

Civile Sent. Sez. 1 Num. 25471 Anno 2019

Presidente: DIDONE ANTONIO

Relatore: CAMPESE EDUARDO

Data pubblicazione: 10/10/2019

SENTENZA

sul ricorso n. 400/2014 r.g. proposto da:

TUMIATI MASSIMILIANO (cod. fisc. TMTMSM66C12D969D), quale associato dello "Studio Tumiati M. Gelli C. - Commercialisti Associati", rappresentato e difeso, giusta procura speciale apposta in calce al ricorso, dall'Avvocato Prof. Sergio Maria Carbone e dall'Avvocato Luca Vianello, con i quali elettivamente domicilia presso lo studio di quest'ultimo in Roma, al Lungotevere Marzio n. 1.

- **ricorrente** -

contro

FALLIMENTO EDIZIONI LARUS s.r.l. (cod. fisc. 00805950169), in persona del curatore dott. Luigi Grena, rappresentato e difeso, giusta procura speciale apposta a margine del controricorso, dall'Avvocato Nicola Stefanini, con cui elettivamente domicilia in Roma, alla via di Val Gardena n. 3, presso lo studio dell'Avvocato Lucio De Angelis.

1

2824
2019

fev 14



- controricorrente -

avverso il decreto del TRIBUNALE di BERGAMO depositato in data 03/12/2013;
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza dell'11/09/2019 dal Consigliere dott. Eduardo Campese;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Luisa De Renzis, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso;
udito, per il ricorrente, l'Avv. L. Vianello, che ha chiesto accogliersi il proprio ricorso;
udito, per il controricorrente, l'Avv. Terzino, per delega dell'Avv. N. Stefanini, che ha chiesto rigettarsi l'avverso ricorso.

FATTI DI CAUSA

1. Con decreto del 24 ottobre/3 dicembre 2013, il Tribunale di Bergamo accolse solo parzialmente l'opposizione ex art. 98 l.fall. di Massimiliano Tumiatei, quale associato allo "Studio Tumiatei M. Gelli C. - Commercialisti Associati", nei confronti del Fallimento Edizioni Larus s.r.l..

1.1. In particolare: i) confermò l'ammissione al passivo di quel fallimento, in privilegio ex art. 2751-bis, n. 2, cod. civ., del suo credito di € 55.000,00 (derivante dalla attività professionale, da lui svolta per la menzionata società *in bonis*, pendente il termine a quest'ultima concesso ex art. 161, comma 6, l.fall., e consistita nella redazione dell'attestazione di cui all'art. 161, comma 3, l.fall.), rigettandone la richiesta di collocazione in prededuzione, ex art. 111 l.fall., perché «*la redazione della relazione ex art. 161 l.fall. da parte del professionista opponente, nel caso di specie, non solo non ha rivestito alcuna utilità nella procedura di fallimento, dichiarato dal tribunale in assenza dei presupposti per l'ammissibilità del concordato, ma, avendo attestato la "non fattibilità del piano", neppure avrebbe dovuto essere prodotta insieme alla proposta ed al piano di concordato depositati dalla Edizioni Larus s.r.l., in quanto del tutto inutile*»; ii) ammise, invece, il suo ulteriore credito per gli interessi legali fino al deposito del piano di

riparto e per le somme relative all'I.V.A., in via chirografia, ed alla Cassa Previdenza, in privilegio ex art. 11 della legge n. 21 del 1986, da calcolarsi su quanto effettivamente ripartito.

2. Il Tumati, nella indicata qualità, ha proposto ricorso per cassazione affidato ad un unico, complesso motivo. Ha resistito, con controricorso, la curatela fallimentare. Entrambe le parti hanno depositato memoria ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ..

2.1. La Sezione Sesta, sottosezione I, originariamente investita della decisione della controversia, con ordinanza interlocutoria del 7 giugno 2019, n. 15517, dopo aver rilevato che *«Il tema concernente le conseguenze della declaratoria di inammissibilità della domanda di concordato preventivo proposta dal debitore sulla riconoscibilità della prededuzione del credito che il professionista che l'abbia assistito nella sua presentazione intenda poi insinuare al passivo del suo successivo fallimento merita un maggiore approfondimento»*, ha ritenuto insussistenti i presupposti per la decisione camerale ex art. 380-bis cod. proc. civ., ed ha rimesso la causa alla pubblica udienza della Prima Sezione civile ai sensi dell'art. 375, comma 2, cod. proc. civ., come novellato dall'art. 1-bis della legge 25 ottobre 2016, n. 197. La curatela fallimentare ha depositato ulteriore memoria ex art. 378 cod. proc. civ..

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. La formulata doglianza, rubricata «Violazione e falsa applicazione degli artt. 111, comma 2, e 161, comma 7, ultima parte del Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (Legge Fallimentare) - Omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione circa fatti controversi e decisivi - Impugnazione ai sensi dell'art. 360, comma 1, nn. 3 e 5, cod. proc. civ. - Cassazione della sentenza impugnata con decisione della causa nel merito ovvero, in subordine, con rinvio ai sensi dell'art. 383 cod. proc. civ.», lamenta, in tutti i profili in cui è articolata, l'erroneità del decreto impugnato esclusivamente nella parte in cui non ha riconosciuto la collocazione in prededuzione al suddetto credito di € 55.000,00, già ammesso in via privilegiata.



2. Sotto il profilo della denunciata «*omessa, insufficiente, contraddittoria motivazione circa fatti controversi e decisivi*», il descritto motivo è inammissibile, in quanto riferito ad una nozione di vizio motivazionale non riconducibile ad alcuna delle ipotesi previste dal codice di rito, ed in particolare non sussumibile in quello oggi contemplato dall'art. 360, comma 1, n. 5, cod. proc. civ., nella formulazione disposta dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 134 del 2012 (applicabile *ratione temporis*, risultando impugnato un decreto decisorio pubblicato il 3 dicembre 2013), atteso che tale mezzo di impugnazione può concernere esclusivamente l'omesso esame di un fatto decisivo per il giudizio che sia stato oggetto di discussione tra le parti, in ordine al quale, peraltro, il ricorrente è pure tenuto a specifici oneri di allegazione (cfr. Cass., SU, n. 8053 del 2014) qui rimasti affatto inadempiti.

3. E', invece, fondata, alla stregua delle considerazioni di cui appresso, la prospettata doglianza di violazione di legge.

3.1. Giova immediatamente rimarcare che è assolutamente incontroverso tra le parti che: *i*) il 24 ottobre 2012, la Edizioni Larus s.r.l. *in bonis* depositò, presso il Tribunale di Bergamo, innanzi al quale già era incardinato un procedimento prefallimentare a suo carico, una domanda di concordato preventivo cd. "*in bianco o con riserva*", ex art. 161, comma 6, l.fall., ottenendo l'assegnazione del termine (originariamente di 60 giorni, poi prorogato fino al 6 febbraio 2013) previsto dalla medesima norma per la presentazione della proposta, del piano e della documentazione indicata dall'art. 161, commi 2 e 3, l.fall.; *ii*) pendente quel termine, la menzionata società, con scrittura in data 13 dicembre 2012, incaricò il Tumati di redigere l'attestazione di cui all'art. 161, comma 3, l.fall.; *iii*) l'odierno ricorrente espresse un giudizio di "*non fattibilità*" del piano; *iv*) all'esito di tale valutazione negativa, il predetto tribunale dichiarò inammissibile, ex art. 162 l.fall., la proposta di concordato preventivo della Edizioni Larus s.r.l. e, su istanza di alcuni creditori, ne pronunciò il fallimento dopo averne accertato lo stato di insolvenza.

flouh



3.2. Fermo quanto precede, il motivo in esame impone di stabilire (in tali sensi dovendosi delimitare, per quanto di specifico interesse nella fattispecie *de qua*, la questione, di carattere più generale, evidenziata dall'ordinanza interlocutoria resa da Cass. n. 15517 del 2019), se il credito maturato dal professionista che - pendente il termine assegnato dal tribunale, ex art. 161, comma 6, l.fall., al debitore che abbia depositato domanda di concordato cd. "*in bianco o con riserva*" - sia stato incaricato da quest'ultimo di redigere l'attestazione di cui all'art. 161, comma 3, l.fall., possa, o meno, beneficiare del carattere della prededucibilità laddove, una volta dichiarata inammissibile, ex art. 162 l.fall., la domanda concordataria (senza, quindi, alcuna apertura della relativa procedura ex art. 163 l.fall.), sia stato dichiarato il fallimento del debitore medesimo.

3.3. E', allora, opportuno premettere che l'istituto della prededucazione viene nella legge fallimentare considerato, innanzi tutto, nella norma generale dell'art. 111, in tema di ordine di distribuzione delle somme, il quale prevede, all'ultimo comma, che "*sono considerati crediti prededucibili quelli così qualificati da una specifica disposizione di legge, e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali di cui alla presente legge*".

3.3.1. Non è necessario, naturalmente, ripercorrere l'evoluzione della giurisprudenza della Corte a proposito dell'istituto in generale.

3.3.2. E' qui sufficiente rammentarne l'approdo, mercé la considerazione che la norma, nell'affermare la prededucibilità dei crediti sorti "*in occasione o in funzione*" delle procedure concorsuali, individua questi ultimi sulla base di un duplice criterio, cronologico e teleologico, in termini di alternatività (*cf.*, ex *aliis*, Cass. n. 25589 del 2015, Cass. n. 24791 del 2016, Cass. n. 18488 del 2018, tutte richiamate, in motivazione, dalla più recente Cass. n. 14713 del 2019).

3.3.3. Stante l'utilizzo, nel medesimo comma dell'art. 111, della proposizione congiuntiva "e", quanto al raccordo tra i due predetti criteri e quello, pure esplicitamente stabilito, della qualificazione del credito come prededucibile in base a "*specifica disposizione*", deve convenirsi sul fatto



che l'art. 111 postula tre tipologie di crediti caratterizzati da prededuzione: (a) quelli così classificati da una espressa previsione, (b) quelli sorti in occasione di una procedura concorsuale, (c) quelli sorti in funzione di essa.

3.4. Va rilevato, poi, che giusta l'art. 161 l.fall., l'imprenditore può depositare il ricorso "contenente la domanda di concordato" (unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi ed all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti) riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 161 entro un termine fissato dal giudice (secondo le alternative previste dal comma 6). Indi, il citato art. 161 (comma 7) stabilisce in sequenza che (i) "dopo il deposito del ricorso e fino al decreto di cui all'articolo 163 il debitore può compiere gli atti urgenti di straordinaria amministrazione previa autorizzazione del tribunale, il quale può assumere sommarie informazioni e deve acquisire il parere del commissario giudiziale, se nominato"; (ii) "nello stesso periodo e a decorrere dallo stesso termine il debitore può altresì compiere gli atti di ordinaria amministrazione"; (iii) "i crediti di terzi eventualmente sorti per effetto degli atti legalmente compiuti dal debitore sono prededucibili ai sensi dell'articolo 111".

3.4.1. Il regime da riservare ai crediti in tal modo scaturenti è dunque quello della prededucibilità fondata su "specifica disposizione di legge" (art. 111, ultimo comma), senza che abbia rilievo la circostanza che il debitore abbia poi effettivamente formulato un piano concordatario, ovvero che, come nel caso di specie, la domanda concordataria abbia poi effettivamente generato l'apertura della corrispondente procedura ex art. 163 l.fall.. Ciò, ben vero, non solo in base al testo del comma 7 dell'art. 161, ma anche considerandosi che è ben presto naufragato il tentativo del legislatore di fornire di tale norma un'interpretazione autentica di diverso segno. L'art. 11, comma 3-*quater*, del d.l. n. 145 del 2013, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 9 del 2014 - che aveva reso l'interpretazione autentica all'art. 111, comma 2, rilevando che i crediti sorti, in occasione o in funzione della procedura di concordato preventivo aperta ai sensi dell'art. 161, comma 6, si sarebbero dovuti considerare prededucibili alla (sola)

Handwritten signature

condizione che la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3 del citato art. 161 fossero stati presentati entro il termine, eventualmente prorogato, fissato dal giudice e che la procedura fosse stata aperta ai sensi dell'art. 163 - è stato (infine) subito abrogato (dal d.l. n. 91 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 116 del 2014).

3.5. La collocabilità in prededuzione di crediti caratterizzati secondo la tripartizione dell'art. 111 l.fall., e dunque, per quanto qui interessa, secondo l'art. 161, comma 7, che nell'alveo della tripartizione si inserisce alla stregua di "*specifica disposizione di legge*", postula, peraltro, un accertamento di consecutività tra il concordato e la procedura successiva, a tal fine rilevando il profilo attinente al suo presupposto, nel senso che la consecutività può escludersi solo allorché si registri una discontinuità nell'insolvenza, per essere cioè il fallimento conseguente ad una condizione di insolvenza non riconducibile alla situazione di crisi originaria. Ove, invece, il fallimento abbia causa - come innegabilmente accaduto nella fattispecie *de qua* - nella medesima originaria situazione di insolvenza, deve escludersi che la *consecutio* venga meno anche laddove la procedura concordataria non sia aperta (come concretamente verificatosi nella specie).

3.6. E' utile precisare, poi, che la riconduzione della prededuzione direttamente all'art. 161, comma 7, l.fall. solo entro certi limiti consente di parlare di automatismo, tanto rivelandosi possibile unicamente in termini effettuali.

3.6.1. La prededuzione ai sensi della disposizione predetta è, cioè, un effetto automatico ove i crediti derivino da "*atti legalmente compiuti*" dall'imprenditore che abbia chiesto di essere ammesso al concordato (ed a tale specifico fine, il significato della locuzione non può disgiungersi dalla distinzione operata nel medesimo contesto dell'art. 161, comma 7, tra atti di ordinaria amministrazione ed atti di straordinaria amministrazione, solo i primi liberamente suscettibili di essere compiuti dal debitore, giacché i secondi implicano di essere previamente autorizzati dal tribunale, e peraltro solo se "*urgenti*").

3.6.2. Ebbene, il credito, per essere prededucibile, deve derivare da atti così "legalmente compiuti", e non pare seriamente discutibile che la citata ulteriore espressione sia stata impiegata in senso rafforzativo della piena rispondenza dell'atto alla finalità gestoria coerente con la situazione patrimoniale. Ciò richiede al giudice pur sempre di verificare che il debitore non abbia abusato del concordato preventivo, aumentando la sfera della prededuzione e, quindi, anche alterando la *par condicio creditorum*, poiché è assolutamente ovvio il danno che i creditori anteriori possono subire per effetto del depauperamento dell'attivo (e della correlata riduzione della garanzia patrimoniale) che deriva da una gestione preconcordataria produttiva di debiti prededucibili.

3.7. Già alla stregua dei principi fin qui esposti, dunque, emerge chiaramente come non possa negarsi la prededuzione ad una pretesa creditoria come quella dell'odierno ricorrente laddove, una volta dichiarata inammissibile, ex art. 162 l.fall., la domanda concordataria (senza, quindi, alcuna apertura della relativa procedura ex art. 163 l.fall.), sia stato dichiarato il fallimento del debitore che l'aveva formulata. Si tratta, infatti, pacificamente, di un credito maturato dal professionista che, pendente il termine assegnato dal tribunale, ex art. 161, comma 6, l.fall., al proponente (la Edizioni Larus s.r.l.), abbia depositato la domanda di concordato cd. "in bianco o con riserva", sia stato incaricato da quest'ultimo di redigere l'attestazione di cui all'art. 161, comma 3, l.fall.: si è, quindi, innegabilmente, al cospetto di una pretesa creditoria nascente da un atto "legalmente compiuto" dall'imprenditore perché è proprio la legge che impone a quest'ultimo di corredare la sua domanda concordataria (anche) con l'attestazione predetta.

3.7.1. Né può condividersi l'assunto del fallimento controricorrente circa l'inammissibilità, in questa sede, - perché implicante una questione giuridica nuova non affrontata dal tribunale bergamasco - del riferimento effettuato dal Tumiatì all'art. 161, comma 7, l.fall., atteso che, da un lato, i motivi di ricorso non possono riguardare nuove questioni di diritto se esse - diversamente da quanto caratterizza l'odierna vicenda processuale -

postulano indagini ed accertamenti in fatto non compiuti dal giudice del merito ed esorbitanti dai limiti funzionali del giudizio di legittimità (cfr. Cass. n. 2038 del 2019; Cass. n. 16742 del 2005; Cass. n. 22154 del 2004; Cass. n. 2967 del 2001); dall'altro, perché, come è noto, il giudizio di cassazione ha ad oggetto non l'operato del giudice di merito, ma la conformità della decisione adottata all'ordinamento giuridico (cfr. Cass., SU, n. 21691 del 2016).

3.8. In ogni caso, si impone anche un'altra considerazione: quella per cui la domanda di concordato cd. "con riserva o in bianco" condivide la medesima natura giuridica della domanda di concordato ordinaria. Invero, la stessa formulazione letterale dell'art. 161, comma 6, l.fall., secondo cui l'imprenditore può depositare "il ricorso contenente la domanda di concordato", riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3 entro un termine fissato dal giudice, implica che l'imprenditore presenta, finanche ai sensi del citato comma, proprio ed esattamente il ricorso contenente la domanda di concordato preventivo, e non già un ricorso di portata diversa e più circoscritta, per esempio destinato a concludersi col (e finalizzato ad ottenere semplicemente il) termine previsto dalla legge, a cui eventualmente far seguire un nuovo atto d'impulso. Cosicché, infine, il procedimento innescato dalla domanda con riserva non è un primo procedimento distinto (e antecedente) rispetto a quello, ordinario, che si apre solo con la presentazione della proposta, del piano e della documentazione, ma costituisce un segmento dell'unico procedimento che rileva, semplicemente articolato in due fasi per così dire "interne" (cfr. Cass. n. 14713 del 2019, in motivazione).

3.8.1. Muovendo da una siffatta premessa allora, non vi è chi non veda come al descritto credito dell'odierno ricorrente ben potrebbe riconoscersi la natura di credito sorto "in occasione" di una procedura concorsuale (appunto quella concordataria), trovando così giustificazione la sua collocazione in prededuzione, nel successivo fallimento della Edizioni Larus s.r.l., anche alla stregua della corrispondente, diversa ipotesi di cui all'art.

111, ultimo comma, l.fall.. Ciò non senza sottacersi il profilo di utilità, per tutti i creditori di quella società, della attestazione da lui redatta (benché negativa) quanto meno per non aver inutilmente ritardato l'apertura della menzionata procedura fallimentare.

3.9. Può, pertanto, conclusivamente affermarsi il seguente principio di diritto:

«Ha carattere prededucibile il credito maturato dal professionista che, pendente il termine assegnato dal tribunale, giusta l'art. 161, comma 6, l.fall., al debitore che abbia depositato domanda di concordato cd. "in bianco o con riserva", sia stato incaricato da quest'ultimo di redigere l'attestazione di cui all'art. 161, comma 3, l.fall., laddove, una volta dichiarata inammissibile, ex art. 162 l.fall., la domanda concordataria (senza, quindi, l'apertura della relativa procedura ex art. 163 l.fall.), sia stato pronunciato il fallimento del debitore medesimo».

3.10 L'impugnato decreto, non in linea con il principio testé enunciato, va, per conseguenza, cassato *in parte qua*.

3.11. Inoltre, non essendo necessari ulteriori accertamenti in fatto, né essendo stata specificamente impugnata dal ricorrente l'insinuazione già riconosciutagli dal tribunale bergamasco per interessi legali, IVA e Cassa Previdenza, la causa può essere decisa nel merito, ai sensi dell'art. 384, comma 2, cod. proc. civ., così definitivamente disponendosi l'ammissione del Tumati, quale associato allo "Studio Tumati M. Gelli C. - Commercialisti Associati", al passivo del fallimento della Edizioni Larus s.r.l.: a) in prededuzione, e con il privilegio ex art. 2751-bis, n. 2, cod. civ., relativamente all'importo di € 55.000,00; b) in chirografo quanto agli interessi legali dovutigli, sulla somma predetta, fino al deposito del piano di riparto, e per I.V.A.; c) in privilegio, ex art. 11 della legge n. 21 del 1986, da calcolarsi su quanto effettivamente ripartito, in relazione al dovutogli a titolo di Cassa Previdenza.

4. Le spese di tutto il processo possono interamente compensarsi tra le parti, atteso che il tema oggetto di causa ha trovato sistemazione ed

approfondimento, in sede di legittimità, solo successivamente al deposito dell'odierno ricorso.

PER QUESTI MOTIVI

La Corte accoglie il ricorso, cassa il decreto impugnato e, decidendo nel merito, così definitivamente dispone l'ammissione del Tumiatì, quale associato allo "Studio Tumiatì M. Gelli C. - Commercialisti Associati", al passivo del fallimento della Edizioni Larus s.r.l.: a) in prededuzione, e con il privilegio ex art. 2751-bis, n. 2, cod. civ., relativamente all'importo di € 55.000,00; b) in chirografo quanto agli interessi legali dovutigli, sulla somma predetta, fino al deposito del piano di riparto, e per I.V.A.; c) in privilegio, ex art. 11 della legge n. 21 del 1986, da calcolarsi su quanto effettivamente ripartito, in relazione al dovutogli a titolo di Cassa Previdenza.

Compensa interamente tra le parti le spese di tutto il processo.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima sezione civile della Corte Suprema di cassazione, l'11 settembre 2019.