

2

V.G. 100



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE DI APPELLO DI NAPOLI

PRIMA SEZIONE CIVILE BIS

composta dai magistrati signori:

- 1) Dott. Renato LIPANI Presidente
- 2) Dott. Maria Rosaria CASTIGLIONE MORELLI Consigliere
- 3) Dott. Eugenio FORGILLO Consigliere Relatore

V. G. D. 100
 Gros. D. 100
 Ref. E. 100
 Est. di E. Forgillo
 Oggetto: Reclami ex art.
159 e 162 c.c. - F
18 L.F.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei procedimenti riuniti n. 126/2011 e 970/2011 v.g. aventi rispettivamente ad oggetto: "reclamo avverso provvedimento del tribunale ai sensi degli artt. 179 e 162, comma 2, l.f. e reclamo ex art. 18 l.f.", riservati in decisione all'udienza collegiale del 01/07/2011 e vertenti

tra

s.r.l. Delta Sport 2 in liquidazione (c.f. 01102560628, e numero REA 130679 del Registro delle Imprese di Chieti), in persona del liquidatore e legale rappresentante *pro tempore* sig. Salvatore Di Massa, avente sede legale in San Giovanni Teatino (CH), contrada Dragonara, via Po n. 86, elettivamente domiciliata:

> in Napoli al centro direzionale, is. G/8, presso lo studio dell'avv. Carmelo Palumbo, che, unitamente all'avv. Maria Facchiano, la rappresenta e difende, in virtù di procura in calce al reclamo rubricato al n. 126/2011;

> in Napoli, via Pietro Colletta n. 35, presso lo studio dell'avv. prof. Carlo Di Nanni (c.f. DNN CRI. 44P06 F839K), che la rappresenta e difende con procura a margine del reclamo ex art. 18 l.f., nel procedimento n. 970/2011

- Reclamante -

(nel procedimento n. 126/2011)

Commissario giudiziale della s.r.l. Delta Sport 2, in liquidazione, dr. Diego Maria Berruti, *non costituito*;

- Reclamato -

(nel procedimento n. 970/2011)

Fallimento della s.r.l. Delta Sport 2 (n. 9/2011 del Tribunale di Benevento), in persona del Curatore, dr. Diego Maria Berruti; *non costituito*

MARCA DA BOLLO
 Ministero della Giustizia
 €53,10
 CINQUANTATRE/10

DD0040031160001000
 DD016222 09/09/2011 07:03:23
 DD01-00016 E2A38D7A0C4F945A
 IDENTIFICATIVO : 01082231580197

0 1 08 223158 019 7

Francesca Pacitti e Stefano D'Aquino, rappresentati e difesi dall'avv. Renato Renzi, ed elettivamente domiciliati in Napoli, alla piazza Garibaldi, 118, presso l'avv. Iorlano;

s.p.a. G.B. International, in persona del legale rappresentante *pro tempore* sig. Ruggero Zanatta, *non costituito in questo grado*

- Resistenti -

Svolgimento del processo

1. Con ricorso del 24 febbraio 2010, la s.r.l. Delta Sport 2 in liquidazione - da qui in poi, per brevità, solo Delta - ha formulato al Tribunale di Benevento, sezione fallimentare, istanza ai sensi dell'art. 160 ss. del R.D. 16.3. 1942 n. 267 (doc. 2 della produzione di parte).
2. Con quel ricorso, Delta ha chiesto di essere ammessa alla procedura di concordato preventivo ed ha formulato ai creditori la proposta concordataria sulla base di un piano che prevedeva la soddisfazione dei crediti attraverso:
 - a. il pagamento dell'80% dei crediti muniti di privilegio generale;
 - b. l'integrale soddisfacimento dei crediti assistiti da altre cause di prelazione mediante la liquidazione dei beni facenti parte del patrimonio sociale;
 - c. la destinazione delle residue attività al soddisfacimento dei creditori chirografari, secondo il criterio della *par condicio* tra gli appartenenti alla medesima classe.
3. Nominato Commissario Giudiziale il dott. Diego Maria Berruti il giudice delegato contestualmente designato, con decreto depositato il 21 giugno 2010 (doc. 3), ha ordinato la convocazione dei creditori innanzi a sé, fissando l'udienza del 21 luglio 2010 per la discussione del piano e la votazione dei creditori.
4. Su istanza del commissario (doc. 4), l'adunanza dei creditori è stata rinviata al 8 ottobre 2010 (doc. 5), onde consentire il completamento della relazione al Tribunale.
5. Alla nuova udienza del 8 ottobre 2010, innanzi al G.D., sono iniziate le operazioni di voto (doc. 6), che sono state poi rinviate in prosieguo al 29 novembre 2010.
6. In tale udienza sono state completate le operazioni di voto ed è stato assegnato il termine di venti giorni per consentire le eventuali ulteriori dichiarazioni di voto sulla proposta di concordato (doc. 7).
7. Il commissario giudiziale (C.G.) ha depositato, in data 21 dicembre 2010, un documento intitolato "*Risultato delle adesioni alla procedura pervenute ai sensi dell'art. 178 l.fall.*" (doc. 10), nel quale ha esposto il seguente risultato, dalla cui

lettura sembrerebbe non raggiunta la maggioranza dei voti favorevoli:

totale creditori chirografari	3.824.009,25
maggioranza 50%	1.912.004,63
totale credito favorevoli	1.275.195,51
Percentuale di crediti favorevoli	33,35%
totale crediti contrari e astenuti	891.232,94
Percentuale crediti non favorevoli	23,31%

8. Con decreto del 22 dicembre 2010 il Tribunale di Benevento – riunito in Camera di Consiglio – sulla scorta della relazione del commissario giudiziale, ha dichiarato inammissibile la proposta di concordato formulata dalla Delta ed ha convocato il debitore all'udienza camerale del 27 gennaio 2011, delegando per l'audizione il medesimo G.D. della procedura di concordato preventivo (doc. 17).
9. Contro questo decreto, notificato al difensore in data 12 gennaio 2011, la Delta Sport 2 ha proposto reclamo ex art. 26 L.F., iscritto innanzi a questa Corte iscritto col n. 126/2011.
10. Con altro ricorso proposto al Tribunale di Benevento, la Delta Sport 2 aveva chiesto la revoca del decreto 12.1.2011, evidenziando gli *errores in procedendo* della procedura concordataria e la mancanza di ricorsi di fallimento pendenti a carico della medesima società in concordato.
11. L'udienza già fissata dal Tribunale di Benevento è stata rinviata al 18.2.2011, al fine di consentire di fare acquisire dalla Cancelleria informazioni sulla pendenza di ricorsi di fallimento, anteriori alla proposta di concordato.
12. In tale ulteriore udienza, sul presupposto che fossero pendenti, innanzi al Tribunale di Benevento, due ricorsi di fallimento, il Giudice Delegato, sentito il liquidatore della Delta, il Commissario Giudiziale, nonché il difensore della s.p.a. G.B. International, ha rimesso le parti innanzi al Collegio per la decisione.
13. Con sentenza n. 9 del 9.3.2011, depositata il 21.3.2011 (doc. 1), il Collegio ha così deciso: «*Visti gli artt. 162, 177 e 179 l.f. dichiara inammissibile la proposta di concordato preventivo presentata in data 24 febbraio 2010 dalla società debitrice. Visti gli artt. 1, 5, 6, 15, 16, 17 e 146 R.D. 16.3.1942 n. 267, accoglie il ricorso dei creditori Pacitti Francesca, D'Aquino Stefano e G.B. International s.p.a.; dichiara il fallimento di Delta Sport 2 S.r.l. in liquidazione, in persona del liquidatore ... omissis...*».
14. La sentenza è stata notificata alla s.r.l. Delta Sport 2 in liquidazione, presso il domicilio eletto, in data 19.4.2011, mentre non è stata notificata al liquidatore sig. Salvatore Di Massa.

15. Avverso tale decisione la Delta Sport ha proposto reclamo con ricorso depositato in cancelleria l'11/05/2011, riportandosi alle precedenti difese ed esponendo ulteriori motivi di contestazione rispetto alla dichiarazione di fallimento.
16. Si sono costituiti nel secondo procedimento solo Pacitti e D'Acquino insistendo particolarmente sulla loro estraneità alla dichiarazione di fallimento, non avendo essi insistito davanti al tribunale di Benevento per l'affermazione d'insolvenza della Delta.
17. Fissate le congiunte udienze per la trattazione ed acquisiti gli atti pervenuti in copia dal tribunale di Benevento, infine, all'udienza del 01/07/2011 la procedura è stata riservata per la decisione.

Motivi della decisione

I. Preliminarmente i reclami devono essere riuniti per connessione oggettiva e soggettiva trattandosi di impugnazione afferenti una medesima procedura di concordato sfociato in fallimento.

II. I reclami sono ammissibili quanto a tempestività giacché proposti nei termini di legge rispettivamente previsti per i decreti camerali e per la sentenza dichiarativa di fallimento.

III. All'originaria sospetta inammissibilità del reclamo per primo proposto sopravviene quello contro la sentenza di fallimento, ponendo obiettivamente in secondo piano la questione se il provvedimento emesso dal tribunale a termini dell'art. 179 l.fall. sia autonomamente reclamabile quando non faccia seguito contestuale dichiarazione di fallimento.

Nel caso di specie, dopo la votazione di cui agli artt. 177 e 178 l.fall. il giudice delegato, ritenute non raggiunte le maggioranze prescritte, ha riferito al tribunale a termini dell'art. 179 l.fall.; il tribunale di Benevento, raccolta la relazione del commissario giudiziale depositata il 21 dicembre 2010, il giorno successivo, sentito il giudice delegato, ha dichiarato inammissibile la proposta di concordato preventivo, convocando il debitore per una successiva udienza (27/01/2011) onde consentirgli la difesa in merito alla istanze di fallimento esistenti: prim'ancora della comparizione del 27/01/2011 la società Delta Sport 2 s.r.l. ha proposto reclamo alla Corte d'appello di Napoli, facendo (tra l'altro) rilevare di non essere stata posta in condizione d'interloquire sulla relazione del giudice delegato al collegio.

La contestazione è fondata, trovando applicazione l'art. 162, 2° comma l.f. per l'espresso rinvio disposto dall'art 179 l.f., il quale prevede che in conseguenza della verifica della mancata approvazione della proposta di concordato da parte dei creditori, il Tribunale, a cui il G.D. ha riferito senza ritardo, dispone la convo-

cazione del debitore in camera di consiglio, al fine di procedere alla dichiarazione di improcedibilità (così correttamente qualificata la pronuncia del provvedimento che ha effetto interruttivo di una procedura già aperta e in corso).

Evidentemente quest'omissione ha condizionato la fase successiva volta alla comparizione del debitore per essere sentito in merito alle istanze di fallimento esistenti, a ciò non rilevando la reiterazione del provvedimento contestuale alla sentenza di fallimento in seguito emessa.

Se è, infatti, vero che il tribunale ha nuovamente ribadito l'inammissibilità della proposta di concordato dopo aver ascoltato il debitore ed in seno alla sentenza di fallimento del 31/03/2011, è pur vero che ciò ha fatto senza mai revocare il precedente decreto, sicché lo stesso è stato emesso in difetto delle condizioni di legge (che prevedono, per l'appunto, l'audizione del debitore) e mostrava gli effetti di arresto della procedura concordataria in corso, sì da provocare uno iato tra questa e la successiva fase fallimentare, al punto che nemmeno occorreva una nuova dichiarazione di inammissibilità nel corpo della dichiarazione di fallimento.

Si poneva allora, dunque, il solo problema dell'autonoma ricorribilità del decreto d'inammissibilità per primo emesso, essendo ben noto il contrasto esistente in dottrina circa la portata dell'irreclamabilità contenuta nell'art. 162, 2° comma l.fall., richiamato dall'art. 179 l.fall., quando, per l'appunto non segua la dichiarazione di fallimento (esclusa pure, secondo i più, la ricorribilità per cassazione).

Apparsa per lo più incogrua quella previsione di irreclamabilità sancita dall'art. 162, comma 2, richiamato dall'art. 179 l.fall., nel momento in cui il sistema riformato delle procedure concorsuali non prevede l'automatica dichiarazione di fallimento in caso d'improcedibilità della proposta di concordato, si è palesata anche la disparità di trattamento rispetto a fattispecie analoghe di cessazione di procedure di concordato preventivo già aperto, laddove l'art. 173, in assenza d'analoga limitazione, rende percorribile la strada del reclamo ex art. 26, in relazione all'art. 164 l.fall. o, più generalmente, quella dell'art. 739 c.p.c., mentre l'art. 180, in ipotesi di rigetto, faculta il reclamo ex art. 183 l.fall.

In questa prospettiva non sembra irragionevole una lettura dell'art. 162, 2° comma, limitata alle sole ipotesi in cui consegua alla dichiarazione di improcedibilità contestuale dichiarazione di fallimento.

In questi termini può valorizzarsi un equo bilanciamento degli interessi, quando la parte proponente il concordato abbia interesse al suo mantenimento in essere e a denunciare eventuali vizi procedurali pur non confluiti in una succedanea dichiarazione di fallimento. È appena il caso di ripudiare quella soluzione sbrigativamente confermativa dell'inammissibilità del reclamo in ragione della ripropo-

nibilità del concordato preventivo giacché, all'evidenza, altro è la sua riproposizione, altro è l'esame del vizio riscontrato, che, ovviamente, se non rimosso, potrebbe ripresentarsi tal quale nel nuovo procedimento.

Sotto questa prospettiva possono esaminarsi quelle soluzioni atte a rimuovere gli inconvenienti che una interpretazione troppo rigida della norma potrebbe produrre.

Proposta dalla dottrina la ricorribilità ex art. 26 l.fall. della contestazione del formale provvedimento che il giudice delegato dovrebbe assumere e rendere pubblico prima di riferire al tribunale a termini dell'art. 179 l.fall., onde consentire al debitore e alle altre parti di controdedurre adeguatamente prima di una decisione "a sorpresa", si pone ancora all'attenzione il problema delle conseguenze dell'omissione, da un lato - come già detto - apparendo la lettera della legge (art. 162 l.fall.) apparentemente ostativa all'autonomo reclamo quantunque non segua la sentenza di fallimento, dall'altra potendosi auspicare una soluzione come quella proposta dalla reclamante, di seguito riassunta.

Reputa la parte inapplicabile il regime impugnatorio delineato dal terzo comma dell'art. 162, giacché (a differenza del 2° comma) non richiamato dall'art. 179 l.fall.; mentre gli artt. 162 e 183 applicano la medesima disciplina perché riguardano fattispecie similari, in cui il procedimento di concordato preventivo o non si apre affatto o viene definitivamente chiuso, per cui non esistono ostacoli alla dichiarazione di fallimento, l'art. 179 indice su una fase del procedimento, in cui eventuali vizi debbono essere riesaminati subito al fine di evitare una dichiarazione di fallimento viziata da *error in procedendo*.

Nell'assunto che la forma del "decreto" consente l'operatività delle norme generali e, quindi, degli artt. 742 bis e 742 c.p.c., reputa la Delta Sport possibile l'impugnativa autonoma quando all'inammissibilità emessa *in audita altera parte*, non consegua immediata dichiarazione di fallimento, o pure se la stessa relativa procedura sia pendente, non potendosi in siffatte ipotesi nemmeno porre un problema di duplicazione dei rimedi impugnatori; così come problema non si pone nelle ipotesi di impugnativa per rifiuto d'omologa allorché siano stati impugnati anche i decreti di rigetto dei ricorsi di fallimento.

Se, dunque, era un diritto della parte ad avere contezza e partecipazione nel procedimento, alla sua violazione del procedimento consegue la possibilità d'autonoma impugnativa quando, come nella specie, non è emesso dal tribunale contestuale altro provvedimento impugnabile ex art. 18 l.fall.

Laddove al provvedimento di inammissibilità non s'accoppi la sentenza di fallimento reclamabile ex art. 18 l.fall., resterebbe, dunque, percorribile la strada del rimedio ex art. 26 l.fall.: davanti al tribunale se il provvedimento del giudice de-

legato reso noto al debitore prima della decisione d'improcedibilità; davanti alla Corte se non reso noto prima di tale decisione.

La soluzione pare coerente col sistema, laddove altrimenti il debitore potrebbe ingiustificatamente trovarsi esposto ad azioni esecutive ovvero compiere azioni dispersive durante il tempo occorrente al tribunale per l'istruttoria prefallimentare a far data dalla dichiarazione d'improcedibilità.

Condivisa l'impostazione seguita dal reclamante e, comunque, quelle tesi dottrinarie che fanno leva (a) sul disposto degli artt. 164 e 26 l.fall. per il reclamo contro l'eventuale provvedimento del g.d. dichiarativo del mancato raggiungimento delle maggioranze; (b) sul disposto degli artt. 26 (in combinazione con l'art. 164 o per applicazione analogica) o sugli artt. 739 - 742bis c.p.c., per il reclamo contro il provvedimento del tribunale reso a termini dell'art. 179 l.fall. non preceduto da formale comunicazione del g.d., in ogni caso la contestazione appariva ammissibile.

III.a. Ad ogni buon conto la successiva impugnativa della sentenza di fallimento, con riproposizione dei motivi, non fa altro che rendere ammissibili questioni che in un primo tempo potevano apparire inammissibili secondo una diversa configurazione del sistema.

Ciò posto e considerato, già solo questo motivo sembra dirimente per la soluzione del caso, giacché, come detto, il debitore non è stato posto nella condizione d'interloquire in camera di consiglio prima della dichiarazione d'improcedibilità.

IV. Anche le altre questioni proposte, tuttavia, non appaiono infondate.

I.- Il tribunale è pervenuto alla dichiarazione di fallimento su due presupposti:

- a) che l'ammissione della Delta Sport 2 alla procedura di concordato preventivo andasse dichiarata inammissibile, sussistendo le ragioni, di fatto ed in diritto, addotte dal Commissario Giudiziale;
- b) che fossero pendenti, innanzi al Tribunale di Benevento, i ricorsi di fallimenti proposti dai sig.ri Francesca Pacitti e Stefano D'Aquino, e dalla s.p.a. G.B. International.

Invece, come si illustrerà in prosieguo (replicando le difese della Delta Sport), nessuno di questi presupposti esisteva.

Innanzitutto, il Tribunale ha errato nel non avere dato alcun rilievo alle contestazioni che sono state mosse, dalla Delta Sport 2 s.r.l. (dopo la prima dichiarazione di inammissibilità, cui ha fatto seguito la vibrata difesa per evitare la dichiarazione di fallimento) alla nota con la quale il C.G. ha riepilogato il risultato delle operazioni di voto ed ha concluso che, a suo avviso, non erano state rag-

giunte le maggioranze per l'approvazione della proposta di concordato.

Sul punto, il Tribunale si è limitato soltanto ad osservare che, da un lato, le eccezioni sollevate dalla Delta Sport 2 sarebbero state tardive, dovendo essere invece proposte nell'adunanza dei creditori; e, dall'altro, che secondo la prova di resistenza i voti dei fideiussori non avrebbero potuto modificare il risultato acclarato dal C.G.

Per quanto riguarda il primo rilievo, l'osservazione del Tribunale non coglie nel segno, in quanto l'art. 175 l. fall. non contiene il discrimine individuato, limitandosi soltanto a riconoscere ai creditori il potere di contestare la proposta o il voto di altri creditori, ed al debitore la facoltà di contestare i crediti dichiarati (ovviamente diversi da quelli che esso stesso ha indicato e riconosciuto nella proposta).

Nel caso di specie, al C.G. è stato contestato di non avere fornito la prova di avere inviato la comunicazione ex art. 171 l. fall. a tutti i creditori aventi diritto al voto, e comunque di non avere convocato i creditori privilegiati e quelli condizionali. Su questo punto, al quale il C.G. non ha dato alcuna risposta nell'udienza del 27.1. 2011, il Tribunale non si è in alcun modo espresso, limitandosi a dichiarare che *"il Collegio ritiene che meritano totale adesione le argomentazioni svolte dal Commissario Giudiziale nella relazione depositata in data 10 febbraio 2011"*.

Va rimarcato, sul punto, che non esiste certezza che i dati esposti dal C.G. nella sua relazione del 21 dicembre 2010 (doc. 10 della documentazione attorea) riproducano, correttamente e per intero, il risultato della manifestazione di volontà di tutti gli aventi diritto al voto.

Infatti, nel procedimento di convocazione dei creditori – e conseguentemente nell'adunanza innanzi al Tribunale – non è stata fornita la prova che la comunicazione ex art. 171, secondo comma, l. fall. sia stata trasmessa dal G.C. a tutti i creditori, in modo da metterli in condizione di esprimere il loro voto.

Della mancanza di completa informativa si ha conferma sia dalla dichiarazione resa dal C.G. all'udienza del 8.10.2010 (doc. 6), sia dalla evidenziazione, nell'elenco delle raccomandate, di quelle restituite perché i destinatari sono risultati sloggiati o sconosciuti (doc. 9), e comunque dal mancauto deposito delle ricevute di ritorno delle raccomandate inviate ai creditori. Non vi è perciò nessuna certezza che tutti i creditori siano stati informati dell'adunanza fissata dal Tribunale. Anzi, come risulta dalla comunicazione dell'avv. Paciello, relativa alla posizione del sig. Procaccino (doc. 11), è certo che alcuni creditori non hanno mai ricevuto tale comunicazione.

2.- Mentre nei verbali delle udienze 8 ottobre 2010 (doc. 6) e 29 novem-

bre 2010 (doc. 7) sono stati espressamente indicati i voti dichiarati personalmente da alcuni creditori e sono stati annotati quelli trasmessi al C.G. - complessivamente in numero di 22 votanti - le ulteriori dichiarazioni di voto, comunicate nei venti giorni successivi alla cancelleria o al C.G., non sono state annotate in calce al verbale, come è invece prescritto dall'art. 178, ultimo comma l. fall., affinché siano poi considerate ai fini del computo della maggioranza dei creditori aventi diritto al voto. Nel caso di specie, questo adempimento non è stato eseguito, per cui non è dato sapere quali e quante adesioni alla proposta di concordato sono sovrappiunte tra il 29.11 ed il 20.12.2010, e quali siano state favorevoli e quali contrarie; il che vizia radicalmente il procedimento per il calcolo delle maggioranze ai fini del voto.

3.- Il risultato esposto dal C.G. non consente di avere contezza neppure della percentuale da lui indicata, in quanto si è limitato a calcolare le percentuali solo sulle dichiarazioni di voto rese in udienza o a lui trasmesse: 33,35% di voti favorevoli e 23,31% di voti contrari.

Un calcolo esatto avrebbe dovuto essere svolto, com'è ovvio, con riferimento al totale dei crediti ammissibili al voto, compresi - per quanto si dirà in prosieguo - i creditori privilegiati, i garanti ed i coobbligati.

Orbene, anche se si volesse ragionare soltanto sui crediti privilegiati presi in considerazione dal C.G. (€ 3.824.009,25), detratti i voti favorevoli (per € 1.275.195,51) e quelli contrari (per € 891.232,94), residua un ammontare di crediti - pari ad € 1.657.580,80 - ai quali il C.G. non ha attribuito alcuna connotazione. E' vero che, secondo il sistema delineato dall'art. 177 l. fall., per l'approvazione della proposta di concordato debbono essere espressi voti favorevoli che rappresentino la maggioranza dei crediti ammessi al voto; ma nel caso in esame, in mancanza di certezza che i titolari di crediti chirografari per ben € 1.657.580,80 (oltre il 40% dell'intero) siano stati messi in grado di esprimere il loro voto, non è possibile applicare questa regola. E ciò senza considerare che, come si vedrà in prosieguo, sicuramente non sono stati informati del loro diritto di esprimere il voto i creditori privilegiati - che, come risulta dal prospetto redatto dal C.G. per l'udienza del 29.11.2010 (doc. 9), assommano ad € 1.543.095,80 - ed i fideiussori della Delta, che hanno garantito debiti per € 1.797.957,67.

4.- Aldilà dei creditori non raggiunti dalla comunicazione ex art. 171 l. fall., apparentemente questa non è stata inviata ai **creditori privilegiati**.

Al riguardo, va osservato che né l'art. 171, comma 2, né il successivo art. 177 distinguono, ai fini della votazione, i creditori privilegiati da quelli chirografari, limitandosi la seconda norma a prevedere l'effetto della decadenza dal privilegio per il creditore di questa categoria che abbia votato.

Orbene, è evidente che, indipendentemente dalla concreta scelta di ciascuno, il creditore privilegiato ha comunque diritto di essere informato e di partecipare all'adunanza dei creditori, sia per difendere il proprio interesse contro eventuali contestazioni che altri intendessero muovergli, sia a sua volta per interloquire con il debitore e con gli organi di direzione della procedura ed esporre le ragioni di ammissibilità o meno del concordato; non a caso si è affermato in dottrina che "... anche senza l'ammissione al voto, dunque, il creditore privilegiato pregiudicato dal piano potrebbe sollecitare in adunanza la declaratoria di inammissibilità da parte del tribunale, potendosi invece interpretare il suo silenzio come accettazione della proposta....").

D'altra parte, al creditore privilegiato è consentito anche di rinunciare al privilegio ove ritenesse opportuno favorire l'approvazione del concordato: ipotesi che sicuramente ricorre nel concordato della Delta Sport 2 s.r.l. Infatti, fra i creditori privilegiati sono riportati, sia nella contabilità sociale che nella ricognizione dei crediti fatta dal C.G. in vista dell'udienza del 29 novembre 2010 (doc. 9), anche i sig.ri Salvatore Di Massa, Salvatore Forgione e Tommaso Riccardi che, per altro verso (e per gli effetti di cui in prosieguo si dirà), sono anche fideiussori della Delta.

Orbene, le posizioni creditorie dei suindicati nominativi sono così individuate:

Salvatore Di Massa (n. 87 e 93):	€ 56.560,26
Salvatore Forgione (n. 139):	€ 10.216,00
Tommaso Riccardi (n. 271):	€ 18.943,65
	€ 85.719,91

Costoro sono, come si è detto, anche fideiussori della Delta per l'importo complessivo e solidale di € 1.797.957,67, sicché si può affermare con certezza assoluta che, se fossero stati chiamati a votare, avrebbero ben volentieri rinunciato al privilegio per evitare il fallimento della società e conseguentemente trovarsi esposti a pagare ai creditori da loro garantiti il 100% del debito che invece, in caso di approvazione del concordato, sarebbe quanto meno decurtato della percentuale concordataria pagata dalla società. E viste le cifre di cui si discute, è palese l'interesse di quei creditori privilegiati a dare voto favorevole al concordato.

Analogo ragionamento avrebbero potuto fare altri creditori privilegiati, valutando il rischio rappresentato dai maggiori costi di una procedura fallimentare, capace di intaccare notevolmente anche i crediti assistiti da privilegio generale.

5.- Apparentemente il C.G. non ha inviato la comunicazione ex art. 171

l. fall. ai fideiussori della società Delta - sig.ri Martino Marco Del Vecchio, Salvatore Di Massa, Salvatore Forgione, Pasqualino Franco e Tommaso Riccardi - della cui esistenza egli era sicuramente edotto, come risulta sia dalla dichiarazione dallo stesso resa all'udienza 8 ottobre 2010, sia dalla documentazione, a lui inviata, relativa al contenzioso con la Intersport Italia s.p.a.

L'art.174, quarto comma, l. fall. dispone che, all'adunanza dei creditori "possono intervenire anche i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso". Questo intervento risponde, per quanto riguarda i fideiussori, ad un interesse specifico, dal momento che il concordato produce l'effetto di esdebitare il debitore, senza però liberare i garanti. L'intervento di costoro all'adunanza non ha, perciò, soltanto la funzione di fare partecipare i fideiussori alla discussione, per sostenere o osteggiare la proposta concordataria, ma piuttosto di consentire loro di votare in quanto titolari di un diritto di credito, sia pure condizionato.

Infatti, il concordato determina una sicura incidenza sul patrimonio del fideiussore, in quanto il suo diritto alla rivalsa nei confronti della società garantita subisce gli stessi effetti che ricadono sugli altri creditori.

Da ciò consegue che tutti i creditori destinatari degli effetti della procedura, che in via preliminare si vedono sottratta la possibilità di agire in via esecutiva per la tutela delle rispettive ragioni ed in caso di omologazione sono soggetti alla falcidia concordataria, debbono essere chiamati ad esprimere la volontà di accettazione o di rifiuto della proposta.

Dall'art. 168 l. fall. si ricava che anche al fideiussore è preclusa sia la possibilità di svolgere esecuzioni in danno del debitore concordatario, sia il diritto di agire in rilievo contro di lui, in base all'art. 1953 c.c.; quindi, qualora il debitore principale non fosse in grado di pagare i propri creditori secondo la percentuale offerta nella domanda di concordato, essi si rifarebbero sui garanti, i quali non potrebbero, a loro volta, né esercitare l'azione di regresso ex art. 1299 e 1950 c.c., né fare valere, in via di surroga, i diritti del creditore soddisfatto a norma degli artt. 1949 e 1203 c.c., che consentirebbe al *solvens* di avvalersi della posizione spettante al creditore soddisfatto.

In conseguenza di tale limitazione dei diritti del fideiussore e dell'attuazione del suo credito ai sensi dell'art. 55 l. fall., al fideiussore deve essere consentito di votare anche se ancora non sia stato escusso dal creditore garantito.

A questa conclusione è pervenuta la giurisprudenza di legittimità (Cass. 26 settembre 1990 n. 9736) sulla base di alcuni importanti principi esposti in motivazione: «La valorizzazione, implicita nel motivo di ricorso, del dato letterale del 2 comma dell'art. 55 L.F., secondo cui i debiti pecuniari si considerano scaduti "a-

Carrazzoni 26-9-1990 n. 9736

gli effetti del concorso" alla data di dichiarazione di fallimento e, per il richiamo dell'art. 169, alla data di presentazione del ricorso nel concordato preventivo, non è per nulla ininfluyente nei riflessi del coobbligato solidale del proponente il concordato, la cui posizione si trova in una situazione di accessorietà, tipica della garanzia fideiussoria, rispetto alla situazione del debitore principale sottoposto a procedura concordataria. Come questa Corte ha già rilevato con precedente pronuncia in situazione analoga (vedi Cass. 10.7.1968 n. 2393), la dizione "ai fini del concorso" che appare nell'art. 55 L.F., chiarisce l'intento di raggiungere una omogeneità della massa passiva ai fini della pariteticità del concorso e con riferimento all'esigibilità dei crediti concorrenti, senza per questo limitare necessariamente le conseguenze connaturali al fatto giuridico della scadenza di un'obbligazione la quale, peraltro, deriva autonomamente già dall'art. 1186 c.c.». Ed ancora, «Innanzitutto ammessi al voto debbono essere tutti i crediti chirografari (...) per titolo e causa anteriori al decreto di ammissione alla procedura di concordato del debitore. Nella Legge Fallimentare, per il vero, non esiste alcuna disposizione che espressamente individui, con riferimento al momento temporale della loro fonte, i crediti ammessi al voto ed idonei a determinare il cumulo sul quale computare poi le maggioranze quantitative. Dalla disciplina, peraltro, dell'art. 184, 1 comma (che trova testuale riferimento, per il concordato fallimentare, nell'art. 135 L.F.), in riferimento all'art. 168, 1 comma L.F., può trarsi una linea interpretativa sistematica dalla quale dedurre che l'elemento temporale discriminante, al fine della determinazione del concorso concordatario, è costituito dalla data del decreto di ammissione alla procedura. (...) Solo i creditori destinatari degli effetti della procedura, che in via preliminare si vedono sottratta la possibilità di agire in via esecutiva per la tutela delle rispettive ragioni, ed in caso di omologazione sono soggetti alla falcidia concordataria, sono chiamati ad esprimere la volontà collettiva di accettazione, secondo le maggioranze legislativamente previste, o di rifiuto della proposta. Questi soggetti sono coloro che l'art. 168 L.F. individua come "creditori per titolo e causa anteriore al decreto" di ammissione alla procedura; sono inoltre, coloro per i quali l'art. 184 dichiara obbligatorio il concordato qualificandoli come "tutti i creditori anteriori al decreto di apertura della procedura di concordato". Il decreto di apertura del procedimento di concordato, quindi, ed il momento della sua emissione, individua l'elemento procedurale e temporale discriminante tra i crediti per i quali la procedura è vincolante (quelli per titolo e causa anteriori) e come tali sono ammessi all'adunanza dei creditori con diritto di voto, e quelli che restano estranei al concorso concordatario (per titolo e causa posteriori)» (Cass. 27.6.1998 n. 6355 e Trib. Torino 2.12.1992, in *Fallimento* 1993, p. 1047).

Il credito dei fideiussori, in definitiva, è già esistente alla data del decreto di ammissione, perché scaduto; ed infatti, prosegue ancora la Suprema Corte nel-

la richiamata sentenza 26 settembre 1990 n. 9736: «hanno diritto di partecipare all'adunanza di cui all'art. 174 L.F., per i fini degli artt. da 175 a 178 L.F., tutti i creditori chirografari le cui situazioni giuridiche trovino titolo e causa anteriori alla data del decreto di ammissione del debitore alla procedura di concordato. Si tratta, sia chiaro, di un effetto che attiene alla fonte del credito, alla sua esistenza, non necessariamente alla sua esigibilità, non richiedendosi affatto che la partecipazione del credito al concorso concordatario, ed alle sue fasi processuali, sia a sua volta esigibile, (...) prima della adunanza dei creditori, volta che in base al 1° comma dell'art. 184 L.F. l'obbligatorietà del concordato è delineata indipendentemente dalla sussistenza di termini e di condizioni. D'altronde, il richiamo dell'art. 66 L.F., e quindi anche del terzo comma dello stesso, da parte dell'art. 169, individua fra i crediti partecipanti alla procedura anche i crediti condizionali e quelli gravati da patto di preventiva escussione di un obbligato principale: anche essi, pertanto, in quanto partecipi alla procedura debbono essere altresì partecipi delle sue varie fasi e tra esse, essenziale, quella della discussione e della votazione».

Ove non fosse seguita questa tesi, in ogni caso, anche a voler considerare necessario che il credito sia già scaduto, in quanto soggetto alla condizione sospensiva del pagamento da parte del garante e quindi del sorgere in capo a lui di un diritto di regresso verso il debitore principale, si dovrebbe comunque pervenire alla medesima conclusione, visto che il combinato disposto di cui agli artt. 55, ultimo comma, e 169 l. fall. consente anche ai crediti condizionali di partecipare al concorso, compresi quelli che non possono farsi valere senza previa escussione dell'obbligato principale. E ciò è confermato anche da quanto affermato in tema dalla richiamata sentenza 26 settembre 1990 n. 9736, che ancora osserva: «Il secondo elemento da evidenziare attiene all'obbligazione solidale del fidejacentente (...). Sul punto si deve, per contro, ritenere che, proprio in base all'art. 1944 c.c., richiamato in dette sentenze, alla funzione causale del negozio fideiussorio ed all'accessorietà che caratterizza il rapporto di garanzia personale, il credito del beneficiario della garanzia e l'obbligazione del fidejacentente sorgono contestualmente al negozio di fideiussione, ancorché la esigibilità sia subordinata al termine di scadenza del debito principale e, in caso di obbligo di preventiva escussione, sia sospensivamente condizionato. La funzione causale della fideiussione, con cui si attua la garanzia personale e che, in quanto tale, deve sussistere al momento stesso della stipulazione del negozio, si concretizza nella estensione delle possibilità soddisfattive a favore del creditore, estensione rispetto ai diritti che già gli competono su patrimonio del debitore principale in base al generale principio di responsabilità».

In dottrina si è sostenuto che la ratio della norma sarebbe nell'evitare danno ai titolari di crediti condizionali, i quali potrebbero veder verificarsi l'evento,

dal quale dipende l'esecutività del loro diritto di credito, quando esso fosse divenuto irrealizzabile, essendo già chiusa la procedura – del resto, la garanzia patrimoniale del debitore ha costituito anche per essi legittimo affidamento; l'altra parte il rinvio all'articolo 55 l. f. implica che i titolari dei crediti condizionali sono ammessi a votare in quanto assoggettati alla procedura.

Il diritto del fideiussore a votare sulla proposta di concordato avanzata dal debitore da lui garantito si deduce, a contrario, anche dalla giurisprudenza di merito (Trib. Firenze 31 maggio 1988, in Dir. fall. 1990, II, 593), secondo cui «nell'approvazione del concordato preventivo la esclusione del parente, che si è surrogato ad altro creditore per effetto dell'adempimento della fideiussione prestata, deve essere esaminata non più, od almeno non solo, ai sensi dell'art. 177 l. fall., ma anche dell'art. 1949 c.c. La norma speciale (art. 177 l. fall.) ha una ragione di essere, che è costituita dal sospetto verso la parzialità del parente, ma tale ragione, che si può giustificare nella possibilità di una preconstituzione di debiti, strumentale alla predisposizione di "un iter" pilotato della procedura, non può estendersi alla ipotesi della fideiussione», con la conseguenza che l'esclusione dal diritto di voto del parente o del coniuge non può estendersi anche al fideiussore, il quale, quindi, è implicitamente reputato legittimato al voto.

Ancora in analogo senso è stato anche ribadito che «l'effetto esdebitatorio di cui si giova il socio illimitatamente responsabile per effetto del concordato preventivo della società si estende anche al debito derivante dalla fideiussione rilasciata dal socio a beneficio della società» (Trib. Messina 30 novembre 1998, in Foro it. 2000, I, 1327).

Orbene, applicando questi principi al concordato Delta, se fossero stati convocati anche i suoi fideiussori, questi avrebbero potuto fare modificare l'esito del concordato. Infatti, i sig.ri Martino Marco Del Vecchio, Salvatore Di Massa, Salvatore Forgione, Pasqualino Franco e Tommaso Riccardi hanno prestato fideiussione per la Delta Sport 2 s.r.l. a favore dei seguenti istituti di credito: a) Monte dei Paschi di Siena; b) Banca Nazionale del Lavoro -- PARIBAS; c) Banca della Campania; d) Banca del Lavoro e del Piccolo Risparmio; e) BCC di Calvi. I medesimi soggetti hanno altresì prestato fideiussione non solidale anche a favore della Intersport Italia. I debiti assunti verso la Banca della Campania e la Banca del Lavoro e del Piccolo Risparmio sono stati integralmente pagati dai garanti, che sono perciò subentrati nei medesimi diritti del creditore principale, acquisendo tutti i diritti collegati al credito, compreso quello di voto in sede di concordato preventivo.

Orbene, la pronuncia del Tribunale di Benevento è, anche su questo punto, non condivisibile, in quanto ancorata ai calcoli del C. G. nella sua ultima relazione (doc. 10); invece, proprio muovendo dai dati da lui esposti, si evidenziava-

no i seguenti creditori garantiti, ai quali sono subentrati i garanti:

<i>creditore garantito</i>	<i>importo C. G.</i>	<i>Rif</i>
Banca della Campania	€ 105.012,84	
MPS	€ 308.540,35	pag 1 n. 29
BNL	€ 1.065,30	pag 1 n. 28
	€ 93.558,57	pag 1 n. 30
	€ 147.499,95	pag 3 n. 311
BCC - Calvi	€ 99.974,26	pag 1 n. 26
	€ 546,12	pag 4 n. 323
	€ 95.036,12	pag 5 n. 312
BLPR	€ 202.402,14	pag 5 n. 314
Intersport	€ 744.322,02	pag 5 n. 174
<i>Totale fideiussioni concesse</i>	<i>€ 1.797.957,67</i>	

Orbene, se i fideiussori avessero potuto precisare il loro credito ed esprimere il voto - che, data la convenienza per questi soggetti, responsabili dei debiti societari garantiti, di evitare il fallimento, sarebbe stato certamente favorevole alla proposta di concordato preventivo (doc. 12) - essi avrebbero determinato l'esito favorevole della procedura, come di seguito esposto:

Prospetto C. G.

totale crediti chirografari	€	3.824.009,25
Maggioranza 50%	€	1.912.004,63
totale crediti favorevoli	€	1.275.195,51
percentuale di crediti favorevoli		33,35%
totale credito contrari ed astenuti	€	891.232,94
percentuale crediti non favorevoli		23,31%

Prospetto C. G. - Integrato con crediti condizionati fideiussori

totale crediti chirografari esposti dal C.G	€	3.824.009,25
fideiussori Banca della Campania	€	105.012,84
fideiussori MPS	€	308.540,35
fideiussori BNL	€	1.065,30
	€	93.558,57
	€	147.499,95
fideiussori BCC - Calvi	€	99.974,26
	€	546,12
	€	95.036,12
fideiussori BLPR	€	202.402,14
fideiussori Intersport	€	744.322,02

totale crediti chirografari + fideiussori	€	5.621.966,92
<i>maggioranza 50%</i>	€	2.810.983,46
totale crediti favorevoli esposti dal C. G.	€	1.275.195,51
per surroga dei fideiussori in B Campania	€	105.012,84
fideiussori MPS	€	308.540,35
fideiussori BNL	€	1.065,30
	€	93.558,57
	€	147.499,95
fideiussori BCC - Calvi	€	99.974,26
	€	546,12
	€	95.036,12
per surroga dei fideiussori BLPR	€	202.402,14
fideiussori Intersport	€	744.322,02
<i>totale voti favorevoli</i>	€	<u>3.073.153,18</u>
<i>percentuale di voti favorevoli</i>		<u>54,66%</u>
totale voti contrari ed astenuti	€	891.232,94
percentuale crediti non favorevoli		17,41%

È evidente che, in questo caso, il concordato sarebbe stato approvato.

6.- La metodologia utilizzata per l'ammissione al voto ed il computo delle maggioranze, ai fini del voto della proposta di concordato, non è coerente ed univoca; infatti, il C.G. ha, in linea di massima, escluso l'ammissione al voto dei crediti non documentati, come nel caso del creditore Castelli Alessandro (fascicolo n. 62), al quale perciò viene assegnato, nella relazione finale, il valore pari a "0".

Queste esclusioni erano state, peraltro, operate a prescindere dall'eventuale inclusione del nominativo nell'elenco dei creditori, presentato dalla stessa Delta (doc. 8), come nel caso dello stesso Castelli.

Altre volte il C.G. ha ammesso i creditori per importi inferiori rispetto a quelli dichiarati dalla Delta, per mancanza di documentazione a riprova dell'intero importo, come nel caso di Lombardi Francesco (fascicolo n. 194), ovvero Perfetti Stefania (fascicolo n. 225).

Tuttavia, in altri casi, il metodo applicato è stato diverso: pur avendo egualmente ritenuto non sufficientemente documentato il voto, il C.G. ha ritenuto di inserire comunque, alla voce "importi ammissibili al voto", il valore del credito, così come indicato nel prospetto della Delta; ad esempio, ciò è avvenuto per la s.p.a. A. Manzoni & C., la quale risulta non ammessa al voto, mentre l'importo di € 6.832,08 è comunque inserito nella relativa tabella.

La stessa discrasia di comportamento si riscontra nel caso della s.p.a. Basic Italia (fascicolo n. 36), la quale non era stata ammessa perché la richiesta era "non dettagliata"; tuttavia, l'importo del credito di € 905,47 è inserito nella tabella "importi ammissibili al voto"

Idem per la s.p.a. L'alpina maglierie sportive (fascicolo n. 187), non ammessa per mancata prova del credito, ma inserita tra gli "importi ammissibili al voto".

Peraltro, l'inserimento anche di crediti non documentati, è andato a determinare un ingiustificato aumento dell'importo complessivo dei crediti chirografari – calcolato in € 3.824.009,25 – che è quindi superiore a quello effettivo; quel valore costituisce il montante da cui si è ricavato che la maggioranza del 50% dei crediti sarebbe pari ad € 1.912.004,63, valore che però è inesatto.

Inoltre, il C.G. aveva scelto di valutare caso per caso l'ammissibilità o meno dei singoli crediti indicati dalla Delta; ad esempio, la s.p.a. 3A dei Fratelli Antonio ed il sig. Castelli Alessandro non sono stati ammessi, ed i relativi crediti non sono stati inseriti nel prospetto del 21.12.2010, per cui i loro voti non sono stati registrati.

Invece, per la s.p.a. A. Manzoni & C. il metodo applicato è stato differente, in quanto, pur non essendo stata questa società ammessa al voto, è stato comunque computato il voto contrario.

Un altro errore nel procedimento di calcolo riguarda la Banca della Campania (fascicolo n. 27).

La Banca è stata inizialmente ammessa ed ha espresso voto favorevole al concordato per € 105.012,84 (di cui € 94.734,16 dovuti per il contratto di mutuo (fascicolo n. 313) ed € 10.278,68 (fascicolo n. 27) per il contratto di conto corrente; nel frattempo, è però intervenuto il pagamento del debito da parte dei sopra elencati fideiussori della Delta, per cui l'Istituto bancario ha dichiarato di non aver altro a pretendere.

A seguito di ciò, il C.G. ha ritenuto di dover semplicemente azzerare "l'importo ammissibile al voto" della Banca, nell'elenco del 21.12.2010, senza però inserire il corrispondente importo quale credito dei fideiussori: in questo modo, è venuto a mancare il voto favorevole per un credito di rilevante importo.

Per la s.p.a. Brugi creazioni sportive (fascicolo n. 47), il C.G. ha scelto ancora un'altra metodologia: nonostante il credito di questa fosse stato ceduto al sig. Procaccini, si è comunque computato il corrispondente importo nell'elenco del 21.12.2010. Invece, il C.G. avrebbe dovuto non considerare quel credito ovvero, in subordine, invitare al voto lo stesso Procaccini.

Per effetto delle condivisibili contestazioni ora sollevate dal reclamante effettivamente il procedimento che ha portato alla dichiarazione di improcedibilità del concordato appare viziato, talché deve essere cassato.

* * *

V. Ancorché i rilievi suddetti del tutto prioritari ed assorbenti sulla decisione complessiva, anche le contestazioni della sentenza di fallimento non sembrano infondate.

La sentenza di fallimento n. 9/2011 è stata emessa sul presupposto che, in danno della s.r.l. Delta Sport 2, fossero pendenti due ricorsi di fallimento.

In realtà contro la s.r.l. Delta Sport 2 erano stati presentati al **Tribunale fallimentare di Chieti** due ricorsi, il primo dei quali depositato il 4.11.2009 ad istanza congiunta dei sig.ri Francesca Pacitti e Stefano D'Aquino (doc. 13), ed il secondo in data 20.1.2010 ad istanza della s.p.a. G.B. International (doc. 14).

In quella procedura la Delta Sport 2 si costituì con comparsa del 17.3.2010 (doc. 15) per contestare sia la fondatezza della pretesa, che l'ammissibilità del ricorso, essendo sopravvenuta la presentazione al Tribunale di Benevento della domanda di ammissione al concordato preventivo .

A seguito di ciò, Tribunale di Chieti, con decreto del 26.3.2011 (doc. 16) ha **archiviato** i due ricorsi, ritenendo di non poter decidere perché il foro territorialmente competente a conoscere le istanze era quello di Benevento, nel cui circondario era stata posta la sede della società, che l'aveva trasferita, da meno di un anno in San Giovanni Teatino (CH). Il detto tribunale non ha, dunque, trasmesso gli atti ma disposto l'archiviazione dei ricorsi.

Nella sentenza di fallimento il Tribunale di Benevento ha affermato che: *"Il 14 giugno 2010, perveniva presso questo Tribunale il fascicolo della procedura fallimentare, già pendente presso il Tribunale di Chieti che, con decreto del 26 marzo 2010 - provvedendo sulle istanze di fallimento depositate, rispettivamente, il 4 settembre 2009 da Pacitti Francesca e D'Aquino Stefano e il 20 gennaio 2010 da G.B International s.p.a. - ritenuta la propria incompetenza territoriale ex art. 9 comma 2° l.f., ordinava l'archiviazione del ricorso."*

In effetti, il Tribunale di Chieti, con il decreto del 23/26.3.2010 (doc. 16), ha così deciso: *"rilevato che la DELTA SPORT ha trasferito la propria sede legale da Solopaca (BN) a San Giovanni Teatino nell'anno antecedente il deposito della prima delle dette istanze di fallimento; ritenuto che il suddetto trasferimento non rileva ai fini della competenza, ai sensi dell'art. 9, 2° comma, l. fall. poiché, secondo l'indirizzo preferibile, la norma in questione esprime una presunzione assoluta circa il fatto che lo spostamento della sede nel periodo considera-*

to venga compiuto dal debitore al solo scopo di ritardare il proprio fallimento; ritenuto che, pertanto, deve dichiararsi l'incompetenza territoriale di questo Tribunale a pronunciare sulla istanza di fallimento, essendo la competenza devoluta funzionalmente al Tribunale di Benevento; P.Q.M. Visti gli artt. 5, 6 e 22 della legge fallimentare, ordina l'archiviazione del ricorso e la restituzione dei titoli."

Pertanto, il procedimento pre-fallimentare a carico della Delta Sport s.r.l. era stato già definito ed estinto fin dal 26.3.2010, con la conseguenza che il relativo fascicolo non poteva essere trasmesso al Tribunale di Benevento.

Evidentemente, il Tribunale di Chieti non ha ritenuto di operare la *translatio iudicium*, ma ha posto a carico dei ricorrenti l'onere di attivare nuova procedura innanzi al Tribunale ritenuto competente.

Nella specie, dunque, non si può parlare di trasmissione di ufficio al Tribunale di Benevento del procedimento sul quale il Tribunale di Chieti si era ritenuto incompetente: anzi, al contrario, questo Giudice ha disposto che il fascicolo passasse nell'archivio dello stesso Tribunale di Chieti e che i titoli individuali, posti dai ricorrenti a corredo dei propri ricorsi, andassero restituiti ai creditori istanti. La *voluntas* del Tribunale è chiara e non lascia spazio a diverse interpretazioni.

In particolare, in virtù del richiamo esplicito all'art. 22 l. fall., il decreto del Tribunale di Chieti ha il contenuto di un provvedimento di **rigetto** del ricorso, che è diventato **definitivo**, non avendo i creditori ricorrenti proposto il reclamo previsto dal secondo comma di quella norma o, in subordine, il regolamento di competenza.

Pertanto, non è possibile comprendere come quel fascicolo sia trasmigrato dal Tribunale di Chieti a quello di Benevento, in assoluto contrasto con il chiaro provvedimento del giudice di Chieti.

Da ciò discende che la convocazione di quei creditori, fatta dal Tribunale di Benevento per la Camera di Consiglio dedicata all'esame della proposta avanzata dal C.G. per la revoca del concordato Delta, è stata frutto di un'evidente svista della cancelleria, che, avendo ricevuto, per errore del mittente, un fascicolo che era invece destinato all'ufficio archivio del Tribunale di Chieti, senza neppure sottoporlo al Giudice fallimentare di Benevento, lo ha allegato al fascicolo del concordato preventivo della Delta (solo per assonanza di nome).

In questa situazione, il Tribunale di Benevento ha, di fatto, intrapreso procedimento prefallimentare in danno della Delta Sport s.r.l. *ex officio*, senza che i creditori Pacitti e D'Aquino da un lato e G.B. International dall'altro abbiano ri-proposto istanza dinanzi a quel tribunale.

In questo modo è stato violato il dettato dell'art. 162 l. fall., a mente del quale "il Tribunale, se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli art. 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato. In tali caso il tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 dichiara il fallimento del debitore".

Orbene, nel caso di specie, se da un lato nessuna richiesta vi è stata da parte del P.M., dall'altro nessun ricorso si poteva considerare pendente, né innanzi al Tribunale di Chieti -- che li aveva rigettati -- né innanzi al Tribunale di Benevento, dove non erano stati mai riproposti né riassunti.

V.a. Si legge ancora nella sentenza di fallimento: "Dopo la mancata approvazione [della proposta di concordato preventivo] è doverosa, secondo la scansione normativa, la verifica di rito sulle istanze di fallimento perché l'iter non può essere evitato con la sola revoca della proposta, dovendo il Collegio provvedere sulle istanze dirette alla dichiarazione di fallimento, in assenza, nelle more, di atto di desistenza dei creditori istanti (vedi verbale del 18 febbraio 2011 e richiesta di G.B. International s.p.a.). Il ricorso di fallimento è stato chiesto da Pacitti Francesca, D'Aquino Stefano e G.B. International s.p.a. inizialmente al Tribunale di Chieti che, con decreto del 26 marzo 2010, per come chiaramente si ricava dalla lettura della motivazione del citato provvedimento, ha ritenuto la propria incompetenza per territorio ed ha trasmesso gli atti a questo Tribunale dove il procedimento ha proseguito con insistenza del creditore istante alla dichiarazione di fallimento".

Il Tribunale di Benevento ha però errato nella interpretazione del decreto del Tribunale di Chieti, che non ha "trasmesso" gli atti al Tribunale di Benevento, ma ha **rigettato i ricorsi**; e ciò non in virtù della riconosciuta competenza di quel Tribunale, ma soltanto perché era stata avanzata dalla Delta la proposta di concordato, che rendeva inammissibile i ricorsi di fallimento proposti al Tribunale incompetente.

La presunta "insistenza", espressa solo verbalmente in udienza, da parte di un creditore (G.B. International) -- che ormai, visto che il suo ricorso era stato rigettato ed archiviato, non si poteva più considerare "ricorrente" -- non può certamente sostituire il ricorso di fallimento che, nel caso di specie, non esisteva.

In realtà, precisato anche all'esito della lettura delle note difensive di questo grado che i creditori Pacitti e D'Aquino non hanno mai insistito davanti al tribunale di Benevento per la dichiarazione di fallimento della Delta, era da esaminare la sola posizione della G.B. International, la quale, non avendo proposto ri-

corso davanti al tribunale di Benevento, non avrebbe potuto "insistere" per la dichiarazione di fallimento.

Essendo stata la sua posizione archiviata dal tribunale di Chieti senza che sia stato proposto reclamo ex art. 22 l.fall., evidentemente il creditore G.B. International avrebbe dovuto proporre autonomo nuovo ricorso e non limitarsi ad insistere nell'udienza appositamente fissata dal tribunale, esponendo, così, la decisione alla fondata censura dell'assenza del necessario atto d'impulso.

V.b. Diversamente opinando, a voler considerare il ricorso "richiamato" (ri)proponibile anche oralmente da parte dell'unico creditore insistente, analogamente la sentenza non è congruente in quanto, rispetto a quest'unico credito (e non anche rispetto ai crediti di Pacitti e D'Aquino, non riproposti), non considera che, trattandosi di credito contestato in quanto risultante da decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, ben avrebbe potuto pervenirsi ad una soluzione diversa, notoria essendo l'inattitudine dell'unico credito contestato a dimostrare univocamente la sussistenza dello stato d'insolvenza.

Per tutti i concomitanti motivi esposti la dichiarazione di fallimento va revocata per i motivi afferenti l'invalidità del procedimento di revoca del concordato prim'ancora che per invalidità sue proprie e le parti vanno rimesse davanti al tribunale di Benevento per l'ulteriore corso sulla proposta di concordato, a partire dal ricomputo delle votazioni onde verificare se raggiunte le maggioranze ex art. 177 l.fall.

Quanto alle spese del procedimento, in considerazione della mancata costituzione di quasi tutte le parti, reputa il collegio sussistere giusti motivi per la dichiarazione d'irripetibilità, ad eccezione del rimborso nei confronti dei creditori Pacitti e D'Aquino, trovatisi evocati in giudizio per un sostanziale disguido, cui certamente non ha concorso la parte oggi reclamante. Nei loro confronti appare equo disporre la compensazione delle spese del grado.

P. Q. M.

La Corte d'Appello di Napoli, prima sezione civile bis, pronunziando sui reclami proposti dalla Delta Sport 2 contro il decreto datato 28/12/2010 e la sentenza n. 9/2011, pubblicata il 21/03/2011, pronunziati dal Tribunale di Benevento, riunito il fascicolo n. 970/2011 a quello anteriormente proposto, così provvede:

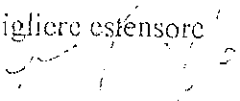
1) revoca la sentenza di fallimento in danno della Delta Sport 2 in liquidazione e rimette le parti davanti al tribunale di Benevento per l'ulteriore corso sulla proposta di concordato, a partire dalla fase di computo delle votazioni onde veri-

ficare se sono state raggiunte le maggioranze di cui all'art. 177 l.fall.;

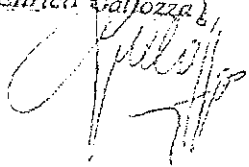
2) compensa le spese del giudizio tra parte reclamante e Pacitti e D'Aquino e dichiara irripetibili quelle nei confronti delle altre parti.

Così deciso in Napoli il 15 luglio 2011.

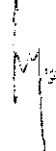
Il consigliere estensore



Il Cancelliere - pag. ec. 01
(Enrico Gallozza)



Il Presidente



DEPOSITATO IN CANCELLERIA

IL

DIRETTORE DI CANCELLERIA

(ENRICO GALLOZZA)

