



Civile Ord. Sez. 1 Num. 11957 Anno 2018

Presidente: DIDONE ANTONIO

Relatore: CAMPESE EDUARDO

Data pubblicazione: 16/05/2018

ORDINANZA

sul ricorso n. 14471/2013 r.g. proposto da:

FALLIMENTO TIPOLITOGRAFIA NUOVA CO.ME.GA s.n.c. (cod. fisc. 00175060185), e dei suoi soci illimitatamente responsabili SERRAINO FILIPPO (cod. fisc. SRRFPP61M12F158Z) e MARZOLLA GILBERTO (cod. fisc. MRZGLB59R08L982Q), in persona del curatore, rag. Cristina Burato, rappresentato e difeso, giusta procura speciale apposta a margine del ricorso, dagli Avvocati Paolo Panariti e Gianni Piccolo, con i quali elettivamente domicilia presso lo studio del primo in Roma, alla via Celimontana n. 38.

- **ricorrente** -

contro

CITE s.r.l., p. iva. 00411000185, in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante *pro tempore* Ezio Diana, con sede in Garlasco (PV), alla Piazza Repubblica n. 22, rappresentata e difesa, giusta procura speciale apposta a margine della pagina n. 2 del controricorso, dagli Avvocati Laura Sambartolomeo, Prof. Angelo Castagnola, e Federico

1

CRD.
383
2018

fm



Canalini, unitamente ai quali elettivamente domicilia presso lo studio di quest'ultimo in Roma, alla via Collazia n. 2/F.

- controricorrente -

avverso il decreto del TRIBUNALE DI VIGEVANO, depositato in data 02/04/2013;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del 27/02/2018 dal Consigliere dott. Eduardo Campese.

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE

1. Il fallimento della Tipolitografia Nuova CO.ME.GA s.n.c. di Gilberto Marzolla e Filippo Serraino, nonché di questi ultimi quali suoi soci illimitatamente responsabili (d'ora in avanti, per brevità, Nuova CO.ME.GA.), ricorre per cassazione, ex art. 111, comma 7, Cost., affidandosi a due motivi, resistiti dalla CITE s.r.l., avverso il decreto del Tribunale di Vigevano dell'11 marzo/2 aprile 2013, non notificato, che, in parziale accoglimento del reclamo proposto da quest'ultima, revocò l'impugnato provvedimento del giudice delegato del suddetto fallimento limitatamente alla parte in cui aveva dichiarato la decadenza di quella società dall'aggiudicazione dell'affitto dell'azienda di pertinenza del fallimento ed il conseguente incameramento della relativa cauzione versata, confermandolo per il resto. Entrambe le parti hanno depositato memorie ex art. 380-*bis*.1 cod. proc. civ..

1.1. Per quanto ancora di interesse, il tribunale ritenne inapplicabile, anche analogicamente, la disciplina delle vendite coattive all'ipotesi dell'affitto di azienda ex art. 104-*bis* l.fall., non essendo assimilabili le due fattispecie. Osservò, inoltre, che, anche a volerle ritenere tali, l'art. 107 l.fall., in tema di modalità delle vendite, disponeva che il curatore «può prevedere nel programma di liquidazione che le vendite dei beni mobili, immobili e mobili registrati vengano effettuate dal giudice delegato secondo le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili»: nella specie, invece, il curatore fallimentare, nel programma di liquidazione del 9

Flavio



dicembre 2011, aveva espressamente richiamato la disciplina codicistica esclusivamente con riferimento alla vendita immobiliare ivi prevista, non anche per le individuate modalità di vendita dei beni mobili, né, soprattutto, per quelle disciplinanti l'affitto di azienda.

2. Con il primo motivo, rubricato «Violazione e falsa applicazione delle norme di diritto, ed in particolare degli articoli 104-*bis*, 104-*ter*, 105 e 107 l.fall. così come sostituiti dal d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, e successivamente modificati dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169», si lamenta l'erroneità del provvedimento impugnato nel non aver riconosciuto la «assimilazione tra l'affitto di azienda e la vendita» sul presupposto che la prima non si pone necessariamente come operazione liquidatoria. Si assume, per contro, che «l'affitto di azienda è ... sempre strumentale ad una migliore vendita dell'azienda». Pertanto, poiché alle vendite effettuate dal curatore deve essere riconosciuta natura di vendite forzate anche ove siano effettuate con forme contrattuali, ne deriverebbe, conseguentemente, l'applicabilità della corrispondente disciplina anche al contratto di affitto di azienda.

2.1. Con il secondo motivo, recante «Violazione e falsa applicazione dell'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale e degli artt. 587 c.p.c. e 177 disp. att. c.p.c.», si ascrive al tribunale di non aver applicato, almeno analogicamente, le norme dettate dal legislatore in materia di espropriazione individuale per il caso di mancato versamento del prezzo da parte dell'aggiudicatario.

3. Va pregiudizialmente disattesa l'eccezione di inammissibilità dell'odierno ricorso sollevata dalla controricorrente sul duplice assunto che: i) la curatela lo avrebbe proposto sprovvista dell'autorizzazione del giudice delegato; ii) il provvedimento impugnato sarebbe altrimenti impugnabile, in quanto ulteriormente reclamabile innanzi alla corte di appello ex art. 26, comma 1, l.fall..

3.1. L'infondatezza del primo emerge, invero in modo chiaro, dalla previsione dell'art. 31, comma 2, l.fall., nella parte in cui consente al curatore fallimentare di stare in giudizio senza l'autorizzazione del giudice delegato nei procedimenti promossi per impugnare atti di quest'ultimo o



(come quello in esame) del tribunale. In ogni caso, la curatela ha depositato, contestualmente alla memoria ex art. 380-bis.1 cod. proc. civ., la corrispondente autorizzazione del giudice delegato resa in data 29.1.2018, con espressa ratifica di tutti gli atti giudiziari fino ad oggi dalla prima compiuti. Trattasi di documento rientrante tra quelli producibili ex art. 372 cod. proc. civ., e con efficacia sanante ex *tunc* (cfr. Cass. n. 15939 del 2007).

3.2. Quella del secondo, da quanto già sancito da Cass. n. 2949 del 2015 (in senso conforme anche Cass. n. 17198 del 2014, nonché, in motivazione, la più recente Cass. n. 25329 del 2017), secondo cui l'art. 26, comma 1, l.fall., nel testo introdotto dal d.lgs. n. 5 del 2006, non può essere interpretato nel senso che il decreto pronunciato dal tribunale in sede di reclamo avverso un provvedimento del giudice delegato è, a sua volta, impugnabile con ulteriore reclamo alla corte d'appello, altrimenti consentendosi di duplicare il mezzo di tutela e di disporre potenzialmente di quattro gradi di giudizio, con evidente abuso del processo e violazione della sua ragionevole durata.

4. L'odierno ricorso ex art. 111 Cost. è, poi, senz'altro ammissibile perchè la situazione giuridica prospettata col reclamo ex art. 26 l.fall. involgeva la soluzione di una questione - la legittimità, o meno, del provvedimento dichiarativo della decadenza dell'aggiudicataria e della perdita della cauzione - incidente su diritti soggettivi della reclamante (cfr. Cass. n. 2649 del 1999; Cass. n. 9930 del 2005).

5. Tanto premesso, i suddetti motivi sono scrutinabili congiuntamente perchè connessi, e ne va immediatamente esclusa la inammissibilità ex art. 360-bis, n. 1, cod. proc. civ., invocata dalla controricorrente alla stregua della giurisprudenza di questa Corte formatasi con riferimento all'impossibilità per il giudice delegato di pronunciare decreti di acquisizione contro terzi dissenzienti.

5.1. In proposito, infatti, è sufficiente rimarcare che l'art. 25, comma 1, n. 2, l.fall., cui quella giurisprudenza pertiene, riguarda i decreti del giudice delegato ricollegabili allo spossessamento dei beni del fallito su cui i terzi

flamb



rivendichino propri diritti, laddove, nella specie, si discute, invece, di beni (somma di denaro) di terzi che la curatela fallimentare assume di poter trattenere.

6. Quei motivi, inoltre, sono fondati nei termini di cui appresso.

6.1. Giova ricordare che è pacifico, in fatto, che la CITE s.r.l., giusta il verbale dell'11 gennaio 2012 (riportato negli atti introduttivi di entrambe le parti), era risultata vincitrice di una procedura competitiva effettuata dalla curatela del fallimento della Nuova CO.ME.GA s.n.c. al fine di procedere alla stipula di un contratto di affitto dell'azienda di pertinenza della fallita. Quel verbale prevedeva, tra l'altro, che, dalla data di stipula del definitivo rogito notarile, la curatela avrebbe incamerato la cauzione già ricevuta imputandola a parziale pagamento della rata bimestrale anticipata del canone di affitto. Non avendo, poi, la CITE s.r.l. inteso addivenire alla stipula suddetta, il giudice delegato, richiestone dalla curatela, aveva pronunciato la decadenza della "aggiudicataria" e disposto l'incameramento della cauzione, evidentemente facendo applicazione della previsione di cui all'art. 587, comma 1, cod. proc. civ., ma, tali statuizioni sono state revocate dal decreto oggi impugnato per le ragioni in precedenza ricordate.

6.1.1. Il duplice quesito al quale questa Corte è oggi chiamata a rispondere, è dunque, se sia, o meno, possibile, per la curatela fallimentare, incamerare la cauzione prestata da colui che, scelto tramite procedura competitiva, non addivenga, poi, alla stipula dell'atto (nella specie, un contratto di affitto di azienda) cui quella procedura era propedeutica, e, nell'ipotesi positiva, come questi possa contrastare una tale condotta della curatela.

6.2. Va subito rimarcato che, in linea generale, la dottrina e la giurisprudenza appaiono sostanzialmente concordi nell'evidenziare la funzione di garanzia della cauzione, ravvisandovi il comune denominatore delle molteplici forme ed ipotesi in cui tale istituto si presenta nella normativa sostanziale e processuale, ed individuandone le modalità di realizzazione nel deposito di denaro o cose mobili da parte dell'obbligato e nella destinazione delle stesse a restare acquisite in caso d'inosservanza

flora h



degli obblighi a presidio dei quali ne è stata imposta la consegna: è in virtù di tale funzione che la cauzione viene, per lo più, qualificata come una garanzia reale atipica, assimilabile al pegno irregolare, che consente al creditore, in caso d'inadempimento del debitore, di procedere alla vendita delle cose depositate o di chiedere l'assegnazione della somma versata, sino a concorrenza del proprio diritto (cfr. Cass. n. 19604 del 2017, in motivazione; Cass. n. 21205 del 2014; Cass. n. 4912 del 1999; Cass. n. 2005 del 1968).

6.2.1. Non essendo collegata alla previsione di un diritto di recesso in favore di una delle parti, la stessa si distingue, poi, dalla caparra penitenziale, prevista dall'art. 1386 cod. civ., la quale costituisce il corrispettivo pattuito per l'esercizio della relativa facoltà; non escludendo la possibilità di agire per il riconoscimento di somme ulteriori, essa si differenzia, altresì, dalla caparra confirmatoria (art. 1385 cod. civ.) e dalla clausola penale (art. 1382 cod. civ.), che hanno una funzione di liquidazione convenzionale del danno da inadempimento, limitando l'importo del danno risarcibile in misura corrispondente al loro ammontare (cfr. Cass., Sez. I, 30 luglio 1996, n. 6908; Cass., Sez. III, 5 aprile 1974, n. 971).

6.3. A conclusioni non diverse deve, peraltro, giungersi anche qualora, considerandosi l'eventuale natura contrattuale dell'atto in relazione al quale essa è fissata ed il deposito della cauzione al momento della formulazione della relativa proposta, si volesse attribuire all'istituto in esame la finalità di garantire la serietà dell'iniziativa, e, quindi, una funzione analoga a quella rivestita, in materia contrattuale, dalla caparra confirmatoria: quest'ultima deve essere, infatti, restituita, normalmente, soltanto ove il contratto non possa avere esecuzione per causa non imputabile alla parte che l'ha prestata (cfr. Cass. n. 11356 del 2006; Cass. n. 11684 del 1993; Cass. n. 4777 del 2005).

6.3.1. Non può, dunque, ritenersi che lo scioglimento del vincolo derivante dalla proposta negoziale comporti necessariamente la restituzione della cauzione a colui che l'ha prestata, altrimenti venendo meno ogni

flor



garanzia di serietà della proposta stessa, aprendosi, in tal modo, lo spazio per iniziative fraudolente o dilatorie.

6.3.2. Appare, quindi, senz'altro ragionevole l'affermazione secondo cui la cauzione versata per la partecipazione ad una procedura competitiva, pur essendo funzionale al successo dell'operazione, non per questo si sottrae al rischio dell'insuccesso, che è anzi ontologicamente implicito nell'assunzione stessa della garanzia come evento speculare, ma ugualmente prevedibile, rispetto al successo del divisato programma. Diversamente opinando, infatti, quella procedura, da strumento per assicurare un più efficace sistema di scelta del soggetto con cui addivenire, poi, alla stipula dell'atto cui essa è propedeutica, rischierebbe di trasformarsi in uno strumento idoneo a consentire condotte potenzialmente dilatorie (quando non addirittura fraudolente).

6.3.3. Il versamento della cauzione, assicurando, da un lato, la serietà della proposta ed eventualmente aggiungendosi, dall'altro, alle garanzie prestate per l'adempimento delle prestazioni offerte, trasferisce, invece, a carico del proponente il rischio della mancata attuazione, cui fa seguito, di regola, l'incameramento della somma versata ove lo stesso non dimostri che la mancata stipulazione dell'atto contrattuale sia stata dovuta a causa a lui non imputabile.

6.4. I suesposti principi appaiono destinati ad un'applicazione ancora più pregnante in ambito concorsuale, al cui interno, giova evidenziarlo, la novella di cui ai d.lgs. nn. 5/2006 e 169/2007 ha oggi innegabilmente attribuito un ruolo assolutamente primario alle cd. procedure competitive (basti pensare, a titolo meramente esemplificativo, e limitandosi al solo fallimento, a quanto previsto proprio dagli artt. 104-bis, comma 2, e 107 l.fall., in tema, rispettivamente, di affitto di azienda o di modalità delle vendite): criterio indeterminato e privo di ogni riferimento ad un qualsiasi sistema processuale, il cui elemento caratterizzante, ed al tempo stesso limite, sta nell'ampia discrezionalità e varietà di forme consentite per l'apertura al mercato ed alla competizione tra offerenti, senza che, peraltro,

tale nozione teleologicamente orientata si innesti su un determinato modello predisposto o comunque individuato (anche mediante rinvio) dal legislatore.

6.4.1. Il riconoscimento della possibilità, da parte di chi abbia la gestione di procedure concorsuali, di incamerare definitivamente la cauzione prestata da colui che, scelto tramite procedura competitiva, non addivenga, poi, alla stipula dell'atto cui quest'ultima era propedeutica, risponde, invero, ad ineludibili esigenze pubblicistiche e di interpretazione sistematica dell'ordinamento, ed è altresì imposto dalla necessità di scongiurare, nel peculiare ambito suddetto, il verificarsi di comportamenti potenzialmente idonei ad incidere negativamente sull'efficace conduzione di procedure concorsuali, nonché sulla loro ragionevole durata.


6.4.2. In particolare, nella procedura fallimentare (in cui, nella specie, si è svolta la procedura competitiva che ha originato l'odierna lite), il tratto distintivo dell'amministrazione dei beni ivi sottoposti ad esecuzione sta nel fatto che il curatore è dotato di poteri negoziali che debbono esplicitarsi secondo criteri di utilità economica ed in modo da non contrastare con le esigenze di speditezza ed efficienza. Tali poteri dispositivi non sono circoscritti alla mera attività liquidatoria e si concretizzano nella possibilità di stipulare contratti per conto e nell'interesse della massa, purchè siano indirizzati alla produzione di effetti accrescitivi o comunque non riduttivi della garanzia patrimoniale; effetti dei quali non solo la massa, ma anche lo stesso fallito si gioverà in termini di più favorevole definizione della procedura. Il curatore fallimentare svolge, quindi, anche un'attività diretta alla conservazione dei beni che costituiscono la garanzia del soddisfacimento dei creditori e, nei limiti del possibile (e dell'economico), al mantenimento in vita delle strutture organizzative economicamente rilevanti al fine di riallocarle nel mercato attraverso l'eventuale trasferimento ad altri imprenditori.

6.4.3. In questa prospettiva, allora, e venendo alla concreta fattispecie per cui si controverte, non sembra dirimente il discutere circa l'assimilabilità, o meno, dell'affitto di azienda (strumento di natura certamente contrattuale) alle vendite fallimentari (il cui carattere coattivo,

benchè effettuate tramite procedure competitive e non nelle forme del codice di procedura civile, è tuttora innegabile, dipendendo non dalle modalità adottate ma dall'essere l'atto inserito nel procedimento concorsuale e strumentale alle sue finalità. Ogni vendita effettuata in sede concorsuale è, invero, vendita giudiziaria atteso che le alienazioni fallimentari prescindono dal consenso e da qualsiasi attività del debitore), al fine di applicare, magari anche in via analogica, la disciplina delle seconde al primo.

6.5.1. Decisivo è, invece, ad avviso di questo Collegio, il rilievo che l'affitto di azienda endoconcorsuale esige, al fine di evitare che una gestione fraudolenta, o comunque sciagurata, possa far perdere ad essa ogni valore di avviamento e deteriorarla nella sua struttura e nella sua funzionalità, che il contratto venga stipulato adottando una serie di misure di sicurezza, sia nella scelta dell'affittuario che nella previsione di clausole, condizioni e regole contrattuali finalizzate ad una corretta e proficua utilizzazione dell'istituto.

6.5.2. La necessità di avvalersi, fin dal momento della scelta del contraente, di un procedimento che consenta trasparenza e pluralità di concorrenti (*cfr.* art. 104-*bis*, comma 2, l.fall.) è, dunque, giustificata proprio dall'esigenza di rispetto di quelle finalità, ed è innegabile che, nel suo concreto svolgimento, il versamento della cauzione ha la funzione di assicurare la serietà della proposta, scongiurando iniziative meramente dilatorie (ove non fraudolenti). Proprio da ciò, allora, discende, alla stregua di quelle ineludibili esigenze pubblicistiche e di interpretazione sistematica dell'ordinamento di cui si è detto in precedenza, il dover riconoscere al curatore, in linea di principio, la possibilità di incamerare la cauzione prestata da colui che, scelto tramite procedura competitiva, non addivenga, poi, alla stipula del contratto di affitto di azienda cui quest'ultima era propedeutica, così venendo meno non già all'osservanza del provvedimento di "aggiudicazione" del Giudice delegato o ad un contratto già concluso, ma al rispetto della suddetta proposta.





6.5.3. In altri termini, il ricorso a tale forma di autotutela resta legittimato in ogni caso laddove risulti l'imputabilità dell'inadempimento, che si presume a carico dell'"aggiudicatario" stesso (*rectius*: del soggetto che abbia fatto la proposta più vantaggiosa, con il quale il curatore sia stato autorizzato a concludere il successivo atto cui la procedura competitiva era propedeutica), salvo la prova contraria che, giusta la regola generale posta dall'art. 1218 cod. civ., egli ha l'onere di dedurre.

6.6. Una siffatta conclusione, idonea, come si è anticipato, a trasferire a carico del proponente il rischio della mancata attuazione della prestazione offerta, impone, però, anche di verificare come, eventualmente, questi possa contrastare una tale condotta della curatela, dimostrando che la mancata stipulazione dell'atto contrattuale sia stata dovuta a causa a lui non imputabile.

6.6.1. A tale fine, è affatto ragionevole sostenere che egli, una volta denegatagli, dal giudice delegato, la restituzione della già versata cauzione, oppure, dopo che quel giudice abbia adottato il decreto di incameramento di quest'ultima, ben può avvalersi, per contestare siffatti provvedimenti, dello strumento di tutela endofallimentare costituito dal reclamo ex art. 26 l.fall..

6.6.2. Tale rimedio è ormai pacificamente ritenuto idoneo a consentire, attraverso l'esperimento del relativo procedimento camerale, - nel quale trovano applicazione le garanzie rese indispensabili dal contenuto giurisdizionale della pronuncia che, in tal caso, lo conclude - la risoluzione di veri e propri incidenti contenziosi che insorgano in ambito fallimentare, ricordandosi, peraltro, che il controllo cui in quella sede è tenuto il tribunale non è limitato alla verifica della legittimità del decreto impugnato, ma si estende anche al merito delle valutazioni effettuate dal giudice delegato (*cf.* Cass. n. 2649 del 1999; Cass. n. 2076 del 1998; Cass. n. 499 del 1992).

6.7. Alla stregua dei principi tutti fin qui esposti, dunque, non può, condividersi l'impugnata decisione, che ha negato alla curatela fallimentare il diritto di incamerare definitivamente la cauzione prestata dalla CITE s.r.l. esclusivamente per aver ritenuto insussistente una tale possibilità attesa la

florh



inapplicabilità, anche in via analogica, della disciplina delle vendite coattive all'ipotesi dell'affitto di azienda ex art. 104-bis l.fall. in ragione della non assimilabilità delle due fattispecie.

6.7.1. Posto, invece, che un siffatto diritto, almeno in linea di principio, deve ritenersi spettante alla curatela fallimentare giusta le ineludibili esigenze pubblicistiche e di interpretazione sistematica dell'ordinamento di cui si è detto, e per la necessità di scongiurare, nel peculiare ambito fallimentare, il verificarsi di comportamenti potenzialmente idonei ad incidere negativamente sull'efficace conduzione della procedura concorsuale, nonché sulla sua ragionevole durata, il tribunale avrebbe dovuto - ed il relativo compito spetterà, pertanto, al giudice di rinvio - valutare le motivazioni («la consistenza dell'azienda era diversa da quella rappresentata e promessa in sede di trattative, mancando, tra i beni aziendali, un macchinario stampante che costituiva il cespite principale, se non unico» sulla base del quale la stessa si era determinata all'affitto dell'azienda. Cfr. pag. 2 del controricorso) per cui la odierna controricorrente, scelta all'esito della corrispondente e propedeutica procedura competitiva svolta dalla curatela, non aveva inteso, poi, addivenire con quest'ultima alla stipula del contratto di affitto di azienda, denegando, quindi, l'incameramento della cauzione solo ove le avesse giudicate fondate, idonee, cioè, a compromettere gli interessi della medesima società.

7. Il ricorso va, quindi, accolto ed il decreto impugnato deve essere cassato con rinvio al Tribunale di Vigevano, in diversa composizione, che, nell'esaminare nuovamente il reclamo ex art. 26 l.fall. della CITE s.r.l., si atterrà ai suddetti principi e provvederà anche alla liquidazione delle spese di questo giudizio di legittimità.

P. Q. M.

Accoglie il ricorso, cassa il decreto impugnato e rinvia al Tribunale di Vigevano, in diversa composizione, anche per la regolamentazione delle spese di questo giudizio di legittimità.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della Prima sezione civile della Corte Suprema di cassazione, il 27 febbraio 2018.