'accesso al Fondo di Garanzia fosse stato al T. V. da quest'ultimo inibito proprio perché non ammesso al passivo fallimentare) è comunque infondato anche sotto questo aspetto 'indiretto' e 'strumentale' (in quanto volto unicamente a rimuovere le conseguenze asseritamente pregiudizievoli di un provvedimento di per sé legittimo).

§ 2.2 Stabilisce l'art. 2 l. 29 maggio 1982 n. 297 ('Disciplina del trattamento di fine rapporto e le norme in materia pensionistica') che: "È istituito presso l'Istituto nazionale della previdenza sociale il "Fondo di Garanzia per il trattamento di fine rapporto" con lo scopo di sostituirsi al datore di lavoro in caso di insolvenza del medesimo nel pagamento del trattamento di fine rapporto, di cui all'articolo 2120 del codice civile, spettante ai lavoratori o loro aventi diritto.

### **IL CASO.it**

Trascorsi quindici giorni dal deposito dello stato passivo, reso esecutivo ai sensi dell'articolo 97 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ovvero dopo la pubblicazione della sentenza di cui all'articolo 99 dello stesso decreto, per il caso siano state proposte opposizioni o impugnazioni riguardanti il suo credito, ovvero dalla pubblicazione della sentenza di omologazione del concordato preventivo, il lavoratore o i suoi aventi diritto possono ottenere a domanda il pagamento, a carico del fondo, del trattamento di fine rapporto di lavoro e dei relativi crediti accessori, previa detrazione delle somme eventualmente corrisposte.

Nell'ipotesi di dichiarazione tardiva di crediti di lavoro di cui all'articolo 101 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, la domanda di cui al comma precedente può essere presentata dopo il decreto di ammissione al passivo o dopo la sentenza che decide il giudizio insorto per l'eventuale contestazione del curatore fallimentare. (...)"

Si prevede poi, nel quinto comma della norma in esame, che: "Qualora il datore di lavoro, non soggetto alle disposizioni del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, non adempia, in caso di risoluzione del rapporto di lavoro, alla corresponsione del trattamento dovuto o vi adempia in misura parziale, il lavoratore o i suoi aventi diritto possono chiedere al fondo il pagamento del trattamento di fine rapporto, sempreché, a seguito dell'esperimento dell'esecuzione forzata per la realizzazione del credito relativo a detto trattamento, le garanzie patrimoniali siano risultate in tutto o in parte insufficienti. Il fondo, ove non sussista contestazione in materia, esegue il pagamento del trattamento insoluto" (...).

Non si ritiene, in forza di considerazioni sistematiche e finalistiche, che la disciplina in esame precluda l'intervento del Fondo di Garanzia nell'ipotesi in cui il lavoratore non abbia potuto ottenere un provvedimento di ammissione al passivo fallimentare stante l'intervenuto decreto ex articolo 102 legge fallimentare.

Pur essendo evidente il mancato coordinamento tra le due fonti normative (vertendosi, come è noto, di un istituto introdotto dall'articolo 102 legge fallimentare soltanto con la recente riforma dell'ordinamento concorsuale), deve considerarsi che l'articolo 2 legge 297/82 ammette anch'esso che il Fondo di Garanzia possa intervenire anche con riguardo a datori di lavoro non assoggettati a fallimento; a condizione che sia dimostrato l'infruttuoso esperimento dell'esecuzione forzata.

La giurisprudenza di legittimità ha posto in evidenza come l'intervento del Fondo di Garanzia si ponga l'obiettivo, in attuazione della direttiva CE 987/80, di apprestare una "garanzia totale" al dipendente di imprese insolventi per il pagamento del trattamento di fine

rapporto: sia nel caso di effettivo assoggettamento del datore di lavoro alla procedura fallimentare, sia nel caso in cui tale procedura non venga aperta in quanto ritenuta 'inutile' o antieconomica per mancanza di attivo disponibile.

### **IL CASO.it**

Ha osservato, in particolare, Cassazione civile, sez. lav., 19 gennaio 2009, n. 1178, che: "La Direttiva CE n. 987.1980 prevede l'intervento del Fondo di Garanzia quando sia stata chiesta l'apertura di un procedimento volto a soddisfare collettivamente i creditori e quando l'autorità competente ha deciso l'apertura di detto procedimento ovvero ha constatato la chiusura definitiva dell'impresa e l'insufficienza dell'attivo disponibile per giustificare l'apertura del procedimento (art. 2). La Direttiva pone quindi due ipotesi: apertura della procedura concorsuale, ovvero provvedimento dell'autorità competente che dichiara inutile aprire la procedura stessa. Appare evidente quindi l'intento del legislatore comunitario di apprestare una garanzia totale per il pagamento del TFR, sia quando viene aperta una procedura concorsuale, sia quando tale procedura non viene aperta in quanto l'impresa è definitivamente chiusa e l'attivo disponibile non giustifica tale apertura. Non rifeva tanto l'assoggettabilità in astratto dell'impresa a fallimento, quanto l'insolvenza accompagnata alternativamente o da una dichiarazione di fallimento ovvero da una constatazione di inutilità di una procedura. La L. n. 297 del 1982, art. 2, ha previsto il pagamento del TFR da parte dell'INPS quando l'impresa sia assoggettata a fallimento ovvero quando (comma 5) il datore di lavoro, non soggetto alla Legge Fallimentare, venga sottoposto senza esito ad esecuzione forzata".

Ha aggiunto la S.C. che: "una lettura della legge nazionale orientata nel senso voluto dalla direttiva consente, secondo una ragionevole interpretazione, l'ingresso ad un'azione nei confronti del Fondo di Garanzia, quando l'imprenditore non sia in concreto assoggettato al fallimento e l'esecuzione forzata si riveli infruttuosa. L'espressione 'non soggetto alle disposizioni del R.D. n. 267 del 1942', va quindi interpretata nel senso che l'azione della citata L. n. 297 del 1982, ex art. 2, comma 5, trova ingresso quante volte il datore di lavoro non sia assoggettato a fallimento, vuoi per le sue condizioni soggettive (ad esempio, piccolo imprenditore) vuoi per ragioni ostative di carattere oggettivo (ad esempio, trattandosi di ditta individuale cessata da oltre un anno). L'imprenditore "non più assoggettabile a fallimento va considerato come imprenditore non soggetto alla Legge Fallimentare."

In ragione di una lettura "comunitariamente orientata" della norma, si è ancora posto in evidenza come: "L'interpretazione qui accolta trova un precedente specifico nella sentenza di questa Corte 27.3.2007 n. 7466. Essa ha come risultato non solo di meglio aderire al testo della Direttiva, ma anche di eliminare una zona di non - copertura assicurativa, quando, come nella specie, il datore di lavoro è astrattamente assoggettabile a fallimento, ma il fallimento non può essere dichiarato per il decorso del tempo, mentre il lavoratore era in causa per ottenere un titolo esecutivo"; sicchè: "Il principio da affermare è il seguente: quando un datore di lavoro è assoggettabile a fallimento, ma in concreto non può essere dichiarato fallito per avere cessato l'attività di impresa da oltre un anno, esso va considerato "non soggetto a fallimento, e pertanto opera la L. n. 297 del 1982, art. 2, comma 5, a sensi del quale il lavoratore può conseguire le prestazioni del Fondo di Garanzia costituito presso l'INPS alle condizioni previste dal comma stesso."

Ritiene questa Corte di Appello non soltanto di condividere appieno tale insegnamento di legittimità, ma di portarlo - in sede di risoluzione del suddetto difetto di coordinamento normativo - a conseguenze ulteriori.

### **IL CASO.it**

Se l'istituto del Fondo di Garanzia si pone l'obiettivo (comunitariamente imposto) di fornire al lavoratore una tutela 'ad ampio spettro' di fronte all'insolvenza del datore di lavoro, e se tale tutela deve operare anche nei confronti di un datore di lavoro che non sia stato dichiarato fallito perché non assoggettabile alla procedura concorsuale per la mancanza del presupposto soggettivo ovvero oggettivo, a maggior ragione dovrà riconoscersi l'intervento del Fondo di Garanzia anche nell'ipotesi, come la presente, nella quale il datore di lavoro sia non soltanto assoggettabile, ma in concreto effettivamente assoggettato al fallimento, ancorché ragioni di mera speditezza ed economia processuale abbiano deposto per l'omissione della fase (puramente subprocedimentale) della verifica del passivo.

Dal punto di vista logico e della 'ratio legis', infatti, la mancata formazione dello stato passivo nei confronti del fallito rappresenta indubbiamente un 'minus' rispetto alla ben più 'radicale' situazione nella quale - a mancare - non è semplicemente l'attività di verifica dei crediti, bensì la sottoposizione stessa del datore di lavoro al fallimento.

La situazione qui in esame è anzi resa meno problematica di quella del datore di lavoro non assoggettato a fallimento, anche sotto un ulteriore e fondamentale profilo. In quest'ultimo caso si pone infatti il problema pratico di subordinare l'intervento del Fondo di Garanzia all'accertamento dell'incapienza patrimoniale del debitore; soccorre, in tal senso, quanto prescritto nel citato quinto comma dell'articolo 2 legge 297/82 circa la necessità dell'esperimento infruttuoso dell'esecuzione forzata da parte del lavoratore. Anche tale requisito, tuttavia, ha trovato interpretazione estensiva nella costante giurisprudenza di legittimità, la quale ha osservato come l'intervento del Fondo di Garanzia debba operare anche nelle ipotesi in cui - pur in difetto di azione esecutiva da parte del lavoratore istante - la proposizione dell'azione espropriativa ecceda i limiti della diligenza ordinariamente esigibile, ovvero in cui emergano elementi, nella specificità del caso concreto, per ritenere allunde provata la mancanza o l'insufficienza delle garanzie patrimoniali del debitore, (v.Cass. 1178/09 cit.; Cass.4666/02; Cass.9108/07).

In particolare, ha affermato Cassazione civile, sez. lav., 08 maggio 2008, n. 11379 che: "Il lavoratore, creditore del trattamento di fine rapporto nei confronti di datore di lavoro non soggetto a fallimento, per poter chiedere il pagamento del trattamento al Fondo di Garanzia istituito presso l'Inps, è tenuto a verificare la mancanza o l'insufficienza della garanzia del patrimonio del datore di lavoro attraverso un serio tentativo di esecuzione forzata e, qualora, eseguita infruttuosamente una forma di esecuzione, si prospetti la possibilità di ulteriori forme di esecuzione, è tenuto ad esperire quelle che, secondo l'ordinaria diligenza, si prospettino fruttuose, mentre non è tenuto ad esperire quelle che appaiano infruttuose o aleatorie, allorché i loro costi certi si palesino superiori ai benefici futuri, valutati secondo un criterio di probabilità."

Orbene, nella situazione in cui il datore di lavoro sia effettivamente stato dichiarato fallito, e faccia dunque difetto soltanto la fase di accertamento del passivo, la prova dell'insolvenza è data dalla stessa sottoposizione alla procedura concorsuale che proprio su tale presupposto indefettibilmente si basa.

### **IL CASO.it**

Altro problema concerne la prova del credito vantato dal lavoratore a titolo di trattamento di fine rapporto; nemmeno da questo punto di vista, tuttavia, la mancata effettuazione delle operazioni di verifica del passivo rappresenta elemento di per sé ostativo all'intervento del Fondo di Garanzia. Si consideri infatti che proprio la possibilità normativa che quest'ultimo operi pur in assenza di fallimento attesta come l'accertamento del credito da parte degli organi della procedura fallimentare non rappresenti, nell'intendimento del legislatore, una condizione indefettibile di tutela; ben potendo tale accertamento essere adeguatamente surrogato, per le finalità di legge ed in un ambito extraconcorsuale qual è quello avanti all'Inps, dal conseguimento da parte del lavoratore di un titolo esecutivo.

Titolo esecutivo che, nel caso di specie, è individuabile nella citata sentenza (definitiva) del Tribunale di Torino, Sezione Lavoro, n. 5162/08.

La mancata formazione dello stato passivo fallimentare, poi, certo non esclude che l'Inps possa esercitare, una volta corrisposto il tfr al lavoratore attraverso il Fondo di Garanzia, il diritto di surroga legale nei confronti del datore di lavoro tornato in bonis, in base al settimo comma dell'articolo 2 l.297/82.

Va detto che l'orientamento qui accolto - imposto da una interpretazione anche "costituzionalmente" compatibile, facendosi altrimenti irragionevolmente dipendere la tutela del lavoratore da situazioni del tutto contingenti ed indipendenti dal suo comportamento, rappresentate appunto dallo svolgimento, o meno, delle operazioni di verifica dello stato passivo da parte degli organi fallimentari - è stato da ultimo recepito anche dall'Inps che - nella Circolare n.32 del 4.3.2010 (recante modifiche alla Circolare n.74 del 15 luglio 2008) ha affermato che: - applicando testualmente il secondo comma dell'articolo 2 legge 297/82, in assenza di accertamento del passivo ex articolo 102 legge fallimentare, "i dipendenti di datori di lavoro insolventi per i quali il Tribunale decida di non procedere all'accertamento del passivo resterebbero 'di fatto' privi della tutela apprestata dal Fondo di Garanzia"; - tale situazione determina il problema "di coordinare le citate disposizioni al fine di rendere comunque possibile l'accesso dei lavoratori al Fondo di Garanzia, e con ciò la realizzazione della tutela minima assicurata dalla direttiva comunitaria 80/987/CE, come modificata dalla direttiva 2008/94/CE"; - "appare evidente che la fattispecie regolamentata dall'articolo 102, primo comma, legge fallimentare rientra nella definizione comunitaria di datore di lavoro insolvente" ai fini della legge 297/82; - "in assenza di procedimento di accertamento del

passivo (articolo 102, primo comma, legge fallimentare) il lavoratore potrà chiedere l'intervento del Fondo di Garanzia purché il credito risulti accertato sulla base dell'articolo 2, comma 5, legge 297/82", richiedendosi a tal fine l'allegazione da parte del lavoratore (oltre che del decreto con il quale il Tribunale ha deciso di non procedere alla verifica del passivo) "dell'originale del titolo esecutivo con il quale il credito di lavoro è stato riconosciuto".

In definitiva, il decreto reclamato non può dirsi illegittimo né nei suoi presupposti formali e sostanziali, né nei suoi effetti giuridici.

Ne segue il rigetto del reclamo, con la compensazione delle spese del giudizio.

**IL CASO.it**

PQM

- Respinta ogni contraria istanza, eccezione e deduzione;
- respinge il reclamo;
- compensa le spese.

Così deciso nella camera di consiglio della prima sezione civile in data 7 maggio 2010.

Cari Colleghi,

Sulle ali dell'entusiasmo per la comunque bella prova 'Azzurra' ...)...provo a tornare con "PSP" (Pensiero Sempre Positivo) sul tema dell'iva di rivalsa nelle procedure, che mi sembra ogni giorno più ... "caldo".

Infatti ora siamo giunti al paradosso che secondo alcuni Giudici neppure sarebbe possibile far tesoro di quanto invece espressamente consente la Ris. 127/2008 AE circa lo scorporo dell'iva sulla fattura che va ad emettersi sulla base di quanto effettivamente riscosso.

Anzi: tale Ris. non consente,...impone/imporrebbe.

Infatti, ove non si procedesse così, la circostanza che la fattura venga emessa post procedura, impedisce/impedirebbe poi a fine procedura - sempre secondo detta Ris. - l'emissione della nota di variazione per recuperare l'iva non riscossa.

Mamma mia!

Allora?

Sono andato a rileggermi quella che è una delle sentenze capisaldo sull'iva di rivalsa (la Cass. 6149/95 richiamata, ad es., nelle decisioni nn.15690/08 e 8222/11).

Orbene, tale sentenza, oltre a precisare (cosa che a me non era chiarissima) che i privilegi generali, con collocazione prioritaria ex artt.2777/2778 cc, hanno preferenza su quelli speciali, ove questi ultimi di collocazione subordinata ai primi, chiarisce che:

- l'iva di rivalsa può afferire sia "beni" che "valori".

- tra tali beni può esservi anche il credito del cliente recuperato dall'Avvocato su cui il professionista può esercitare il privilegio speciale *de quo*.

- invece un bene, un valore non può ritenersi sussistente allorché via sia un'attività "di mera consulenza (ndr: è sottinteso dalla SC un "se"?) non collegabile ad un oggetto specifico, economicamente valutabile".

Allora mi chiedo:

- un contratto d'affitto d'azienda ancora in essere, è un valore economicamente valutabile e, quindi, l'iva di rivalsa per le inerenti competenze professionali può fruire del relativo privilegio?

- l'avvenuta omologa di un c.p. rappresenta per la società concordataria (oltre che per i relativi creditori) un valore economicamente valutabile e, quindi, l'iva di rivalsa per le competenze professionali può fruire del relativo privilegio?

Cosa ne pensate?

Anche perché, in caso di fallimento, l'analisi in concreto della tematica non afferisce la fase di ammissione del credito iva di rivalsa (che dovrebbe senz'altro essere richiesto ed ammesso in privilegio), ma solo quella del riparto (v. *ex multis* Cass.SU 16060/01 e Cass.6849/11).

Mentre in caso di c.p., salvo che in proposta vi sia una previsione ad hoc (e che risulti ben supportata ex art.160 co.2 lf), la problematica afferirà la fase attuativa.

Ed in caso di contrasto, la questione non potrà essere risolta dal GD o dal LG (ovvero dal CG), bensì dal Giudice Ordinario, difettando in c.p. una fase proceduralizzata di accertamento del passivo e di relativa ripartizione (v. fra le tante Cass.16598/08).

Molti cordiali saluti.

Antonio Pezzano

[a.pezzano@studiolegalepsp.it](mailto:a.pezzano@studiolegalepsp.it)

<http://www.studiolegalepsp.it/index.php/it/risoluzioni-crisi-dimpresa.html>

Studio Legale



Pezzano Soldaini & Partners  
[www.studiolegalepsp.it](http://www.studiolegalepsp.it)

FIRENZE  
Viale E. Torricelli, 15  
TEL. +39 055 229136  
FAX +39 055 2280605

ROMA  
Via Monte Zebio, 1  
TEL. +39 06 37351316  
FAX +39 06 37500520

Legge 14 maggio 2005, n. 80

**"Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del Piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali"**

pubblicata nella *Gazzetta Ufficiale* n. 111 del 14 maggio 2005 -  
Supplemento ordinario n. 91

---

Art. 1. comma 6 n. 14 lettera "c"

*c) prevedere che i crediti di rivalsa verso il cessionario previsti dalle norme relative all'imposta sul valore aggiunto, se relativi alla cessione di beni mobili, abbiano privilegio sulla generalità dei mobili del debitore con lo stesso grado del privilegio generale di cui agli articoli 2752 e 2753 del codice civile, cui tuttavia è posposto.*

## Sui diritti dei creditori prelatizi in assenza di beni

**Cassazione civile, sez. I, 6 novembre 2013, n. 24970**

“Salvo sia diversamente previsto come espresso patto di concordato, consentito ma non imposto dall’articolo 160 comma 2 L.F., anche dopo la novella del 2007, non essendo stato attuato il richiamo all’articolo 54 L.F., il creditore prelatizio continua ad aver diritto all’integrale soddisfazione anche qualora il bene gravato da prelazione non sia presente nel patrimonio del debitore (fattispecie relativa al credito privilegiato per la rivalsa IVA *ex* articolo 2758 comma 2 c.c.)”. (massima redazionale)

**Cassazione civile sez. I - 6/11/2013 n. 24970**

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. RORDORF Renato - Presidente -  
Dott. CECCHERINI Aldo - Consigliere -  
Dott. DI VIRGILIO Rosa Maria - Consigliere -  
Dott. CRISTIANO Magda - Consigliere -  
Dott. DE CHIARA Carlo - rel. Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso n. (18248/2012 R.G.) proposto da:

FALLIMENTO EUROSAK IMBALLAGGI INDUSTRIASLI S.P.A., in persona del Curatore Dott.ssa D.P.P., rappresentato e difeso, per procura speciale in calce al ricorso, dagli avv.ti prof. MENCHINI Sergio (C.F. MNCSR57P27Z614E) e prof. Ilaria Pagni (C.F. PGNLRI64L65M059H) ed elett.te dom.to presso lo studio di quest'ultima in Roma, Piazza dell'Emporio n. 16/A;

- ricorrente -

contro

EUROSAK IMBALLAGGI INDUSTRIALI S.P.A. IN CONCORDATO PREVENTIVO;  
CONSORZIO NAZIONALE IMBALLAGGI - CONAI;

- intimati -

e sul ricorso proposto da:

EUROSAK IMBALLAGGI INDUSTRIALI S.P.A. IN CONCORDATO PREVENTIVO (C.F. (OMISSIS)), in persona dell'amministratore unico Dott. C.F., rappresentata e difesa, per procura speciale in calce al controricorso, dall'avv. prof. STANGHELLINI Lorenzo (C.F. STNLNZ63R12G7130), dall'avv. prof. Francesco Barachini (C.F. BRCFNC67P29G702V), dall'avv. Lorenzo Scarpelli (C.F. SCRLNZ63C06D612K) e dall'avv. prof. Mario Libertini (C.F. LBRMRA42L24C351V) ed elett.te dom.ta presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via Boezio n. 14;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

FALLIMENTO EUROSAK IMBALLAGGI INDUSTRIASLI S.P.A., come sopra rappresentato difeso e domiciliato;

- controricorrente a ricorso incidentale -

e contro

CONSORZIO NAZIONALE IMBALLAGGI - CONAI;

- intimato -

sul ricorso proposto da:

CONSORZIO NAZIONALE IMBALLAGGI - CONAI (C.F. (OMISSIS)), in persona del direttore generale Dott. F.W., rappresentato e difeso, per procura speciale a margine del controricorso, dall'avv. prof. Gian Domenico Mosco (C.F. MSCGDM54R01H501H) ed elett.te dom.to presso lo studio del medesimo in Roma, Piazza Cardelli n. 4;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

EUROSAK IMBALLAGGI INDUSTRIALI S.P.A. IN CONCORDATO PREVENTIVO;  
FALLIMENTO EUROSAK IMBALLAGGI INDUSTRIASLI S.P.A.;

- intimati -

sul ricorso (n. 18272/2012 R.G.) proposto da:

CONSORZIO NAZIONALE IMBALLAGGI - CONAI (C.F. (OMISSIS)), in persona del direttore generale Dott. F.W., rappresentato e difeso, per procura speciale a margine del ricorso, dall'avv. prof. Gian Domenico Mosco (C.F. MSCGDM54R01H501H) ed elett.te dom.to presso lo studio del medesimo in Roma, Piazza Cardelli n. 4;

- ricorrente incidentale -

contro

EUROSAK IMBALLAGGI INDUSTRIALI S.P.A. IN CONCORDATO PREVENTIVO;  
FALLIMENTO EUROSAK IMBALLAGGI INDUSTRIASLI S.P.A.;

- intimati -

e sul ricorso proposto da:

EUROSAK IMBALLAGGI INDUSTRIALI S.P.A. IN CONCORDATO PREVENTIVO, come sopra rappresentato difeso e domiciliato;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

CONSORZIO NAZIONALE IMBALLAGGI - CONAI, come sopra rappresentato difeso e domiciliato;

- controricorrente al ricorso incidentale -

e contro

FALLIMENTO EUROSAK IMBALLAGGI INDUSTRIASLI S.P.A.;

- intimato -

avverso la sentenza della Corte d'appello di Firenze n. 820/2012 depositata il 14 giugno 2012;  
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 17 luglio 2013 dal Consigliere Dott. Carlo DE CHIARA;

udito per il Fallimento Eurosak Imballaggi Industriali s.p.a. gli avv.ti Ilaria PAGNI e Sergio MENCHINI;  
udito per la Eurosak Imballaggi Industriali s.p.a. in concordato preventivo l'avv. Lorenzo STANGHELLINI;  
udito per il Consorzio Nazionale Imballaggi - Conai l'avv. Gian Domenico MOSCO;  
udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. FIMIANI Pasquale, che ha concluso per l'accoglimento del primo e del secondo motivo del ricorso del Fallimento Eurosak, assorbito il terzo motivo; l'accoglimento del quarto e del sesto motivo del ricorso incidentale del Conai, l'infondatezza del primo e del secondo motivo, l'assorbimento del terzo e l'inammissibilità del quinto motivo; l'inammissibilità dei ricorsi incidentali della Eurosak.

### **Fatto**

#### SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Il Tribunale di Lucca negò l'omologazione del concordato preventivo con continuità aziendale proposto il 31 marzo 2011 dalla Eurosak Imballaggi Industriali s.p.a., osservando:

che il credito per contributi di Euro 6.942.040,00, più interessi di Euro 1.047.825,90, vantato dal Consorzio Nazionale Imballaggi - Conai, considerato chirografario dalla debitrice, godeva invece del privilegio di cui all'art. 2758 c.c., comma 1, invocato dal creditore, oppostosi all'omologazione; sicchè mancava la provvista necessaria per il suo soddisfacimento;

che comunque andava rilevata d'ufficio, pur non avendo l'opponente sollevato la relativa questione, la non fattibilità del concordato stesso, poichè il commissario giudiziale aveva evidenziato, nel suo parere finale ai sensi della L. Fall., art. 180, comma 2, la mancanza di impegni cogenti da parte delle banche quanto all'apporto di nuova finanza dopo l'omologazione; un deficit patrimoniale di oltre 850.000 euro registrato nei primi dieci mesi del 2011, con conseguente totale perdita del capitale in itinere; la mancanza di garanzie circa le previste dismissioni di due immobili; la mancanza di copertura del fabbisogno concordatario nel quinquennio 2011-2015 mediante le risorse previste nel piano.

Con separata sentenza il Tribunale dichiarò quindi il fallimento della società.

Il reclamo proposto da quest'ultima avverso entrambi i provvedimenti è stato accolto dalla Corte d'appello di Firenze, la quale ha revocato la dichiarazione di fallimento osservando:

che al credito per contributi del Conai, soggetto di diritto privato, non poteva essere riconosciuto il privilegio speciale di cui all'art. 2758 c.c., comma 1, non trattandosi di tributi indiretti ed essendo comunque l'invocato privilegio privo di oggetto, dato che un produttore di imballaggi, come la Eurosak, per definizione si disfa dei beni su cui dovrebbe gravare il privilegio con l'atto di immissione in commercio dei medesimi costituente il presupposto contributivo;

che neppure poteva riconoscersi al Conai il privilegio speciale di cui all'art. 2758 c.c., comma 2, quanto al credito di rivalsa IVA sui predetti contributi, sia perchè la relativa richiesta non era stata formulata con l'atto di opposizione, sia per l'incapienza del privilegio per le stesse ragioni indicate a proposito del privilegio speciale di cui all'art. 2758 c.c., comma 1;

che la pretesa del Conai di essere inserito nella classe dei creditori chirografari strategici, ossia "essenziali per la realizzazione del piano" (dei quali era prevista la soddisfazione in percentuale maggiore degli altri) era inammissibile non avendo il creditore votato sulla proposta concordataria e non potendo, dunque, essere considerato dissenziente;

che la contestazione della convenienza del concordato, da parte del medesimo creditore opponente, era meramente astratta e teorica;

che il Tribunale aveva errato nel sindacare la fattibilità del concordato, valutazione non consentita al giudice essendo riservata ai soli creditori, nella specie compiutamente informati e dunque consapevoli di ogni possibile criticità dell'attuazione del concordato;

che non sussisteva alcun deficit di consapevolezza da parte del ceto creditorio al momento della votazione, posto che gli elementi evidenziati dal commissario nel suo parere finale altro non erano che una riconsiderazione delle criticità già riferite in precedenza ai creditori, in particolare evidenziando l'aumento dell'entità dello sbilancio fra attività e fabbisogno concordatario.

Il curatore del fallimento ha proposto ricorso per cassazione con tre motivi di censura. Un ulteriore ricorso, con sei motivi, è stato proposto dal Conai, il quale ha anche presentato, sul ricorso del curatore, controricorso contenente ricorso incidentale per cinque motivi (riproducenti i primi cinque motivi del suo precedente ricorso). La Eurosak ha resistito al ricorso del curatore con controricorso contenente anche ricorso incidentale condizionato per un motivo, cui il curatore ha a sua volta resistito con controricorso; la medesima società ha altresì resistito al primo ricorso presentato dal Conai con controricorso contenente anche ricorso incidentale condizionato per un motivo, cui il Conai ha resistito con controricorso. Tutte le parti hanno anche presentato memoria.

### **Diritto**

#### MOTIVI DELLA DECISIONE

1. - I ricorsi iscritti ai nn. 18248/2012 R.G. e 18272/2012 R.G., con i rispettivi ricorsi incidentali, tutti rivolti avverso la medesima sentenza, vanno previamente riuniti ai sensi dell'art. 335 c.p.c..

2. - Va inoltre dichiarata l'inammissibilità del ricorso incidentale del Conai, proposto dopo la proposizione di ricorso autonomo da parte del medesimo ricorrente e dunque inammissibile per l'intervenuta consumazione del diritto d'impugnazione (tra le più recenti, Cass. 2568/2012, 27898/2011, 1825/2007, 5207/2005, la prima e l'ultima rese a sezioni unite).

Va altresì accolta l'eccezione, formulata dalla Eurosak nella memoria, d'inammissibilità del controricorso del Conai al ricorso incidentale proposto dalla Eurosak medesima nel controricorso sul ricorso autonomo del consorzio. L'atto, invero, risulta notificato soltanto il 25 ottobre 2012, dunque oltre il doppio termine di venti giorni (art. 370 c.p.c., comma 1) dalla notifica del ricorso incidentale, avvenuta il 3 agosto 2012, considerato che ai procedimenti di impugnazione di sentenza dichiarativa di fallimento, come quello di cui trattasi, non si applica la sospensione feriale dei termini (L. 7 ottobre 1969, n. 742, art. 3 e R.D. 30 gennaio 1941, n. 12, art. 92).

3. - Il ricorso (principale) della curatela si articola, come detto, in tre motivi. I primi due, tra loro connessi, possono essere trattati congiuntamente.

Con il primo motivo, denunciando violazione della L. Fall., art. 180, commi 1, 2 e 4 e L. Fal., 173, u.c., si censura la sentenza impugnata nella parte in cui nega la sussistenza del potere del tribunale di rilevare d'ufficio, in sede di omologazione, il difetto di fattibilità del piano concordatario.

Con il secondo, denunciando violazione della L. Fall., art. 173, u.c. e L. Fall., art. 182, comma 2, si critica, a dichiarato completamento della censura precedente, l'omessa considerazione, da parte della Corte d'appello, dei rilievi negativi in punto di fattibilità formulati dal commissario giudiziale nelle relazioni depositate nel corso del procedimento.

La medesima questione del potere di valutazione della fattibilità del concordato spettante d'ufficio al tribunale in sede di omologazione viene proposta anche con il sesto motivo del ricorso autonomo del Conai, che dunque va esaminato assieme alle censure della curatela appena richiamate.

3.1. - I motivi di cui si tratta sono infondati.

Sulla questione della rilevanza d'ufficio del difetto di fattibilità del piano concordatario si sono pronunciate, in epoca posteriore al deposito dei ricorsi ora in esame, le Sezioni Unite di questa Corte con la sentenza n. 1521 del 2013, sicché la successiva discussione tra le parti - che non contestano le enunciazioni delle Sezioni Unite si è spostata sull'applicazione di tali enunciazioni al caso di specie.

Le Sezioni Unite premettono che anche la fattibilità, intesa come prognosi di concreta realizzabilità del piano concordatario, è presupposto di ammissibilità del concordato, sul quale il giudice deve pronunciarsi esercitando un sindacato che non è "di secondo grado", non si esercita, cioè, sulla sola completezza e congruità logica dell'attestazione del professionista di cui alla L. Fall., art. 161, comma 3, ma consiste nella verifica diretta del presupposto stesso; distinguono, quindi, tra fattibilità giuridica, intesa come non incompatibilità del piano con norme inderogabili, e fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo.

Il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica non ha particolari limiti; la fattibilità economica, invece, è intrisa di valutazioni prognostiche fisiologicamente opinabili e comportanti un margine di errore, nel che è insito anche un margine di rischio, del quale è ragionevole siano arbitri i soli creditori, in coerenza con l'impianto generale prevalentemente contrattualistico dell'istituto del concordato; di conseguenza le Sezioni Unite, con riferimento alla fattibilità economica, individuano un solo profilo su cui si esercita il sindacato officioso dal giudice (fermo, ovviamente, il controllo della completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori, con la proposta di concordato e i documenti allegati, ai fini della consapevole espressione del loro voto): quello della verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole (causa in astratto). Di fronte alla manifesta irrealizzabilità del piano, invero, non c'è da effettuare valutazioni o da assumere rischi di sorta.

Ed è appunto sul carattere manifesto della non fattibilità economica del piano proposto dalla Eurosak, secondo i rilievi del commissario giudiziale, che fanno leva i ricorrenti per censurare la decisione della Corte d'appello che ha negato al Tribunale il relativo potere di sindacato officioso.

Senonché la tesi dei ricorrenti non è confermata dall'esame di quei rilievi. Essi si sostanziano, infatti, come si è riferito in narrativa, a) nella mancanza di impegni cogenti da parte delle banche per l'apporto di nuova finanza dopo l'omologazione; b) nel deficit patrimoniale di oltre 850.000 euro registrato nei primi dieci mesi del 2011, con conseguente totale perdita del capitale in itinere; c) nella mancanza di garanzie circa le previste dismissioni di due immobili; d) nella mancanza di copertura del fabbisogno concordatario nel quinquennio 2011-2015 mediante le risorse previste nel piano. Il carattere valutativo dei rilievi sub a) e c) è evidente, non comportando la mancanza di impegni cogenti, di cui al primo, o la mancanza di garanzie, di cui al secondo, necessariamente l'esclusione in futuro, rispettivamente, dell'apporto della nuova finanza o della vendita degli immobili al prezzo sperato; ma è ugualmente chiaro anche quanto ai rilievi sub b) e d), che si sostanziano in definitiva nella prognosi, benché argomentata, di un andamento negativo della futura attività della Eurosak.

4. - Con il terzo motivo del ricorso del curatore si sostiene, denunciando violazione della L. Fall., art. 180, commi 1 e 2 e vizio di motivazione, che in ogni caso, contrariamente a quanto affermato dalla Corte d'appello, vi sarebbe stato un rilevante difetto d'informazione dei creditori prima del voto, in quanto nel motivato parere espresso dal commissario nel giudizio di omologazione erano contenute indicazioni nuove e più gravi rispetto a quelle già le espresse nella precedente relazione.

4.1. - Il motivo è inammissibile.

La Corte d'appello ha esaminato tale rilievo e l'ha disatteso escludendo la sussistenza del difetto d'informazione al momento della votazione, in quanto gli elementi evidenziati dal commissario nel suo parere finale (corrispondenti a quelli, sopra indicati, in base ai quali il Tribunale aveva negato la fattibilità del concordato) erano soltanto una riconsiderazione, aggravata, delle criticità già riferite ai creditori.

A fronte di questa statuizione - in fatto - di sostanziale trascurabilità del novum riferito dal commissario nel suo parere finale, sarebbe stato necessario articolare (ove ne fossero esistiti i presupposti) una più compiuta censura di vizio di motivazione.

5. - Con il primo motivo del ricorso (autonomo) del Conai si censura, per violazione dell'art. 2758 c.c., comma 1, la negazione del privilegio ivi previsto al credito del ricorrente per contributi non versati dalla debitrice.

5.1. - Il motivo è infondato.

L'art. 2758, comma 1, cit., prevede un privilegio speciale mobiliare per il credito dello Stato per tributi indiretti. La Corte d'appello ha quindi motivato la propria decisione osservando che il contributo ambientale Conai, invece, non è dovuto allo Stato, nè configura un tributo indiretto. La differenza, infatti, fra tributi diretti e indiretti consiste in ciò, che i primi colpiscono direttamente il reddito o il patrimonio del contribuente, i secondi colpiscono atti giuridici o materiali quali manifestazioni indirette o mediate di capacità contributiva. Invece il contributo Conai, legato alla produzione di imballaggi e parametrato alla quantità, al peso e alla tipologia del materiale di cui essi sono costituiti (D.Lgs. 30 aprile 2006, n. 152, art. 224, comma 3, lett. h), non è il segno indiretto di una capacità reddituale, bensì il segno diretto della immissione nell'ambiente di rifiuti di un certo tipo.

Il ricorrente non contesta la definizione dei tributi indiretti data dalla Corte d'appello, ma osserva che anche l'immissione di imballaggi sul mercato nazionale è indice mediato di capacità contributiva, nonostante la parametrizzazione del contributo alla quantità, peso e tipologia dei materiali impiegati: analoga parametrizzazione "alle quantità e qualità medie ordinarie di rifiuti prodotti per unità di superficie..." è infatti presente nella "tariffa integrata ambientale" (o "TIA 2", introdotta dal D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 238, che ha sostituito la "tariffa d'igiene ambientale", o "TIA 1", di cui al previgente D.Lgs. 5 febbraio 1997, n. 22, art. 49), costituente "il corrispettivo per lo svolgimento del servizio di raccolta, recupero e smaltimento dei rifiuti solidi urbani" (D.Lgs. n. 152 del 2006, art. 238, comma 1), alla quale pure è riconosciuta (sia nella prima che nella seconda versione) natura tributaria. Insiste, quindi, sulla natura "paratributaria" del contributo Conai e sul carattere pubblico della funzione esercitata dal consorzio quale organo indiretto della pubblica amministrazione nello svolgimento del pubblico servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti, invocando perciò l'applicazione estensiva o anche analogica della norma che prevede il privilegio.

Può risponderci che non giova al ricorrente l'analogia con la richiamata "tariffa", dato che essa infatti non è un tributo indiretto, bensì una "tassa di scopo" e il privilegio che le compete è quello riconosciuto dall'art. 2752 c.c., u.c., ai tributi degli enti locali (da ult. Cass. 2320/2012). E poichè esclusivamente la qualifica di tributo indiretto rileva agli effetti dell'invocato art. 2758 c.c., comma 1, l'esclusione di essa, correttamente argomentata dalla Corte d'appello, rende superfluo interrogarsi sulla natura "paratributaria" o meno del contributo Conai; tanto più che l'art. 2758, comma 1, cit., assicura il privilegio esclusivamente allo Stato e non certo a soggetti privati, qual è pacificamente il Conai. Nè infine, può esservi spazio per una interpretazione estensiva o analogica della norma codicistica, considerati i chiari limiti lessicali della stessa e la mancanza di identità di ratio tra le due fattispecie che si vorrebbe disciplinare uniformemente.

Il rigetto del motivo sotto il profilo esaminato assorbe la questione, pure sollevata dal ricorrente, della rilevanza della capienza o meno del privilegio in relazione al suo oggetto (gli imballaggi, dei quali in ipotesi il produttore si disfa, alienandoli, col porre in essere il presupposto per l'applicazione del contributo), sulla quale la Corte d'appello ha basato una seconda, autonoma ratio di rigetto della richiesta del privilegio stesso.

6. - Tale questione resta tuttavia rilevante con riferimento alla analoga ratio a base del rigetto della domanda subordinata di riconoscimento del privilegio sul credito di rivalsa IVA, ai sensi dell'art. 2758 c.c., comma 2, ratio contestata dal Conai con il secondo motivo di ricorso. Con il quale il ricorrente, denunciando violazione della predetta norma, sostiene che l'eventuale incapienza non rileva agli effetti del riconoscimento del privilegio in favore del creditore concordatario.

6.1. - Il motivo è fondato.

Questa Corte, con la recente sentenza n. 12064 del 2013, ha già accolto tale tesi con riferimento alla disciplina del concordato preventivo anteriore alla modifica della L. Fall., art. 160, introdotta dal D.Lgs. 12 settembre 2007, n. 169, affermando che in quel contesto normativo, caratterizzato dalla inapplicabilità al concordato preventivo della L. Fall., art. 54 (non richiamato dall'art. 169) e dalla condizione essenziale e indefettibile dell'integrale pagamento dei creditori privilegiati, la mancanza nel compendio patrimoniale del debitore del bene gravato da privilegio non impedisce, a differenza che nel fallimento, l'esercizio del privilegio stesso, con la conseguenza che il credito va soddisfatto integralmente (e, correlativamente, il

orditore non è ammesso al voto sulla proposta di concordato). Ciò in considerazione della particolarità del privilegio di essere una qualità del credito riconosciuta dall'ordinamento in ragione della sua causa.

E' ben vero, peraltro, che la coeva Cass. 8683/2013 sembra accogliere la tesi opposta; in realtà, però, essa non affronta ex professo la questione, poichè detta tesi era data per scontata già nella sentenza impugnata e fra le parti, le quali discutevano soltanto della sussistenza o meno della prova della presenza dei beni oggetto del privilegio speciale nel patrimonio del debitore concordatario.

Ad avviso del Collegio l'orientamento espresso nella sentenza 12064/2013 (e seguito anche nella sentenza resa nella camera di consiglio del 25 settembre 2013 sui ricorsi nn. 4648 e 8688 del 2007) resta valido anche per il concordato preventivo come riformato dal D.Lgs. n. 169 del 2007, che ha introdotto la facoltà per il proponente di limitare la soddisfazione dei creditori privilegiati alla sola parte del loro credito che troverebbe capienza nell'ipotesi di liquidazione del bene gravato (L. Fall., art. 160, comma 3 riformato). Tale limitazione, invero, è configurata dalla legge come l'effetto di un patto concordatario; dunque in mancanza di una proposta che dia luogo a un tale patto - come nel caso che ci occupa - non può che farsi applicazione della regola generale.

7. - Con il terzo motivo si censura poi, denunciando violazione della L. Fall., artt. 183 e 18, l'ulteriore, autonoma ratio della esclusione, da parte della Corte d'appello, del privilegio del credito di rivalsa IVA, ossia l'asserita tardività della relativa questione, posta dal creditore, in violazione dell'art. 345 c.p.c., soltanto in sede di reclamo e non già in precedenza con l'atto di opposizione all'omologazione.

7.1. - Anche tale motivo è fondato, alla stregua della giurisprudenza di questa Corte, secondo la quale il reclamo, ai sensi della L. Fall., art. 18, avverso la sentenza dichiarativa del fallimento ha carattere devolutivo pieno, onde non trovano ad esso applicazione i limiti previsti dagli artt. 342 e 345 c.p.c., per l'appello (Cass. 9174/2012, 8227/2012, 5257/2012, 22546/2010).

8. - Con il quarto motivo si censura, denunciando violazione della L. Fall., art. 180 e vizio di motivazione, la statuizione d'inammissibilità della pretesa del ricorrente di essere inserito, al pari di altri, nella classe dei creditori chirografari strategici, giustificata dalla Corte d'appello con l'incomprensibile rilievo che, non avendo il Conai votato sulla proposta di concordato, non poteva "essere considerato creditore dissenziente e come tale legittimato ad una opposizione motivata sulla base di una errata inclusione in una classe chirografaria invece che in un'altra classe chirografaria".

8.1. - Il motivo è fondato. Condivisa, invero, la valutazione d'incomprensibilità della motivazione della statuizione censurata, va ribadito che legittimato all'opposizione è anche "qualunque interessato" (L. Fall., art. 180, comma 2), locuzione riferibile non soltanto a soggetti diversi dai creditori, ma anche a creditori non dissenzienti come coloro che non abbiano votato favorevolmente alla proposta per non aver preso parte all'adunanza fissata per il voto, o perchè non convocati o perchè non ammessi al voto o, infine, perchè astenuti: tali soggetti, infatti, prospettano l'interesse diretto e attuale al giudizio per contrastare l'omologazione, in riferimento al trattamento loro riservato, al di là e in aggiunta a chiunque altro, a qualunque titolo, abbia interesse ad opporsi all'omologazione (Cass. nn. 13284 e 13285 del 2012).

9. - Con il quinto motivo del ricorso Conai si censura, infine, per violazione della L. Fall., art. 146, comma 2, la statuizione con cui è stata disattesa la ragione di opposizione costituita dal difetto di convenienza del concordato, osservando che in caso di fallimento si sarebbe potuto esercitare azione di responsabilità nei confronti degli organi della società debitrice che avevano prelevato dai clienti e indebitamente omesso di versare al Conai il contributo ambientale previsto dalla legge.

9.1. - Il motivo è inammissibile.

La Corte d'appello ha motivato la propria statuizione sul rilievo del carattere meramente astratto e teorico della prospettazione, da parte del Conai, della maggior convenienza del fallimento rispetto al concordato, atteso che, nella dichiarata prospettiva di un'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori proponibile nel caso di fallimento, l'unico fatto concreto indicato a fondamento della stessa - ossia l'asserita riscossione del contributo Conai senza il successivo versamento al consorzio - non configurava un danno risarcibile nei confronti della società.

Il ricorrente replica che il danno era costituito dal maturare di interessi sulle somme indebitamente non versate al consorzio, nonchè i possibili pregiudizi non patrimoniali in termini di perdita di reputazione. Sennonchè una siffatta replica si risolve, piuttosto che nella dichiarata censura di violazione di legge, in una vera e propria critica di merito che rimanda all'accertamento di fatti (quali, ad esempio, l'eventuale eccedenza degli interessi passivi rispetto ai vantaggi dell'autofinanziamento, o la effettività del danno reputazionale) non consentito in sede di legittimità.

10. - I due ricorsi incidentali della Eurosak, condizionati all'accoglimento, rispettivamente, del ricorso del curatore fallimentare e del sesto motivo del ricorso autonomo del Conai, sono assorbiti a causa del rigetto delle censure di cui ai corrispondenti ricorsi principali.

11. - In conclusione la sentenza impugnata va cassata in relazione alle censure accolte, con rinvio al giudice indicato in dispositivo, il quale si atterrà al principio di diritto sopra enunciato al par.

6.1 e provvederà sulla ragione di opposizione di cui al par. 8, nonchè sulle spese del giudizio di legittimità.

#### **P.Q.M.**

La Corte, riuniti i ricorsi, rigetta il ricorso principale della curatela fallimentare e dichiara inammissibile il corrispondente ricorso incidentale del Conai; accoglie il secondo, il terzo e il quarto motivo del ricorso autonomo di quest'ultimo, ne rigetta il primo e il sesto motivo e ne dichiara inammissibile il quinto;

dichiara assorbiti i ricorsi incidentali della Eurosak s.p.a.; cassa la sentenza impugnata e rinvia, anche per le spese, alla Corte d'appello di Firenze in diversa composizione.  
Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 17 luglio 2013.  
Depositato in Cancelleria il 6 novembre 2013

Sull' obbligatorietà nel previgente regime del pagamento integrale dei creditori prelatizi anche in assenza del bene gravato da privilegio

**Cassazione civile, sez. I, 17 maggio 2013, n. 12064**

“La disciplina del concordato preventivo, vigente anteriormente alle modifiche di cui al d.leg. 12 settembre 2007 n. 169 (inapplicabile, nella specie, *ratione temporis*), caratterizzata dalla inapplicabilità dell'articolo 54 L.F., e dalla condizione essenziale ed indefettibile dell'integrale pagamento dei creditori privilegiati, comporta che, a differenza del fallimento, la mancanza nel compendio patrimoniale del debitore del bene gravato da privilegio non ne impedisce l'esercizio, con la conseguenza che il credito resta privilegiato ed è concretamente riconoscibile la prelazione in sede di riparto dell'attivo; in un tale contesto, infatti, il privilegio assume rilevanza esclusivamente come qualità del credito, che, *ex* articolo 2745 c.c., sorge privilegiato in ragione della sua causa secondo le disposizioni di legge, mantenendo, poi, tale qualità per l'intera procedura”. (massima ufficiale)

**Cassazione civile sez. I - 17/5/2013 n. 12064**

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE PRIMA CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. SALME' Giuseppe - Presidente -  
Dott. DI AMATO Sergio - Consigliere -  
Dott. RAGONESI Vittorio - Consigliere -  
Dott. SCALDAFERRI Andrea - rel. Consigliere -  
Dott. DE CHIARA Carlo - Consigliere -

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 30920-2006 proposto da:

LIQUIDAZIONE DELLA FEDERAZIONE ITALIANA DEI CONSORZI AGRARI IN CONCORDATO PREVENTIVO (C.F. (OMISSIS)), in persona del Liquidatore giudiziale pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, VIA XX SETTEMBRE 3, presso l'avvocato SASSANI BRUNO, che la rappresenta e difende, giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

ENI S.P.A., in persona del Direttore Generale della Divisione Refining & Marketing pro tempore, elettivamente domiciliata in ROMA, PIAZZA G. MAZZINI 27, presso l'avvocato NICOLAIS LUCIO, che la rappresenta e difende, giusta procura in calce al controricorso;

- controricorrente -

contro

FEDIT S.C.R.L. - FEDERAZIONE ITALIANA DEI CONSORZI AGRARI IN CONCORDATO PREVENTIVO;

- intimata -

avverso la sentenza n. 2367/2006 della CORTE D'APPELLO di ROMA, depositata il 22/05/2006;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 15/01/2013 dal Consigliere Dott. ANDREA SCALDAFERRI;

udito, per la ricorrente, l'Avvocato SASSANI che ha chiesto l'accoglimento del ricorso;

udito, per la controricorrente, l'Avvocato NICOLAIS che ha chiesto il rigetto del ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. CAPASSO Lucio che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

**Fatto**

**SVOLGIMENTO DEL PROCESSO**

1. Nel marzo 1999 la Agip Petroli s.p.a., anche nella qualità di incorporante della Italiana Petroli s.p.a. e della Praoil Aromatici e Raffinazione s.r.l., convenne in giudizio dinanzi al Tribunale di Roma il Liquidatore ed il Commissario giudiziale della FEDIT s.c.r.l.

- Federazione italiana dei Consorzi Agrari in concordato preventivo con cessione dei beni (d'ora in poi Fedit), deducendo: che, avendo effettuato - al pari delle società da essa incorporate - alcune forniture di beni (carburanti) in favore della società convenuta sino alla data di deposito dell'istanza di ammissione della stessa alla procedura di concordato preventivo, era titolare, anche nella qualità di incorporante, di rilevanti crediti (per prezzo e per rivalsa I.V.A. e imposta di fabbricazione) riscontrati ed inseriti nella proposta di concordato, omologata dal tribunale con sentenza del 23 luglio 1992, passata in giudicato; che, in forza del piano di riparto dei crediti privilegiati depositato dal Commissario giudiziale il 29 aprile 1994 (reso esecutivo il 21 giugno 1994), erano state versate in favore suo e delle società incorporate le somme corrispondenti ai crediti, muniti del privilegio previsto dall'art. 2758 cod. civ., per rivalsa dell'I.V.A. e dell'imposta di fabbricazione versate all'Erario in relazione alle suddette forniture; che quindi in data 12 aprile 1995 il Commissario Giudiziale aveva depositato il primo piano di riparto parziale (20% del totale) dei crediti chirografari, che liquidava in suo favore un acconto sul maggior credito vantato in via chirografaria; che tuttavia il 4 febbraio 1999 il Liquidatore giudiziale aveva definito un nuovo elenco dei creditori (qualificato "stato passivo") nel quale, sulla base di indicazioni fornite dal Giudice delegato, escludeva il privilegio speciale già riconosciuto in suo favore, riconsiderando i relativi crediti come chirografari. Deducendo la illegittimità di tale variazione, chiedeva quindi (per quanto qui ancora rileva) accertarsi i propri crediti con i rispettivi titoli e gradi come indicati in sede di omologazione del concordato preventivo, con la condanna della società convenuta in concordato preventivo all'approntamento degli atti conseguenti. Si costituiva in giudizio il Liquidatore della Fedit, chiedendo (per quanto qui ancora rileva) il rigetto della domanda e, in via riconvenzionale, la condanna della società attrice, anche quale incorporante della I.P. e della Praoil, alla restituzione delle somme ricevute in eccedenza rispetto alla percentuale concordataria. Il Tribunale, con sentenza n. 41369 del 4 novembre 2002, rigettava la domanda attrice di accertamento dell'esistenza del privilegio per rivalsa IVA ed imposta di fabbricazione, ed accoglieva la domanda riconvenzionale proposta dalla Fedit, condannando l'Agip Petroli alla restituzione della somma di Euro 1.026.068,11 oltre interessi.

2. Proponeva appello Eni s.p.a.

(succeduta ad Agip Petroli a seguito di fusione per incorporazione), chiedendo l'integrale riforma della sentenza impugnata; il Liquidatore della Fedit in concordato preventivo resisteva al gravame. La Corte

d'appello di Roma, con sentenza depositata il 22 maggio 2006 e notificata il 5 settembre successivo, ha, in riforma della sentenza impugnata, accertato, a modifica dello "stato passivo" del 4 febbraio 1999, il credito della appellante nella misura e con i gradi indicati in tutti gli atti della procedura antecedenti al suddetto provvedimento, rigettando la domanda riconvenzionale della appellata. La Corte territoriale, premessa l'entità incontrovertibile del credito complessivo dell'Agip Petroli (ora E.N.I.), in merito alla questione centrale relativa alla qualità - privilegiata o non - del credito per rivalsa dell'I.V.A. e dell'imposta di fabbricazione ha rilevato che l'esistenza del credito in privilegio speciale, già riconosciuta nel primo piano di riparto concordato, omologato dal tribunale, non era stata contestata dalla Liquidazione, sicché il consumo dei beni forniti, e quindi utilizzati dalla Fedit, non può essere invocato, come argomento di inesistenza del bene su cui grava il privilegio speciale stesso, per degradare il credito in chirografo e chiedere la restituzione di quanto versato in eccedenza rispetto alla percentuale concordataria prevista per i crediti chirografari.

Ha aggiunto: a) che le lungaggini della procedura non possono penalizzare il creditore con la pretesa, all'atto del secondo piano di riparto, della prova della persistente esistenza di beni - le merci cedute dall'Agip Petroli e dalle sue incorporate - pacificamente entrati nella disponibilità della Fedit e poi consumati; b) che nel concordato preventivo con cessione dei beni, procedura concorsuale minore con tratti funzionali autonomi rispetto a quella del fallimento, l'inventariazione dei beni non fa venir meno la rilevanza, ai fini del privilegio, della causa del credito (nella specie pacifica) perché è in considerazione di tale causa - non già della esistenza del bene - che la legge accorda il privilegio.

Avverso tale sentenza la Liquidazione della Fedit in concordato preventivo ha proposto ricorso a questa Corte, affidato a tre motivi, cui resiste E.N.I. s.p.a. con controricorso. Entrambe le parti hanno depositato memorie illustrative.

## **Diritto**

### **MOTIVI DELLA DECISIONE**

1. Con il primo motivo viene denunciata la violazione e falsa applicazione di norme di diritto (artt. 2745, 2746 e 2752 c.c., art. 2758 c.c., comma 2 e art. 2777 cod. civ. in relazione all'art. 2741 cod. civ.), sulla base dei seguenti argomenti. Posto che il privilegio speciale, accordato in considerazione della causa del credito, può però fungere in concreto da causa legittima di prelazione solo se insiste su un bene esistente, il mantenimento della natura privilegiata del credito in caso di inesistenza del bene violerebbe i principi basilari del sistema dei privilegi, attribuendo surrettiziamente al privilegio speciale - che, a norma dell'art. 2746 cod. civ., si esercita solo su determinati beni mobili o immobili vincolati alla soddisfazione del credito munito del privilegio stesso - una posizione sostanzialmente identica a quella spettante al privilegio generale. L'esistenza del bene stesso non può dunque non costituire, secondo parte ricorrente, la condizione della conservazione della qualità privilegiata del credito, anche nella procedura di concordato preventivo.

1.1. Con il secondo motivo viene inoltre censurata, sotto il profilo della violazione delle stesse norme sopra richiamate, la affermazione secondo la quale la circostanza pacifica dell'intervenuto consumo dei beni (carburanti) oggetto della cessione, sui quali grava il privilegio speciale per rivalsa previsto dall'art. 2758 cod. civ., non potrebbe configurare la inesistenza del bene, ai fini del declassamento del credito stesso da privilegiato a chirografario. Si sostiene, invece, che è destino inevitabile del privilegio speciale quello di subire le vicende del bene; e che d'altra parte la questione di costituzionalità della suddetta norma attributiva al credito per rivalsa di tale privilegio, in luogo di quello generale previsto dalla precedente normativa, è stata ritenuta priva di fondamento dalla Corte Costituzionale.

1.2. Con il terzo motivo, infine, parte ricorrente denuncia la violazione e falsa applicazione di norme di diritto (art. 2746 c.c. e art. 2758 c.c., comma 2 in relazione alle norme ed ai principi in materia di parità di trattamento dei creditori e di riparti nella procedura di concordato preventivo, di cui all'art. 161, comma 3, art. 167, comma 2, artt. 168 e 169 e art. 177, comma 2, L. Fall.), rilevando come la Corte di merito non abbia rettamente considerato che nel concordato preventivo, non esistendo alcuna attività o fase di accertamento giudiziale del passivo che produca effetti preclusivi, nessun elenco dei creditori e/o piano di riparto redatto dagli organi della procedura può acquisire efficacia di giudicato interno ed impedire un diverso e successivo accertamento ad opera degli organi stessi; sì che, fino alla definizione della procedura, ed a prescindere dai piani parziali già erroneamente disposti (comunque sempre suscettibili di revisione) e dalle eventuali lungaggini della procedura (nella quale l'AGIP ha sempre ammesso l'assenza dei beni sui quali gravava la prelazione), è onere del creditore provare l'esistenza in concreto della prelazione, ove pretenda di far valere un proprio titolo contestato.

2. Ritiene il Collegio che la decisione della Corte territoriale merita conferma, anche se con diversa motivazione in diritto. Occorre cioè porre maggiore attenzione al tema - che nella sentenza impugnata risulta solo accennato - delle peculiarità, sotto il profilo funzionale e strutturale, della disciplina del concordato preventivo vigente prima delle modifiche introdotte dal D.Lgs. n. 169 del 2007 (inapplicabili nella specie *ratione temporis*) rispetto a quella del fallimento. Seguendo tale percorso, si perviene alla conclusione che i primi due motivi, la cui stretta connessione ne giustifica l'esame congiunto, sono privi di fondamento, nella misura in cui, omettendo di esaminare le conseguenze di quelle peculiarità sulla disciplina del credito privilegiato, affermano che anche nel concordato preventivo con cessione dei beni regolato dalla vigente disciplina, come in ogni procedura esecutiva individuale o concorsuale, l'inesistenza del bene nel compendio patrimoniale del debitore precluda l'esercizio del privilegio nella procedura ed imponga quindi di considerare il credito come chirografario, agli effetti del concorso sul ricavato.

2.1. Questo è quanto si desume chiaramente, nell'ambito della disciplina del fallimento, dal disposto dell'art. 54, comma 1, L. Fall., secondo cui il diritto di prelazione dei creditori privilegiati (al pari di quelli muniti di garanzia pignorizia o ipotecaria) può essere fatto valere solo sul prezzo ricavato dalla vendita dei beni vincolati alla garanzia - che dunque debbono a tal fine essere compresi tra i beni acquisiti alla massa con la sentenza di fallimento -, e per il residuo non soddisfatto per tali creditori non vi è che il concorso con i chirografari nelle ripartizioni del resto dell'attivo, realizzato con la liquidazione degli altri beni presenti nella massa. Ma l'art. 54 non figura tra le disposizioni che, secondo il disposto dell'art. 169, si applicano nella procedura di concordato preventivo, sia esso remissorio solutorio o con cessione dei beni. L'omesso richiamo non costituirebbe di per sé argomento decisivo, se non trovasse logica corrispondenza - in un contesto di marcate differenze tra le discipline delle due procedure che già questa Corte ha avuto modo di evidenziare (cfr. ex multis Sez. 1 n. 5306/1999; Sez. 3 n. 17162/2002) - con un dato normativo centrale, rimasto fermo sino alle modifiche all'art. 160 L. Fall.

introdotte dal già citato Decreto correttivo del 2007. Quello secondo cui la finalità esdebitatoria cui l'imprenditore mira con la proposta di concordato preventivo, e che caratterizza la procedura stessa in entrambe le forme che essa può assumere a norma dell'art. 60, non può, secondo la disciplina previgente, che realizzarsi con l'integrale pagamento dei crediti privilegiati, come si desume inequivocamente da quanto disponeva l'art. 160, comma 2 - che prevedeva un soddisfacimento parziale per i soli crediti chirografari - e l'art. 177, comma 2, che escludeva i creditori muniti di diritto di prelazione dalla partecipazione al voto in sede di approvazione del concordato, in difetto di rinuncia alla prelazione stessa (cfr. ex multis Sez. 1 n. 12632/92, n. 6901/10).

L'integrale soddisfacimento dei crediti privilegiati costituiva del resto condizione essenziale ed indefettibile anche della regolare esecuzione del concordato preventivo con cessione, sì che, ove in qualsiasi momento della liquidazione dei beni emergesse che le somme ricavabili non sarebbero state sufficienti a garantire tale pagamento integrale, il concordato doveva essere risolto a norma dell'art. 186 L. Fall., a prescindere da ogni valutazione sulla gravità o non dell'inadempimento, da compiersi esclusivamente con riguardo alla sorte dei crediti chirografari (cfr. ex multis Sez. 1 n. 709/93; n. 13446/11).

2.2. Se dunque non vi era spazio, in tale coerente disciplina, per un pagamento parziale dei crediti privilegiati alla stregua di quanto previsto nell'ambito del fallimento dall'art. 54, ne deriva di necessità non solo l'inapplicabilità in sede di concordato preventivo di tale norma ma più in generale la mancanza, in tale procedimento, di quella attività di verifica in ordine alla sussistenza o non dei beni sui quali grava il privilegio speciale dalla quale far dipendere l'effettiva realizzazione del privilegio stesso. Tale verifica, cui nella procedura fallimentare il consolidato orientamento della giurisprudenza di questa Corte (cfr.

S.U. n. 16060/01; sez. 1 n. 7074/04; n. 6849/11; n. 10387/12) subordina non già l'ammissione del credito al passivo in via privilegiata - in ragione della sua esistenza e della sua causa - bensì il concreto riconoscimento della prelazione in sede di riparto dell'attivo, non ha ragion d'essere - al pari della stessa distinzione tra condizioni per l'ammissione e per la collocazione in sede di riparto - in una procedura di concordato preventivo, quale quella regolata dalla disciplina previgente, che ha piuttosto quale condizione indefettibile l'integrale pagamento dei crediti privilegiati. In un contesto siffatto, il privilegio assume rilevanza esclusivamente come qualità del credito, che a norma dell'art. 2745 cod. civ. sorge privilegiato in ragione della sua causa secondo le disposizioni di legge e tale qualità conserva in tutta la procedura di concordato preventivo.

2.3. Giova infine osservare come una conferma della qui esposta interpretazione della disciplina previgente possa trarsi anche dalla nuova disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 1169 del 2007. Nella quale la modifica del dato normativo di cui si è detto - con l'inserimento, nel vigente art. 160 L. Fall., comma 2, della possibilità di previsione, in sede di proposta di concordato, della non integrale soddisfazione dei creditori privilegiati (al pari di quelli muniti di pegno o ipoteca) - trova corrispondenza coerente, oltre che con la modifica delle disposizioni regolanti la partecipazione al voto dei creditori privilegiati (art. 177 L. Fall.), con la introduzione (sempre nell'art. 160, comma 2) della regola secondo la quale tali crediti debbono essere in tal caso soddisfatti in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione dei beni. Regola che, per l'appunto, non si giustificava senza la modifica del principio della necessità di integrale pagamento dei crediti privilegiati.

3. In base alle considerazioni sin qui esposte, che rendono superfluo l'esame del terzo motivo, il rigetto del ricorso si impone.

La novità delle questioni trattate, sostanzialmente non esaminate nella sentenza impugnata, giustifica la compensazione tra le parti delle spese di questo giudizio di cassazione.

**P.Q.M.**

La Corte rigetta il ricorso e compensa tra le parti le spese di questo giudizio di cassazione.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della prima sezione civile della Corte suprema di cassazione, il 15 gennaio 2013.

Depositato in Cancelleria il 17 maggio 2013