

*Integrazione della relazione di attestazione e giudizio di fattibilità
in presenza di finanzia terza basata su aumento di capitale
deliberato ma non sottoscritto.
Rapporto tra le procedure di concordato e di fallimento*

Tribunale di Crotona, 15 aprile 2015. Presidente Mingrone.
Estensore Romanelli.

**Concordato preventivo - Mancanza della relazione di
attestazione - Integrazione mediante concessione del termine
di cui all'articolo 162, comma 2 L.F. - Esclusione**

*La relazione dell'attestatore è un requisito di ammissibilità della
domanda di concordato preventivo, la cui mancanza non può
essere sanata attraverso la concessione del termine di cui
all'articolo 162, comma 2, L.F.*

**Concordato preventivo - Ricorso - Carezza iniziale del corredo
documentale - Integrazione mediante concessione del termine
di cui all'articolo 162, comma 2, L.F. - Esclusione**

*Il termine di cui all'articolo 162, comma 2, L.F., che il tribunale
può concedere al debitore per apportare integrazioni al piano e
produrre nuovi documenti, può essere utilizzato per provvedere
ad una integrazione documentale ma non per supplire ad una
carezza iniziale del corredo documentale che deve accompagnare
il ricorso per concordato preventivo il quale deve essere sin
dall'origine corredato della documentazione prescritta.*

**Concordato preventivo - Finanzia esterna - Mancanza di un
impegno dei finanziatori - Fattibilità - Esclusione**

*Non supera il vaglio di fattibilità demandato al tribunale la
proposta di concordato preventivo che si fonda essenzialmente sul
rapporto di finanzia esterna in ordine alla quale i finanziatori non
abbiano assunto alcun impegno. (Nel caso di specie, l'afflusso di
finanzia esterna avrebbe dovuto avvenire mediante sottoscrizione
di un aumento di capitale, deliberato dalla società debitrice ma
non ancora sottoscritto dai soci)*

**Concordato preventivo - Pendenza di istanza di fallimento -
Rapporti tra le procedure - Esaurimento della procedura di
concordato e dichiarazione del fallimento**

*In tema di rapporti tra la procedura di concordato preventivo e
quella per dichiarazione di fallimento, non vi possono essere
dubbi sul fatto che il fallimento, in presenza di istanze di creditori*

o del pubblico ministero, può essere dichiarato a seguito di esito negativo della domanda di concordato che sia stata dichiarata inammissibile ai sensi dell'articolo 162 L.F., non omologata ai sensi dell'articolo 180 L.F. o revocata ai sensi dell'articolo 173 L.F.

(Massime a cura di Franco Benassi - Riproduzione riservata)

DECRETO

di inammissibilità del concordato preventivo n. 3/2014 “AEROPORTO S.ANNA s.p.a ” in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa come in atti, ammessa con decreto in data 17 giugno 2014 alla procedura di concordato prenotativo ai sensi dell’art. 161 comma 6° l.f.

- visto il ricorso depositato in data 6 giugno 2014 con cui la società “Aeroporto S.Anna s.p.a.” in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa come in atti, ha proposto una domanda ex art. 161, comma 6° l.fall., riservandosi di presentare entro un assegnando termine una proposta definitiva di concordato preventivo (con il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo di tale norma) o una domanda di omologa di accordi di ristrutturazione dei debiti;
- preso atto dell’avvenuta pubblicazione del ricorso nell’Ufficio del Registro delle Imprese, ai sensi dell’art. 161, comma 5, l. fall., e della trasmissione del ricorso al P.M.;
- visto il proprio provvedimento in data 17 giugno 2014, con il quale è stato assegnato alla “Aeroporto S.Anna s.p.a.” termine sino al 30 ottobre 2014 per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell’art. 161 l. fall., ovvero per la presentazione del ricorso per omologazione di accordo di ristrutturazione di debiti;
- richiamato il provvedimento in data 23 ottobre 2014 con il quale il Tribunale ha concesso la proroga del suddetto termine sino al 29 dicembre 2014;
- rilevato che in data 29 dicembre 2014 la società Aeroporto S. Anna s.p.a. ha depositato la proposta, il piano, la restante documentazione su cui verteva la riserva di successiva produzione nonché un parere preventivo “pre opinion” redatto dal dott. M. P. professionista incaricato di attestare la veridicità dei dati aziendali ai sensi del disposto dell’art. 161 comma 3°l.fall. nonché la fattibilità del piano di concordato con continuità aziendale ex art. 186 bis l.fall.;
- preso atto che il medesimo professionista alla pagina uno del citato documento ha precisato che: “Il presente documento o parere non può costituire in qualunque caso il giudizio definitivo di attestazione richiesto dall’art. 161 terzo comma L.F.....e per tali motivi, anche, non è possibile allo scrivente rilasciare entro la data del 29.12.2014 (termine fissato per l’integrazione della domanda di concordato preventivo ex art. 160 comma 6 L.F.) il giudizio definitivo di attestazione”;
- visto il parere dei Commissari Giudiziali depositato in data 13 gennaio 2015;
- visto il proprio decreto in data 14 gennaio 2014 con cui, rilevato che la domanda risultava priva “della relazione di un professionista, designato dal debitore che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo” ovvero di un requisito di ammissibilità espressamente

previsto dall'art. 161, comma 3° l. fall., ai sensi dell'art. 162, commi 2 e 3, l. fall., ha fissato per la comparizione del debitore l'udienza in data 29 gennaio 2015 disponendo la trasmissione del decreto all'Ufficio della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Crotone attesa l'eventuale necessità di partecipazione all'udienza fissata;

rilevato che all'udienza in data 29 gennaio 2015 la società si è riportata agli atti depositati;

il dottor M. P. in qualità di soggetto incaricato di attestare la veridicità e la fattibilità del piano ha illustrato le circostanze che gli avrebbero impedito di depositare l'attestazione ex art. 161 comma 3 l.f., nel termine concesso da tribunale, affermando tuttavia "di essere pronto ad attestare il piano come integrato";

il commissario giudiziale M. R. nel riportarsi al parere in data 13 gennaio 2015 (in cui dopo aver evidenziato la totale assenza della relazione ex art. 161 comma 3 l.f. e della perizia ex art. 160 comma 2° l.f. in presenza di crediti privilegiati degradati al rango di crediti chirografari) ha concluso ritenendo il ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato inammissibile in quanto la nota depositata da M. P. in data 29 dicembre 2014 non poteva considerarsi attestazione;

il P.M. oltre ad insistere per la declaratoria di inammissibilità della procedura di concordato preventivo ha esercitato l'azione per la dichiarazione di fallimento argomentando in ordine allo stato di insolvenza in cui si trova la ricorrente;

la società ha concluso chiedendo termine per controdedurre alla richiesta della Procura;

il Tribunale ha concesso termine fino al 9 febbraio 2015 per il deposito di memorie scritte al fine di consentire alla società di difendersi in esito alla richiesta di fallimento formulata dal pubblico ministero e ha fissato la Camera di Consiglio in data 18 febbraio 2015;

in data 9.02.2015

la ricorrente "Aeroporto S. Anna s.p.a." (nel termine a difesa come innanzi concesso), ha depositato oltre la memoria difensiva autorizzata la seguente documentazione:

- Piano concordatario e piano industriale integrati;
- Relazione dell'Attestazione ex art. 161, 3° comma L. Fall. del dott. M. P.;
- Relazione del dott. M. P. ex art. 160, 2° comma L. Fall.;

all'udienza del 18 febbraio 2015 la società si è riportata ai propri scritti difensivi;

l'attestatore ha fatto presente che il piano è stato integrato e ritualmente attestato;

il commissario giudiziale si è riportato alla relazione in atti rimarcando la mancanza dell'attestazione al termine di scadenza, precisando che la proposta di concordato depositata in data 9.02.2015 era stata modificata rispetto a quella depositata in data 29 dicembre 2014 e sottolineando comunque la presenza di criticità in merito al fabbisogno ed ai flussi finanziari;

il P.M. si è riportato ai rilievi svolti nella precedente udienza puntualizzando che l'istanza di fallimento era subordinata alla emissione del decreto di inammissibilità della procedura di concordato;

il Tribunale, a scioglimento della riserva formulata all'udienza del 18 febbraio 2015, rilevato che il piano e la proposta "integrati e corretti" depositati in data 9 febbraio 2015 evidenziano la

sussistenza di plurimi profili di criticità rilevati dal Tribunale, sottolineati dai Commissari Giudiziali ed evidenziati, altresì, dal medesimo attestatore, con decreto in data 3 marzo 2015 ha invitato la ricorrente ad eliminare le criticità rilevate concedendo termine sino al 18 marzo 2015 per fornire i chiarimenti e per depositare la documentazione integrativa, riservando all'esito ogni provvedimento

in data 18 marzo 2018 la società ha depositato:

- 1) una relazione a firma del legale rappresentante della società;
- 2) le attestazioni copertura finanziaria impegni di spesa relative a tutti i Comuni sottoscrittori del Protocollo d'Intesa (fatta eccezione per il Comune di Crotone);
- 3) una delibera di aumento del capitale sociale in data 17 marzo 2015;
- 4) una Comunicazione del Dirigente Lavori Pubblici – Mobilità della Regione Calabria in data 17 marzo 2015.

OSSERVA

1. sulla relazione di attestazione di veridicità dei dati aziendali e di fattibilità del piano ai sensi dell'art.161 comma terzo l.fall.

1.a sul parere preventivo (pre opinion) depositato il 29 dicembre 2014

Rileva innanzi tutto il Collegio come la proposta concordataria depositata in data 29 dicembre 2014 sia manifestamente inammissibile per difetto delle condizioni che, ex art. 161 l.f., ne delimitano la valida presentazione ed in particolare per la totale assenza della relazione attestativa.

Dispone infatti il dato normativo che il piano e la documentazione devono essere accompagnati dalla relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67 comma 3° lettera d) l.f. che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo.

Questa relazione, al precipuo fine di rafforzare la tutela del ceto creditorio, svolge un ruolo fondamentale nella fase preliminare di ammissione alla procedura considerato che in mancanza di attività istruttoria, essa costituisce l'unico riferimento tecnico sul quale il tribunale fonda il giudizio di ammissibilità ed i creditori valutano la convenienza della proposta eventualmente anche rispetto all'alternativa fallimentare. La sua assenza o la sua redazione secondo modalità e contenuti che non consentano il raggiungimento degli obiettivi informativi previsti dalla norma, preclude l'avvio della procedura di concordato preventivo (in tal senso anche autorevole dottrina che non può essere citata, stante il divieto di cui all'art. 118 comma 3° disp. att. c.p.c.).

Invero il tribunale, in via del tutto preliminare, deve verificare “la completezza e regolarità della documentazione” e pur essendo onere dell'imprenditore corredare sin dall'origine la propria proposta con i documenti prescritti dall'art. 161 l.f. (alla cui inosservanza è correlata l'inammissibilità della proposta medesima) il nuovo art. 162 comma 2° l.f. attribuisce al tribunale il potere discrezionale – che in quanto tale lo facoltizza, ma non lo obbliga – di concedere un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano concordatario e produrre nuovi documenti e ciò al fine di supplire non tanto all'inesistenza di un documento, quanto alla sua totale inadeguatezza a svolgere la funzione assegnatagli.

Ebbene il tenore letterale del precetto in esame non prevede un'integrazione di quel documento facente parte del ricorso per l'ammissione alla procedura di concordato preventivo – in veste di allegato al piano concordatario ed alla documentazione di cui all'art. 161 comma 2 l.f. – che è proprio la relazione attestativa del professionista.

Così operando il legislatore del decreto correttivo ha disatteso quanto affermato dalle prime pronunce di merito (citate dalla società nelle proprie memorie) successive all'entrata in vigore del d.l. 14.03.2005 n.35, (ma in epoca precedente la previsione del c.d. concordato in bianco) le quali avevano sottolineato come la relazione rappresenterebbe un elemento di regolarità e di validità della domanda i cui vizi potrebbero essere sanati.

La relazione è al contrario un requisito di ammissibilità della domanda di concordato, e non semplicemente un "elemento di validità (regolarità)", con la conseguenza che tale carenza non è sanabile.

La documentazione che deve essere allegata alla domanda ha la funzione infatti di consentire la verifica della valutazione di fattibilità del piano, certificata dal professionista, ma sottomessa al giudizio finale dei creditori, che possono concordare o meno con la proposta del debitore.

La domanda presentata senza la relazione del professionista non può che comportare una presa d'atto da parte del Collegio ed una conseguenziale dichiarazione di inammissibilità della proposta.

In altri termini la documentazione e la relazione del professionista sono funzionali a consentire l'ulteriore svolgimento del procedimento, e quindi a permettere al commissario giudiziale di esprimere il suo parere, al tribunale di valutare l'ammissibilità ed all'adunanza dei creditori di votare sulla proposta.

In difetto il procedimento non può ulteriormente proseguire.

Nel caso di specie alla data del 29 dicembre 2014 mancava la relazione del professionista perché la nota prot.n. 286/2014/MP indirizzata alla società ricorrente non è un'attestazione del piano così come richiesto dalla legge fallimentare, ma un mero parere preventivo in relazione all'attività eseguita e da eseguire che non attesta il piano, ma nemmeno la veridicità dei dati aziendali.

La pre opinion dopo aver ampiamente e più volte indicato che non si tratta di relazione di attestazione ex art. 161 l. fall., si limita a fornire informazioni sul mandato ricevuto e sulla assenza di cause di incompatibilità, sulle modalità di svolgimento dell'incarico, sugli standard e sui criteri di attestazione, sulla documentazione ricevuta nonché sullo stato di avanzamento delle verifiche e dei controlli. Nulla dice in merito all'illustrazione del piano, alla veridicità dei dati aziendali, alla fattibilità della proposta concordataria pur indicando che "in astratto" non sussistono ragioni per dubitare della bontà dei dati aziendali e per eventualmente rilasciare l'attestazione al completamento dell'esame del piano e della proposta.

In ogni caso vale la pena osservare che pur volendo considerare l'attestazione alla stregua di uno dei documenti prescritti dall'art. 161 comma 2° l.f. e, quindi, come elemento di validità (regolarità) della proposta, non è revocabile in dubbio che il potere del Tribunale ai sensi dell'art. 162 l.f. di assegnare un termine per l'integrazione della domanda e la produzione di nuovi documenti deve esser inteso nel senso che è possibile "integrare" la produzione documentale ma non "supplire" ad una carenza iniziale nel corredo documentale che deve accompagnare il

ricorso ex art. 160 e 161 l.f. dovendo quest'ultimo sin dall'origine essere corredato dalla documentazione necessaria (in tal senso Tribunale di Venezia 8 maggio 2014 con riferimento peraltro alla relazione ex art. 160 comma 2° l.f. che ugualmente nel caso di specie non è stata prodotta).

In questo senso si è espresso anche il Tribunale di Rovigo in un recentissimo decreto in data 20 marzo 2015 specificando che: "L'attestazione del piano concordatario, nella sua forma idonea ad assolvere lo scopo previsto dalla legge, deve essere depositata al momento della domanda di concordato ed il disposto di cui all'articolo 162, comma 1, L.F. deve essere interpretato nel senso che il tribunale possa consentire esclusivamente una integrazione del piano e la produzione di nuovi documenti, ma non la sostituzione di una attestazione che si sia rivelata ab origine inidonea. La possibilità, prevista dall'articolo 175 L.F., di modifica della proposta fino al momento della votazione, non depone in senso contrario a quanto affermato perché in tal caso il deposito di una nuova attestazione si rende necessario come conseguenza della modifica della proposta.

Se la modifica fosse possibile già in una fase antecedente alla ammissione (nell'ipotesi di vizio della stessa tale da determinare la dichiarazione di inammissibilità) il legislatore avrebbe inutilmente concesso la possibilità di apportare delle integrazioni (che letteralmente presuppongono una proposta di per sé ammissibile, poiché diversamente non si tratterebbe di integrazione, ma di sostituzione), essendo tale facoltà già insita nel potere di modificazione di cui all'art. 175 l.f."

Alla scadenza del termine del 29.12.2014 non è stata altresì depositata la relazione di stima prevista ex art. 160, comma 2° l.f., pur in presenza di creditori privilegiati non soddisfatti integralmente.

2. sul deposito della documentazione in data 9 febbraio 2015

All'udienza del 29 gennaio 2015 (decorsi ulteriori 30 giorni dalla scadenza del termine assegnato dal tribunale per il deposito della proposta, del piano e della documentazione di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 161 l. fall., e, quindi oltre il termine di quindici giorni che il tribunale avrebbe potuto eventualmente concedere per apportare integrazioni e produrre nuovi documenti) la società ricorrente nulla ha prodotto limitandosi a dichiarare "di essere pronta ad attestare il piano come integrato", omettendo, tuttavia, di eseguire qualsiasi deposito/integrazione così palesando la inequivocabile incapacità di effettuare la produzione delle necessarie attestazioni.

Nel termine a difesa concesso in esito alla richiesta di fallimento formulata dal pubblico ministero e, quindi, in data 9 febbraio 2015 la ricorrente ha depositato il piano concordatario ed il piano industriale "integrati", la relazione dell'attestatore ex art. 161, 3° comma L. Fall. del dott. M. P. e la relazione del dott. M. P. ex art. 160, 2° comma L. Fall.

Ne consegue che, per effetto della presentazione di tale ulteriore domanda occorre verificare come disciplinare i rapporti tra le diverse procedure contemporaneamente pendenti, ovvero la procedura per declaratoria di inammissibilità apertasi a seguito della omessa produzione della relazione attestativa, la procedura di dichiarazione di fallimento azionata dal pubblico ministero e la successiva procedura di concordato pieno depositata in pendenza del termine a difesa.

Per giurisprudenza consolidata, gli atti processuali non possono che essere utilizzati per assolvere alla funzionalità loro propria, desumibile dal tenore della norma procedurale, sicché non possono ammettersi, all'interno del giusto processo, atti posti in essere esclusivamente per deviare al normale iter processuale così da neutralizzare le conseguenze negative che la legge riconduce ad un proprio agire.

La ricorrente, avendo depositato domanda di concordato con riserva ai sensi dell'art. 161 comma 6 l. fall., ha, sin da subito, beneficiato degli effetti protettivi previsti dall'art. 168 legge fallimentare.

Invero, l'art. 161 comma 6, nel richiamare l'art. 162, commi secondo e terzo, l.f. prevede (a pena di inammissibilità) il deposito, nel termine assegnato dal giudice, della proposta, del piano e dell'ulteriore documentazione ed è evidente come non si possa ipotizzare un ulteriore differimento dei termini al fine di ripristinare una condizione di ammissibilità.

Tali conclusioni sono confortate dalla ratio delle recenti modifiche apportate all'art. 161 l. fall. dall'art. 82 del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, che prevedono diversi strumenti atti a limitare la libertà di manovra del debitore; con ciò evidenziando come l'intera procedura di concordato con riserva non sia rimessa nella esclusiva disponibilità delle parti.

Alla luce di quanto rilevato, sebbene l'omesso deposito, nel termine assegnato dal Tribunale, della documentazione di cui all'art. 162 l. fall. e della documentazione ex art. 160 comma 2° l.fall, avrebbe dovuto comportare la rigorosa conseguenza della dichiarazione di inammissibilità della procedura di concordato, tuttavia il Tribunale ferma ed impregiudicata qualsiasi decisione in ordine alla ammissibilità della procedura di concordato ed alla richiesta di fallimento formulata dal P.M.,

preso atto:

- della volontà e della determinazione della ricorrente in crisi di continuare ad impegnarsi nell'azienda in difficoltà,
- degli interventi di riforma succedutisi dal 2005 che hanno riservato grande considerazione alle soluzioni concordate della crisi d'impresa,
- del ruolo preminente che il concordato assume nella gestione della crisi dell'impresa al fine di favorire la competitività e lo sviluppo del sistema economico,
- del ruolo specularmente sempre più marginale che il fallimento è destinato ad assumere in quanto procedura tombale inadeguata a salvaguardare il residuo valore produttivo dell'impresa e le ragioni dei creditori concorsuali,

rilevato che

- nel caso di specie il piano prevede oltre all'impiego di risorse interne della società l'apporto di finanza esterna per onorare il concordato e mantenere la continuità;
 - su un fabbisogno di circa quattro milioni e duecentomila euro la finanza esterna costituisce il sessantaquattro per cento circa composta appunto per un milionesettecentocinquantamila euro dalle royalties e per ottocentomila euro dall'aumento del capitale sociale,
- con decreto in data 3 marzo 2015 ha ritenuto opportuno (al fine della valutazione della fattibilità giuridica) concedere termine alla ricorrente sino al 18 marzo 2015 per rendere i chiarimenti e la documentazione necessaria per una più approfondita valutazione delle criticità rilevate

nella proposta di concordato depositata in data 9 febbraio 2015, che di seguito si riportano:

in ordine alle Royalties da versare pari a € 1.750.000,00

I comuni di Crotona, Isola Capo Rizzuto, Cutro, Cirò Marina, Strongoli, Melissa, Cirò e Crucoli in data 30 gennaio 2014 hanno siglato un protocollo di intesa che prevede la destinazione di una quota pari all'8% del totale delle Royalties spettanti per le cinque annualità già maturate alla società Aeroporto S. Anna. Con il medesimo protocollo hanno deciso di chiedere alla Regione Calabria l'anticipazione delle annualità 2009-2010-2011 ammontanti complessivamente ad € 21.914.980,45 (8% = 1.753.198,43), da erogare nell'anno 2014. A tale riguardo il Collegio ha invitato la società a produrre idonea documentazione contabile e amministrativa attestante la giuridica certezza dell'acquisizione alla procedura delle risorse in questione in particolare gli atti deliberativi idonei ad iscrivere l'impegno di spesa in bilancio nonché le certificazioni dei dirigenti finanziari degli enti che attestino l'iscrizione in bilancio, la conseguente regolarità contabile e la destinazione delle somme con l'indicazione dei tempi di erogazione delle stesse in favore della società Aeroporto S. Anna spa.

in ordine al previsto aumento di capitale sociale di € 800.000,00

Non risulta alcun impegno dei soci o di terzi a sottoscriverlo e versarlo nei tempi utili alle previsioni del piano; non risulta assunta dall'assemblea dei soci della società Aeroporto S. Anna spa alcuna delibera di aumento del capitale sociale con la sottoscrizione dei soci, eventualmente anche sospensivamente condizionata all'omologazione del piano e della proposta concordataria, con impegno al versamento delle somme entro il termine indicato nel piano. Le somme destinate all'aumento di capitale sociale, inoltre, non risultano essere garantite dai soci sottoscrittori con una adeguata garanzia (fidejussione bancaria, ipoteca su beni di valore almeno pari al sottoscritto aumento di capitale, deposito cauzionale delle somme).

3. sul deposito della documentazione in data 18 marzo 2015

La società nel secondo termine concesso dal Tribunale ha depositato una relazione a firma del rappresentante legale della società, alcune certificazioni comunali attestanti la copertura finanziaria (fatta eccezione per il Comune di Crotona), una delibera di aumento del capitale sociale in data 17 marzo 2015; una comunicazione del dirigente del settore Lavori Pubblici della Regione Calabria in data 17 marzo 2015.

Ritine il Tribunale (al pari dei Commissari Giudiziali nel parere reso in data 2 aprile 2015) che le criticità evidenziate siano state solo in parte superate.

Dall'esame della documentazione è emerso che:

in ordine alle Royalties da versare pari a € 1.750.000,00 risultano garantiti, con adeguati impegni di spesa, i versamenti dei comuni di Cutro, Cirò, Cirò Marina, Isola Capo Rizzuto, Strongoli, Melissa, Crucoli. Mentre risulta il solo atto di indirizzo per il comune di Crotona mancando l'impegno di spesa. In particolare dalla lettura del prospetto sinottico relativo allo stato di attuazione del programma in esame da parte dei comuni costieri coinvolti, emerge inoppugnabilmente che il Comune di Crotona, partner maggioritario (in misura pari al 51%) ai fini dell'attuazione, risulta non avere versato agli atti della procedura, alcuna attestazione, da parte del responsabile del servizio finanziario,

comprovante l'avvenuta destinazione delle royalties; la mancanza di siffatta documentazione, in rapporto alla rilevante entità dell'impegno assunto per circa € 900.000, impedisce al Collegio di compiere uno scrutinio completo circa la volontà di assumere realmente oneri conseguenti ad impegni di spesa predeterminati; a siffatta conclusione deve pervenirsi perché, in base all'art. 153, comma 4 del d.lgs 267/2000, il responsabile del servizio finanziario è il soggetto preposto alla verifica di veridicità delle previsioni di entrata e di compatibilità delle previsioni di spesa; si tratta, dunque, dell'unico organo dell'ente locale munito di legittimazione ad attestare una situazione di compatibilità dell'impegno di spesa con le finanze dell'ente locale medesimo.

in ordine al previsto aumento di capitale sociale di € 800.000,00 la società ha deliberato il 17.03.2015 in assemblea straordinaria l'aumento di capitale sociale a copertura delle perdite per complessivi € 5.611.800,00. Tuttavia ha documentato il versamento dei soli comuni di Crotone e Cutro per circa € 85.000,00 mentre ha esibito una nota a firma del dirigente generale – Lavori Pubblici Mobilità della Regione Calabria datata 17 marzo 2015 in cui viene espressa la volontà di sottoscrivere l'aumento di capitale sociale e versare la quota di partecipazione della Regione Calabria pari al 14,11%; tale documento rappresenta una mera interlocuzione endoprocedimentale priva di efficacia provvedimentoale e, dunque, carente di valore vincolante per l'amministrazione di appartenenza del dirigente, se non sul limitato versante delle dichiarazioni di intenti. L'aumento di capitale sociale è una mera proposta di contratto cui non ha fatto seguito neppure la sottoscrizione da parte dei soci e dei terzi.

Per le ragioni innanzi illustrate il Tribunale non può che esprimere un giudizio negativo in ordine alla fattibilità stante "l'assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato", con riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi (Cass. n. 24970/2013; Cass. n. 11497/2014).

Permangono le criticità relativamente all'impegno del comune di Crotone per il versamento delle royalties ed alla sottoscrizione del deliberato aumento di capitale sociale, manca quindi una parte rilevante delle risorse destinate alla soddisfazione dei creditori ed alla continuità aziendale, nonostante la società abbia usufruito di un termine molto ampio per la predisposizione della proposta e del piano.

In definitiva permangono delle criticità non chiarite che rendono il Piano e la Proposta concordataria non idonea a raggiungere gli obiettivi prefissati.

Ebbene, secondo la S.C. (Cass. SS.UU. 23 gennaio 2013 n 1521), "Il giudice ha il dovere di esercitare il controllo di legittimità sul giudizio di fattibilità della proposta di concordato, non restando questo escluso dalla attestazione del professionista, mentre resta riservata ai creditori la valutazione in ordine al merito del detto giudizio, che ha ad oggetto la probabilità di successo economico del piano ed i rischi inerenti; il controllo di legittimità del giudice si realizza facendo applicazione di un unico e medesimo parametro nelle diverse fasi di ammissibilità, revoca ed omologazione in cui si articola la procedura di concordato preventivo; il controllo di legittimità si attua verificando l'effettiva realizzabilità della causa concreta della procedura di concordato; quest'ultima, da intendere come obiettivo specifico perseguito dal procedimento, non ha contenuto

fisso e predeterminabile essendo dipendente dal tipo di proposta formulata, pur se inserita nel generale quadro di riferimento, finalizzato al superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, da un altro".

In altri termini anche la fattibilità, intesa come prognosi di concreta realizzabilità del piano concordatario, è presupposto di ammissibilità del concordato, sul quale il giudice deve pronunciarsi esercitando un sindacato che non è "di secondo grado", non si esercita, cioè, sulla sola completezza e congruità logica dell'attestazione del professionista di cui alla L. Fall., art. 161, comma 3, ma consiste nella verifica diretta del presupposto stesso; si distingue, quindi, la fattibilità giuridica, intesa come non incompatibilità del piano con norme inderogabili, e fattibilità economica, intesa come realizzabilità nei fatti del medesimo. Il sindacato del giudice sulla fattibilità giuridica non ha particolari limiti; la fattibilità economica, invece, è intrisa di valutazioni prognostiche fisiologicamente opinabili e comportanti un margine di errore, nel che è insito anche un margine di rischio, del quale è ragionevole siano arbitri i soli creditori, in coerenza con l'impianto generale prevalentemente contrattualistico dell'istituto del concordato; di conseguenza le Sezioni Unite, con riferimento alla fattibilità economica, individuano un solo profilo su cui si esercita il sindacato officioso dal giudice (fermo, ovviamente, il controllo della completezza e correttezza dei dati informativi forniti dal debitore ai creditori, con la proposta di concordato e i documenti allegati, ai fini della consapevole espressione del loro voto): quello della verifica della sussistenza o meno di una assoluta, manifesta non attitudine del piano presentato dal debitore a raggiungere gli obiettivi prefissati, ossia a realizzare la causa concreta del concordato, individuabile caso per caso in riferimento alle specifiche modalità indicate dal proponente per superare la crisi mediante una sia pur minimale soddisfazione dei creditori chirografari in un tempo ragionevole (causa in astratto).

Di fronte alla manifesta irrealizzabilità del piano, invero, non c'è da effettuare valutazioni o da assumere rischi di sorta.

Ed è appunto il carattere manifesto della non fattibilità economica del piano proposto dalla AEROPORTO, che porta il Collegio a negare anche sotto questo ulteriore profilo l'ammissibilità del concordato proposto dalla ricorrente. Esso si sostanzia, infatti, come si è riferito in precedenza nell'assoluta mancanza di rilevanti risorse necessarie al fabbisogno concordatario.

Al riguardo, la giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. s.u. 23 gennaio 2013, n. 1521; Cass. 9 maggio 2013, n. 11014; Cass. 27 maggio 2013, n. 13083; Cass. 25 settembre 2013, n. 21901; Cass. 4 luglio 2014 n.15345) ha chiarito che il controllo del tribunale, ai fini della ammissibilità del concordato, ma anche ai fini della sua omologazione, va effettuato sia verificando l'idoneità della documentazione prodotta (per la sua completezza e regolarità) a corrispondere alla funzione che le è propria, consistente nel fornire elementi di giudizio ai creditori, sia accertando la fattibilità giuridica della proposta, sia, infine, valutando l'effettiva idoneità di quest'ultima ad assicurare il soddisfacimento della causa della procedura. Rientrano, dunque, nell'ambito di detto controllo, la correttezza e la coerenza delle argomentazioni svolte e delle motivazioni addotte dal professionista a sostegno del formulato giudizio di fattibilità del piano; l'eventuale impossibilità giuridica di dare

esecuzione, sia pure parziale, alla proposta di concordato; l'eventuale inidoneità della proposta, se emergente "prima facie", a soddisfare in qualche misura i diversi crediti rappresentati. Restano, invece, riservate ai creditori, previa, naturalmente, la loro completa e corretta informazione, le valutazioni di merito aventi ad oggetto la fattibilità del piano, la sua convenienza economica, la probabilità di successo ed i rischi inerenti.

In particolare, le diverse pronunce dei tribunali hanno fatto riferimento a situazioni che non consentono un controllo di merito, quali ad esempio "l'incapacità della proponente di formalizzare l'acquisto, promessole da terzi, degli immobili su cui si basava il piano concordatario, ... la verosimile mancata formalizzazione delle garanzie promesse"

Il tribunale conserva il potere di controllo sulla fattibilità giuridica del piano che deve essere coerente con la proposta, serio e concretamente realizzabile sulla base delle risorse presenti nel patrimonio aziendale e di quelle realizzabili con la continuità. L'organo giurisdizionale adito deve verificare se la proposta sia in concreto attuabile e praticabile, in contrario si darebbe sistematicamente la stura all'effetto aberrante di dar vita ad un concordato inevitabilmente destinato alla risoluzione.

Il sindacato del giudice in ordine al requisito di fattibilità giuridica del concordato (che non viene escluso dall'attestazione del professionista ex art. 161, comma 3°, l. fall.) come innanzi precisato deve essere esercitato sotto il duplice aspetto: del controllo di legalità sui singoli atti in cui si articola la procedura e della verifica della loro rispondenza alla causa concreta di detto procedimento; la causa concreta del procedimento non ha contenuto fisso e dipende di volta in volta dal tipo di proposta formulata e in linea generale può però essere individuata nel superamento della situazione di crisi dell'imprenditore, da un lato, e all'assicurazione di un soddisfacimento, sia pur ipoteticamente modesto e parziale, dei creditori, dall'altro. Il controllo di legittimità del Tribunale, dopo la pronuncia delle S.U. n. 1521 del 23 gennaio 2013, è limitato al controllo sulla causa contrattuale. Nei casi di accertata impossibilità della causa concreta, che nel caso di specie emerge tanto con riferimento alle Royalties che con riferimento all'aumento del capitale sociale (sulla cui esistenza poggia l'attuazione del piano aziendale) il Tribunale non può che constatare la non fattibilità della proposta, non rendendo ammissibile il concordato. L'indisponibilità delle somme che tiene in piedi il piano e la proposta è aspetto infatti che, lungi dal consegnarsi ad una valutazione di mera convenienza economica, assorbe il profilo causale della procedura, disallineandone aprioristicamente gli esiti ipotizzabili dall'obiettivo specifico del piano, che sta nel superamento della crisi e, in uno ad esso, nel soddisfacimento appropriato dei creditori. Come pure, una proposta che ambisca a "monetizzare" un accreditamento regionale o comunale frutto dell'esercizio ponderato della discrezionalità amministrativa del soggetto pubblico titolare dell'esercizio del potere è ipotesi priva delle precondizioni normative necessarie a sottometterla al vaglio di convenienza dei creditori.

Sussiste dunque una ipotesi concordataria che è "ab origine" radicalmente priva di praticabilità giuridica, per l'incongruità dei meccanismi e degli strumenti all'uopo prescelti.

Nel caso di specie l'oggetto dell'accordo è in origine impossibile: il piano non risulta realizzabile, in quanto la proposta si fonda in larga misura sull'apporto di finanza esterna per la quale non esiste alcun impegno da

parte dei soggetti finanziatori: così, per fare un esempio, mentre non è impossibile il contratto di vendita di un immobile d'ingente valore se l'acquirente è un indigente ovvero se si dubita dei valori di mercato, stante la situazione di crisi e la stagnazione delle vendite immobiliari; né può definirsi impossibile un piano che si basa sulla previsione di incasso di canoni di affitto, perché si dubita della capacità finanziaria od imprenditoriale dell'affittuario; ovvero perché si dubita, pur motivatamente, della capacità del debitore, di realizzare i risultati contemplati nel piano in un caso di concordato con continuità aziendale; o infine perché si dubita della possibilità di vendere delle partecipazioni alle condizioni previste nel piano o perché si dubita della certezza della vendita di un ramo d'azienda; è invece impossibile il contratto allorquando la parte non abbia in concreto assunto alcun impegno o obbligazione che possa essere sottoposta ad una valutazione di merito da parte dei creditori.

L'attuazione del concordato, nel caso sottoposto all'esame del collegio, non transita attraverso alcun contratto che i creditori possono valutare come economicamente realizzabile: sul piano giuridico infatti la delibera di aumento è una proposta contrattuale, prima rivolta ai soci (in quanto titolari del diritto di opzione o di sottoscrizione) e poi al pubblico ex art. 1336, c.c.; la deliberazione di aumento del capitale esprime la volontà sociale di acquisire nuovo capitale di rischio, ma non implica che tale capitale sia effettivamente acquisito (neppure sotto forma di credito per la riscossione dei relativi versamenti) fin quando la deliberazione stessa abbia avuto effettiva esecuzione, ossia fino al momento in cui i soci titolari del diritto di opzione (o eventualmente i terzi, se il diritto di opzione non venga esercitato) abbiano sottoscritto l'aumento di capitale deliberato. Dal punto di vista del socio, ciò sta a significare che, indipendentemente dall'aver egli concorso o meno col proprio voto alla deliberazione di aumento del capitale, è solo per effetto di una successiva e ben distinta manifestazione di volontà, consistente appunto nella sottoscrizione della quota parte del nuovo capitale offertogli in opzione, che egli assume verso la società il relativo obbligo di versamento, ove non vi abbia già provveduto per intero contestualmente alla sottoscrizione stessa. Ne discende che la società ha l'onere di provare non solo l'esistenza della deliberazione assembleare di aumento del capitale, ma anche la successiva sottoscrizione della quota di spettanza dell'aumento medesimo ad opera dei soci.

4. sull'abuso dello strumento concordatario

Va infine detto che la società ha utilizzato il termine a difesa in ordine alla richiesta di fallimento formulata dal PM al fine di depositare la domanda di concordato c.d. pieno; ciò nonostante lo spirare del termine concesso ex art. 161 sesto comma l.f.

Tale condotta evidenzia dei profili di abuso dello strumento concordatario giacché la parte, pur non essendo stata in grado di depositare nel termine (29 dicembre 2014, ma anche successivamente all'udienza in data 29 gennaio 2015 fissata ex art. 162 comma 2° l.f.) la documentazione più volte citata, a distanza di ulteriori quaranta giorni circa (il 9 febbraio 2015), vedendosi evocata in giudizio ex art. 162 l.f. e con il fine ulteriore di accertare lo stato di insolvenza, ha utilizzato lo strumento concordatario per paralizzare tali accertamenti.

La circostanza è confermata dall'analisi dell'attestazione depositata la quale presenta come innanzi precisato gravi criticità evidenziate dal medesimo attestatore: anche il nuovo piano e la nuova proposta "integrate e corrette" rispetto a quelle del 29.12.2014 evidenziano delle criticità poiché si basano su alcuni elementi inadeguati ad esprimere una proposta fattibile; le risorse di cui dispone la società destinate al fabbisogno concordatario sono allo stato di gran lunga inferiori a quelle necessarie alla soddisfazione dei creditori sia in ordine alle Royalties e sia in ordine all'aumento del capitale sociale.

Sotto questo profilo la fattibilità del piano, definita come prognosi circa la possibilità di realizzazione della proposta nei termini prospettati (che rappresenta un requisito di ammissibilità della domanda concordataria, ai sensi del combinato disposto ex artt. 162, 160 c. 1 e 2) risulta inattuabile e ciò determina l'inammissibilità della procedura.

In ordine all'attestazione ex art 161 comma 3 l.fall depositata solo in data 29 febbraio 2015 il Collegio deve, infine, rilevare che colui che attesta la fattibilità di un piano in cui parte delle liquidità derivano da apporti di capitale di terzi (nel caso di specie soci) e parte dalla prosecuzione dell'attività già esercitata, deve assumersi la responsabilità di controllare la correttezza e serietà delle valutazioni effettuate nel piano industriale per verificare la fondatezza dei presumibili ricavi e costi. Non è possibile subordinare l'attestazione di fattibilità all'avverarsi di situazioni incerte, perché nella sostanza questo equivale a non attestare alcunché circa la probabilità di riuscita del piano.

Sul punto non pare possa dubitarsi del fatto che solo una attestazione che muova da un oggettivo riscontro di veridicità e correttezza dei dati aziendali, in guisa da consentire una valutazione prognostica favorevole di fattibilità del piano, possa essere considerata dal Tribunale funzionale ad un vaglio di ammissibilità.

Tale modo di operare mostra una chiara incapacità della società di esprimere una proposta fattibile dal punto di vista giuridico ed una evidente superficialità nelle operazioni preparatorie giacché, non a caso, nei termini concessi dal tribunale la società non è stata in grado di depositare l'attestazione del professionista e solo in esito alla richiesta di fallimento formulata dal pubblico ministero ha predisposto parte della documentazione necessaria dalla quale tuttavia emerge l'impossibilità giuridica di dare esecuzione sia pure parziale alla proposta di concordato. Ne consegue che compete al tribunale, caso per caso e valendosi della documentazione approntata dalla società istante, la valutazione delle ipotetiche situazioni di abuso volte a distorcere o ad utilizzare in modo improprio i rapporti tra l'istituto del pre-concordato e del concordato pieno rispetto agli schemi tipici delineati dal legislatore.

Del pari, compete al tribunale la valutazione attenta delle significative deviazioni dalle condotte di buona fede e correttezza nella impostazione degli strumenti di definizione della crisi d'impresa da parte del debitore.

"Il rispetto dei principi di buona fede e correttezza si rivela indispensabile tanto più ove si tratti di incardinare dei piani di soluzione concordata della crisi di impresa, i quali coinvolgono la generalità della massa dei creditori, con impatti di grande rilievo nella gestione dei crediti e nel relativo soddisfacimento (si pensi agli effetti derivanti dalla presentazione del ricorso ed al divieto di iniziare e/o proseguire le azioni esecutive e cautelari in corso).

Vale la pena, in questa direzione, riprendere e valorizzare il concetto di buona fede e di correttezza e riempirlo di contenuti concreti, desumibili oggettivamente proprio dalle condotte del proponente-debitore, il quale, per il solo fatto di avere a disposizione degli strumenti legali di soluzione della crisi, non significa che ne possa disporre “ad libitum”, ovvero abusarne, al solo fine di guadagnare tempo e paralizzare le richieste provenienti dai soggetti legittimati all’iniziativa per la dichiarazione di fallimento, ivi compresa la richiesta proveniente dall’ufficio del pubblico ministero.

Si tratta di una regolamentazione tra posizioni giuridiche certamente conflittuali, che va condotta giuridicamente nel pieno rispetto dei canoni sopra indicati (buona fede e correttezza contrattuale), quali veri e propri indicatori che consentano di ponderare al meglio le situazioni più gravi e di garantire alla massa dei creditori un ruolo non meramente subordinato, talvolta supino, a tutte le indiscriminate iniziative provenienti dal debitore ma di restituire, proprio nella logica seguita dal legislatore, al favor concordatario quella dignità che merita e che transita attraverso la predisposizione di soluzioni concordate serie, affidabili, programmate per tempo e non meramente dilatorie se non addirittura dannose per il ceto creditorio.

Non si dimentichi poi che la legge fallimentare, pur essendo una legge speciale, non può fare a meno di sorreggere il proprio impianto nella normativa civilistica di riferimento (libro IV, Titolo I, capo II, sezione I, “dell’adempimento in generale”), la quale, all’art. 1175 e ss. cod.civ., impone sia al debitore, sia al creditore, di comportarsi secondo le regole della correttezza e della diligenza. Tali regole sono richiamate, con diversa valenza, anche nella disciplina del contratto ove le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede.

Si tratta di norme che non possono essere ignorate nel contesto della legge fallimentare e che consentono di delineare, con maggiore accuratezza, anche le recenti elaborazioni giurisprudenziali in tema di abuso dello strumento concordatario.

Infine, occorre evidenziare che nel caso in esame il tribunale non si è limitato ad applicare una mera aprioristica preclusione automatica ma ha valutato, nel dettaglio, le circostanze di fatto e di diritto che hanno consentito di evidenziare la non fattibilità della soluzione concordataria, la quale peraltro, come già detto, si rivela “*ictu oculi*” inidonea a fornire una adeguata risposta all’insolvenza ed alla crisi dell’impresa in questione.

Una siffatta valutazione tiene conto altresì dei recenti pronunciamenti giurisprudenziali, nei quali si affronta l’interessante questione di diritto relativa al rapporto tra la domanda di concordato preventivo e l’eventuale giudizio prefallimentare già pendente.

Tale nuovo orientamento, pur riconoscendo al debitore la facoltà di proporre una procedura concorsuale alternativa al suo fallimento, non vede in quest’ultima un fatto impeditivo alla relativa dichiarazione, ma una semplice esplicazione del diritto di difesa del debitore, il quale non può comunque, come sopra detto, disporre unilateralmente e potestativamente dei tempi del procedimento fallimentare, venendo così a paralizzare le iniziative delle altre parti (in tal senso Tribunale di Roma 17.07.2014).

Ne consegue che va dichiarata l'inammissibilità del presente procedimento:

- a) per non avere la parte istante depositato la documentazione completa nei termini;
- b) per non avere formulato, in ogni caso, una proposta fattibile.

5. in ordine alla inammissibilità dell'istanza di fallimento in pendenza di concordato

All'udienza in data 29 gennaio 2015 il PM ha formulato a verbale istanza di fallimento (previa declaratoria di inammissibilità del concordato) e il Tribunale ha concesso termine alla ricorrente fino al 9 febbraio 2015 per il deposito di memorie scritte al fine di consentire alla società di difendersi in esito alla richiesta di fallimento formulata dal pubblico ministero e ha fissato la Camera di Consiglio in data 18 febbraio 2015.

La società nella memoria depositata il 9 febbraio 2015 ha eccepito in primo luogo la inammissibilità dell'istanza di fallimento in pendenza di concordato.

Ebbene non vi è alcuna norma che sancisca il divieto di presentare istanze di fallimento in pendenza di una procedura concordataria.

Invero la Suprema Corte nel disciplinare i rapporti tra fallimento e procedura concorsuale minore ha ritenuto che la sospensione necessaria del processo può essere disposta, ai sensi dell'art. 295 c.p.c., quando il processo pregiudicante abbia ad oggetto una situazione sostanziale che rappresenti il fatto costitutivo od un elemento fondante della situazione esaminata nel processo pregiudicato. Una pregiudizialità siffatta non si verifica nei rapporti fra concordato preventivo e fallimento, non essendo sovrapponibili le situazioni rispettivamente esaminate ed essendo la decisione sulla domanda di concordato insuscettibile di sfociare, di regola, in una decisione irrevocabile e, come tale, impugnabile dovendo, infatti, le questioni attinenti al decreto di inammissibilità essere dedotte con la stessa impugnazione avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, in quanto il predetto rapporto si atteggia come un fenomeno di consequenzialità (eventuale del fallimento all'esito negativo della prima procedura) e di assorbimento (dei vizi del predetto diniego in motivi di impugnazione della seconda), che determina una mera esigenza di coordinamento tra i due procedimenti. Pertanto, allorché il debitore sottoposto a procedimento per la dichiarazione di fallimento presenti domanda di ammissione al concordato preventivo, non ricorre alcuna causa di sospensione del primo giudizio, ai sensi dell'art. 295 c.p.c. (Cass. 3059/11; Cass. sez un 1521/13). I rapporti tra le due procedure devono in tal caso soltanto raccordarsi tra loro. Esclusa l'applicabilità della sospensione ex art. 295 c.p.c., deve comunque osservarsi che non vi è alcuna disposizione normativa che ponga il divieto di proporre istanze di fallimento nel corso della procedura di concordato preventivo o che imponga che quelle già in precedenza proposte debbano essere dichiarate improcedibili. Tralasciando la questione se il giudice possa dichiarare il fallimento in pendenza della procedura concordataria, ciò che va affermato è che, a seguito di esito negativo della domanda di concordato (per inammissibilità L. Fall., ex art. 162, o per diniego di omologazione L. Fall., ex art. 180, o per revoca L. Fall., ex art. 173), il fallimento, in presenza di istanze dei creditori o del PM, ben può essere dichiarato, in quanto ciò è espressamente previsto e disciplinato dalla legge fallimentare. (Cass. n.12534/2014).

Il nuovo art. 162 l.fall. appare congegnato in modo tale da rendere possibile il *simultaneus processus* prevedendo che ad un tempo si chiuda la fase di ammissione ed il tribunale dichiari subito il fallimento su istanza del P.M. o dei creditori o del medesimo debitore; se infatti il d.lgs. n.169/2007 ora sottrae all'intervento officioso la trasformazione in fallimento del concordato preventivo e pur sempre esige la domanda di un legittimato per pervenire allo stesso esito, una correlazione della istruzione prefallimentare con la fase di ammissione del c.p. conclusosi negativamente impone un collegamento tra i due processi: la sentenza fallimentare diviene così quella pronuncia che sancendo la sussistenza dei presupposti oggettivi e soggettivi della fallibilità non si limita a ratificare l'insuccesso della proposta della domanda di concordato preventivo ma preclude che quest'ultima resti confinata ad un mero decreto di rigetto, senza conseguenze concorsuali ulteriori, invece volute da soggetti istanti e desumibili (anche) da tutti gli elementi raccolti nel corso della iniziale procedura di concordato preventivo. Il che implica che la legittimazione al ricorso sia svolta prima del decreto di rigetto: così si dovrà trattare delle istanze di fallimento depositate anteriormente al ricorso per concordato preventivo ovvero delle istanze inoltrate al tribunale fallimentare pendente la fase di ammissione del concordato preventivo così che in entrambi i casi al momento della decisione di rigetto possa darsi in concreto l'ipotesi immaginata con precisione proprio dal secondo comma cioè di un rigetto della domanda di concordato accompagnata dalla contestuale dichiarazione di fallimento su istanza dei creditori preesistenti oltre che del P.M. intervenuto o anche del debitore.

La società a sostegno della inammissibilità dell'iniziativa del P.M. richiama la sentenza della Corte di Appello di Venezia n. 2760 del 18 dicembre 2014, che compiutamente letta ed interpretata conduce a conclusioni diverse da quelle prospettate dalla ricorrente.

Invero, in estrema sintesi, la Corte di Venezia esclude la legittimazione "speciale" del p.m. di chiedere il fallimento al di fuori delle ipotesi espressamente disciplinate di una domanda di concordato ritenuta inammissibile (art. 162) ovvero dell'esistenza di una procedura di c.p. revocata (art.173) non approvata (art. 179) o non omologata (art. 180); nel caso sottoposto all'esame della corte, infatti, la procedura di concordato non era più in essere al momento della richiesta in quanto la medesima (procedura di concordato) si era conclusa a seguito della rinuncianel momento in cui il p.m. ha formulato la sua istanza la procedura di concordato era cessata a seguito della rinuncia..... non si ravvisa dunque quel procedimento di revoca (ovvero di sua inammissibilità) che rappresenta il presupposto della legittimazione, per così dire, speciale del P.M. al di fuori della quale la legittimità dell'iniziativa del P.M. non può che essere rinvenuta nella generale ipotesi di cui all'art. 7 l.fall.

Ebbene dal tenore dell'art. 162 l.fall. emerge chiaramente che a conclusione del procedimento di inammissibilità del concordato preventivo, se ne sussistono i presupposti sostanziali e processuali viene emessa la sentenza di fallimento senza ulteriori adempimenti processuali, in quanto l'accertamento del tribunale e correlativamente l'ambito di difesa del debitore attengono ad una fattispecie complessa nella quale uno dei presupposti per la dichiarazione di fallimento è l'inammissibilità della proposta.

6. in ordine alla violazione da parte del P.M. dei limiti di cui all'art. 7 l.f. Assume la ricorrente che le esigenze di terzietà dell'organo decidente, fondate sul principio del giusto processo di cui all'art. 111 Cost., hanno indotto il legislatore della riforma della legge fallimentare ad escludere la declaratoria di ufficio del fallimento anche all'esito di decreto di inammissibilità della proposta di concordato preventivo, potendo essa intervenire solo su istanza di un creditore o su richiesta del P.M. Per quest'ultima inoltre vigono i limiti di cui all'art. 7 l. fall., sicché può essere proposta solo quando la insolvenza risulti nel corso di un procedimento penale ovvero dalla fuga o latitanza dell'imprenditore (ipotesi sub n. 1 della norma in commento) ed, altresì, quando la insolvenza risulta dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile (ipotesi sub n. 2). La lettura restrittiva della nozione di «procedimento civile», avallata da una pronuncia della Suprema Corte (Cass. 26 febbraio 2009, n. 4632, secondo cui tale procedimento non può essere individuato anche in quello instauratosi dinanzi al Tribunale fallimentare per la dichiarazione di fallimento e definitosi con archiviazione per desistenza del creditore istante, ciò in ossequio al principio del giusto processo ed al superamento del potere officioso di dichiarazione di fallimento), induce poi la società a ritenere violati nell'ipotesi di specie gli artt. 7 l. fall. e 111 Cost. (anche la insolvenza emersa nel corso di una procedura concorsuale minore non potrebbe legittimare la richiesta ex art. 7 l. fall.).

Ritiene il Collegio che non si evidenzia alcuna violazione di legge, né tantomeno del principio del giusto processo. In primo luogo v'è da segnalare che la massima giurisprudenziale, citata dalla ricorrente a sostegno della propria tesi, risulta superata da successive e puntuali pronunce della Corte di Cassazione (cfr. Cass. 14 giugno 2012, n. 9781 e Cass. 15 giugno 2012, n. 9857 e di recente Cass. 18 marzo 2015 n. 5447), che estendono il concetto di «procedimento civile» anche a quello svoltosi innanzi al Tribunale fallimentare ex art.15 l. fall., reputando compatibile tale lettura con l'art. 111 Cost. proprio in quanto la notitia decoctionis, emersa nel corso del procedimento che il giudice civile e dunque anche il Tribunale fallimentare si limita a trasmettere al P.M., «non è un atto avente contenuto decisorio, neppure come precipitato di una cognizione di tipo sommario e non incide sui diritti di alcuno», preservandosi dunque senz'altro il principio di terzietà del giudice.

Inoltre qui non viene, per la verità, neppure in rilievo una notitia decoctionis emersa nel corso di un procedimento in relazione alla quale il Tribunale fallimentare abbia ritenuto di esercitare il potere- dovere di denuncia della stessa al PM, ciò in quanto il Tribunale, comunicando la proposta di concordato al PM, ha invece assolto ad un obbligo di legge su di esso incombente a norma dell'art. 161 ultimo comma l.f..

La procedura di concordato preventivo, infatti, anche alla luce del decreto correttivo d.lg. 169 del 2007 che prevede l'obbligo di comunicazione, sancisce tutt'ora la partecipazione del P.M. La comunicazione della domanda assolve ad una funzione conoscitiva della instaurazione del procedimento di concordato, lasciando al P.M. l'onere di valutare se partecipare o meno alla camera di consiglio fissata per la audizione del debitore ed altresì legittimando, una volta resa possibile la partecipazione al procedimento della parte pubblica, quest'ultima alla formulazione dell'istanza di fallimento nella ipotesi di cui all'att. 162 comma 2 l. fall..

Tale previsione normativa va inquadrata nell'ambito della disciplina del potere di azione attribuito dalla legge fallimentare alla parte pubblica. Il legislatore, eliminando la dichiarazione d'ufficio del fallimento, ritenuta non compatibile con i principi del giusto processo, in ossequio al principio della domanda, ha attribuito il potere di azione al P.M. a tutela dell'interesse pubblico ad eliminare dal sistema economico imprese insolventi per le ricadute negative sul sistema medesimo. Potere di azione del P.M. che in materia civile, infatti, trova giustificazione laddove vi siano interessi o diritti individuali che presentino una data rilevanza per la collettività sì da rendersi necessaria la relativa tutela nel processo, ed è pertanto soggetto al principio di tassatività di cui all'art. 69 c.p.c. (il pubblico ministero esercita l'azione civile nei casi stabiliti dalla legge).

I casi tassativi, dunque, della iniziativa tesa alla declaratoria di fallimento sono innanzitutto quelli di cui all'art. 7 l. fall., poiché in definitiva il legislatore ha voluto, proprio ad evitare che al PM si dovesse ritenere attribuito un generale controllo sulla «corretta gestione di impresa», che questi possa chiedere il fallimento solo nelle ipotesi in cui gli pervenga una notizia decoctionis qualificata, per essere cioè essa emersa nel corso di un procedimento penale (art. 7, n. 1) oppure nel corso di un procedimento civile (art. 7, n. 2). Ad essi tuttavia vanno aggiunte le previsioni di cui al combinato disposto degli artt. 161 ult. comma l. fall. e 162 comma 2, 173 comma 2, 179 e 180 comma 7 (tutte attinenti alla declaratoria di fallimento che tragga origine da una procedura di concordato preventivo), ipotesi in cui la notizia decoctionis qualificata viene ad essere integrata dalla proposta concordataria proveniente dallo stesso debitore che versi in stato di insolvenza e non di mera crisi.

L'obbligo di comunicazione della proposta di cui all'art. 160 ult. comma ha la funzione di consentire al P.M. la acquisizione della notizia decoctionis (ovviamente eventuale poiché la società proponente visto l'attuale presupposto della procedura di concordato può non essere insolvente), consentendogli di esercitare, laddove ritenesse sussistenti i presupposti per la declaratoria di fallimento, il potere di azione attribuitogli dal legislatore nelle ipotesi di declaratoria di inammissibilità della proposta, di revoca della stessa o di mancata omologazione. E trattasi di una notizia decoctionis qualificata proprio in quanto proveniente dallo stesso debitore, il quale denuncia una situazione fattuale potenzialmente riconducibile, anche se dalla proponente non ricondotta, ai presupposti del fallimento (si possono trarre indicazioni in tal senso da C. Cost. 15 luglio 2003, n. 240 che nel vigore della vecchia legge fallimentare precisava in che termini poteva ritenersi compatibile la declaratoria di fallimento d'ufficio, seguita alla mancata ammissione del concordato, con l'art. 111 Cost.).

In definitiva il legislatore della riforma ha ricostruito il sistema, a salvaguardia dei principi di terzietà del giudice e di tipicità dell'azione civile del PM, attribuendo il potere di domandare il fallimento, laddove si prevedevano prima della riforma ipotesi di declaratoria d'ufficio, al Pubblico Ministero, limitando le possibilità di esercizio di tale potere alla acquisizione di una notizia decoctionis qualificata in quanto emergente nel corso di procedimento penale o civile (intendendosi quanto a quest'ultimo anche quello incardinatosi ex art. 15 l. fall.) o in quanto proveniente dallo stesso debitore. Con riferimento a quest'ultima si osserva come appunto l'obbligo di comunicazione al P.M. della proposta di concordato, procedura che presuppone la crisi della impresa (della

prossimità logico-temporale di questa alla nozione di insolvenza lo stesso legislatore è ben consapevole), costituisca un canale di conoscenza per il P.M. di quelle proposte di concordato formulate da società insolventi e costituenti pertanto *notitia decoctionis* (a parte ogni considerazione sulla concorrente finalità di garantire anche la tutela penale del concordato preventivo di cui agli artt. 236 e 236-bis l. fall., finalizzata - soprattutto il comma 1 dell'art. 236 ed il nuovo art. 236-bis - ad un rafforzamento delle garanzie di trasparenza e correttezza della procedura in favore dei creditori).

“L’iniziativa del P.M. è pienamente conforme alle previsioni di legge, risultando inoltre speciose le doglianze inerenti la mancanza di forma scritta della istanza di fallimento, formulata oralmente all’udienza ex art. 162 comma 2 l. fall. e trascritta a verbale, ed altresì il difetto di motivazione. Quanto al difetto di forma, la stessa distinzione operata dall’art. 6 l. fall. tra ricorso per la declaratoria di fallimento da parte del debitore o dei creditori e richiesta del pubblico ministero, pare proprio svincolare la iniziativa della parte pubblica da particolari esigenze di forma. Ma se ovviamente la iniziativa del P.M., tesa alla declaratoria di fallimento ai sensi dell’art. 7 n. 1 e 2 l. fall., avrà necessariamente la forma di un ricorso, dovendosi procedere alla successiva instaurazione del contraddittorio ex art. 15 l. fall., non altrettanto può dirsi per la iniziativa assunta nel corso della procedura di concordato in concomitanza delle udienze ex artt. 162 comma 2, 173 comma 2, 179 l. fall. per le quali imporre alla parte pubblica, che a tali udienze prenda parte, di avanzare istanza con autonomo ricorso o di rassegnare conclusioni scritte, pare in verità contrario ai principi di economia processuale, dovendosi assicurare solo il diritto di difesa della proponente. (in tal senso Corte di Appello di Roma 15 marzo 2013). La presenza in udienza del P.M. e la richiesta formulata oralmente è sufficiente ad investire il giudice fallimentare del potere decisorio in ordine alla declaratoria di fallimento.

Il Collegio sottolinea altresì come la stessa relazione illustrativa del Governo al decreto legislativo sulla riforma dà conto con chiarezza come, venuta meno l’iniziativa officiosa della dichiarazione di fallimento, a quest’ultima può pervenirsi all’esito del medesimo procedimento (ex art. 162 l.fall.) solo se sussista un’apposita istanza alla cui proposizione sono legittimati gli stessi soggetti già contemplati all’art.6 dunque oltre ad un creditore o al P.M. anche il debitore precedente. La tutela dell’interesse pubblico sotteso al fallimento è garantita solo e dall’intervento del PM. Il ruolo della parte pubblica riconsiderato in ragione della solitudine della esclusività, si delinea quindi in ragione della consapevolezza che all’eliminazione dell’officiosità della dichiarazione di fallimento non è seguita l’ablazione dell’interesse pubblico ad essa sotteso.

Orbene la legittimazione del PM sussiste quando l’insolvenza emerga nell’ambito del concordato a prescindere da una segnalazione ad hoc; la comunicazione della proposta di concordato è di per sé segnalazione qualificata di “*notitia decoctionis*”. In sostanza, il Tribunale quando comunica la proposta di concordato al PM così assolvendo l’obbligo di legge previsto dall’art. 161 ultimo comma l.fall. comunica l’insolvenza confessata dal debitore (sia pure facoltativa secondo Cass. 22 luglio 2011 n.161136)

La comunicazione della domanda assolve ad una funzione conoscitiva dell’instaurazione del procedimento di concordato, ma altresì rimette al PM l’onere di valutare se partecipare o meno alla camera di consiglio

fissata per l'audizione del debitore e lo legittima alla formulazione dell'istanza di fallimento nell'ipotesi in cui all'art. 162 comma 2 l.fall..

Il PM è quindi legittimato a formulare la richiesta di fallimento essendo egli nel sistema della legge informato della domanda di concordato sia ai fini dell'intervento nella procedura e sia al fine dell'eventuale richiesta di fallimento.

Il Tribunale non ignora (come innanzi precisato) la nota sentenza della Corte di Cassazione n.4632 del 2009 che ha confermato la pronuncia della Corte di Appello di Milano che aveva dichiarato la nullità della sentenza di fallimento richiesta dal PM dopo l'avvenuta segnalazione dal giudice dell'istruttoria prefallimentare, tuttavia per le ragioni ampiamente illustrate si pone in consapevole dissenso anche alla luce delle recentissime sentenze della Corte di Cassazione che hanno mutato l'orientamento della Suprema Corte.

La pronuncia del 2009 ora superata è fondata sull'assunto che la segnalazione da parte giudice dell'istruttoria prefallimentare al P.M. farebbe surrettiziamente rivivere l'iniziativa officiosa che il legislatore ha voluto espungere dalla legge fallimentare. La Corte sembra ritenere che il giudice del procedimento prefallimentare che segnala l'insolvenza al PM anziché estinguere il procedimento si impegnerebbe a rivitalizzarlo chiamando l'organo pubblico per surrogare la rinuncia o l'inerzia del creditore privato.

Tale costruzione non è conforme alla realtà dei fatti.

Innanzitutto dai lavori preparatori alla riforma fallimentare, ai quali va riconosciuto valore sussidiario nell'interpretazione della legge (Cass. n.3550/1988) si legge espressamente: "...la soppressione della dichiarazione di fallimento di ufficio, risulta bilanciata dall'affidamento al PM del potere di dare corso all'istanza di fallimento su segnalazione proveniente dal giudice al quale nel corso di qualsiasi procedimento civile, risulti l'insolvenza di un imprenditore; quindi anche nei casi di rinuncia (c.d. desistenza) al ricorso per la dichiarazione di fallimento"

Da più parti è stato sottolineato l'equivoco di porre sul medesimo piano iniziativa officiosa, ormai abrogata, e potere di segnalazione al PM e di confondere la terzietà ed imparzialità del giudice con le attività comunicative che non sono idonee ad incidere sui poteri valutativi del PM: in ordine a questi ultimi questo Tribunale condivide l'opinione di chi evidenzia l'autonomia di iniziativa del PM potendo egli di fronte ad una segnalazione, sia istruirla sia archivarla, con determinazione insindacabile a senza necessità di alcun riscontro rispetto al giudice che quella segnalazione ha effettuato.

In ogni caso la fattispecie esaminata nella sentenza n.4632 cit. è del tutto diversa da quella sottoposta al vaglio del tribunale e, quindi, questo Collegio deve valutare l'iniziativa del PM non ai sensi degli artt. 6 e 7 bensì ai sensi degli artt. 161 ultimo comma e 162 comma 2° l.fall.

Orbene a seguito della soppressione dell'iniziativa officiosa del Tribunale (operata dal d.lgs n.5/2006) la partecipazione del PM ha assunto una valenza maggiore posto che questi è divenuto l'unico titolare di una sorta d'iniziativa pubblica per la dichiarazione di fallimento e deve essere messo in condizione di esercitare tale potere in tutti i casi in cui sia possibile la c.d. conversione del concordato in fallimento. La comunicazione della domanda di concordato al PM serve quindi ad allertare l'organo pubblico in ordine al possibile stato di insolvenza del debitore e consentirgli di richiedere il fallimento nell'ipotesi di

inammissibilità della proposta. Ciò posto rileva il Collegio come una volta che la proposta concordataria sia stata comunicata al PM detto organo è legittimato a proporre istanza di fallimento e detta legittimazione deriva non già dall'art. 7 bensì dall'art. 161 e 162 l.fall. e, quindi il PM già edotto della esistenza della procedura concordataria agisce per la dichiarazione del fallimento in base ad un potere-dovere che la legge gli riconosce esplicitamente. La legittimazione ex art.161, 162 e 179 è del tutto diversa da quella di cui all'art. 7 l.fall. La giurisprudenza di merito ritiene che: "Poiché nell'ambito della procedura di concordato preventivo il PM è parte necessaria ai sensi dell'art. 162 l.fall. sussiste la sua legittimazione a richiedere la declaratoria di fallimento del soggetto proponente il concordato, essendo tale iniziativa del tutto svincolata dai limiti imposti dal non richiamato art. 7 l.fall." (Appello Bologna 1 giugno 2009 – Appello Bari 20 febbraio 2012).

La notizia decoctionis nel caso di specie è stata acquisita dal PM ab externo, proviene infatti dallo stesso debitore, il quale denuncia una situazione fattuale potenzialmente riconducibile, anche se dalla proponente non ricondotta, ai presupposti del fallimento.

7. in ordine allo stato di insolvenza

Lo stato di insolvenza è contenuto nel provvedimento di concessione del termine per il deposito del concordato "pieno" e non si differenzia da quello richiesto per il fallimento se non sotto il profilo che nel primo l'insolvenza non deve essere tale da impedire una prognosi favorevole in ordine al pagamento dei creditori almeno nei tempi e nelle misure minime previste dalla legge (Cass n.12145/2009).

In ogni caso sebbene questo tribunale non ignori che si possa accedere alla procedura di concordato pur in presenza di uno stato di crisi, (la riforma della legge fallimentare ha introdotto infatti accanto al concetto di "stato di insolvenza", quello di "stato di crisi" ed il nuovo art. 160, in materia di concordato preventivo, riconosce la legittimazione a formulare una proposta concordataria all'imprenditore "che si trova in stato di crisi", con la precisazione all'ultimo comma del suddetto articolo che "per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza") tuttavia nel caso in esame non è revocabile in dubbio che la società versi in un conclamato stato d'insolvenza, come desumibile da importanti elementi: la crisi di liquidità, l'assenza dei mezzi per adempiere regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni, l'eccedenza del passivo rispetto all'attivo e lo stesso piano concordatario di risanamento che prevede una minima soddisfazione dei creditori ed il cui fabbisogno viene soddisfatto prevalentemente con risorse finanziarie apportate da terzi da immettere in società solo all'eventuale omologazione del Piano.

La domanda di concordato va in definitiva dichiarata inammissibile con contestuale pronuncia sull'istanza di fallimento proposta nei confronti della ricorrente con separato provvedimento emesso in data odierna

P.Q.M.

Il Tribunale di Crotone in composizione Collegiale pronunciando nel giudizio di ammissione a concordato preventivo promosso da Aeroporto S.Anna s.p.a.

visto ed applicato l'art. 162 comma 2° l.fall.

preso atto che il Pubblico Ministero presente in udienza in persona del dott. Gaetano Bono ha chiesto la dichiarazione di fallimento della società

AEROPORTO S. Anna s.p.a. in persona del legale rappresentante pro tempore

- DICHIARA inammissibile la domanda di concordato preventivo proposta da AEROPORTO S.ANNA s.p.a.;
- ORDINA che il presente decreto sia trasmesso all'Ufficio del Registro delle Imprese per la relativa annotazione;
- DISPONE che si proceda con separato provvedimento sull'istanza dichiarativa di fallimento azionata dalla Procura della Repubblica con la richiesta formulata all'udienza del 29 gennaio 2015;
- MANDA la Cancelleria per la comunicazione alle parti ed all'Ufficio del Pubblico Ministero per quanto eventualmente di Sua competenza.

Così deciso in Crotone, nella camera di consiglio della Sezione Civile del Tribunale, il giorno 15 aprile 2015.

Depositato in data 15.4.2015