

Centro Studi

Diritto **A**vanzato

Edizioni

Comitato scientifico:

Simone **ALECCI** (Magistrato) - Elisabetta **BERTACCHINI** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Mauro **BOVE** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giuseppe **BUFFONE** (Magistrato addetto alla direzione generale della giustizia civile presso il Ministero della Giustizia) - Tiziana **CARADONIO** (Magistrato) - Costanzo Mario **CEA** (Magistrato, Presidente di sezione) - Paolo **CENDON** (Professore ordinario di diritto privato) - Gianmarco **CESARI** (Avvocato cassazionista dell'associazione Familiari e Vittime della strada, titolare dello Studio legale Cesari in Roma) - Caterina **CHIARAVALLOTTI** (Presidente di Tribunale) - Bona **CIACCIA** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Leonardo **CIRCELLI** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Vittorio **CORASANITI** (Magistrato, ufficio studi del C.S.M.) - Mirella **DELIA** (Magistrato) - Lorenzo **DELLI PRISCOLI** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Paolo **DI MARZIO** (Consigliere Suprema Corte di Cassazione) - Francesco **ELEFANTE** (Magistrato T.A.R.) - Annamaria **FASANO** (Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione) - Cosimo **FERRI** (Magistrato, già Sottosegretario di Stato alla Giustizia) - Francesco **FIMMANO'** (Professore ordinario di diritto commerciale, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Eugenio **FORGILLO** (Presidente di Tribunale) - Andrea **GIORDANO** (Avvocato dello Stato) - Mariacarla **GIORGETTI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Giusi **IANNI** (Magistrato) - Francesco **LUPIA** (Magistrato) - Giuseppe **MARSEGLIA** (Magistrato) - Roberto **MARTINO** (Professore ordinario di diritto processuale civile, Preside Facoltà Giurisprudenza) - Francesca **PROIETTI** (Magistrato) - Serafino **RUSCICA** (Consigliere parlamentare presso il Senato della Repubblica) - Piero **SANDULLI** (Professore ordinario di diritto processuale civile) - Stefano **SCHIRO'** (Presidente di sezione, Suprema Corte di Cassazione) - Bruno **SPAGNA MUSSO** (Magistrato, assistente di studio alla Corte Costituzionale) - Paolo **SPAZIANI** (Magistrato dell'Ufficio del Massimario della Corte Suprema di Cassazione) - Antonella **STILO** (Magistrato, Presidente di sezione) - Antonio **URICCHIO** (Professore ordinario di diritto tributario, Magnifico Rettore) - Antonio **VALITUTTI** (Presidente di Sezione presso la Suprema Corte di Cassazione) - Alessio **ZACCARIA** (Professore ordinario di diritto privato, componente laico C.S.M.).

Concordato preventivo, voto espresso con dichiarazione trasmessa al commissario giudiziale a mezzo p.e.c., validità

Il voto espresso, ancorchè con dichiarazione trasmessa al commissario giudiziale a mezzo p.e.c., prima del deposito della relazione di cui alla L. Fall., art. 172 e dell'adunanza dei creditori, è valido, purché trovi esatta corrispondenza con la proposta definitiva presentata dal debitore, e, se negativo, deve essere tenuto in considerazione al fine di individuare nel creditore che lo ha manifestato un soggetto dissenziente a cui estendere necessariamente il contraddittorio in sede di giudizio di omologazione, L. Fall., ex art. 180, comma 1; sicchè la pretermissione della notifica del decreto che fissa l'udienza camerale relativa al giudizio di omologazione al creditore dissenziente comporta una violazione del contraddittorio e, di conseguenza, la nullità del giudizio così instauratosi e del decreto di omologa emesso al suo esito.

Cassazione civile, sezione prima, ordinanza del 8.2.2019, n. 3860

...omissis...

Con decreto depositato in data 27 dicembre 2013 il Tribunale di Cagliari omologava il concordato preventivo proposto da X Elettromeccanica s.p.a. in liquidazione.

Ricorre per cassazione ex art. 111 Cost. avverso questa pronuncia Y s.r.l., creditrice del debitore proponente il concordato e dissenziente rispetto alla relativa proposta, al fine di far valere due motivi di impugnazione. Ha resistito con controricorso X Elettromeccanica s.p.a. in liquidazione e in concordato preventivo. Gli intimati *omissis*, nella loro qualità di liquidatori giudiziali del concordato preventivo di X Elettromeccanica s.p.a. in liquidazione, *omissis*, nella qualità di Commissari giudiziali della medesima società, non hanno svolto alcuna difesa. Parte ricorrente ha depositato memoria ai sensi dell' art. 380 bis.1 c.p.c..

Parte ricorrente, con la memoria da ultimo depositata, ha fatto presente, a sostegno del proprio forte interesse a prendere parte al giudizio di omologazione, che proprio su sua richiesta il Tribunale di Cagliari avrebbe pronunciato la risoluzione del concordato preventivo già omologato e dichiarato il fallimento della società. Simili evenienze, se dimostrate, imporrebbero di rilevare, anche d'ufficio, il sopravvenire di una situazione che, eliminando la ragione del contendere delle parti, ha fatto venir meno l'interesse ad agire e a contraddire, e cioè l'interesse ad ottenere un risultato utile, giuridicamente apprezzabile e non conseguibile senza l'intervento del giudice, da accertare avendo riguardo all'azione proposta e alle difese svolte dal convenuto. Manca tuttavia alcuna prova al riguardo, poichè nessun documento è stato allegato alla memoria nè vi è stata alcuna ammissione in proposito ad opera del controricorrente.

A questo collegio non rimane perciò che trascurare le comunicazioni effettuate dal ricorrente, in quanto solo la certezza delle circostanze che comportino la cessazione della materia del contendere può consentire di procedere alla relativa declaratoria, tenuto conto degli effetti caducatori del provvedimento impugnato che la stessa provocherebbe.

Il primo motivo di ricorso denuncia, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, in relazione alla L. Fall., art. 180, artt. 101 e 102 c.p.c., artt. 3,24 e 111 Cost., la violazione del principio di partecipazione al giudizio di omologa, con conseguente violazione del principio del contraddittorio e del diritto di difesa: X Elettromeccanica s.p.a. in liquidazione, malgrado il voto sfavorevole espresso da Y s.r.l. rispetto alla proposta concordataria, avrebbe ommesso di provvedere alla notifica al creditore dissenziente del provvedimento di fissazione dell'udienza camerale assunto dal Tribunale ai sensi della L. Fall., art. 180; questa omissione avrebbe determinato la mancata instaurazione di un regolare contraddittorio e l'omessa partecipazione al giudizio di omologazione del creditore dissenziente, dovendosi di conseguenza ritenere che il provvedimento di omologa emesso all'esito di un simile iter procedurale sia nullo e improduttivo di effetti nei confronti della parte pretermessa.

Il secondo mezzo assume, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, in relazione agli artt. 102 e 162 c.p.c., la nullità del provvedimento impugnato o del procedimento a causa della mancata integrazione del contraddittorio: il provvedimento di omologa sarebbe viziato da un error in procedendo in quanto il Tribunale avrebbe ommesso di verificare la regolarità e l'integrità del contraddittorio, limitandosi a constatare la mancata costituzione dei creditori dissenzienti, senza però verificare il regolare adempimento dell'obbligo di notifica nei loro confronti del decreto di fissazione d'udienza; tale errore avrebbe comportato la nullità del procedimento di omologa, svoltosi in assenza di una parte necessaria, e del decreto pronunciato all'esito dello stesso.

I motivi, da esaminarsi congiuntamente essendo entrambi rivolti, nella sostanza, a censurare sotto una diversa prospettiva (da un lato come vizio di attività del debitore proponente il concordato, dall'altro quale difetto di verifica da parte del Tribunale) la mancata notifica del decreto di fissazione dell'udienza camerale del giudizio di omologazione, sono fondati.

Occorre dire in primo luogo che il ricorso risulta ammissibile, non potendosi condividere le eccezioni sollevate in via preliminare dalla società proponente il concordato.

Entrambe le doglianze, denunciando un vizio di attività commesso sia dal debitore proponente sia dal Tribunale, propongono critiche che lamentano la violazione di una norma processuale e debbono essere ricondotte al disposto dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 4, rispetto al quale vanno considerate ammissibili. Ciò sia perchè avverso il decreto di omologa pronunciato in assenza di opposizione la giurisprudenza di questa Corte ritiene esperibile il ricorso di cui all'art. 111 Cost. (cfr. Cass. 15699/2011), sia perchè l'odierno ricorrente non si è limitato a chiedere una tutela funzionale all'interesse ad un'astratta regolarità dell'attività giudiziaria, ma ha addotto la violazione del contraddittorio, il quale è tutelato in sé stesso dalla Costituzione (art. 111) e dall'art. 101 c.p.c., comma 1, artt. 102,160,164,291 e 354 c.p.c., che sottendono la regola della impossibilità di proseguire il giudizio - pena la nullità - in caso di un suo difetto.

Eventuali nullità della notificazione del ricorso introduttivo del giudizio di legittimità, per essere la stessa stata eseguita presso la sede della società debitrice anzichè nel domicilio eletto presso il suo difensore, risultano sanate dalla costituzione della parte intimata con efficacia ex tunc, dovendo derivarsi da tale circostanza che l'atto ha raggiunto il suo scopo (cfr., per tutte, Cass., Sez. U., 14539/2001). Nè è possibile sostenere che la notifica del ricorso alla parte personalmente, perfezionatasi presso la sede legale della debitrice a seguito di ricezione del plico postale da parte di un soggetto a ciò incaricato anzichè presso il difensore costituito nel giudizio nel quale è stata resa la sentenza impugnata, ne determini l'inesistenza giuridica, poichè una simile evenienza si verifica nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, che consistono da un lato nell'attività di trasmissione, svolta da un soggetto qualificato, dotato, in base alla legge, della possibilità giuridica di compiere detta attività, in modo da poter ritenere esistente e individuabile il potere esercitato, dall'altro nella fase di consegna, intesa in senso lato come raggiungimento di uno qualsiasi degli esiti positivi della notificazione previsti dall'ordinamento (Cass., Sez. U., 14916/2016), condizioni entrambe rispettate nel caso di specie.

L'odierna ricorrente ha rappresentato di aver inviato il proprio dissenso, in vista della seconda adunanza dei creditori fissata per il 23 ottobre 2013, sia a mezzo fax presso la Cancelleria fallimentare di Cagliari, sia tramite posta certificata all'indirizzo mail della procedura e a entrambi i commissari giudiziali. Queste ultime comunicazioni via posta elettronica certificata, allegate al ricorso introduttivo e non contestate nella loro storica esistenza, erano, di per sé stesse, del tutto idonee all'espressione della volontà del creditore, atteso che secondo la giurisprudenza di questa Corte, nel computo dei voti, si deve tenere conto non solo dei suffragi inviati in Cancelleria ma anche delle dichiarazioni trasmesse dai creditori al Commissario giudiziale, in quanto la menzionata norma diversamente dalla L. Fall., art. 125, comma 2, in materia di concordato fallimentare - non fornisce alcuna indicazione sul luogo in cui tali dichiarazioni debbono pervenire, non essendo decisiva nel senso del deposito in Cancelleria la previsione della loro annotazione in calce al verbale da parte del Cancelliere (Cass. n. 2326/2014).

Il fatto che il voto, pacificamente, sia stato espresso prima dell'adunanza dei creditori e del deposito della relazione del Commissario giudiziale non priva di valore la manifestazione di non adesione alla proposta concordataria trasmessa da Y s.r.l. Risulta infatti condivisibile la tesi, espressa a più voci in dottrina e nella giurisprudenza di merito, che il voto, potendo essere manifestato anche al di fuori dell'adunanza dei creditori, abbia validità a prescindere dal momento della sua espressione, in mancanza di alcuna indicazione di legge al riguardo. Nessuna norma all'interno del panorama normativo regolante la fattispecie in esame (costituito dalla disciplina anteriore all'entrata in vigore del D.L. 27 giugno 2015, n. 83 convertito nella L. 6

agosto 2015, n. 132) prevede un preciso momento iniziale a partire dal quale sia possibile per i creditori dare inizio alla comunicazione delle proprie dichiarazioni di voto. Allo stesso modo manca una specifica disposizione che individui nella adunanza dei creditori la prima sede utile per manifestare l'adesione dei creditori alla proposta formulata dal debitore, dato che il disposto della L. Fall., art. 178, comma 1, prevede unicamente che nel processo verbale dell'adunanza si registri lo stato della raccolta dei suffragi con l'indicazione nominativa, accompagnata dalla precisazione dei rispettivi crediti, dei voti favorevoli e contrari già espressi e di quelli da esprimere.

E' invece possibile ritenere che il concordato preventivo, caratterizzato da connotati di indiscussa natura negoziale frammisti a caratteri posti a tutela di interessi pubblicistici, si ispiri nel processo di formazione del consenso sulla proposta presentata dal debitore anche alla generale disciplina del perfezionamento dell'accordo negoziale. In questa prospettiva occorre perciò verificare se la manifestazione di voto aderisca o meno alla proposta concordataria definitivamente formulata ai creditori, a prescindere dal momento della sua espressione; ciò in quanto il diritto del creditore a ricevere le informazioni contenute all'interno della relazione predisposta L. Fall., ex art. 172 dal Commissario giudiziale e ad ascoltare le obiezioni sollevate da altri creditori, ai sensi della L. Fall., art. 175, comma 3, nel testo applicabile *ratione temporis*, in merito all'ammissibilità o all'accettabilità della proposta, ben può essere rinunciato dal creditore che ritenga di poter prescindere dall'esercizio di questi diritti per esprimere il proprio consenso o dissenso. Unica condizione necessaria per la validità dell'espressione del voto è che la stessa corrisponda alle eventuali modifiche della proposta di concordato nel frattempo intervenute, onde assicurare una esatta sovrapposibilità della volontà negoziale delle parti al momento della proposta e dell'accettazione o del dissenso, di modo che va esclusa la validità del suffragio manifestato prima dell'apporto di modifiche (all'epoca effettuabili fin all'inizio delle operazioni di voto in sede di adunanza dei creditori) al contenuto della proposta apprezzata dal medesimo creditore votante.

In tal caso il voto, non correlandosi con la proposta da ultimo presentata, non ha efficacia ai fini dell'adesione alla medesima e necessita di una rinnovazione affinché proposta e risposta, in termini di accettazione o rifiuto, si riferiscano a un contenuto coincidente.

Nè è possibile ritenere che le eventuali indicazioni date dal Giudice delegato alla procedura onde sollecitare l'espressione di un voto informato valgano a limitare la libertà negoziale di ciascun creditore di aderire alla proposta nel momento da lui ritenuto più opportuno e a determinare l'invalidità del suffragio, in mancanza di alcun potere attribuito in questi termini all'organo giudicante e comunque di alcuna statuizione al riguardo nel caso di specie.

Si deve dunque ritenere che il voto sfavorevole espresso dall'odierna ricorrente, in epoca antecedente alla celebrazione dell'adunanza dei creditori ma dopo l'ultima modifica apportata (risalente al 9 luglio 2013), dovesse valere, oltre che ai fini della formazione delle maggioranze concordatarie, a individuare in Y s.r.l. uno dei creditori dissenzienti.

La L. Fall., art. 180, comma 1, nel disporre che il decreto di fissazione dell'udienza camerale venga notificato a cura del debitore anche agli eventuali creditori dissenzienti, prevede a chiare lettere che il giudizio di omologazione sia a contraddittorio necessario nei confronti di chi, nell'ambito del ceto creditorio, non abbia aderito alla proposta.

Nel caso di specie l'omessa notifica del decreto di fissazione dell'udienza camerale al creditore da considerarsi dissenziente, alla luce delle considerazioni sopra illustrate, ha fatto sì che il giudizio di omologazione venisse celebrato in assenza di uno dei soggetti legittimati alla presentazione di un'eventuale opposizione. Una simile omissione - i cui effetti avrebbero potuto essere superati, onde dar voce al contraddittore trascurato, mediante l'ordine di rinnovazione della notifica emesso dal giudice, in applicazione dell'art. 162 c.p.c., comma 1, la costituzione spontanea del creditore pretermesso

ovvero la rinnovazione della notifica eseguita spontaneamente dal debitore proponente - ha impedito una corretta costituzione del contraddittorio camerale e ha conseguentemente determinato la nullità del giudizio di omologazione, proseguito pur in difetto della convocazione di tutte le sue parti necessarie, e del provvedimento di omologazione emesso all'esito dello stesso.

In conclusione occorre quindi affermare il seguente principio: il voto espresso, ancorchè con dichiarazione trasmessa al commissario giudiziale a mezzo p.e.c., prima del deposito della relazione di cui alla L. Fall., art. 172 e dell'adunanza dei creditori, è valido, purchè trovi esatta corrispondenza con la proposta definitiva presentata dal debitore, e, se negativo, deve essere tenuto in considerazione al fine di individuare nel creditore che lo ha manifestato un soggetto dissenziente a cui estendere necessariamente il contraddittorio in sede di giudizio di omologazione, L. Fall., ex art. 180, comma 1; sicchè la pretermissione della notifica del decreto che fissa l'udienza camerale relativa al giudizio di omologazione al creditore dissenziente comporta una violazione del contraddittorio e, di conseguenza, la nullità del giudizio così instauratosi e del decreto di omologa emesso al suo esito.

L'accoglimento dei motivi di impugnazione in esame impone la cassazione del decreto impugnato, con rinvio al Tribunale di Cagliari, il quale, nel procedere a nuovo esame della causa, si atterrà ai principi sopra illustrati, avendo cura anche di provvedere sulle spese del giudizio di legittimità.

PQM

La Corte accoglie il ricorso, cassa il decreto impugnato e rinvia la causa al Tribunale di Cagliari in diversa composizione, cui demanda di provvedere anche sulle spese del giudizio di legittimità.