Euroconference LEGAL
Settimanale sul Processo Civile
TeamSystem LEGAL

Edizione di martedì 19 aprile 2016

PROCEDIMENTI DI COGNIZIONE

Accoglimento parziale di domanda giudiziale e compensazione delle spese: verso un ampliamento del concetto di soccombenza reciproca ex art. 92 c.p.c. ?
di **Andrea Ricuperati**

IMPUGNAZIONI

La notificazione dell'impugnazione al procuratore cancellatosi volontariamente dall'albo
di **Lidia Carrea**

PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Mediazione obbligatoria e cumulo di domande
di **Giacinto Parisi**

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI

I lavoratori possono ottenere il riconoscimento dei loro crediti anche nei procedimenti per misure di prevenzione pendenti alla data del 13 ottobre 2011
di **Salvatore Ziino**

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI

Il programma di liquidazione di cui all'art. 104 ter l.f. e la nuova "chiusura" del fallimento in seguito alle modifiche del 2015
di **Alessandro Petronzi**

NON SOLO DIRITTO

Mutuo e ristrutturazione del credito
di **Fabio Fiorucci**

PROCEDIMENTI DI COGNIZIONE

Accoglimento parziale di domanda giudiziale e compensazione delle spese: verso un ampliamento del concetto di soccombenza reciproca ex art. 92 c.p.c. ?

di **Andrea Ricuperati**

Cass., 22 febbraio 2016, n. 3438

Scarica la sentenza

Spese processuali civili – Riforma della sentenza impugnata – nuovo regolamento delle spese processuali – criteri – esito complessivo della lite (C.p.c. artt. 91, 92, 352)

Accoglimento parziale dell'unica domanda giudiziale dell'attore – soccombenza reciproca – sussiste (C.p.c. artt. 91 e 92)

Attribuzione del carico delle spese processuali – principio di causalità (imputabilità degli oneri processuali) – applicazione – necessità – eventuale compensazione – facoltà (C.p.c. artt. 91 e 92)

[1] Quando riforma (in tutto od in parte) la sentenza impugnata, il giudice del gravame procede – sulla base dell'esito complessivo della lite – ad una nuova regolazione, anche d'ufficio, delle spese di tutti i gradi della causa.

[2] La soccombenza – ossia la non coincidenza fra le richieste avanzate e la decisione del giudice – deve intendersi reciproca non solo nell'ipotesi di una pluralità di domande contrapposte, che siano state accolte o respinte, ma anche laddove l'unica domanda attorea abbia trovato accoglimento per alcuni dei suoi capi o in misura quantitativamente inferiore rispetto a quella proposta.

[3] Nella regolazione delle spese di lite, il giudice deve individuare la parte cui sono imputabili gli oneri del processo per avervi dato causa con domande o difese infondate; pertanto l'attore parzialmente vittorioso può essere condannato al rimborso delle spese in favore del convenuto, qualora i costi sopportati dal primo per far valere le domande fondate siano minori di quelli sostenuti dal secondo per difendersi dalle pretese infondate e – ovviamente – nei limiti dell'eccedenza di questi ultimi rispetto ai primi

CASO

[1, 2, 3] Tre persone, danneggiate da un sinistro stradale, avendo ricevuto dalla compagnia assicuratrice un risarcimento a loro avviso incompleto, agiscono in giudizio per il ristoro degli

asseriti danni residui.

Il Tribunale di Grosseto in prime cure accoglie parzialmente la domanda di uno solo di essi, condannando la convenuta al versamento di una somma inferiore a quella da lui rivendicata e compensando integralmente – anche nei confronti delle parti le cui richieste erano state disattese *in toto* – le spese di lite.

La Corte d'Appello di Firenze, adìta in secondo grado, riconosce a chi aveva visto in parte accolte dal Tribunale le proprie pretese un'ulteriore quota di danno (comunque minore rispetto al domandato), mentre respinge le altre domande e condanna tutti gli appellanti al rimborso di 3/4 delle spese del grado, compensando il restante 1/4.

Avverso la sentenza viene interposto dai soccombenti ricorso per cassazione; in particolare (per quanto qui rileva), viene censurato per violazione/falsa applicazione di legge il capo relativo alle spese processuali, ritenendosi illegittima la condanna dell'attore parzialmente vittorioso (per essergli stata liquidata una quota di danno maggiore di quella riconosciuta in I grado) alla rifusione di una frazione delle spese processuali.

SOLUZIONE
[1, 2, 3] Il Supremo Collegio rigetta l'impugnazione, affermando – per ciò che interessa nella presente sede – che:

- la Corte d'Appello ha applicato la regola della compensazione parziale delle spese *ex* 92 c.p.c., ritenendo le parti parzialmente e reciprocamente soccombenti in relazione all'esito complessivo della controversia;
- va ravvisata una situazione di soccombenza reciproca, legittimante la pronuncia di compensazione, anche nella fattispecie (come quella in esame) in cui la parzialità dell'accoglimento sia meramente quantitativa e riguardi una domanda articolata in un unico capo, atteso che – se così non fosse – l'attore, in quanto non soccombente, non avrebbe titolo per impugnare la sentenza che ne avesse accolto solo in parte il *petitum*;
- il principio di causalità, da applicarsi ai fini dell'individuazione del soggetto tenuto al rimborso delle spese processuali (nel senso che queste sono a carico di chi, agendo o resistendo con forme ed argomenti non rispondenti al diritto, abbia dato causa al processo od alla sua protrazione), deve essere raccordato con la (unitaria) nozione di soccombenza, con i seguenti corollari:
    1. quando una parte è totalmente vittoriosa, ogni onere va accollato al soccombente, esclusivo responsabile del processo;
    2. quando v'è soccombenza reciproca (e tale è pure l'ipotesi del solo parziale accoglimento dell'unica domanda attorea), il giudice ha facoltà di dar corso alla compensazione, sulla base del criterio dell'imputabilità soggettiva dei costi della lite, con gli esiti seguenti:
        - nessuna compensazione, se gli oneri del processo sono ritenuti ascrivibili di fatto ad una sola parte: ciò che accadrà, ad esempio, laddove la differenza tra il *petitum* e l'accolto sia di entità del tutto

trascurabile;
- compensazione integrale, se sono reputati sostanzialmente equivalenti gli oneri imputabili a ciascuna parte;
- compensazione parziale, in caso di ritenuta prevalenza degli oneri imputabili ad una parte: e l'attore parzialmente vittorioso potrà essere condannato al rimborso delle spese in favore del convenuto, qualora i costi sopportati dal primo per far valere le domande fondate siano minori di quelli sostenuti dal secondo per difendersi dalle pretese infondate e – ovviamente – nei limiti dell'eccedenza di questi ultimi rispetto agli oneri attorei;

- nella vicenda sottoposta all'esame del giudicante, la Corte d'Appello di Firenze ha – con motivazione congrua ed immune da vizi logico-giuridici – reputato che l'aver la compagnia assicuratrice risarcito la quasi totalità del danno reclamato *ex adverso* pochi giorni dopo l'instaurazione del giudizio, nonché il notevole scarto fra l'importo preteso dall'attore e quello effettivamente liquidatogli in sede contenziosa, giustificassero la compensazione parziale e la valutazione di prevalenza degli oneri processuali della convenuta su quelli dell'attore ai fini della condanna del medesimo al rimborso del differenziale.

QUESTIONI

[1] Il principio per cui, in caso di riforma parziale, il giudice del gravame deve procedere anche d'ufficio ad una nuova regolamentazione delle spese processuali di tutti i gradi, sulla base dell'esito complessivo della controversia, è assolutamente consolidato (v., tra le più recenti, Cass., 20 marzo 2014, n. 6522; Cass., 18 marzo 2014, n. 6259).

La sentenza in commento si pone in consapevole contrasto con quel cospicuo orientamento giurisprudenziale (Cass., 12 maggio 2015, n. 9587; Cass., 26 maggio 2006, n. 12629; Cass., 9 marzo 2004, n. 4755; Cass., 21 marzo 1994, n. 2653; Cass., 9 aprile 1986, n. 2496), secondo il quale il parziale accoglimento della domanda attorea non integra gli estremi della soccombenza reciproca, ma al più legittima l'esclusione del diritto alle ripetizione delle spese eccessive/superflue, oppure la compensazione per giusti motivi (a norma del testo originario dell'art. 92[2] c.p.c.), mentre la condanna della parte vincitrice al rimborso delle spese di lite sarebbe possibile nella sola ipotesi di trasgressione dei doveri di lealtà e probità previsti dall'art. 88 c.p.c..

Il Supremo Collegio ha inteso dare continuità alla diversa opinione (espressa da Cass., 10 novembre 2015, n. 22871; Cass., 23 settembre 2013, n. 21684; Cass., 23 gennaio 2012, n. 901; Cass., 21 ottobre 2009, n. 22381), che ricomprende l'accoglimento parziale della domanda – ivi inclusa la discrepanza meramente quantitativa tra il bene della vita richiesto e quello riconosciuto in via giudiziale – nel novero delle ipotesi di soccombenza reciproca.

Tale difformità di vedute tra arresti giurisprudenziali aveva una rilevanza pratica abbastanza limitata sotto la vigenza del testo del comma 2 dell'art. 92 anteriore alle modifiche introdotte

dall'art. 45[11] L. n. 18.6.2009, n. 69 (essendo la parzialità dell'accoglimento della domanda attorea comunemente classificata, come si è testé ricordato, fra i "*giusti motivi*" ai quali la norma subordinava la facoltà di compensare in tutto o *pro quota* le spese di lite); e detta rilevanza sembrava non essere aumentata più di tanto nel vigore della versione "intermedia" del disposto dell'art. 92[2] c.p.c. (quella applicabile ai procedimenti sorti tra il 4 luglio 2009 ed il 10 dicembre 2014), in quanto, almeno in caso di scarto notevole tra il (maggior) *petitum* ed il (minor) *decisum*, non appariva peregrina la tesi dell'annoverabilità di siffatta circostanza tra le "*gravi ed eccezionali ragioni*" suscettibili di legittimare la pronuncia di compensazione.

Dopo la modifica inserita dall'art. 13[1] D.L. 12.9.2014, n. 132 (conv. in legge dalla L. 10.11.2014, n. 162), invece, l'adesione all'uno od all'altro orientamento s'appalesa foriera di corollari non trascurabili, in quanto la soccombenza reciproca è – insieme alla "*assoluta novità della questione trattata*" ed al "*mutamento della giurisprudenza rispetto alle questioni dirimenti*" – diventata l'unica ipotesi di legittima compensabilità delle spese processuali.

Non constano precedenti a proposito dell'argomentazione relativa alla prevalenza degli oneri processuali imputabili, che ha condotto la Corte di Cassazione a giustificare l'addebito in capo alla parte parzialmente vittoriosa di una quota delle spese processuali sostenute dall'avversario; addebito, questo, che (a quanto risulta) non era sinora stato sancito neppure da chi aveva ricollegato l'accoglimento parziale della domanda alla categoria della soccombenza reciproca.

IMPUGNAZIONI

La notificazione dell'impugnazione al procuratore cancellatosi volontariamente dall'albo

di **Lidia Carrea**

Cass., Sez. I, 28 gennaio 2016, n. 1611 (ord.)

Pres. Di Palma – Rel. Bisogni

Scarica la sentenza

Impugnazioni civili – Appello – Inammissibilità – Notificazione – Validità – Cancellazione procuratore albo avvocati

(Cod. proc. civ., artt. 85, 301, co. 2 e 3, 330)

[1] *Sono rimessi gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite, essendosi riscontrato un contrasto nella giurisprudenza di legittimità circa il regime giuridico (validità ovvero nullità sanabile ovvero inesistenza) della notificazione dell'impugnazione effettuata al procuratore cancellatosi volontariamente.*

CASO

[1] La parte soccombente in primo grado propone appello, notificando, nei termini di rito, l'atto introduttivo al procuratore dell'appellato, ovverosia il medesimo avvocato che aveva difeso parte appellata in primo grado. La Corte di merito, a fronte della contumacia di quest'ultima, accoglie il gravame ribaltando la decisione del giudizio di prime cure.

Parte appellata, rimasta soccombente in secondo grado, propone ricorso per cassazione denunziando la violazione e falsa applicazione dell'art. 330 c.p.c. in relazione all'art. 360, n. 3, c.p.c., invocando, nello specifico, l'inammissibilità del giudizio di gravame correlata alla nullità della notifica dell'atto di citazione in appello, eseguita nei confronti del proprio procuratore che in precedenza si è cancellato dall'albo degli avvocati. Contestualmente, parte ricorrente chiede altresì la declaratoria del passaggio in giudicato della sentenza di primo grado.

SOLUZIONE

[1] La problematica attiene alla validità o meno della notifica dell'atto di appello eseguita nei confronti del procuratore dell'appellato che risulti cancellato dall'albo al momento della notifica. La Suprema Corte evidenziando la pregressa esistenza di un contrasto giurisprudenziale e volendo evitare la perpetuazione dei differenti filoni ermeneutici, ritiene

opportuno «*un nuovo intervento delle Sezioni Unite sulla questione che si ripresenta in termini di risolutività nel presente giudizio*».

QUESTIONI

[1] Occorre premettere che l'ordinanza in commento richiama una diatriba interpretativa già trattata in precedenza e che, per opportuna conoscenza, può rinvenirsi al seguente link: *http://www.eclegal.it/it/notificazione-sentenza-difensore-volontariamente-cancellato-dall-albo*.

Il discrimine tra validità e invalidità della notificazione, nel caso di specie, è segnato innanzitutto dalla risposta che si intende fornire ai seguenti quesiti:

- se il principio della *perpetuatio* dell'ufficio defensionale sancito all'art. 85 c.p.c. sia limitato alle sole ipotesi di revoca della procura e di rinuncia al mandato, ovvero se si estenda anche alla cancellazione volontaria dall'albo. A tal proposito è opportuno ricordare che, a differenza della revoca e della rinuncia, la cancellazione in parola avviene sulla base di una manifestazione unilaterale di volontà, insindacabile da parte del Consiglio dell'Ordine, alla quale segue l'inibizione all'esercizio del ministero di difensore con efficacia *erga omnes*.
- se, aderendo alla tesi dell'inapplicabilità dell'art. 85 c.p.c., la fattispecie dia luogo a un'ipotesi di nullità o di inesistenza della notificazione.

La giurisprudenza della Cassazione appare incerta.

Infatti, secondo una prima corrente, la cancellazione volontaria dall'albo determina la decadenza dall'ufficio di procuratore e il venir meno dello *ius postulandi*, implicando la mancanza di legittimazione di quel difensore a compiere e a ricevere atti processuali (Cass., sez. un., 26 marzo 1968, n. 935). Pertanto, nell'ipotesi *de quo*, l'avvenuta notificazione di atti processuali viene intesa come giuridicamente inesistente, fatta salva l'ipotesi in cui essa venga eseguita alla parte personalmente (Cass., sez. un., 21 novembre 1996, n. 10284).

Un secondo filone, invece, ritiene che la notificazione nei confronti del procuratore cancellatosi dall'albo sia da intendersi non come un'ipotesi di inesistenza, bensì di nullità sanabile *ex tunc* per effetto della sua rinnovazione, disposta ai sensi dell'articolo 291 c.p.c. o eseguita spontaneamente dalla parte, ovvero a seguito della costituzione del suo destinatario (Cass. civ., sez. III, 22 aprile 2009, n. 9528; conforme Cass. civ., Sez. III, 13 dicembre 2005, n. 27450).

Da ultimo, si rinviene una terza corrente, più recente, che opta per l'estensione del principio della *perpetuatio* dell'ufficio defensionale anche alla cancellazione volontaria, seppur limitando tale principio al solo lato passivo; in altri termini, il ministero del difensore andrebbe a permanere solo per quanto concerne la sua capacità di ricevere notificazioni o comunicazioni per la parte da questi difesa. Con quest'ultima pronuncia la Corte di legittimità, discostandosi dai due precedenti filoni, ritiene che la cancellazione volontaria sia una circostanza assolutamente inidonea a giustificare un trattamento diverso da quello previsto

dall'art. 85 c.p.c., poiché ciò che viene in rilievo è sempre il diritto processuale di continuare a considerare la parte avversa rappresentata da un suo difensore, quanto meno nella sua capacità di essere destinatario degli atti dei quali sia prevista la ricezione. Di conseguenza, la controparte può continuare a svolgere efficacemente, nei confronti del difensore volontariamente cancellatosi dall'albo, tutte le attività processuali di cui è destinatario la parte avversa (Cass. civ., sez. III, 21 giugno 2012, n. 10301).

A fronte di una così variopinta realtà giurisprudenziale e dato atto del contrasto interno alla Corte, va salutata con favore la rimessione della questione alle Sezioni Unite.

PROCEDIMENTI SPECIALI E ADR

Mediazione obbligatoria e cumulo di domande

di **Giacinto Parisi**

Trib. Verona 18 dicembre 2015 (ord.)

Scarica l'ordinanza

Conciliazione in genere – Mediazione obbligatoria – Domande ulteriori rispetto alla principale – Obbligo di mediazione – Sussistenza (d.leg. 4 marzo 2010, n. 28, art. 5, comma 1 *bis*)

[1] *Qualora non si sia ancora svolto un tentativo di conciliazione rispetto alla domanda principale, la mediazione deve estendersi a tutte le domande ad essa cumulate che vi siano soggette.*

CASO

[1] Il Tribunale di Verona rilevava nel giudizio sottoposto alla sua cognizione la presenza di una pluralità di domande rientranti tra quelle soggette a mediazione obbligatoria ai sensi dell'art. 5, comma 1 *bis*, d.leg. 28/2010, e, segnatamente, (i) la domanda proposta dagli attori nei confronti della convenuta, (ii) la domanda proposta dalla convenuta nei confronti della terza chiamata in causa e, infine, (iii) la domanda proposta da terzi intervenuti nei confronti della convenuta.

Si poneva, quindi, la necessità di chiarire se la mediazione fosse condizione di procedibilità anche per le domande enucleate nei precedenti numeri (ii) e (iii), atteso che, come osservato dallo stesso Tribunale, è controversa l'applicabilità dell'art. 5, comma 1 *bis*, del d.leg. 28/2010 nei processi oggettivamente e soggettivamente complessi.

SOLUZIONE

[1] Nel caso di specie, il giudice scaligero ha ritenuto che, non essendosi ancora svolto il tentativo di conciliazione rispetto alla domanda principale (ovverosia, quella proposta dagli attori nei confronti della convenuta), la mediazione si sarebbe dovuta estendere a tutte le domande cumulate, rientranti nell'ambito applicativo dell'art. 5, comma 1 *bis*, d.leg. 28/2010.

QUESTIONI

[1] A seguito dell'entrata in vigore del d.leg. 28/2010 si è posto il problema di individuare esattamente la tipologia di domande oggetto di mediazione obbligatoria, ovvero, in altre parole, se la mediazione sia condizione di procedibilità anche delle domande fatte valere nel corso del processo dal convenuto, dai terzi intervenienti volontari o su chiamata, nonché dallo stesso attore, sotto forma di *reconventio recoventionis* (cfr. Battaglia, *La nuova mediazione «obbligatoria» e il processo oggettivamente e soggettivamente complesso*, in *Riv. dir. proc.*, 2011,

126 ss.).

Sul punto si registrano due orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un primo orientamento, vanno escluse dall'ambito della mediazione obbligatoria tutte le domande (riconvenzionale inedita, domanda trasversale, *reconventio reconventionis*) che siano diverse da quella proposta dall'attore con l'atto introduttivo del giudizio (Trib. Palermo 11 luglio 2011 (ord.), *Giur. merito*, 2012, 1082, con nota adesiva sul punto di Masoni).

A sostegno della sopra citata opzione ermeneutica si è affermato che: (i) l'esperimento della mediazione sulle domande cumulate a quella principale non determinerebbe *ex se* la chiusura del giudizio in corso; (ii) accedendo alla soluzione contraria, si allungherebbero notevolmente i tempi di definizione del processo, in contrasto col disposto di cui all'art 111 Cost.; (iii) il tentativo di mediazione non potrebbe comunque essere esperito in via preventiva; (iv) la previsione normativa limita la possibilità di sollevare l'eccezione di improcedibilità per mancato esperimento del tentativo di mediazione al solo convenuto, in tal modo evidenziando che l'improcedibilità si riferisce esclusivamente alla domanda attorea; (v) le disposizioni che prevedono condizioni di procedibilità, costituendo deroga all'esercizio del diritto di agire in giudizio, garantito dall'art. 24 Cost., non possono essere interpretate in senso estensivo ed, infine, (vi) in tal senso militerebbe anche un'interpretazione dell'istituto della mediazione alla luce della direttiva 2008/52/CE.

Invece, secondo un diverso (e maggioritario) orientamento interpretativo – a cui ha aderito anche il Tribunale di Verona nell'ordinanza in commento – le domande attinenti a materie soggette a mediazione obbligatoria devono essere sottoposte alla disciplina di cui al d.lgs. 28/2010, quale che sia la parte proponente e la fase del giudizio nella quale la domanda viene introdotta, a meno che la domanda cumulata non abbia ad oggetto gli stessi fatti che sono già stati oggetto della precedente procedura di mediazione (Trib. Roma 27 novembre 2014, in *www.quotidianodiritto.ilsole24ore*.com; Trib. Roma 15 marzo 2012, *Giur. merito*, 2012, 1317; Trib. Como 2 febbraio 2012, *id*., 1077, con nota di Masoni).

Tale secondo orientamento si base sulle seguenti considerazioni: (i) la legge non distingue fra domanda dell'attore e domanda riconvenzionale del convenuto (o del terzo); (ii) l'esclusione della mediazione per la domanda riconvenzionale determinerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento fra l'attore – il quale solo sarebbe tenuto a proporre la mediazione sulla sua domanda e a differire la sua tutela giurisdizionale – e il convenuto – sul quale non graverebbe alcun onere preventivo, con attribuzione di un privilegio contrastante con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost.; e (iii) aderendo a tale impostazione, non vi sarebbero comunque lesioni al principio di ragionevole durata del processo, in quanto, a fronte della possibilità di dilatazione dei tempi processuali, potrebbe comunque essere disposta la separazione della domanda principale da quella riconvenzionale, ai sensi dell'art 103, comma 2° c.p.c.

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI

I lavoratori possono ottenere il riconoscimento dei loro crediti anche nei procedimenti per misure di prevenzione pendenti alla data del 13 ottobre 2011

di **Salvatore Ziino**

Corte Costituzionale; sentenza 28 maggio 2015, n. 94; Pres. Criscuolo; Rel. Frigo.

Scarica la sentenza

Misure di prevenzione – Tutela dei creditori – crediti di lavoro – Legge di stabilità 2013 – riconoscimento del credito – esclusione – incostituzionalità (Cost., art. 36; legge 24.12.2012, n. 228, Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato, Legge di stabilità 2013, Art. 1, c. 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206)

[1] *L'art. 1, comma 198, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, recante «Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2013)» è incostituzionale, nella parte in cui non include tra i creditori che sono soddisfatti nei limiti e con le modalità ivi indicati anche i titolari di crediti da lavoro subordinato nei confronti del debitore assoggettato a procedimento per misure di prevenzione.*

CASO

[1] La legge di stabilità 2013 (legge 24 dicembre 2012, n. 228) ha introdotto nuove disposizioni in materia di esecuzione sui beni oggetto di confisca da parte dello Stato.

Le disposizioni introdotte dalla legge di stabilità 2013 trovano applicazione nei procedimenti per misure di prevenzione, nei quali era già stata formulata proposta per l'applicazione delle misure di prevenzione alla data di entrata in vigore del c.d Codice delle leggi antimafia (d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, entrato in vigore il 13 ottobre 2011: ai sensi dell'art. 117 del Codice delle leggi antimafia le disposizioni dello stesso codice trovano applicazione soltanto nei procedimenti per misure di prevenzione iniziati dopo questa data).

Le disposizioni contenute nell'art. 1, commi 194-206, della legge di stabilità 2013 (in avanti, per maggiore comodità si farà riferimento soltanto ai commi, senza alcuna ulteriore precisazione) stabiliscono che sui beni confiscati «*non possono essere iniziate né proseguite azioni esecutive*», a pena di nullità.

I creditori muniti di ipoteca iscritta prima della trascrizione del sequestro di prevenzione, i

creditori che abbiano trascritto un pignoramento anteriormente alla trascrizione del sequestro o che siano intervenuti nell'esecuzione prima dell'entrata in vigore della legge n. 228 del 2012 devono «*proporre domanda di ammissione del credito, ai sensi dell'art. 58, comma 2, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al giudice dell'esecuzione presso il Tribunale che ha disposto la confisca*».

Nessuna altra categoria di creditori è legittimata a proporre istanza di ammissione del credito nelle procedure per misure di prevenzione che sono iniziate prima della entrata in vigore del Codice delle leggi antimafia.

La domanda di ammissione del credito, va proposta «*a pena di decadenza*» entro 180 giorni che decorrono dal primo gennaio 2013, data di entrata in vigore delle nuove disposizioni, per le confische già passate in giudicato (il termine quindi è scaduto il 30 giugno 2013), ovvero entro 180 giorni dalla data in cui la confisca diventa definitiva.

Nel caso in esame, dopo la confisca alcuni lavoratori dipendenti hanno proposto istanza di ammissione del credito davanti al Tribunale di Caltanissetta, Sezione misure di prevenzione, per chiedere i riconoscimento dei propri crediti nei confronti del proposto.

Il Tribunale di Caltanissetta rileva che la Legge di stabilità 2013 non include tra i soggetti legittimati a valersi della procedura di accertamento dei crediti, «*i creditori privilegiati (ed in particolare i lavoratori dipendenti)*».

Il Tribunale, quindi, solleva questione di legittimità costituzionale delle norme contenute nella legge di stabilità 2013.

Ad avviso del Tribunale, queste norme sono in contrasto con l'art. 36 Cost., giacché la mancata estensione della procedura di accertamento anche ai titolari di crediti da lavoro dipendente comporterebbe, nel caso di confisca dell'azienda del datore di lavoro, una grave lesione del diritto alla retribuzione, non giustificabile alla luce delle finalità di sicurezza pubblica sottese alla misura di prevenzione patrimoniale.

Il Tribunale ritiene pure che le disposizioni della Legge di stabilità 2013 violerebbero l'art. 3 Cost., determinando una irragionevole disparità di trattamento di situazioni analoghe, in correlazione alla variabile temporale rappresentata dalla data di inizio del procedimento di prevenzione. Nei procedimenti instaurati dopo l'entrata in vigore del Codica delle leggi antimafia (13 ottobre 2011) trovano, infatti, applicazione le disposizioni di cui agli artt. 52 e seguenti del suddetto decreto legislativo, che consentono di chiedere il riconoscimento dei crediti a tutti i titolari di crediti di data certa anteriore al sequestro, compresi «*compresi i privilegiati, e segnatamente i lavoratori dipendenti*».

Infine, secondo i Tribunale, vi sarebbe un contrasto con l'art. 24 Cost., poiché viene precluso ai lavoratori l'effettivo accesso alla tutela giurisdizionale.

SOLUZIONE

[1] La Corte Costituzionale ripercorre brevemente la storia delle misure di prevenzione patrimoniale e ricorda che prima del Codice delle leggi antimafia era stata riconosciuta un qualche forma di tutela ai soli crediti assistiti da diritti reali di garanzia sui beni oggetto del provvedimento ablativo, iscritti o comunque costituiti in data certa anteriore al sequestro, e sempre che il loro titolare dimostrasse la sua buona fede e l'affidamento incolpevole.

La Corte Costituzionale aggiunge che il sistema normativo è stato profondamente innovato dal Codice delle leggi antimafia, che ha introdotto un sistema di tutela esteso alla generalità dei creditori del proposto, imperniato su un procedimento di verifica dei crediti e sulla successiva formazione di un «piano di pagamento», secondo cadenze mutuate in larga misura dai corrispondenti istituti previsti dalla legge fallimentare.

Il Codice delle leggi antimafia, però, trova applicazione solo in rapporto ai procedimenti di prevenzione che sono iniziati dopo l'entrata in vigore dello stesso Codice (13 ottobre 2011).

Nei procedimenti pendenti alla data del 13 ottobre 2011, la legittimazione a chiedere il riconoscimento del credito è riservata ai soli creditori muniti di ipoteca iscritta anteriormente al sequestro di prevenzione, nonché nei creditori che, prima della trascrizione del sequestro, abbiano trascritto un pignoramento sul bene, ovvero che, alla data di entrata in vigore della legge n. 228 del 2012, siano intervenuti nell'esecuzione iniziata con il predetto pignoramento (art. 1, comma 198).

In questo modo, i crediti dei prestatori di lavoro subordinato non ricevono alcuna tutela: tale sistema è in contrasto con l'art. 36 Cost., in quanto pregiudica il diritto dei lavoratori «*ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa*».

Stante il generale divieto di iniziare o proseguire azioni esecutive sui beni confiscati, il lavoratore non ha la possibilità di agire utilmente *in executivis* per il pagamento delle proprie spettanze, in tutti i casi in cui la confisca renda i residui beni del debitore insufficienti a soddisfare le sue ragioni, e ciò è particolarmente grave nell'ipotesi in cui la confisca investa l'intero patrimonio del datore di lavoro.

Sulla base di queste premesse, la Corte Costituzionale dichiara la illegittimità costituzionale dell'art. 1, comma 198, della legge 24 dicembre 2012, n. 228, per violazione dell'art. 36 Cost, nella parte in cui non consente ai titolari di crediti da lavoro subordinato di soddisfarsi, nei modi previsti dalla stessa legge, nei confronti del debitore assoggettato a procedimento per misure di prevenzione.

QUESTIONI

[1] La decisione coinvolge un numero rilevante di creditori, ovvero i lavoratori di tutte le imprese che erano state sottoposte a misure di prevenzione prima della entrata in vigore del Codice delle leggi antimafia.

Con questa sentenza, la Corte Costituzionale supera la ritrosia a riconoscere forme di tutela in favore dei creditori nei procedimenti per misure di prevenzione.

In tutte le precedenti decisioni, la Corte Costituzionale aveva sempre dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale relative alla tutela dei creditori nei procedimenti per misure di prevenzione antimafia (cfr. Corte cost., 19 maggio 1994, n. 190; 24 marzo 2011, n. 102; nello steso senso v pure Corte Cost. 25 febbraio 2015 n. 101).

Per la prima volta, in una decisione della Corte Costituzionale l'interesse pubblico alla confisca dei beni cede di fronte agli interessi dei creditori.

Si tratta di un importante precedente, che potrebbe dare inizio ad un nuovo orientamento della giurisprudenza, che possa finalmente riconoscere una tutela *effettiva* e non soltanto formale in favore dei creditori nel procedimento per misure di prevenzione (sulla sostanziale mancanza di tutela per i creditori, Ziino, *La tutela dei creditori nel caso di confisca quale misura di prevenzione: le novità introdotte dalla Legge di stabilità 2013*, in *Riv. es. forzata* 2013, 251 ss.).

ESECUZIONE FORZATA E PROCEDURE CONCORSUALI

Il programma di liquidazione di cui all'art. 104 ter l.f. e la nuova "chiusura" del fallimento in seguito alle modifiche del 2015

di **Alessandro Petronzi**

PREMESSA

La recente novella di cui al d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni con l. 6 agosto 2015, n. 132 (pubblicata sulla G.U. 20 agosto 2015 n. 192), che per gran parte ha avuto oggetto, con ampie ed approfondite modifiche, la procedura di concordato preventivo, ha modificato altresì una serie di disposizioni normative che toccano importanti aspetti della procedura fallimentare.

Tali interventi risultano accomunati dal medesimo comune denominatore rappresentato dalla necessità di accelerare la chiusura e la definizione della maggiore procedura concorsuale.

In estrema sintesi, le principali modifiche riguardanti detta procedura hanno ad oggetto:

1. *a*) la velocizzazione dell'attività liquidatoria con un potenziamento del programma di liquidazione di cui all'art. 104 ter l.f.,
2. *b*) la possibilità di chiusura della procedura con cause pendenti di cui all'art. 118 l.f.

IL PROGRAMMA DI LIQUIDAZIONE

Lo strumento del programma di liquidazione, introdotto con le riforme del 2006/2007 attraverso la previsione dell'art. 104 ter l.f., costituiva una vera e propria "*sfida*" del legislatore con la dichiarata finalità di accelerare l'*iter* delle procedure fallimentari, da un lato ridimensionando la discrezionalità che in precedenza caratterizzava la fase liquidatoria e dall'altro valorizzando le capacità manageriali del curatore.

Esso rappresenta il fondamentale atto di programmazione ed indirizzo dell'attività liquidatoria da parte del curatore, tanto che rientra, giusta la previsione di cui all'art. 32 l. fall., fra le attività non delegabili a soggetti terzi da parte del curatore. La attuazione del programma di liquidazione si realizza attraverso il concorso necessario del Comitato dei creditori (nei casi un cui, sfortunatamente sempre più rari nella pratica, si forma, o in sua vece attraverso il concorso del Giudice Delegato) e determina una sorta di pianificazione concertata volta ad accelerare

l'*iter* della liquidazione.

Tale meccanismo, nelle intenzioni del legislatore, mirava a superare la diffusa prassi nei fallimenti ante riforma, in cui la liquidazione non iniziava se non una volta conclusa la fase di verifica e di formazione dello stato passivo.

Il limite del programma di liquidazione era tuttavia rappresentato dalla incertezza del termine iniziale dell'adempimento.

Il programma di liquidazione doveva essere predisposto dal curatore entro 60 giorni dalla redazione dell'inventario: tale *dies a quo*, però, non era espressamente determinato, ma individuabile *per relationem* con riferimento ad un adempimento (vale a dire la redazione dell'inventario) che, a sua volta, non risultava ancorato ad un termine tassativo ma ben poteva, specie nei casi più complessi, prolungarsi anche per un tempo non indifferente.

Lo stesso programma, inoltre, non prevedeva una durata massima.

Il novellato art. 104 ter l.f. oggi così dispone: "*I. Entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario,* ***e in ogni caso non oltre centottanta giorni dalla sentenza dichiarativa di fallimento****, il curatore predispone un programma di liquidazione da sottoporre all'approvazione del comitato dei creditori.* ***Il mancato rispetto di tale termine senza giustificato motivo è giusta causa di revoca del curatore****.*

1. *Il programma costituisce l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo, e deve specificare: a) l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, o di singoli rami di azienda, ai sensi dell' articolo 104, ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda, o di rami, a terzi ai sensi dell'articolo 104-bis; b) la sussistenza di proposte di concordato ed il loro contenuto; c) le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito; d) le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco; e) le condizioni della vendita dei singoli cespiti;* ***f) il termine entro il quale sarà completata la liquidazione dell'attivo.***

III. Il termine di cui alla lettera f) del precedente comma non può eccedere due anni dal deposito della sentenza di fallimento. Nel caso in cui, limitatamente a determinati cespiti dell'attivo, il curatore ritenga necessario un termine maggiore, egli è tenuto a motivare specificamente in ordine alle ragioni che giustificano tale maggior termine*.*

1. *Il curatore,* ***fermo restando quanto disposto dall'articolo 107****, può essere autorizzato dal giudice delegato ad affidare ad altri professionisti* ***o società specializzate*** *alcune incombenze della procedura di liquidazione dell'attivo.*
2. *Il comitato dei creditori può proporre al curatore modifiche al programma presentato.*
3. *Per sopravvenute esigenze, il curatore può presentare, con le modalità di cui ai commi primo, secondo e terzo, un supplemento del piano di liquidazione.*

VII. Prima della approvazione del programma, il curatore può procedere alla liquidazione di beni, previa autorizzazione del giudice delegato, sentito il comitato dei creditori se già nominato, solo quando dal ritardo può derivare pregiudizio all'interesse dei creditori.

VIII. Il curatore, previa autorizzazione del comitato dei creditori, può non acquisire all'attivo o rinunciare a liquidare uno o più beni, se l'attività di liquidazione appaia manifestamente non conveniente. In questo caso, il curatore ne dà comunicazione ai creditori i quali, in deroga a quanto previsto nell'articolo 51, possono iniziare azioni esecutive o cautelari sui beni rimessi nella disponibilità del debitore.

1. *Il programma approvato è comunicato al giudice delegato che autorizza l'esecuzione degli atti a esso conformi.*
2. ***Il mancato rispetto dei termini previsti dal programma di liquidazione senza giustificato motivo è giusta causa di revoca del curatore***".

NOVITÀ RELATIVE AL PROGRAMMA DI LIQUIDAZIONE

Per effetto della novella del 2015, il programma di liquidazione dovrà essere redatto entro 60 giorni dalla formazione dell'inventario, ma "*in ogni caso non oltre 180 giorni dalla sentenza di fallimento*".

La norma prevede pure una sanzione, che può suonare minacciosa, in quanto il mancato rispetto senza giustificato motivo di questo termine massimo costituisce giusta causa di revoca del curatore (procedimento che richiede il rispetto del contraddittorio *ex* art. 37 l.f., all'esito del quale il Tribunale in composizione collegiale provvede con decreto motivato anche d'ufficio, provvedimento che è reclamabile ai sensi dell'art. 26 l.f. innanzi alla Corte d'Appello entro 10 gg. dalla comunicazione del provvedimento).

L'ulteriore modifica di cui alla novella riguarda la durata massima per il compimento della fase di liquidazione, che in base a quanto previsto nella nuova lett. *f*) inserita al secondo comma dell'art. 104 ter l.f., "*non può eccedere due anni dalla sentenza di fallimento*", con obbligo per il curatore di indicare "*limitatamente a determinati cespiti dell'attivo*" le ragioni specifiche che si ritenga non consentiranno di rispettare detto termine biennale.

L'espressione "*cespiti*" utilizzata dalla norma è un chiaro riferimento all'attività di liquidazione in senso stretto (ossia a quell'insieme di operazioni pianificate dal curatore e finalizzate alla trasformazione dei beni e dei diritti facenti capo all'imprenditore fallito in denaro, da distribuire ai creditori concorsuali).

La logica conseguenza di quanto sopra affermato è che dall'alveo normativo di questa previsione sono esclusi i giudizi e le azioni pendenti, per i quali il legislatore della novella ha ideato un ulteriore strumento, con la modifica dell'art. 118 l.f., che consente la chiusura

anticipata della procedura fallimentare pur in pendenza di cause.

Prima di affrontare l'ulteriore innovativa modifica, va considerato che, seppur ogni modifica acceleratoria vada salutata con indubbio favore, il legislatore si è dimostrato un po' troppo ottimista nel fissare il termine massimo biennale di liquidazione, senza considerare che vi sono fattori esterni in grado di vanificare l'effettività del suddetto termine, specie in determinati contesti socio economici o per determinate tipologie di cespiti.

È innegabile ad esempio che la notoria crisi del mercato immobiliare, solo leggermente migliorata ma non ancora completamente superata, sia un elemento che può pesantemente condizionare, quale fattore esogeno ed estraneo alla volontà del curatore, l'effettiva possibilità di rispettare il termine complessivo indicato dalla novella.

LA CHIUSURA DELLE PROCEDURE CON CAUSE PENDENTI

Il legislatore della novella del 2015 è intervenuto pure aggiungendo all'ultimo comma dell'art. 118 l.f. la seguente disposizione:

"[...] La chiusura della procedura di fallimento nel caso di cui al n. 3) non è impedita dalla pendenza di giudizi, rispetto ai quali il curatore può mantenere la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi del giudizio, ai sensi dell'articolo 43. In deroga all'articolo 35, anche le rinunzie alle liti e le transazioni sono autorizzate dal giudice delegato. Le somme necessarie per spese future ed eventuali oneri relativi ai giudizi pendenti, nonché le somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti provvisoriamente esecutivi e non ancora passati in giudicato, sono trattenute dal curatore secondo quanto previsto dall'articolo 117, comma secondo. Dopo la chiusura della procedura di fallimento, le somme ricevute dal curatore per effetto di provvedimenti definitivi e gli eventuali residui degli accantonamenti sono fatti oggetto di riparto supplementare fra i creditori secondo le modalità disposte dal tribunale con il decreto di cui all'articolo 119. In relazione alle eventuali sopravvenienze attive derivanti dai giudizi pendenti non si fa luogo a riapertura del fallimento. Qualora alla conclusione dei giudizi pendenti consegua, per effetto di riparti, il venir meno dell'impedimento all'esdebitazione di cui al comma secondo dell'articolo 142, il debitore può chiedere l'esdebitazione nell'anno successivo al riparto che lo ha determinato".

Anche questa modifica deve essere vista con indubbio favore, sebbene da taluni criticata per gli interrogativi ed i problemi pratici che essa pone, molti dei quali ancora non risolti dagli interpreti. In sede di prima applicazione, numerose sono le circolari diramate negli ultimi mesi dai tribunali al fine di dettare alcune linee guida per tracciare i confini dell'alveo applicativo della novella.

È tuttavia innegabile che si tratti di strumento assai efficiente, in grado di contemperare l'interesse, di rango pubblicistico, della chiusura tempestiva della procedura e quello, di rango privatistico, della migliore soddisfazione dell'interesse dei creditori.

Troppi i fallimenti presi "in ostaggio" da chi voleva avvantaggiarsi della irragionevole durata delle procedure al fine di spingere i curatori, pur di chiudere procedure molto datate, a stipulare transazioni non convenienti, o ancora peggio cessioni di crediti o di cespiti a prezzi irrisori, od ancora da chi esercitava il potere di impugnazione in modo ostruzionistico.

La lunga durata dei processi di cognizione spesso finisce per condizionare la durata stessa della procedura concorsuale, che diviene talora un "contenitore di giudizi", con la conseguente spada di damocle rappresentata dalla legge pinto e dalla responsabilità dello Stato per mancato rispetto del termine di ragionevole durata del processo.

L'art. 2 *bis* della legge 89 del 2001 prevede infatti un indennizzo compreso fra un minimo di Euro 500 ed un massimo di Euro 1.500 per ciascuna parte e per ogni anno o frazione di anno superiore ai sei mesi eccedente il termine previsto come "ragionevole": vale a dire 6 anni per le procedure concorsuali; 3 anni per le procedure esecutive; 3 anni per i giudizi civili di primo grado; 2 per quelli di appello; 1 per la cassazione).

Di qui, da un lato, la modifica di cui all'art. 43 l. fall., laddove è previsto che le controversie in cui è parte un fallimento debbano essere trattate con priorità: trattasi indubbiamente di disposizione di natura programmatica la cui adeguata applicazione pratica deve essere sperimentata in sede di programma di gestione di cui all'art. 37 d.l. 98/2011.

Dall'altro lato, la previsione dell'innovativo strumento di chiusura anticipata della procedura fallimentare pur in presenza di contenziosi.

Da un punto sistematico, va osservato che con la possibilità di chiudere la procedura in presenza di giudizi, si abbandona il principio tradizionale per cui il fallimento non potrebbe chiudersi fino a che c'è un attivo da liquidare o da ripartire. Infatti, mentre la esigenza di liquidare continua ad essere un limite invalicabile alla chiusura, quella di ripartire non lo è più.

La chiusura di una procedura concorsuale prima che si sia realizzato l'obiettivo di soddisfare i creditori non è del resto strumento assolutamente nuovo: anche il concordato preventivo si chiude con l'omologazione, mentre la esecuzione del piano avviene in un momento successivo e si colloca al di fuori della procedura concorsuale, pur avvenendo sotto il controllo e la vigilanza degli organi della procedura. Alcune proposte di riforma della procedura fallimentare ipotizzano una procedura di liquidazione che si chiude già con l'approvazione del programma di liquidazione.

L'effetto della chiusura anticipata della procedura è quello di realizzare una sorta di ultrattività di alcuni degli organi fallimentari: vale a dire il curatore ed il giudice delegato, ma non del comitato dei creditori (in quanto l'art. 120, co. 5, l.f. richiama solo i primi due organi ma non il cmitato dei creditori).

PROBLEMATICHE DERIVANTI DALLA CHIUSURA DELLE PROCEDURE CON CAUSE PENDENTI

Numerosi, come si accennava, sono i problemi operativi che la norma in concreto pone e che gli interpreti hanno tentato di risolvere.

Il primo problema interpretativo riguarda l'ambito temporale di applicazione.

La previsione dell'art. 118 l.f. è stata modificata dall'art. 7, co. 1, lett. a), del d.l. 83/15, le cui disposizioni si applicano a decorrere dall'entrata in vigore della legge ex art. 23, co. 7, del d.l. 83/15.

Trattandosi di disciplina di tipo evidentemente procedimentale e non sostanziale, essa deve ritenersi applicabile anche alle procedure aperte prima dell'entrata in vigore della legge di conversione.

Il secondo problema interpretativo riguarda la interpretazione della locuzione "pendenza di giudizi", utilizzata dalla norma, ed in particolare se essa sia estesa alle sole controversie "attive", ovvero anche alle controversie "passive".

La prima tesi, secondo alcuni primi interpreti, trova un concreto fondamento nell'esistenza di altre previsioni della legge fallimentare – in particolare gli artt. 113 (sui riparti parziali) e 117 l.f. (sul riparto finale) – che già lasciavano aperta la possibilità di procedere alla chiusura delle procedure fallimentari con cause passive tuttora pendenti, così escludendo che la chiusura del fallimento fosse subordinata al definitivo accertamento del passivo, e facendo peraltro ricorso al meccanismo degli accantonamenti, che è infatti ora richiamato nello stesso art. 118 n. 3 l.f.

Secondo questa opinione, si deve ritenere che la nuova disciplina dell'art. 118, n. 3), l.f. operi per le cause c.d. "attive" e cioè dei "giudizi" che sono promossi dal fallimento allo scopo di conseguire poste attive da ripartire tra i creditori.

Ancora, si pone la questione della individuazione dell'ambito dei giudizi attivi. Il riferimento alla "pendenza di giudizi" rende evidente che il giudizio deve essere già stato promosso al momento di attivazione del meccanismo speciale di chiusura: l'ultrattività del Curatore (e del G.D.) è limitata alla "gestione" dei giudizi pendenti, non anche alla instaurazione di nuovi giudizi, anche se estesa a tutti i gradi successivi. Infatti il novellato art. 120 l.f. prevede che il "*giudice delegato e il curatore restano in carica ai soli fini di quanto ivi previsto*" e che "*il curatore può mantenere la legittimazione processuale, anche nei successivi stati e gradi del giudizio*".

Ciò determina importati ricadute in particolare nella ipotesi in cui il curatore intenda avvalersi dell'eventuale giudizio penale (instaurato in conseguenza dei reati commessi da responsabili dell'impresa fallita) per costituirsi parte civile: trattasi di situazioni molto frequenti soprattutto nelle ipotesi, non rare, in cui i responsabili penali della decozione siano apparentemente incapienti, sicché la azione civile risulta fortemente scoraggiata.

In tale evenienza il curatore dovrà necessariamente attendere il rinvio a giudizio, in quanto, in caso contrario, la chiusura del fallimento potrebbe precludere la costituzione di parte civile.

Una lettura che tenga conto della finalità acceleratoria della norma induce poi gli interpreti a ritenere applicabile la novella anche alle azioni esecutive, nonostante che esse non costituiscano giudizi pendenti in senso stretto.

Vi rientrano altresì le azioni di massa (quali le revocatorie). Sebbene i primi interpreti abbiano sostenuto la tesi contraria in quanto il comma II dell'art 120 l.f. (non modificato dalla novella) sanziona come improseguibili le azioni esercitate dal curatore dopo la chiusura, tale lacuna va colmata, in applicazione del criterio teleologico, considerando quale difettoso coordinamento il richiamo operato dalla norma in commento all'art. 43 l.f. e la mancata modifica dell'art. 120 l.f. E' evidente infatti che la contraria interpretazione svuoterebbe completamente di contenuto la portata innovativa della norma, impedendo la sua concreta applicazione in fattispecie, come le azioni revocatorie fallimentari, che costituiscono, qualora esperite, una delle principali ragioni di irragionevole durata della procedura concorsuale.

La lata accezione della locuzione giudizi pendenti comporta che vi rientrino anche i giudizi prefallimentari (fallimento creditore di soggetto in stato di decozione) e le ammissioni nella procedura di concordato (fallimento creditore di soggetto ammesso alla procedura di concordato).

L'unico limite, in tutti i casi, è quello che deve trattarsi di controversie che comportano un flusso pecuniario, e quindi: domande di condanna; insinuazioni al passivo ed opposizioni allo stato passivo in altri fallimenti; costituzioni di parte civile; procedure esecutive anche se su tale profilo sono state sollevate perplessità.

Vanno invece esclusi dall'alveo applicativo della norma i giudizi che hanno la finalità di recuperare dei beni in natura in quanto per questi beni acquisiti sarebbe necessaria una successiva attività di liquidazione (e quindi anche un supplemento del programma di liquidazione), la cui attuazione osta alla chiusura anticipata, la quale, come già detto, presuppone solo un supplemento di distribuzione di somme di danaro, non un supplemento di liquidazione.

Un ulteriore problema è rappresentato dalla compatibilità della previsione di cui all'art. 118, n. 3) l.f. con l'ipotesi in cui la controversia pendente costituisca l'unico attivo della procedura (fallimento privo di risorse ma con causa attiva pendente), ipotesi molto ricorrente nella pratica.

Sebbene vi siano voci favorevoli all'applicazione della previsione, va considerato da un lato che la novella richiama solo la ipotesi di cui all'art. 118 n. 3 l.f. e dall'altro lato che la chiusura anticipata presuppone la compiuta ripartizione. Al contrario, se si estendesse la nuova disciplina anche alla ipotesi di chiusura *ex* art. 118 n. 4 l.f. ci si dovrebbe scontrare con il fatto che, al momento della chiusura, la procedura non avrebbe operato riparti, essendovi solo una

speranza di riparto in caso di esito favorevole del giudizio pendente. Si tratterebbe dunque di una soluzione contraddittoria.

Inoltre, da un punto di vista pratico, è stato brillantemente osservato che la chiusura comporterebbe comunque la necessità di liquidare il compenso del curatore. Compenso che, tuttavia, essendo in quel momento l'attivo pari a zero, sarebbe a carico dell'erario per l'importo forfettario di euro 811,35 come previsto dall'art 4 del DM. 25 gennaio 2012 n. 30. La necessità di operare un riparto supplementare in caso di esito positivo del giudizio in attesa del quale il fallimento è stato chiuso, determinando la formazione di un attivo con valori positivi, determinerebbe il diritto del curatore ad ottenere il compenso previsto dalla legge, parametrato sui valori dell'attivo effettivamente realizzato, e gravante sulla massa fallimentare, e dunque il conseguente obbligo di restituzione all'erario dell'originario compenso già ottenuto per sopravvenuto venir meno delle condizioni di cui all'art. 4 DM 25 gennaio 2012 n. 30.

Dunque, in considerazione delle difficoltà anche di natura applicativa sopra evidenziate, lo scenario della controversia pendente come unico cespite attivo del fallimento non appare compatibile con una chiusura anticipata della procedura.

In caso di supplemento di riparto, il curatore avrà diritto ad un supplemento di compenso: in disparte della considerazione, di natura eminentemente pratica, secondo cui l'esclusione del diritto al compenso supplementare potrebbe disincentivare la chiusura anticipata da parte del curatore, e così vanificare l'effettività della riforma, va considerato che si tratterebbe di interpretazione di dubbia costituzionalità, in quanto verrebbe a ledere irragionevolmente i diritti del curatore.

Si pone ancora il problema di stabilire se in presenza dei presupposti di legge la chiusura costituisca atto dovuto.

In realtà, la formulazione della norma ("*la chiusura della procedura … non è impedita*") sembra in ogni caso rimettere la decisione ad una scelta ragionata e ponderata di curatore e giudice delegato. Ad esempio, è ben possibile che la pendenza di un giudizio di grande complessità, con esiti e sviluppi potenzialmente imprevedibili e necessità di costante monitoraggio, possa giustificare la scelta di non chiudere la procedura. Ancora, la disapplicazione del meccanismo di chiusura anticipata potrebbe essere giustificata dalla pendenza di numerosi giudizi, con necessità di conservare una gestione del contenzioso piena, e non in parte limitata, come invece nel caso della chiusura anticipata.

Insomma, plurime possono essere le ragioni che inducano gli organi della procedura a non attuare il meccanismo di chiusura anticipata e, se sorrette da congrue e ponderate valutazioni, tali scelte, in quanto connesse ad una discrezionalità propria degli organi stessi, risultano essere incensurabili. Ciò che il legislatore vuole evidentemente sanzionare è infatti l'inerzia ed il disinteresse degli organi della procedura.

GLI ACCANTONAMENTI ED I PROFILI FISCALI

Da un punto di vista operativo, lo strumento processuale con cui la chiusura si attua è rappresentato dagli accantonamenti di cui all'art. 117, II co. l.f. delle somme necessarie per spese future ed eventuali oneri relativi ai giudizi pendenti. Vista la latitudine della norma, una certa prudenza deve essere mantenuta rispetto alla disciplina degli accantonamenti. Sarà dunque necessaria una stima sufficientemente precisa dei costi relativi alla causa, nonché delle probabilità di esito favorevole della stessa.

Completamente ignorati dal legislatore sono infine i profili fiscali ed alcuni risvolti pratici conseguenti alla applicazione della novella.

Sotto il primo profilo, va considerato che, per effetto del disposto di cui al II comma dell'art. 118, l'emissione del decreto di chiusura obbliga il curatore alla cancellazione della società dal registro delle imprese (evento dal quale deriva la contestuale ed irreversibile estinzione di cui all'art. 2495 c.c.) e tale circostanza ha un'immediata ripercussione in ambito tributario in quanto l'art. 5, comma IV, d.p.r.. 322/98, per quanto attiene alle imposte dirette, e l'art. 35, comma IV, d.p.r. 633/72, per quanto riguarda l'imposta sul valore aggiunto, pongono tali atti come eventi terminali dell'esistenza fiscale delle società, cosi determinando l'avvio del decorso dei termini per la presentazione delle rispettive dichiarazioni finali.

L'assenza di un identificativo fiscale, per effetto della cancellazione della società all'atto della chiusura del fallimento, renderà necessaria la richiesta di una sua riattivazione (o, alternativamente, di una nuova attribuzione) per la quale si attende il rilascio di apposite istruzioni da parte dell'Agenzia (sollecitata a rispondere su questo e sugli altri profili fiscali dal citato quesito recentemente formulato dal Presidente del Tribunale di Novara, reperibile in www.IlFallimentarista.it).

Sotto il secondo profilo, le maggiori problematiche riscontrate nella prassi di prima applicazione riguardano essenzialmente il conto corrente bancario che dovrebbe restare aperto nonostante la chiusura della procedura e la cancellazione di codice fiscale e partita IVA del soggetto fallito e la permanenza dell'indirizzo p.e.c. della procedura, che dovrebbe restare attivo (e visibile) nonostante il curatore debba provvedere alla cancellazione della società dal registro delle imprese.

Insomma, molte luci e qualche ombra che attendono ulteriori precisazioni e chiarimenti che potranno venire sia dalla già annunciata ennesima riforma della legge fallimentare che da tutti gli operatori del settore.

Per un ulteriore esame della tematica, v. Le recenti disposizioni sulla "chiusura provvisoria" del fallimento in attesa della definizione di giudizi pendenti a cura di Salvatore Ziino, www.eclegal.it del 25 marzo 2016

NON SOLO DIRITTO

Mutuo e ristrutturazione del credito

di **Fabio Fiorucci**

Si segnala una recente decisione della Cassazione (Cass. 15.3.2016, n. 5087), secondo cui l'erogazione di un mutuo ipotecario non destinato a creare un'effettiva disponibilità nel mutuatario, già debitore in virtù di un rapporto obbligatorio non assistito da garanzia reale, non integra necessariamente né le fattispecie della simulazione del mutuo (con dissimulazione della concessione di una garanzia per un debito preesistente) né quella della novazione (con la sostituzione del preesistente debito chirografario con un debito garantito).

Essa può integrare, invece, – e normalmente integra – una fattispecie di procedimento negoziale indiretto, nel cui ambito il mutuo ipotecario viene erogato realmente e viene utilizzato per l'estinzione del precedente debito chirografario.

In questo caso, ove il mutuo ipotecario risulti stipulato a copertura di un'esposizione debitoria pregressa, il fallimento, sussistendone i presupposti, ha la possibilità di impugnare l'intera operazione, ai sensi dell'art.67 1.f., in quanto diretta ad estinguere con mezzi anormali la precedente obbligazione, e pure le rimesse effettuate con la provvista in quanto abbiano avuto carattere solutorio (Cass. 5265/2007).

Il ricorso al credito come strumento di ristrutturazione del debito – cui del resto si rivolge l'attuale normativa a mezzo degli istituti di cui agli artt. 182bis, 182quater, 182quinquies 1.f. – consente invero di rinegoziare i finanziamenti bancari anche nei riguardi di debiti scaduti, condizione che in sé, involgendo ambiti di diffusa economia reale e meritevolezza causale ormai tipicizzata, non può assumere alcuna riprovevolezza ordinamentale, nemmeno sul piano concorsuale.

L'elemento caratteristico di siffatto tipo di ricorso al credito consiste tuttavia in un'operazione di effettiva erogazione di nuova liquidità da parte della banca, funzionale non solo (e non tanto), quindi, all'azzeramento o consistente diminuzione della preesistente esposizione debitoria, con tutela rafforzata della banca mediante ipoteca configurabile come garanzia non contestuale, ma alla rimodulazione, per il tramite di nuove condizioni negoziali – per esempio afferenti il tasso di interesse – o rinnovate tempistiche dei pagamenti, dell'assetto complessivo del debito nel contesto di una nuova veste giuridico-economica degli anteriori rapporti.

In ciò, evidenzia la Cassazione, può concretamente stabilirsi il discrimine tra le due tipologie di operazioni utilizzate nella prassi, costituito dalla preesistenza o meno del rischio di credito effettivamente assunto dalla banca: laddove essa eroghi effettivamente nuova

liquidità al debitore, nel contesto di un'operazione non piegata all'unico obiettivo del rientro né dunque preordinata ad estinguere semplicemente l'obbligazione pregressa ripianando, con l'ipoteca, il rischio di credito già mal apprezzato al momento della sua insorgenza, si conforma alla sua funzione economica istituzionale, munendo l'impresa di nuove risorse suscettibili di rifinanziarla.

Si tratta di funzione in tal caso connaturata all'essere il finanziamento, cui accede l'ipoteca, destinato per l'appunto ad assicurare ulteriori disponibilità al debitore in conformità alle regole di corretta gestione di un rischio contestualmente assunto e, per questo, nuovo.