

**ORDINANZA**

sul ricorso n. 3199 - 2016 R.G. proposto da:

-

RICORRENTE

contro

FALLIMENTO SPAV PREFABBRICATI s.p.a..

INTIMATO

avverso il decreto dei 28.10/27.11.2015 della Corte d'Appello di Trieste,  
udita la relazione nella camera di consiglio del 14 febbraio 2023 del consigliere  
dott. Luigi Abete,

**RILEVATO CHE**

**1.** Con decreto del 23.12.2014 il Tribunale di Udine ammetteva la SPAV Prefabbricati s.p.a. al concordato preventivo e determinava in euro 200.000,00

l'ammontare della somma da depositare ai sensi dell'art. 163, 2° co., n. 4, l.fall. per le spese della procedura.

**2.** Con memoria in data 7.1.2015 la SPAV Prefabbricati chiedeva, ai sensi dell'art. 182 *quinquies* l.fall., ai fini del deposito di cui all'art. 163, 2° co., n. 4, l.fall., di essere autorizzata a contrarre con Marianna finanziamento prededucibile dell'importo di euro 80.000,00.

Indi Marianna faceva luogo al deposito di assegno bancario dell'importo di euro 80.000,00 ed il commissario giudiziale rilasciava ricevuta.

**3.** Con decreto in data 8.1.2015, in dipendenza della mancata integrale esecuzione del deposito ex art. 163, 2° co., n. 4, l.fall., il tribunale dava corso all'*iter*, ex art. 173 l.fall., per la revoca dell'ammissione al concordato.

**4.** All'udienza del 22.1.2015 la SPAV Prefabbricati chiedeva, del pari ai sensi dell'art. 182 *quinquies* l.fall., ai fini del deposito di cui all'art. 163, 2° co., n. 4, l.fall., di essere autorizzata a contrarre con Marianna finanziamento prededucibile dell'importo di euro 120.000,00, quale residuo ammontare del deposito disposto dal tribunale.

Indi la SPAV Prefabbricati faceva luogo al deposito di due assegni circolari emessi all'ordine di Marianna

**5.** Con decreto in data 22.2.2015 il Tribunale di Udine dichiarava il non luogo a provvedere in ordine alla revoca dell'ammissione al concordato preventivo e rigettava la richiesta di autorizzazione alla stipulazione del mutuo con cui si era acquisita la disponibilità della somma necessaria ai fini del deposito per le spese della procedura.

Evidenziava segnatamente, a tal ultimo riguardo, che la disposizione applicabile in fase successiva all'ammissione alla procedura, ovvero l'art. 167

l.fall., riserva al giudice delegato e non al tribunale la potestà di autorizzare in via preventiva gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.

Evidenziava altresì che il perfezionamento del mutuo, con la consegna alla società ammessa al concordato della somma mutuata, non pregiudicava, nonostante il difetto dell'autorizzazione del g.d., l'efficacia del deposito; che viceversa, in dipendenza del difetto dell'autorizzazione del g.d., risultava inefficace nei confronti dei creditori della società l'obbligazione restitutoria assunta dalla stessa società verso la mutuante.

**6.** La SPAV Prefabbricati s.p.a. e Maria                      proponevano reclamo.

Chiedevano la riforma del provvedimento impugnato, deducendo: che il tribunale aveva errato nel ritenere applicabile la disciplina di cui all'art. 167 l.fall. anziché quella di cui all'art. 182 *quinquies*, poiché questa seconda norma doveva considerarsi speciale e quindi prevalere sulla prima; che il finanziamento, eseguito senza l'autorizzazione del g.d, doveva ritenersi inefficace, con la conseguenza che la procedura non poteva procedere all'incasso delle somme depositate e che il Commissario giudiziale aveva l'obbligo di restituirle; che, infine, il mutuo non si era perfezionato, perché SPAV non aveva mai avuto la disponibilità di dette somme.

Il procedimento, dichiarato interrotto per effetto della dichiarazione di fallimento della SPAV Prefabbricati, veniva riassunto dalla                      Il curatore del Fallimento si costituiva eccependo preliminarmente l'inammissibilità della riassunzione per difetto di legittimazione della reclamante, con conseguente estinzione del giudizio, e concludendo nel merito per il rigetto del reclamo.

**7.** Con decreto dei 28.10/27.11.2015 la Corte d'Appello di Trieste rigettava il reclamo e condannava la reclamante alle spese.

Premetteva la Corte di Trieste che andava ritenuta inammissibile, per sopravvenuto difetto di interesse della reclamante, la domanda svolta in via principale, in quanto l'intervenuto fallimento della SPAV Prefabbricati escludeva che potesse disporsi l'autorizzazione del finanziamento ai sensi dell'art. 182 *quinquies* l.fall. con susseguente riconoscimento della natura prededucibile del credito della mutuante.

Riteneva invece che, con riguardo alle domande subordinate svolte col reclamo, l'eccezione preliminare del curatore fosse infondata, stante il permanente interesse della a sentir accertare di non aver stipulato un mutuo con la società poi fallita e/o a sentir dichiarare l'inefficacia del finanziamento alla stessa concessa.

Rilevava peraltro che era corretto l'assunto del primo giudice, secondo cui l'inefficacia relativa degli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione compiuti in assenza di autorizzazione del g.d. non ne importa l'invalidità ed opera esclusivamente a vantaggio dei creditori anteriori al concordato, i quali ultimi unicamente possono farla valere (*cf. decreto impugnato, pag. 8*).

Reputava, infine, che il mutuo si era perfezionato, in quanto la complessiva somma di euro 200.000,00 non era stata versata alla procedura nella persona del commissario giudiziale bensì alla SPAV Prefabbricati, nella cui disponibilità il medesimo importo era entrato (*cf. decreto impugnato, pag. 9*).

**8.** Avverso tale decreto ha proposto ricorso Maria ne ha chiesto la cassazione sulla scorta di quattro motivi.

Il Fallimento della SPAV Prefabbricati non ha svolto difese.

**9.** La ricorrente ha depositato memoria.

#### **CONSIDERATO CHE**

**10.** Con il primo motivo la ricorrente denuncia la violazione degli artt. 167 e 182 *quinquies* l.fall.

Deduce che la Corte di Trieste avrebbe dovuto senz'altro far applicazione non già dell'art. 167 l.fall. bensì dell'art. 182 *quinquies* l.fall.

Deduce che quest'ultima è la norma dettata a disciplina dei finanziamenti cosiddetti "interinali", ovvero erogati tra la data di presentazione della domanda di concordato e l'omologazione, finalizzati a soddisfare le necessità finanziarie dell'impresa in pendenza di procedura (*cf. ricorso, pag. 6*).

**11.** Con il secondo motivo la ricorrente denuncia la violazione dell'art. 167, 2° co., l.fall. e degli artt. 38 e 39 cod. proc. civ.

Deduce che la circostanza per cui, in rapporto al dettato dell'art. 167, 2° co., l.fall., la richiesta di autorizzazione è stata rivolta al tribunale anziché al giudice delegato non ha alcuna valenza (*cf. ricorso, pag. 9*).

Deduce che, pur ad opinare per l'erronea individuazione del giudice competente, il tribunale è comunque organo sovraordinato rispetto al g.d.

Deduce quindi che il tribunale, rilevata la pretesa incompetenza, avrebbe dovuto rimettere la domanda alla delibazione del g.d. (*cf. ricorso, pag. 10*).

**12.** Con il terzo motivo la ricorrente denuncia la violazione degli artt. 1813 e 1814 cod. civ. e degli artt. 167 e 172 l.fall.

Deduce che ha errato la corte a reputare che il mutuo si è perfezionato.

Deduce che nella specie non è avvenuta la consegna degli assegni da parte sua alla SPAV Prefabbricati e che la somma di euro 200.000,00 non è mai entrata nella disponibilità materiale e giuridica della fallita.

Deduce che del resto il commissario giudiziale non rappresenta la società ammessa al concordato e che, ricevuti gli assegni, intestati alla procedura, il commissario li ha depositati sul conto della stessa (*cf. ricorso, pag. 11*).

Deduce quindi che non ha alcun rilievo la ricevuta con cui il commissario ha dichiarato di percepire l'importo versato per conto della SPAV Prefabbricati.

Deduce infine che il mutuo non si è perfezionato, siccome presupposto a tal fine imprescindibile sarebbe stato l'ottenimento dell'autorizzazione da parte del tribunale (*cf. ricorso, pag. 13*).

**13.** Con il quarto motivo la ricorrente denuncia la violazione degli artt. 1362, 1363, 1366 e 1371 cod. civ.

Deduce che il perfezionamento del contratto di mutuo deve escludersi pur alla stregua dei principi di buona fede e di affidamento, oltre che alla stregua della corretta interpretazione della volontà delle parti.

**14.** Il ricorso non può essere esaminato.

Questa Corte spiega che l'accertamento di un credito nei confronti del fallimento è devoluto alla competenza esclusiva del giudice delegato, ex artt. 52 e 93 l. fall., con la conseguenza che, ove la relativa azione sia proposta nel giudizio ordinario di cognizione, deve esserne dichiarata d'ufficio, in ogni stato e grado, anche nel giudizio di cassazione, l'inammissibilità o l'improcedibilità, a seconda che il fallimento sia stato dichiarato prima della proposizione della domanda o nel corso del giudizio, trattandosi di una questione "*litis ingressus impediens*" (*cf. Cass. 4.10.2018, n. 24156; cf. Cass. 23.4.2003, n. 6475, secondo cui le questioni concernenti l'autorità giudiziaria dinanzi alla quale va introdotta una pretesa creditoria nei confronti di un debitore assoggettato a fallimento, anche se impropriamente formulate in termini di competenza, sono,*

*in realtà (e prima ancora), questioni attinenti al rito; pertanto, proposta una domanda volta a far valere, nelle forme ordinarie, una pretesa creditoria soggetta, invece, al regime del concorso, il giudice (erroneamente) adito è tenuto a dichiarare (non la propria incompetenza ma) l'inammissibilità, l'improcedibilità o l'improponibilità della domanda, siccome proposta secondo un rito diverso da quello previsto come necessario dalla legge, trovandosi in presenza di una vicenda "litis ingressus impediens", concettualmente distinta da un'eccezione d'incompetenza, con la conseguenza che la relativa questione, non soggiacendo alla preclusione prevista dall'art. 38, 1° co., cod. proc. civ., può essere dedotta o rilevata d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio).*

**15.** Alla luce dei surriferiti principi si impongono i rilievi che seguono.

Per un verso, in dipendenza del fallimento della SPAV Prefabbricati sopravvenuto nel corso del giudizio di reclamo ed a fronte delle domande della volte a far accertare e dichiarare l'insussistenza o l'inefficacia del mutuo e, per l'effetto, ad ottenere la restituzione delle somme depositate dalla società a titolo di cauzione per le spese della procedura minore, o, comunque, a veder riconoscere la natura prededucibile del credito da rimborso del finanziamento erogato, la corte d'appello avrebbe evidentemente dovuto, ex artt. 52 e 93 l.fall., dichiarare l'improcedibilità del reclamo.

Per altro verso, nulla osta a che al riscontro e alla declaratoria di improcedibilità della domanda esperita in sede di merito dalla ricorrente attenda questa Corte.

**16.** In questi termini, pronunciando sul ricorso, il decreto dei 28.10/27.11.2015 della Corte d'Appello di Trieste va cassato senza rinvio ai sensi dell'art. 382, 3° co., seconda parte, cod. proc. civ.

**17.** Il riscontro officioso dell'improcedibilità giustifica la compensazione integrale delle spese di lite con riferimento ai pregressi gradi di merito.

Il Fallimento della SPAV Prefabbricati non ha svolto difese. Nessuna statuizione in ordine alle spese del presente giudizio va assunta.

**18.** In dipendenza, comunque, dell'esito del ricorso non sussistono i presupposti processuali perché, ai sensi dell'art. 13, 1° co. *quater*, d.P.R. n. 115/2002, la ricorrente sia tenuta a versare un ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per la stessa impugnazione a norma del 1° co. *bis* dell'art. 13 d.P.R. cit.

#### **P.Q.M.**

La Corte, pronunciando sul ricorso, cassa senza rinvio il decreto dei 28.10/27.11.2015 della Corte d'Appello di Trieste, perché il giudizio non poteva essere proseguito; compensa integralmente le spese di lite con riferimento ai pregressi gradi di merito.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio della I sez. civ. della Corte