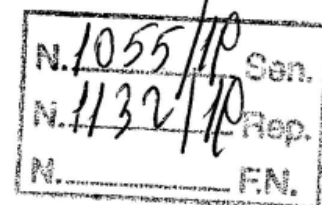


N. 3566/2018 R.G. (cui sono stati riunite le cause aventi N. 3569/2018 R.G. e N. 3572/2018 R.G.)



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE D'APPELLO DI MILANO
SEZIONE IV CIVILE



nelle persone dei seguenti magistrati:

dott. Marina Marchetti – Presidente
dott. Mariarosa Busacca – Consigliere
dott. Mery De Luca – Consigliere rel.

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nella causa iscritta al N.3566/2018 R.G., cui sono state riunite le cause aventi N. 3569/2018 R.G. e N. 3572/2018 R.G., promosse in grado d'appello con reclami ex art. 18 L.F. iscritti, rispettivamente, il 22/08/2018, il 24/08/2018, il 26/08/2018

DA

BANCA POPOLARE DI SONDRIO - SOCIETA' COOPERATIVA PER AZIONI (C.F. 00053810149), con sede sociale in Sondrio, Piazza Garibaldi n. 16, in persona del vicedirettore generale rag. Giovanni Ruffini e del vicedirettore centrale dott. Gianfranco Piraino in forza di verbale del consiglio di amministrazione del 03/04/2003, rappresentata e difesa, per procura speciale alle liti su foglio separato congiunto al reclamo, ex art. 82 c.p.c., dagli Avv.ti Prof. Valerio Tavormina (C.F. TVRVLR47E03C286R), Giancarlo Tanzarella (C.F. TNZGCR48T20F205F), Carlo Maria Tanzarella (C.F. TNZCLM82H27F205S), Maria Caterina Tavormina (C.F. TVRMCT83B43D150R), elettivamente domiciliata presso lo Studio legale Tavormina Balbis, in Milano, Corso Italia n. 8

COMUNE DI CAMPIONE D'ITALIA (C.F. 80009700131) in persona del Sindaco, Roberto Salmoiraghi, rappresentato e difeso per procura speciale alle liti, in calce al reclamo, giusta delibera della Giunta Comunale n. 62 del 09/08/2018, dal Prof. Avv. Massimo Fabiani (C.F. FBNMSM58A02F965M), del Foro di Verona, con domicilio eletto presso lo Studio del medesimo, in Milano, Via Cesare Battisti, n. 19

CASINO' DI CAMPIONE S.P.A. (C.F. 95119220135), in persona dell'amministratore unico, dott. Ing. Marco Amrosini, con sede legale in Campione d'Italia, Piazzale Milano n.2, assistita e rappresentata, giuste procure speciale in atti, dagli Avv.ti Massimiliano Ratti (C.F. RTTMSM70R31E542B) e Vincenzo

A. Spezziga (C.F. SPZVCN62R22I452S), elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Milano, Piazzetta Guastalla n. 1

RECLAMANTI

CONTRO

FALLIMENTO CASINO' DI CAMPIONE S.P.A. (C.F. C.F. 95119220135), in persona dei Curatori dott. Giulia Pusterla (C.F. PSTGLI60B52C933H), Sandro Litigio (C.F. LTGSDR61M12C933X), dott. Elisabetta Brugnoli (C.F. BRGLBT67E44F205Z), rappresentato e difeso, giuste autorizzazioni del giudice delegato e giuste procure alle liti allegate alle comparse di costituzione, dall'Avv. Paolo Guzzetti (C.F. GZZPLA69B17C933B)

UFFICIO DEL PUBBLICO MINISTERO, nella persona del Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Como

UFFICIO DEL PUBBLICO MINISTERO, nella persona del Procuratore Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Milano;

RECLAMATI

avente ad oggetto: Opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento (art. 18)

CONCLUSIONI DELLE PARTI

Per BANCA POPOLARE DI SONDRIO - SOCIETA' COOPERATIVA PER AZIONI:

“Piaccia all'Ecc.ma Corte d'Appello, respinta ogni contraria istanza, deduzione ed eccezione e previo accertamento e declaratoria del caso:

nel merito:

- 1) Revocare la sentenza di fallimento n. 92/2018 emessa dal Tribunale di Como nei confronti di Casinò di Campione S.p.A. e depositata in Cancelleria il 27 luglio 2018 per tutte le ragioni – in fatto ed in diritto – esposte in atti o, in via subordinata, dichiarare lo stato di insolvenza della predetta società ai sensi del D.Lgs. n. 270/1999 disponendo che il Tribunale di Como provveda ai sensi dell'art. 35, c.2 di tale testo legislativo.
- 2) Con vittoria di spese ed onorari.”

Per COMUNE DI CAMPIONE D'ITALIA:

“Previa riunione ex art. 335 c.p.c con i reclami proposti da Banca Popolare di Sondrio e Casinò di Campione S.p.A., codesta eccellentissima Corte di Appello, in totale riforma della sentenza n. 92/2018 emessa dal Tribunale di Como, voglia revocare la sentenza dichiarativa di fallimento della Casinò di Campione S.p.A. pronunciata il 27 luglio 2018 dal Tribunale di Como o, in via subordinata, perché siano adottati i provvedimenti di cui all'art. 35 d.lgs. 270/1009.

Con vittoria di spese ed onorari.”

Per CASINO' DI CAMPIONE S.P.A.:

“Codesta Eccellentissima Corte di Appello, previe le opportune declaratorie:

in via principale ed in totale riforma della sentenza n. 92/2018 emessa dal Tribunale di Como, voglia revocare il Fallimento di Casinò di Campione S.p.A., come dichiarato con la sentenza n. 92/208 del

26/27 luglio 2018 e del coevo ed assorbito decreto che ha dichiarato inammissibile la domanda di concordato con riserva, inteso come presupposto della sentenza di fallimento e conseguentemente, ove ritenuto, disponga che vengano rimessi ex artt. 353 e 354 c.p.c. gli atti al Tribunale di Como perché, con proprio decreto disponga la riapertura del concordato con riserva, concedendo il termine ex art. 162, primo comma, L. Fall. o, in subordine, fissando l'udienza ai sensi dell'art. 162 comma 2 L.Fall.

In subordine, in totale riforma della sentenza impugnata, voglia revocare il fallimento di Casinò Campione S.p.A., come dichiarato con la sentenza n. 92/2018 del 26/27 luglio, per l'insussistenza dei presupposti soggettivi e/o oggettivo, di cui all'art.1 L. Fall.

Con vittoria di spese ed onorari.”

Per FALLIMENTO CASINO' DI CAMPIONE S.P.A.:

Nel proc. N. 3566/2018 R.G.

“Voglia l'Ill.ma Corte d'Appello di Milano adita, *contrariis reiectis*, previe le declaratorie di legge e del caso:

In via preliminare: accertare e dichiarare la carenza di legittimazione attiva in capo a Banca Popolare di Sondrio s.c.p.a. e per l'effetto adottare ogni statuizione del caso.

Nel merito ed in via principale: rigettare l'avverso reclamo in quanto inammissibile, improponibile e comunque infondato in fatto ed in diritto e per l'effetto confermare la sentenza dichiarativa di fallimento della Società Casinò di Campione S.p.A. n. 92/2018-Tribunale di Como.

In ogni caso con vittoria di spese e onorari.”

Nel proc. N. 3569/2018 R.G.

“Voglia l'Ill.ma Corte d'Appello di Milano adita, *contrariis reiectis*, previe le declaratorie di legge e del caso:

In via preliminare: accertare e dichiarare la nullità della procura e per l'effetto adottare ogni statuizione del caso.

Nel merito ed in via principale: rigettare l'avverso reclamo in quanto inammissibile, improponibile e comunque infondato in fatto ed in diritto e per l'effetto confermare la sentenza dichiarativa di fallimento della Società Casinò di Campione S.p.A. n. 92/2018-Tribunale di Como.

In ogni caso con vittoria di spese e onorari.”

Nel proc. N. 3572/2018 R.G.

“Voglia l'Ill.ma Corte d'Appello di Milano adita, *contrariis reiectis*, previe le declaratorie di legge e del caso:

In via preliminare: dichiarare inammissibile il reclamo avverso il provvedimento di inammissibilità della domanda di concordato emesso dal Tribunale di Como in data 26/27 luglio 2018.

Nel merito ed in via principale: rigettare l'avverso reclamo in quanto inammissibile, improponibile e comunque infondato in fatto ed in diritto e per l'effetto confermare la sentenza dichiarativa di fallimento della Società Casinò di Campione S.p.A. n. 92/2018-Tribunale di Como.

In ogni caso con vittoria di spese e onorari.”

MOTIVAZIONE IN FATTO E IN DIRITTO

Con tre distinti reclami, ritualmente notificati alle controparti e poi riuniti ex art. 335 c.p.c., Banca Popolare di Sondrio S.c.p.a., il Comune di Campione d'Italia e Casinò di Campione S.p.A. hanno

impugnato, chiedendone la revoca, la sentenza n. 92/2018 con la quale il Tribunale di Como – richiamato il coevo decreto di inammissibilità della domanda di concordato con riserva depositata il 09/03/2018 ai sensi dell'art. 161 comma 6 L.F. – accogliendo l'istanza presentata in data 09/01/2018 dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Como ha dichiarato il fallimento di Casinò di Campione S.p.A.

Il Fallimento di Casinò di Campione S.p.A., ritualmente costituitosi in ciascuno dei tre giudizi, ha sollevato le eccezioni preliminari di cui *infra*, resistendo, tuttavia, anche nel merito per il rigetto delle impugnazioni sostenendone la totale infondatezza.

La parte pubblica non ha svolto difese.

Dopo l'acquisizione della bozza dell'accordo di ristrutturazione predisposto dalla fallita ed il deposito di note difensive, la Corte, all'udienza del 17/01/2019, all'esito della discussione orale delle parti si è riservata la decisione.

Tutte le parti reclamanti assumono che il Tribunale ha errato nel dichiarare il fallimento di Casinò di Campione S.p.A. per insussistenza, in capo alla fallita, della qualità di imprenditore commerciale e, quindi, in violazione dell'art.1, comma 1, L.F.

Casinò di Campione S.p.A. e il Comune di Campione d'Italia (costituitosi nel procedimento prefallimentare con atto di intervento del 06/03/2018) hanno denunciato la nullità del procedimento e della sentenza dichiarativa di fallimento per mancata audizione del debitore, in violazione degli artt. 15, 162, L.F., 101 c.p.c. e 111 della Costituzione.

La prima ha altresì lamentato l'erroneità del procedimento e della sentenza per violazione degli artt. 161 e 162 L.F. per avere il Tribunale, sulla base di un'altrettanto erronea valutazione dei fatti, immotivatamente negato la concessione del termine di cui all'art. 162, comma 1, L.F.; il secondo ha eccepito la nullità della sentenza anche per vizio di costituzione del giudice, essendo stata pronunciata, in violazione degli artt. 158, 161, 279 c.p.c., da collegio diverso da quello che si era riservato la decisione.

Tutte le parti reclamanti hanno contestato lo stato di insolvenza di Casinò di Campione S.p.A.; Banca Popolare di Sondrio S.c.p.a. e il Comune di Campione d'Italia hanno altresì sostenuto l'erroneità della sentenza posto che, ove ritenuti i presupposti di cui agli artt. 1 e 5, L.F., il Tribunale avrebbe dovuto ammettere la società all'amministrazione straordinaria, ex art. 2, L. n. 270/1990.

Il Fallimento Casinò di Campione S.p.A., oltre a resistere nel merito, ha sollevato alcune eccezioni preliminari; segnatamente: la carenza di legittimazione attiva in capo alla Banca Popolare di Sondrio S.c.p.a., la nullità della procura rilascia dal Comune al difensore costituito, l'inammissibilità del reclamo proposto da Casinò di Campione S.p.A. avverso il decreto di inammissibilità della domanda concordataria.

Sulle eccezioni preliminari sollevate dal Fallimento

Sostiene il Fallimento che Banca Popolare di Sondrio S.c.p.a. non è legittimata alla proposizione del reclamo non avendo dato prova del proprio interesse per essersi limitata a prospettare le maggiori difficoltà di ottenere dal Fallimento medesimo il pieno soddisfacimento delle proprie ragioni creditorie,

assunto, quest'ultimo, contestato dal reclamato sul rilievo che controparte non avrebbe comunque contezza dell'attivo liquidabile dalla Curatela.

Ritiene la Corte che l'eccezione debba essere disattesa.

L'art. 18, L.F. laddove legittima "qualunque interessato" a proporre reclamo induce a ritenere, proprio per l'ampia dizione utilizzata dal legislatore, che vada riconosciuto il diritto all'impugnazione della sentenza ad ogni soggetto che possa ottenere una qualche utilità giuridica semplicemente per effetto della sua rimozione, e non v'è dubbio che la rimozione della sentenza di fallimento rappresenti per la Banca – creditrice chirografaria per almeno 36 milioni di euro – un interesse giuridicamente qualificato (cfr. Cass. n. 30107/2018).

Solo dalla prosecuzione dell'attività della casa da gioco – con l'acquisizione di nuovi introiti, in un quadro di risanamento e di riduzione delle spese, come quello prospettato nel piano di ristrutturazione predisposto da Casinò di Campione S.p.A. ed alla quale essa aveva aderito – la Banca può infatti ragionevolmente contare per una migliore realizzazione del proprio credito, laddove, nella prospettiva meramente liquidatoria del fallimento – connessa all'accentuata specialità della fattispecie nella quale l'attività sociale non è esercitabile né cedibile a terzi – l'unica certezza è rappresentata dalla ingente mole del debito (circa 130 milioni di €), a fronte liquidità modeste (circa 10 milioni di €), di cospicui crediti prededucibili e privilegiati (si veda, al tal fine, la situazione patrimoniale aggiornata, allegata alla bozza di accordo di ristrutturazione, acquisita dalla Corte) e di attivi di modesta realizzabilità rappresentati, per la massima parte, dal diritto di usufrutto sull'immobile di proprietà comunale, sede del casinò, e sulle attrezzature strumentali.

Va parimenti disattesa l'eccezione di nullità della procura alle liti conferita dal Comune di Campione, dedotta sul rilievo che la deliberazione della Giunta comunale non contiene l'indicazione dell'ammontare del compenso dovuto al professionista e la sua copertura.

La Suprema Corte (cfr., fra le altre, Cass. n. 6277/2016) ha più volte osservato che, nel nuovo ordinamento delle autonomie locali, competente a conferire la procura alle liti al difensore del Comune è il sindaco – salvo diverse disposizioni di statuto, qui nemmeno allegate – e non la giunta la cui delibera, siccome priva di valenza esterna, ha natura meramente gestionale e tecnica, sicché eventuali vizi della delibera non possono inficiare, a giudizio della Corte, la valida costituzione in giudizio dell'ente.

Né può dirsi conferente, al riguardo, il richiamo all'art. 55, comma 5, L. n. 142/1990, norma abrogata dall'art. 274 del D.Lgs. n. 267/2000, dovendosi per altro osservare sul punto che già le Sezioni Unite, con la sentenza n. 11098/2002, avevano affermato che *"la nullità di diritto prevista dall'art. 55, comma quinto, della legge 8 giugno 1990, n. 142 (nel testo anteriore alle modifiche apportate dall'art. 6 della legge 15 maggio 1997, n. 127), per gli impegni di spesa assunti senza attestazione della copertura finanziaria da parte del responsabile del servizio finanziario, non afferisce alle deliberazioni aventi ad oggetto la partecipazione degli enti territoriali a controversie giudiziarie"*.

Quanto, infine, all'eccezione di inammissibilità del reclamo avverso il decreto di inammissibilità della domanda di cui all'art. 161, comma 6, L.F., sollevata in relazione all'impugnazione svolta da Casinò di Campione S.p.A., è agevole replicare che al di là della formale intestazione dell'atto, laddove viene

indicato, quale oggetto del reclamo anche il decreto, l'impugnazione è correttamente indirizzata alla sentenza ed il decreto viene richiamato nell'ottica di denunciarne in vizi in quanto provvedimento presupposto, quindi in stretta aderenza all'art. 162, comma 3, L. F. laddove prevede che con "il reclamo possono farsi valere anche motivi attinenti all'ammissibilità della proposta di concordato".

Sui motivi di reclamo

Sulla non applicabilità della legge fallimentare a Casinò di Campione S.p.A.

L'art. 10 bis della L. n. 174/2012 - "*Disposizioni in materia di gestione della casa da gioco di Campione d'Italia*" - stabilisce testualmente:

1. Per la gestione della casa da gioco di Campione d'Italia il Ministero dell'interno, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, autorizza la costituzione di una apposita società per azioni soggetta a certificazione di bilancio e sottoposta alla vigilanza degli stessi Ministeri. Al capitale della società partecipa esclusivamente il comune di Campione d'Italia. Il predetto comune approva e trasmette al Ministero dell'interno, entro il 28 febbraio 2013, l'atto costitutivo e lo statuto della società, sottoscritti dal legale rappresentante dell'ente. La società di certificazione deve essere iscritta nel registro dei revisori contabili ed è individuata dal Ministero dell'interno. L'utilizzo dello stabile comunale della casa da gioco e i rapporti tra la società di gestione ed il comune di Campione d'Italia sono disciplinati da apposita convenzione stipulata tra le parti.

2. A decorrere dall'inizio di attività della società di cui al comma 1, sul totale dei proventi annuali in franchi svizzeri di tutti i giochi al netto del prelievo fiscale, se superiori a franchi svizzeri 130 milioni, è individuato, entro il 31 gennaio dell'anno successivo, un contributo in franchi svizzeri del 3 per cento fino a 160 milioni, del 10 per cento sui successivi 10 milioni, del 13 per cento sui successivi 10 milioni e del 16 per cento sulla parte eccedente. Entro il 30 novembre 2015 e successivamente ogni biennio, il Ministero dell'interno, di concerto con il Ministero dell'economia e delle finanze, procede alla verifica della percentuale del contributo di cui al periodo precedente da applicare agli esercizi successivi e, se del caso, all'adeguamento della stessa con decreto interministeriale, sentiti il comune di Campione d'Italia e gli enti territoriali beneficiari del contributo.

Detto ammontare sarà assegnato per il 40 per cento alla provincia di Como, per il 20 per cento alla provincia di Varese, per il 16 per cento alla provincia di Lecco e per il 24 per cento al Ministero dell'interno. Le somme attribuite allo Stato sono versate alla pertinente unità revisionale di base dello stato di previsione dell'entrata e sono riassegnate, con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, alla pertinente unità revisionale di base dello stato di previsione del Ministero dell'interno. Le somme attribuite alle province possono essere utilizzate anche per investimenti in favore dell'economia del territorio, sentita la competente camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura.

Dalla data di inizio di attività della società cessano conseguentemente di avere efficacia le disposizioni previste dai commi 37 e 38 dell'articolo 31 della legge 23 dicembre 1998, n. 448".

Sulla scorta del dato normativo che si è richiamato e dei precedenti disciplinanti l'esercizio della casa da gioco¹, le parti reclamanti assumono che il Tribunale ha errato nel ritenere Casinò di Campione S.p.A. assoggettabile alle procedure concorsuali – valorizzando, a tal fine, elementi quali la natura dell'attività esercitata e l'organizzazione della stessa in forma societaria – laddove la risalente specialità della disciplina dettata da fonte primaria e le finalità per le quali la società di gestione era stata costituita – ossia garantire al Comune la dotazione finanziaria per il sostentamento della Municipalità – avrebbero dovuto indurre il primo giudice a qualificare la società come ente pubblico economico ovvero quale società “legale”, di diritto singolare, soggetta per espressa volontà del legislatore, in ragione della natura pubblica dell'interesse perseguito, ad una disciplina personale e derogatoria a quella generale, perciò, nell'una come nell'altra accezione, non soggetta all'applicazione del diritto concorsuale.

Secondo le parti reclamanti il Tribunale avrebbe trascurato, in particolare, di considerare plurimi elementi che non solo erano sicuramente di maggior peso, rispetto a quelli privilegiati, ma che erano anche tutti convergenti nel corroborare le alternative qualificazioni testé indicate; elementi rappresentati dall'istituzione della società da parte di un ente territoriale in esecuzione di una specifica autorizzazione legislativa, dalla determinazione in via legislativa dello scopo della società, dalla necessaria appartenenza ad un soggetto pubblico della totalità delle azioni, dalla sottoposizione a certificazione di bilancio da parte di società di revisione individuata da Ministero dell'Interno e dal Ministero dell'Economia, dalla sottoposizione a vigilanza dei suddetti Ministeri (che ne avevano autorizzato la costituzione), dal vincolo di detenzione esclusiva del capitale sociale da parte del solo Comune senza possibilità di circolazione delle azioni, in deroga all'art. 2355 bis c.c., dalla previsione di un obbligo di corrispondere al Comune un contributo annuo esente da prelievo fiscale e dall'imposta sugli spettacoli (che non costituisce né utile né dividendo né altra forma di remunerazione del socio prevista dall'ordinamento), dalla previsione di un contributo, sul totale dei proventi annuali al netto del prelievo fiscale, se superiore a 130 milioni di franchi svizzeri, alle provincie di Como, Varese, Lecco e al Ministero dell'Interno, dal fatto che, proprio per esplicita previsione di rango primario, solo Casinò di Campione S.p.A., e non altra società, poteva gestire la casa da gioco.

Ritiene la Corte che le censure richiamate non meritino condivisione e che debba perciò essere affermata – in accordo con il primo giudice – la fallibilità di Casinò di Campione S.p.A.

¹ La norma si pone in termini di sostanziale continuità con i precedenti interventi, di rango primario e secondario, dettati per l'esercizio della casa da giuoco: il R.D.L. 201/1993 che concedeva la facoltà al Ministero dell'Interno di autorizzare, anche in deroga alle leggi vigenti, il Comune di Campione d'Italia ad adottare tutti i provvedimenti necessari per poter addvenire all'assestamento del proprio bilancio e all'esecuzione delle opere pubbliche indilazionabili; il D.M. 22/07/1933 che autorizzava l'esercizio dei giuochi d'azzardo nel Casinò Municipale di Campione; il D.M. 16/11/1935 con il quale il Ministero dell'Interno stabiliva che l'esercizio dei giochi d'azzardo restava autorizzato con le modalità di cui alla convenzione già stipulata dal Comune con una società anonima in regime di concessione; l'art. 31, commi 37 e 38, della L. n. 448/1998, con la quale si autorizzava la costituzione di un'apposita società per la gestione della casa da gioco e si determinavano le percentuali di proventi destinati al Comune, ad alcune provincie e al Ministero dell'Interno.

Casinò di Campione S.p.A. è, infatti, società che ha per oggetto l'esercizio di un'attività di natura commerciale, natura che già declinata dalle legge, che ne assegna l'oggetto – ossia la gestione della casa di gioco di Casinò di Campione – è resa palese dall'atto costitutivo laddove – *“al fine principale di consentire al Comune di Campione d'Italia di disporre delle risorse necessarie per il conseguimento del pareggio di bilancio”*, si affida alla società: a) la gestione della casa da gioco sita in Campione d'Italia; b) lo svolgimento di tutte le ulteriori attività strumentali e promozionali alla gestione della casa da gioco, nonché l'assunzione diretta o indiretta, di interessenze e partecipazioni in altre imprese, società o enti con oggetto uguale, affine o complementare al proprio anche al di fuori della casa da gioco, in territorio nazionale ed internazionale; c) la gestione e l'esercizio dei giochi pubblici autorizzati a norma di legge nonché l'esercizio a distanza degli stesse giochi pubblici; le attività di merchandising per quanto attinenti all'oggetto sociale.

Si tratta poi di attività commerciale esercitata in forma imprenditoriale da una società per azioni (peraltro costituita allo scopo di produrre utili, come esplicita l'art. 20 dello Statuto).

Orbene, già questi soli rilievi sarebbero sufficienti, a giudizio della Corte, in difetto di espressa previsione legislativa di segno contrario (che non si rinviene nell'art. 10 *bis* cit.), per ritenere la società fallibile posto che, secondo plurimi arresti della Suprema Corte, *“le società costituite nelle forme previste dal codice civile ed aventi ad oggetto un'attività commerciale sono assoggettabili a fallimento, indipendentemente dall'effettivo esercizio di una siffatta attività, in quanto esse acquistano la qualità di imprenditore commerciale dal momento della loro costituzione, non dall'inizio del concreto esercizio dell'attività d'impresa, al contrario di quanto avviene per l'imprenditore commerciale individuale. Sicché, mentre quest'ultimo è identificato dall'esercizio effettivo dell'attività, relativamente alle società commerciali è lo statuto a compiere tale identificazione, realizzandosi l'assunzione della qualità in un momento anteriore a quello in cui è possibile, per l'impresa non collettiva, stabilire che la persona fisica abbia scelto, tra i molteplici fini potenzialmente raggiungibili, quello connesso alla dimensione imprenditoriale”* (cfr. Cass.n.23157/2018; Cass. n. 28015/2013; Cass. n.21991/2012).

Non hanno perciò pregio le censure di una delle reclamanti secondo la quale il Tribunale avrebbe errato non considerando che le disposizioni della legge fallimentare si applicano solo agli imprenditori che esercitino, in concreto, un'attività commerciale connotata dal cd. lucro oggettivo, ossia dall'idoneità della stessa a produrre utili *“tramite proporzionalità tra costi e ricavi”*.

Connotazione invece da escludersi, secondo la stessa parte, nella fattispecie, ove un'ingente quantità dei ricavi è per legge direttamente destinata al Comune a copertura del suo fabbisogni sicché, trattandosi di attività – quella di Casinò di Campione S.p.A. – esercitata in assenza di obiettiva economicità, laddove i costi non sono programmabili in funzione dei ricavi né quest'ultimi prevedibili per commisurarvi i primi, la società non potrebbe ritenersi fallibile perché non qualificabile quale imprenditore esercente, a fini di lucro, una delle attività previste dall'art. 2195 c.c. - come invece richiesto dall'art. 1, L.F.

Ciò in quanto, come poc'anzi osservato, la assoggettabilità al fallimento di una società per azioni consegue all'oggetto indicato nello statuto, indipendentemente dalle connotazioni in concreto assunte dall'attività esercitata (l'arresto di cui alla sent. n. 17343/2017 della Suprema Corte, richiamato dalle difese, è subito stato contraddetto da Cass. n. 23157/2018).

Deve peraltro escludersi, secondo questa Corte, che i vincoli di destinazione imposti per legge su parte pur cospicua degli introiti² valgano ad impedire in radice la configurabilità, quanto all'attività esercitata, di un lucro oggettivo – da intendersi quale rispetto del criterio di economicità ossia della tendenziale proporzionalità di costi e ricavi in quanto questi ultimi tendano a coprire i primi.

Non si può infatti prescindere dall'osservare che, secondo la *ratio* palesata da tutte le norme che si sono succedute, la società aveva comunque lo scopo di creare utili (anche mediante l'esercizio del gioco d'azzardo, altrimenti vietato) onde consentire al Comune di reperire le risorse necessarie alla municipalità il che, tuttavia, non poteva significare che l'ente potesse prescindere, nel programmare le proprie attività e nel preventivare i propri livelli di spesa, dai proventi che la società era in grado di realizzare, e quindi di trasferire, dovendo piuttosto società ed ente – anche in ragione della reciproca strumentalità – operare in simbiosi, la prima ispirando le proprie azioni a criteri di economicità ed imprenditorialità, il secondo improntando esso stesso la sua gestione a criteri di sostenibilità e buona amministrazione.

Ratio, quella indicata, che trova conferma anche nella convenzione sottoscritta fra Casinò di Campione S.p.A. e il Comune, nella quale le parti, una volta fissato, il contributo per l'anno 2015, hanno altresì previsto che “*Il contributo annuo come sopra determinato, potrà e dovrà essere aggiornato in relazione alla necessità di garantire il bilancio dell'Ente in equilibrio con la continuità aziendale della società; a tal fine, l'approvazione da parte del Comune degli ordinari strumenti contabili di programmazione costituisce un elemento fondamentale per la determinazione del contributo. Eventuali aggiornamenti del contributo devono essere correlati alla dimostrazione da parte della società di avere posto in essere tutte le necessarie, o anche solo opportune, azioni, iniziative, a cominciare da quelle indicate dal Comune per aumentare il più possibile e gli introiti e/o ridurre in costi. Sono comunque fatti salvi diversi successivi accordi tra le parti*” (art. 9).

Sicché lo sbilanciamento contabile che si è in concreto prodotto va ascritto, in definitiva, ad una cattiva gestione di detti equilibri e non ad un'originaria assenza, determinata per legge, di obiettiva economicità nell'attività di Casinò di Campione S.p.A., come sostenuto nell'impugnazione.

Né si può fondatamente accedere, secondo la Corte, alla qualificazione di Casinò di Campione S.p.A. quale ente pubblico economico, affermata dalle parti reclamanti essenzialmente in ragione del fatto che

² E, comunque, non sulla totalità, posto che non tutte le utilità prodotte dalla società sono computate nei proventi lordi sul quale calcolare il contributo al Comune in ottemperanza al disposto del D.M. 22/07/1933, restandone esclusi, come si legge nella Convenzione, non solo le mance ma anche i redditi delle attività complementari ed accessorie nonché le entrate per spettacoli o trattenimenti organizzati dalla società all'interno o fuori della casa da gioco (artt. 7 e 9 della Convenzione).

si tratta di società costituita per legge al fine di assicurare il sostegno finanziario al Comune, a sua volta tenuto, *ex lege*, ad affidare solo a Casinò di Campione S.p.A., la gestione della casa da gioco, perciò destinata ad operare in regime di monopolio.

Sulla natura commerciale dell'attività demandata per legge e per statuto a Casinò di Campione S.p.A. si è già detto.

A ciò va aggiunto che, diversamente da quanto sostenuto dalla difesa del Comune di Campione, la società non può dirsi operare in regime di sostanziale monopolio, per il solo fatto che il Casinò può essere gestito solo dalla ridetta società, posto che il regime di monopolio o meno va apprezzato in relazione all'oggetto dell'attività sociale che, come sottolineato dal Fallimento, non è di pertinenza esclusiva né prevalente, non essendo l'esercizio del gioco d'azzardo riservato solo a Casinò di Campione S.p.A. ma anche ad altre case da gioco ed è parimenti stato autorizzato *on line* a diversi operatori. Deve perciò concludersi che Casinò di Campione S.p.A. è soggetto che agisce sul mercato, ancorché ristretto, in termini concorrenziali.

Si deve poi annotare che anche il fine più volte sottolineato, ossia quello di garantire al Comune di pareggiare il bilancio, rappresenta sì lo scopo principale della società ma non quello esclusivo, come puntualizzano sia l'atto costitutivo – art. 3 – che lo statuto – art. 4 – il quale, all'art. 29, ulteriormente ribadisce che la società ha scopo di lucro ed è costituita per produrre utili, sicché, in definitiva, nessuno degli elementi indicati depone per la qualificazione di Casinò di Campione S.p.A. quale ente pubblico economico.

Né la qualifica di ente pubblico può essere riconosciuta a Casinò di Campione S.p.A. per solo fatto di essere stata costituita in forza di legge – in sostanziale continuità con norme anch'esse di rango primario – come ancora sostengono le reclamanti.

La lettura e l'interpretazione dell'art. 10 *bis* cit. non può, infatti, prescindere dal generale principio che informa il nostro ordinamento sin dall'entrata in vigore della L. n. 70/1975 il cui art. 4 stabilisce che nessun nuovo ente pubblico può essere istituito o riconosciuto se non per legge, norma che perciò impone che sia il legislatore a qualificare espressamente come ente pubblico un organismo di nuova costituzione.

Orbene una tale qualificazione manca invece del tutto nella presente fattispecie nella quale il legislatore, con l'art. 10 *bis* cit., non si è nemmeno premurato di dettare, quanto alla nuova società, un assetto giuridico a sé stante – perciò non offrendo nessun sostegno nemmeno all'alternativa tesi della società singolare – limitandosi piuttosto a prevedere *tout court* la costituzione di una società per azioni a cui affidare la gestione della casa da gioco di Campione d'Italia, con una norma che, peraltro, andava ad inserirsi in un contesto normativo già segnato dall'art. 4, comma 13, L. n. 135/2012, secondo il quale *“Le disposizioni del presente articolo e le altre disposizioni, anche di carattere speciale, in materia di società a totale o parziale partecipazione pubblica si interpretano nel senso che, per quanto non*

diversamente stabilito e salvo deroghe espresse, si applica comunque la disciplina del codice civile in materia di società di capitali”.

Con la conseguenza che, a giudizio della Corte, se, davvero, il legislatore avesse inteso prevedere la costituzione di un nuovo ente pubblico ovvero di una società di diritto singolare, si sarebbe indotto a prevedere in via esplicita una normativa derogatoria di cui invece non vi è traccia.

In detto contesto non vale perciò nemmeno sostenere che alla fattispecie non si applicherebbe il D.Lgs. n. 175/2016 sul rilievo che l’art. 10 *bis* cit. costituirebbe norma speciale insuscettibile di deroga dalla norma generale successiva.

Né a tal fine vale il richiamo operato dalle parti reclamanti all’art. 1, comma 4, lett. a), del D.Lgs. n. 175/2016 secondo il quale *“restano ferme le specifiche disposizioni, contenute in leggi e regolamenti governativi e ministeriali, che disciplinano società a partecipazione pubblica di diritto singolare costituite per l’esercizio della gestione di servizi di interesse generale o di interesse economico generale o per il perseguimento di una specifica missione di pubblico interesse”.*

Ciò perché, come già rilevato, il legislatore non ha inteso dettare, quanto alla società prevista dall’art. 10 *bis* cit., alcuna norma in deroga alla disciplina del codice in materia di società di capitali, tant’è che del tutto coerentemente, atto costitutivo, statuto e convenzione di detta disciplina ripetono norme e istituti, ivi compresi, ed in via espressa, quelli di natura fallimentare (cfr. art. 22 della Convenzione ove sono proprio i contraenti ad indicare nel fallimento di Casinò di Campione S.p.A. una delle cause determinanti la decadenza dalla gestione).

Nessun particolare rilievo – onde escludere la fallibilità di Casinò di Campione S.p.A. – può poi attribuirsi al fatto che le azioni siano interamente possedute da Comune e dal fatto che la società sia assoggettata a peculiari controlli da parte dei Ministeri che ne hanno autorizzato la costituzione posto che come, anche da ultimo sottolineato dalla giurisprudenza di legittimità, *“...tutte le società commerciali a totale o parziale partecipazione pubblica, quale che sia la composizione del loro capitale sociale, le attività in concreto esercitate, ovvero le forme di controllo cui risultano effettivamente sottoposte, restano assoggettate al fallimento, essendo loro applicabile l’art. 2221 c.c. in forza del rinvio alle norme del codice civile, contenuto prima nell’art. 4, comma 13, del d.l. n. 95 del 2012, conv. con modif. dalla l. n. 135 del 2012 e poi nell’art. 1, comma 3, del d.lgs. n. 175 del 2016”* (cfr. Cass. n. 17279/2018).

Quanto, infine, al vincolo di inalienabilità delle azioni esso è la naturale conseguenza del fatto che solo il Comune di Campione d’Italia è destinatario dell’autorizzazione all’esercizio del gioco d’azzardo, autorizzazione che non potrebbe perciò passare surrettiziamente a terzi con la circolazione delle azioni, pena la violazione di norma imperativa, sicché anche detto rilievo non vale ad immutare le conclusioni che precedono sulla certa fallibilità di Casinò di Campione S.p.A.

Sulla nullità del procedimento e della sentenza dichiarativa di fallimento per mancata audizione del debitore, in violazione degli artt. 15, 162, L.F., 101 c.p.c. e 111 della Costituzione.

Secondo le parti reclamanti il decreto con il quale il Tribunale ha dichiarato inammissibile la domanda proposta ai sensi dell'art. 161, comma 6, L.F. e la sentenza dichiarativa del fallimento sono nulli in quanto non preceduti dall'audizione della debitrice, prevista dall'art. 162, comma 1, L. F., audizione che, invece, secondo il Fallimento, non sarebbe stata necessaria inserendosi l'istanza per la presentazione dell'accordo di ristrutturazione del debito nel procedimento fallimentare nel quale Casinò di Campione S.p.A. si era costituita depositando memorie difensive e copiosa documentazione cosicché sarebbe stato ampiamente garantito il principio del contraddittorio.

I fascicoli delle procedure – non riunite dal Tribunale – consentono la seguente ricostruzione dei fatti: Il 09/01/2018 il Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Como ha depositato istanza ex art. 6 L.F. per la dichiarazione di fallimento di Casinò di Campione S.p.A. (proc. pref. n. 3/2018); il 10/01/2018, il giudice relatore ha fissato l'udienza di comparizione della parti per il 12/03/2018; Casinò di Campione S.p.A. si è costituita con memoria del 06/03/2018 ed il Comune di Campione d'Italia, in pari data, ha spiegato atto di intervento.

Nella memoria di costituzione Casinò di Campione S.p.A. ha contestato di essere società fallibile; ha contrastato la sussistenza dello stato di insolvenza e ha chiesto, in estremo subordine, di essere ammessa ad “ulteriori istituti previsti dalla legge fallimentare atti a consentire il risanamento delle imprese in crisi” che si riservava di chiedere.

In data 09/03/2018, Casino di Campione S.p.A. ha depositato istanza di concordato ex art. 161 comma 6, L. F. riservandosi di presentare la proposta, il piano concordatario ed i documenti di cui ai commi 2 e 3, dell'art. 161 L.F. o, in alternativa, una domanda di omologazione ex art. 182 bis L.F.

All'udienza del 12/03/2018, il giudice relatore, sentite le parti, ha assegnato termine sino al 19/03/2018 per depositare ulteriori note autorizzate ed, all'esito, riservato al Collegio la decisione.

Casinò di Campione S.p.A. ha quindi depositato una nuova memoria con la quale, oltre a contrastare l'istanza di fallimento, ha dato atto di avere depositato istanza di concordato in bianco e ha perciò chiesto di rinviare la trattazione dell'istruttoria prefallimentare, quanto meno per il tempo necessario al completamento del piano.

Con decreto depositato in data 27/03/2018, il Tribunale (in composizione collegiale), ritenuta l'assoggettabilità della Società di Campione S.p.A. alla legge fallimentare, ha respinto la richiesta di rinvio dell'istruttoria prefallimentare e, preso atto della contemporanea pendenza della domanda di concordato con riserva ovvero di omologazione di un accordo di ristrutturazione, si è riservato la decisione sulla richiesta di fallimento all'esito della indicata procedura.

Con decreto emesso lo stesso 27/03/2018, nell'ambito della procedura minore (iscritta al n. 5/2018 C.P.), ritenuto che dalla documentazione depositata emergesse la sussistenza del presupposto soggettivo di fallibilità e di quello oggettivo della ricorrenza di uno stato di crisi, ha concesso termine fino al 25/05/2018 per la presentazione delle proposta definitiva di concordato ovvero della domanda di omologa di un accordo per la ristrutturazione dei debiti, fissando l'udienza del 04/06/2018 per la comparizione delle parti e per la discussione della proposta.

A fronte dell'istanza di proroga del termine, ex artt. 161, commi 6 e 11, L.F., depositata il 23/05/2018 da parte della società che in quella sede, sciogliendo l'iniziale riserva, dichiarava di avere in corso l'elaborazione di un piano di ristrutturazione, il Tribunale, ritenutane la meritevolezza, con ordinanza del 29/05/2018, ha assegnato nuovo termine sino al 25/07/2018 per la presentazione della proposta definitiva e fissato al 17/09/2018 l'udienza per l'audizione della debitrice.

In data 25/07/2018 Casinò di Campione S.p.A. ha depositato una memoria in cui dava atto di avere elaborato un Accordo di ristrutturazione del debito, del quale delineava i tratti salienti, al quale avevano anticipato di aderire i creditori che rappresentavano il 69% dei crediti, e fra essi il Comune di Campione d'Italia, la Banca Popolare di Sondrio S.c.p.a. (unico istituto di credito con la quale la società intratteneva i rapporti) e diversi fornitori.

Ha rappresentato, tuttavia, che in data 07/06/2018 era stato dichiarato lo stato di dissesto del Comune di Campione e che in data 12/07/2018 era stato nominato il Commissario Straordinario, insediatosi in data 19/07/2018; che il Commissario aveva avuto solo quattro giorni di tempo per esaminare il piano e che il 24/07/2018, alla stregua del parere del professionista a cui si era rivolto, aveva deliberato di prendere atto del piano ma di non poterlo sottoscrivere.

Ha rappresentato che la delibera e le sue motivazioni avrebbero richiesto approfondimenti che non era stato possibile effettuare per la ristrettezza dei tempi ed esposto il convincimento di poter acquisire il consenso anche del Commissario Straordinario, risoltosi a non sottoscrivere l'accordo, sempre secondo l'istante, sulla base di un parere tecnico condizionato, per espressa dichiarazione del professionista, dalla scarsa documentazione esaminata e dal poco tempo avuto a disposizione.

Ha chiesto pertanto, richiamando anche un precedente della Suprema Corte (la sentenza n. 9087/2018), la concessione del termine di cui all'art. 162, primo comma, L.F. al dichiarato fine di poter raccogliere l'adesione del Commissario Straordinario, indispensabile per il raggiungimento della soglia di cui all'art. 182 bis, comma 1, L.F.

Il Collegio con decreto del 26/07/2018 – pur a fronte della udienza del 17/09/2018, già fissata per l'audizione della debitrice – ha respinto l'istanza di concessione del termine, dichiarato, conseguentemente inammissibile la domanda ex art. 16, comma 6, L.F., disposto l'archiviazione della procedura e con sentenza in pari data ha dichiarato il fallimento della società.

Così ricostruito l'iter delle procedure ritiene la Corte che la censura di illegittimità del decreto e della sentenza, che di essa costituisce l'ineliminabile presupposto, siano fondate.

La giurisprudenza di legittimità ha, infatti, ripetutamente affermato che, *“ove, sia stata presentata una proposta di concordato preventivo cd. in bianco ai sensi dell'art. 161, comma 6, L.Fall., va rispettato l'obbligo di audizione del debitore ex art. 162, comma 2, L.Fall. per consentire allo stesso di svolgere le proprie difese prima della pronuncia di inammissibilità, salvo che, inserendosi la proposta nell'ambito della procedura prefallimentare, il debitore sia stato comunque sentito in relazione alla proposta ed abbia avuto modo di svolgere le sue difese”* (cfr. Cass. n. 9370/2018; Cass. n.12957/2016).

La stessa giurisprudenza di legittimità ha poi ritenuto che alla domanda di concordato con riserva vada equiparata la domanda di omologazione di un accordo di ristrutturazione ai sensi dell'art. 182 bis, comma 1, L.F., stante il carattere concorsuale della procedura che si pone, nell'impianto normativo, in termini di interscambiabilità con il concordato, sicché deve ritenersi che i principi enunciati al riguardo, anche in

relazione alla audizione del debitore, con riferimento al concordato, siano senz'altro applicabili alla procedura di cui all'art. 182 *bis* L.F. (cfr. Cass n. 9087/2018).

Ciò premesso deve allora osservarsi che in ordine alla domanda presentata ai sensi dell'art. 182 *bis* L.F. ed ai suoi contenuti Casinò di Campione S.p.A. non è mai stata sentita, perché alla data dell'unica udienza tenutasi (12/03/2018) così come a quella del 19/03/2018 – di scadenza del deposito delle note – non era nemmeno stata ancora ammessa alla procedura; né può dirsi che nelle sedi appena indicate fosse stata comunque in grado di interloquire in merito alla proposta o ai suoi contenuti proprio perché in allora non declinati neanche in termini generici come risulta dal tenore e dalle produzioni allegare alle memorie difensive.

Né vale replicare che, nel caso di specie, l'audizione non sarebbe stata necessaria perché, non essendo stato depositato nel termine perentorio concesso un accordo di ristrutturazione – essendo pacifico che alla data del 25/07/2018 la proposta non era stata sottoscritta dal 60% dei creditori, come risulta anche dal documento acquisito dalla Corte – la situazione non poteva dirsi mutata rispetto alla precedente audizione della debitrice, anche perché, come sottolinea il Fallimento, tutti gli accordi depositati alla data del 25/07/2018 ed allegati all'istanza delle concessione di un ulteriore termine, *ex art.* art. 162, comma 1, L.F. erano condizionati al perfezionamento dell'Accordo di ristrutturazione sicché si erano risolti di diritto non essendosi avverata la condizione sulla quale gli stessi poggiavano.

L'assunto non è condivisibile perché induce, nella sostanza, ad una lettura abrogativa dell'art. 162 comma 2, L. F. il quale, invece, espressamente prevede che sul contenuto della domanda, il debitore sia comunque sentito, al fine di esercitare il suo diritto di difesa, costituzionalmente protetto, senza che la necessità dell'audizione possa farsi dipendere dalle ragioni fondanti, in concreto, l'eventuale inammissibilità della domanda medesima e senza che, in particolare, una tale necessità possa dirsi esclusa solo perché il Tribunale, già prima dell'eventuale audizione, possa prefigurarsi, sulla base di un giudizio *ex ante*, fondato sugli atti tempestivamente prodotti, la sussistenza di una causa oggettiva di inammissibilità della domanda, come finisce per sostenere il Fallimento che, a tal fine sottolinea la perentorietà del termine di cui all'art. 161 L.F.

Peraltro nemmeno si può sostenere che la situazione alla data del 25/07/2018 fosse esattamente sovrapponibile a quella esistente all'udienza del 12/03/2018 posto che, comunque, era stata acquisita la disponibilità ad accedere ad un accordo di ristrutturazione da parte di una quota importante di debitori, segno oggettivo di una rinnovata fiducia nei confronti della società; era stata concessa dalla Banca una moratoria per il pagamento dei debiti pregressi e rappresentata la disponibilità ad erogare nuovi finanziamenti; era intervenuto un accordo con i lavoratori dipendenti suscettibili di ridurre, secondo le incontestate allegazioni delle parti reclamanti, i costi di lavoro di circa 13 milioni di euro ed una transazione con l'erario che aveva ridotto il debito di ulteriori 6 milioni di Euro (cfr. docc. 1-30, allegati all'istanza), sicché la debitrice avrebbe dovuto comunque essere sentita – a tal fine eventualmente anticipando, il Tribunale, l'udienza già fissata del 17/09/2018 – se non altro per poter essere ammessa a confutare, anche nella prospettiva della conseguente dichiarazione di fallimento, ciò che la Curatela ora

sostiene per contrastare l'eccezionale violazione del principio del contraddittorio, ossia la perfetta sovrapposibilità fra la situazione in essere al momento della pronuncia della sentenza e quella esistente all'atto della riserva della decisione, assunta dal Collegio, ancora con decreto del 27/03/2018.

Né si può trascurare che la debitrice, comunque, alla data del deposito della bozza d'accordo e dei documenti a sostegno dell'istanza di concessione di un nuovo termine, ex art. 162 comma 1, L.F., contava di poter ancora interloquire con il Tribunale in ragione dell'udienza appositamente già fissata per la sua audizione e di poter perciò in quella sede e comunque sino a tale data ricalibrare le sue istanze, alla luce dei fatti sopravvenuti che si sono rappresentati (ivi inclusa la recente nomina del Commissario Straordinario) anche, se del caso, mediante la proposizione di una nuova domanda concordataria in alternativa e previo abbandono di quella già presentata, sicché, anche sotto questo ulteriore profilo, il procedimento appare viziato per essere stata la parte privata della possibilità di esercitare appieno le sue difese entro quello stesso termine che il Tribunale, con l'ordinanza del 29/05/2018, mai revocata, aveva fissato a chiusura della procedura concorsuale alla quale Casinò di Campione S.p.A. era stata ammessa.

A conferma della centralità che l'audizione del debitore assume nel sistema e della *ratio* sottesa alla previsione di cui all'art. 162, comma 2 L.F. (anche alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 110/1972), va, infatti richiamato l'arresto della stessa Suprema Corte, secondo il quale “ *a seguito di proposizione di ricorso per concordato preventivo "con riserva" ex art. 161, comma 6, l.fall., decorso il termine assegnato dal giudice per il deposito della proposta, del piano e dei documenti e respinta l'eventuale istanza di sua proroga, la domanda tardivamente integrata dal debitore deve essere dichiarata inammissibile ai sensi dell'art. 162, comma 2, l.fall.; peraltro, in pendenza dell'udienza fissata per la declaratoria di inammissibilità della domanda concordataria e l'eventuale dichiarazione di fallimento, il debitore può depositare un nuovo ricorso ex art. 161, comma 1, l.fall. (corredato, dunque, "ab initio" dalla proposta, dal piano e dai documenti), dal quale si desuma la rinuncia alla pregressa domanda "con riserva", e sempre che la nuova domanda non si traduca in un abuso dello strumento concordatario*” (cfr. Cass. n. 677/2016).

La mancata audizione si riverbera perciò, nella presente fattispecie, anche sulla coeva sentenza di fallimento, pronunciata senza nuova audizione della debitrice, pur in presenza di obiettive sopravvenienze sulle quali avrebbe avuto diritto di interloquire, se non altro per poterle rappresentare al Collegio decidente, che aveva chiuso l'istruttoria prefallimentare da quattro mesi, anche ai fini di poter contraddire sulla persistente sussistenza dello stato di insolvenza.

Il Tribunale, a giudizio della Corte, ha pertanto errato emettendo il decreto di inammissibilità in violazione del diritto costituzionale di difesa, che pure aveva inizialmente garantito con fissazione dell'udienza del 17/09/2018, con conseguente nullità del decreto medesimo, nullità che perciò si comunica, in ragione di quanto appena argomentato, anche alla sentenza, della quale costituisce, secondo il sistema, il necessario presupposto.

Ciò in quanto, come affermato dalle Sezioni Unite del Supremo Collegio (cfr. sent. n. 9935 e 9936 del 2015), *"ancorché non si possa ravvisare un rapporto di pregiudizialità tecnica fra il procedimento di concordato preventivo e quello per la dichiarazione di fallimento - durante la pendenza del primo, sia esso in fase di ammissione, di approvazione o di omologazione, non può ammettersi l'autonomo corso del secondo, che si concluda con la dichiarazione di fallimento indipendentemente dal verificarsi di uno degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 I. fall., essendo maggiormente coerente col sistema ritenere che il fallimento non possa intervenire finché la procedura di concordato non abbia avuto esito negativo"*.

Gli atti, in ragione dell'accertata violazione del diritto di difesa, vanno rimessi al primo giudice, in applicazione analogica dell'art. 354 c.p.c. (nei termini da ultimo ribaditi anche da Cass. n. 3861/2019), affinché, rinnovato l'atto nullo, e perciò previa fissazione di nuova udienza per l'audizione della debitrice ai sensi dell'art. 162, comma 2, L.F. nell'ambito della procedura concorsuale minore, si pronunzi sulle domande proposte dalle parti nell'ordine che si è appena indicato; a tanto si provvede in adesione al principio secondo il quale *"in ogni ipotesi di revoca del fallimento che non precluda la rinnovazione della dichiarazione medesima (come nel caso di meri vizi procedurali), il giudice del reclamo deve rimettere la causa al primo giudice, il quale, rinnovati gli atti nulli, provvede sulla corrispondente istanza"* (cfr. Cass. n.25218/2013; Cass. n. 18339/2015; Cass. n. 3861/2019).

Ad una tale conclusione non è ostativo, secondo la Corte, l'effetto devolutivo pieno del reclamo ex artt. 18 e 162 L.F. più volte affermato dalla Suprema Corte laddove ha osservato che l'impugnazione della sentenza dichiarativa di fallimento, che faccia seguito ad un provvedimento d'inammissibilità della domanda di concordato preventivo, riguarda anche quest'ultima decisione (cfr. Cass. n. 1893/2018; Cass. n. 27301/2018).

Nella specie ciò che viene in rilievo non è, infatti, la possibilità per questa Corte di riesaminare, in sede di reclamo, le questioni concernenti l'ammissibilità in sé della procedura concorsuale minore, negata dal primo giudice, quanto piuttosto la nullità della procedura che ha condotto all'emissione del decreto (al quale è conseguita la contestuale dichiarazione di fallimento), che non si è perfezionata secondo lo schema legale, essendo mancata, in patente violazione del diritto costituzionale di difesa, l'audizione del debitore in ordine alla proposta, secondo quanto previsto dall'art. 162, comma 2, L.F.

La procedura deve perciò essere rinnovata restituendo a Casinò di Campione S.p.A. la possibilità di esercitare appieno tutte le prerogative consentite in via generale dall'ordinamento in pendenza del termine per la sua audizione, fatto salvo il giudizio del Tribunale sull'eventuale inammissibilità di domande nuove laddove passibili di tradursi in abuso del diritto.

Audizione nella specie indispensabile, a giudizio della Corte, anche per consentire la regolare ripresa del procedimento per la dichiarazione di fallimento stante le sopravvenienze, sopra indicate, comunque emerse nella procedura minore, tutte successive al provvedimento del 27/03/2018, con il quale il Collegio aveva dichiarato chiusa l'istruttoria prefallimentare riservandosi la decisione sulla domanda del Pubblico Ministero, e sulle quali a Casinò di Campione S.p.A. è stato impedito di interloquire, con concorrente violazione del principio del contraddittorio, prima della dichiarazione di fallimento.

Restano assorbite le ulteriori questioni.

La peculiarità di quelle trattate giustifica l'integrale compensazione fra tutte le parti delle spese del grado.

P.Q.M.

La Corte, definitivamente pronunciando sui reclami, ai sensi degli artt. 18 e 162 L.F., proposti da Banca Popolare di Sondrio S.C.P.A., Comune di Campione d'Italia, Casinò di Campione S.p.A. avverso la sentenza del Tribunale di Como n. 92/2018, pubblicata in data 27/07/2018, così provvede:

- a) dichiara la nullità del decreto del Tribunale di Como, pubblicato in data 27/07/2018, che ha dichiarato inammissibile la domanda ex art. 161, comma 6, L.F., presentata da Casinò di Campione S.p.A., nonché della coeva sentenza n. 92/2018, emessa dallo stesso Tribunale, con la quale è stato dichiarato il fallimento di Casinò di Campione S.p.A.
- b) rimette le parti avanti al Tribunale di Como perché, previa rinnovazione dell'atto nullo, si pronunci sulle domande dalle medesime proposte nei termini di cui in motivazione; con onere di riassunzione ex art. 353 c.p.c.;
- c) dichiara interamente compensate le spese del grado.

Milano, 17/01/2019

Il Consigliere est.

Mery De Luca

Il Presidente

Marina Marchetti

IL FUNZIONARIO GIUDIZIARIO
Domenico AMALFITANI

