



**IL TRIBUNALE
DI
NAPOLI NORD**

-III Sezione Civile-

nella persona del giudice, dott. A. S. Rabuano,
ha pronunciato la presente

ORDINANZA

nel processo n. 5283/17 R.G.

TRA

CURATELA FALLIMENTO WORK COMPANY S.R.L. IN LIQUIDAZIONE, in persona dei
Curatori Dottori giusta autorizzazione
ottenuto in data 01 marzo 2017 del G.D. Dott. E. Caria, difesa dagli Avvocati
come da procura speciale allegata al ricorso introduttivo,
presso il cui studio elettivamente domicilia in Milano (MI), Via

RICORRENTE

E

TRAGARA S.r.l., con sede legale in Napoli alla Via Giovanni Porzio, Centro Direzionale, Isola E/5, in
persona del l.r.p.t., Sig. rappresentata e difesa, in virtù di procura in atti dall'Avv.
e con la stessa elettivamente domiciliata in Cardito (NA) alla Via Murillo De Petti n. 8
presso l'Avv. Marcello Russo;

RESISTENTE

SOMMARIO

FATTI RILEVANTI.....	2
MOTIVI DELLA DECISIONE.....	5
1.Eccezione di inammissibilità del ricorso formulata da Tragara s.r.l.	6
2.Competenza del Tribunale fallimentare per l'azione revocatoria esercitata ai sensi degli artt. 66, 2901 c.c. dalla curatela.	6
3.Ricorso per sequestro giudiziario.....	8
4.Fondatezza della futura azione revocatoria della scissione della Dafim s.p.a., ora Work Company s.r.l.....	9

4.1.Struttura e natura giuridica della scissione societaria. Atto a titolo gratuito.	10
4.2.Rapporto di complementarietà ovvero di incompatibilità tra gli artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c. che regola l'azione revocatoria ordinaria-fallimentare e gli artt. 2503, 2504 quater, richiamati dall'art. 2506 ter co. 4 c.c. e l'art.2506 quater ult. co. c.c. che regolano gli strumenti di tutela dei creditori sociali rispetto alle operazioni di scissione.....	13
4.2.1.Rapporto tra art. 2506 ter co. 5, 2504 quater co. 1 c.c. e artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c.	16
4.2.2.Differenza tra opposizione e revocatoria ordinaria-fallimentare.	19
4.2.3.Differenza risarcimento del danno di cui all'art. 2504 quater c.c. e revocatoria.	20
4.2.4.Diritto dei creditori di agire sui beni della società beneficiaria della scissione.....	21
4.2.5.Misure previste dal legislatore per realizzare finalità di tipo sanzionatorio ritenendo insufficienti i rimedi previsti dagli artt. artt. 2503, 2504 quater, richiamati dall'art. 2506 ter co. 4 c.c. e l'art.2506 quater ult. co. c.c. che regolano gli strumenti di tutela dei creditori sociali rispetto alle operazioni di scissione.	21
4.3.Fondatezza del <i>funus boni iuris</i> dell'azione revocatoria ai sensi degli artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c. rispetto all'atto di assegnazione patrimoniale da Dafim s.p.a., ora Work Company s.r.l. in liquidazione, in favore della società Tragara s.r.l.....	22
4.3.1.Atto di assegnazione patrimoniale nell'operazione di scissione societaria quale atto di disposizione ai sensi dell'art. 2901 c.c.....	23
4.3.2.Atto di assegnazione patrimoniale nell'operazione di scissione societaria quale atto a titolo gratuito..	24
4.3.3.Danno per i creditori.	25
4.3.4.Scienza damni di Dafim s.p.a.....	27
5.Spese processuali.....	27

FATTI RILEVANTI

Con ricorso depositato in data 26 aprile 2017 la curatela del fallimento Work Company s.r.l. rappresentava che il 21 dicembre 2016, con sentenza n. 164/2016, il Tribunale di Napoli Nord aveva dichiarato il fallimento della stessa Work Company s.r.l. in liquidazione nominando quale Giudice Delegato il Dott. Enrico Caria nonché il collegio dei Curatori nella persona del Dott. Francesco Maticena, Dott. Antonio Savino e della società PricewaterhouseCoopers Advisory s.p.a., in persona del Dott. Alessandro Colaci quale professionista responsabile della procedura ai sensi dell'articolo 28, comma 1, lettera *b*), Legge Fallimentare.

Parte ricorrente precisava che la società Work Company s.r.l., già Dafim s.p.a., dall'anno 2012 aveva posto in essere una serie di operazioni societarie straordinarie, principalmente scissioni delle proprie controllate, seguite dalla successiva cessione di partecipazioni sociali in favore di soggetti terzi.

In particolare, la curatela evidenziava con riferimento al presente processo l'operazione di scissione di Dafim s.p.a. in Tragara S.r.l.

Con Progetto di scissione del 22 luglio 2013, iscritto nel Registro delle Imprese in data 02 agosto 2013, l'Amministratore Unico della Dafim s.p.a., Sig. _____, proponeva ai Soci,

G D , la scissione parziale della società mediante trasferimento di parte del patrimonio di quest'ultima a due società di nuova costituzione Tragara s.r.l. e Torre Ranieri s.r.l.

Successivamente, con delibera assembleare del 02 agosto 2013, iscritta nel Registro delle Imprese in data 02 settembre 2013, i soci di Dafim s.p.a. approvavano il suddetto progetto di scissione parziale.

Con atto di scissione del 04 novembre 2013, iscritto nel Registro delle Imprese in data 28 novembre 2013, si dava attuazione al progetto di scissione con creazione della Torre Ranieri s.r.l. e della Tragara s.r.l.

La curatela fallimentare evidenziava che il patrimonio trasferito dalla Dafim s.p.a. alla Tragara s.r.l. ricomprendeva:

-l'immobile sito in Capri (NA), Via Tragara n. 49 di n. 9 vani, con una rendita catastale pari ad Euro 4.276,26, stimato nel progetto di scissione euro 3.967.724,62;

-disponibilità finanziarie per Euro 11.800,22;

-mutuo fondiario dell'importo di Euro 2.394.524,48 concesso a Dafim S.p.A. dalla Banca di Credito Popolare in data 21 aprile 2008, che la Tragara S.r.l. si era accollata;

-debiti verso Dafim S.p.A. per Euro 1.560.000,00.

La curatela del fallimento Work Company s.r.l. in liquidazione esercitava ricorso per sequestro conservativo ai sensi degli artt. 2905 co. 2 c.c., 671 c.p.c.

Con riferimento al *fumus boni iuris*, parte ricorrente segnalava che con l'operazione straordinaria di scissione parziale della società fallita nella società Tragara S.r.l. si era realizzato un mutamento della titolarità soggettiva del diritto di proprietà sull'immobile, dall'originario proprietario, Dafim s.p.a. alla *newco* costituitasi.

Nel dettaglio, l'ufficio fallimentare ravvisava l'esistenza di tutti i presupposti per il legittimo esperimento dell'azione revocatoria ordinaria disciplinata dall'articolo 2901 Codice Civile:

-la sussistenza di un diritto di credito verso il debitore come evincibile dal Piano Concordatario modificato del maggio 2016, dove risultava l'ammontare complessivo dei crediti nei confronti della società fallita per l'importo di euro 84.000.000,00. E inoltre, evidenziava la sussistenza di varie ipoteche gravanti su molti degli immobili della stessa fallita, come indicate nel Piano Concordatario Modificato e costituite in epoca antecedente all'anno 2013, in cui era stata attuata la scissione parziale, e non ancora estinte al momento della presentazione del suddetto piano;

-il pregiudizio arrecato alle ragioni dei creditori dall'esecuzione dell'atto dispositivo.

In particolare, secondo parte ricorrente, in conseguenza dell'operata scissione, si era realizzata la riduzione quantitativa del patrimonio della società con il "trasferimento" di un immobile del valore di milioni di euro;

-il terzo presupposto, rappresentato dalla consapevolezza da parte del debitore e, negli atti a titolo oneroso, del terzo del pregiudizio che l'atto dispositivo posto in essere avrebbe arrecato alle ragioni dei creditori (c.d. scientia damni). Con riferimento al presente giudizio, la curatela ricorrente evidenziava:

a)quanto al debitore, la consapevolezza che attraverso la realizzazione dell'operazione di scissione parziale si sarebbe venuta a creare una situazione di pericolo di incapacienza del patrimonio sociale della fallita si desumeva dalla velocità con la quale la Work Company S.r.l. in liquidazione aveva posto in essere una pluralità di operazioni straordinarie di scissione (anche su società facenti parte del proprio gruppo) a distanza ravvicinata, ognuna avente ad oggetto cespiti patrimoniali di elevato valore;

b)per quanto concerne la conoscenza del pregiudizio in danno dei creditori da parte della newco Tragara S.r.l., tale requisito sussisteva in re ipsa, derivando dalla scientia damni in capo alla società fallita, essendo stata la società attualmente proprietaria dell'immobile costituita con l'atto di scissione, per espressa volontà della debitrice.

Con riferimento alla sussistenza del c.d. *periculum in mora*, parte ricorrente evidenziava che la società Tragara poteva, nelle more dell'instaurando giudizio di merito, dismettere l'immobile alienandolo a terzi, così pregiudicando definitivamente la possibilità per la curatela di rientrare nella disponibilità del bene e deduceva con riferimento al caso in esame, l'esistenza di elementi tanto oggettivi quanto soggettivi utili a ritenere integrata la sussistenza del pericolo imminente e irreparabile di un danno alle ragioni del ceto creditorio.

Dal punto di vista soggettivo, si segnalava l'annuncio pubblicato sul sito www.casa.it, mediante il quale era stata manifestata, in maniera inequivocabile, la volontà dell'attuale proprietario del bene, la società Tragara S.r.l., di dismettere l'immobile alienandolo a terzi.

Sotto un profilo oggettivo, invece, si rappresentava l'elevato pericolo di dispersione del bene in capo alla Tragara S.r.l., la quale era direttamente riconducibile al Sig. N D , già socio amministratore unico della fallita, nonché amministratore unico della Tragara S.r.l. e titolare di un diritto di usufrutto sulla totalità delle quote sociali di quest'ultima.

Infine si segnalava che D'Abundo era stato l'artefice della dismissione dei beni della società a seguito delle varie operazioni straordinarie poste in essere nell'intento di attuare un disegno depauperativo ai danni dell'odierna fallita e della massa creditoria.

In via subordinata domandava il sequestro giudiziario ai sensi dell'art. 670 n. 1 c.p.c. tenuto conto che la curatela ricorrente con la proponendo azione revocatoria aveva la volontà di acquisire materialmente l'immobile. E, in via ulteriormente gradata chiedeva concedersi provvedimento cautelare ai sensi dell'art. 700 c.p.c.

Nel formulare le proprie conclusioni, la curatela del fallimento Work Company s.r.l. in liquidazione domandava al Tribunale : *"IN VIA PRINCIPALE autorizzare, ai sensi dell'articolo 671, Codice di Procedura Civile e dell'articolo 2905, comma 2, Codice Civile, il sequestro conservativo dell'immobile sito in 80073 Capri (NA),*

Via Tragara n. 49 (dati catastali: Foglio 6, Particella 347, Sub. 112, Categoria A7, Classe 6); - fissare udienza per la comparizione personale delle parti e il termine per la notifica del Ricorso e del Decreto; IN VIA SUBORDINATA - autorizzare, ai sensi dell'articolo 670, n. 1, Codice di Procedura Civile, il sequestro giudiziario dell'immobile sito in 80073 Capri (NA), Via Tragara n. 49 (dati catastali: Foglio 6, Particella 347, Sub. 112, Categoria A7, Classe 6); - nominare un custode cui affidare la custodia dell'immobile sito in 80073 Capri (NA), Via Tragara n. 49 (dati catastali: Foglio 6, Particella 347, Sub. 112, Categoria A7, Classe 6); - fissare udienza per la comparizione personale delle parti e il termine per la notifica del Ricorso e del Decreto; IN VIA ULTERIORMENTE SUBORDINATA - vietare, ai sensi dell'articolo 700 Codice di Procedura Civile, alla Società Tragara S.r.l. la vendita dell'immobile sito in 80073 Capri (NA), Via Tragara n. 49 (dati catastali: Foglio 6, Particella 347, Sub. 112, Categoria A7, Classe 6) ed il compimento / la prosecuzione di ogni atto a ciò finalizzato; - fissare udienza per la comparizione personale delle parti e il termine per la notifica del Ricorso e del Decreto; - fissare, ai sensi dell'articolo 614-bis Codice di Procedura Civile, la somma di denaro che la società Tragara S.r.l. dovrà corrispondere al Fallimento Work Company S.r.l. in Liquidazione per ogni violazione o inosservanza successiva ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento cautelare disposto dal Giudice".

La società Tragara s.r.l. domandava il rigetto del ricorso della curatela del fallimento Work Company s.r.l. per i seguenti motivi:

- inammissibilità della domanda cautelare.
 - difetto di competenza del Tribunale adito.
 - improcedibilità ed inammissibilità della revocatoria della scissione quale atto a valenza organizzativa;
 - inammissibilità dell'azione proposta per la mancata tempestiva proposizione dell'opposizione dei creditori.
 - neutralità della scissione e sulla insussistenza di pregiudizio per i creditori;
 - mancata specificazione e quantificazione del credito ai fini della concessione del sequestro.
- In mero subordine la società resistente rappresentava la limitazione della responsabilità solidale della beneficiaria della scissione Tragara s.r.l. ai sensi dell'art. 2506 *quater*, co. 3, cod. civ.
- insussistenza del *periculum in mora*.
 - insussistenza del *periculum in mora* per la concessione del sequestro conservativo.
 - carenza di interesse al sequestro conservativo stante l'assorbente tutela offerta alla ricorrente dalla trascrizione della domanda di revocatoria.
 - insussistenza del *periculum in mora* per la concessione del sequestro giudiziario.
 - inammissibilità della richiesta inibitoria *ex art. 700 c.p.c.* per difetto di residualità.

Nel corso dell'udienza del 15 giugno 2017 il giudice dopo aver autorizzato le parti a svolgere le rispettive difese fissava il termine del 13 luglio 2017 per il deposito di memorie scritte, riservandosi alla scadenza per il deposito del provvedimento.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il Tribunale ritiene il ricorso presentato ai sensi dell'art. 670 c.p.c. dalla curatela del fallimento Work Company s.r.l. fondato per le ragioni di seguito esposte.

1.Eccezione di inammissibilità del ricorso formulata da Tragara s.r.l.

La società Tragara s.r.l. ha eccepito l'inammissibilità del ricorso presentato dalla curatela del fallimento Work Company s.r.l. deducendo l'incomprensibilità dell'oggetto dell'azione revocatoria che parte ricorrente si propone di promuovere e, precisamente, secondo la Tragara s.r.l., non si comprende se la revocatoria avrà a oggetto la scissione o solo l'atto di "trasferimento patrimoniale".

L'eccezione è infondata.

L'art. 163 co. 3 n. 4 e 5 c.p.c., analogicamente applicabile al ricorso d'urgenza, nel prescrivere la necessità di definire con l'atto di citazione gli elementi oggettivi della domanda, svolge la funzione di consentire al giudice di individuare il *thema decidendum* e al convenuto di svolgere le proprie difese.

La sanzione della nullità prevista dall'art. 164 co.4 è posta a presidio, dunque, del potere di cognizione del giudice, al fine di consentirgli di avere piena conoscenza dei fatti controversi, e del diritto di difesa del convenuto per garantirgli la consapevolezza dei fatti sui quali è fondata la pretesa della controparte.

Ne deriva che la nullità opera solo quando nell'atto introduttivo del giudizio i fatti posti a fondamento della domanda sono rappresentati in modo tale da pregiudicare il potere di cognizione del giudice e il diritto di difesa del convenuto.

Il Tribunale rileva, con riferimento al presente processo, che dall'esame complessivo dell'atto si evince che la curatela del fallimento Work Company s.r.l. promuoverà una azione revocatoria diretta alla dichiarazione di inefficacia, nell'ambito dell'operazione straordinaria della Dafim s.p.a., ora Work Company, dell'atto di scissione e alla conseguente restituzione dell'immobile oggetto di assegnazione alla Tragara s.r.l.

2.Competenza del Tribunale fallimentare per l'azione revocatoria esercitata ai sensi degli artt. 66, 2901 c.c. dalla curatela.

La società Tragara s.r.l. ha eccepito il difetto di competenza per materia del Tribunale di Napoli Nord stante la competenza funzionale del Tribunale delle Imprese di Napoli deducendo che l'azione revocatoria dell'atto di scissione che la curatela del fallimento Work Company s.r.l. si propone di attivare è riconducibile al concetto di azioni previsto dall'art. 3 comma 2 lett. a del D.lgs. 26 giugno 2003, n. 168, così come sostituito dall'art. 2, comma 1, lett. d), del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, e cioè di azioni concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario.

L'eccezione è infondata.

L'art. 24 R.D. 267/42 prevede la competenza per materia del Tribunale fallimentare per tutte le azioni che derivano dalla procedura fallimentare.

Sul piano storico, è opportuno precisare, che l'art. 685 cod. comm. 1882 attribuiva al Tribunale investito della procedura di fallimento la competenza a conoscere di tutte le azioni da essa derivanti salvo che per loro natura non appartenessero alla giurisdizione civile.

La prevalente dottrina riteneva di trovarsi di fronte a un fenomeno di *vis attractiva* per cui la competenza ordinaria si spostava a favore del foro fallimentare quasi in forza di un rapporto di connessione tra l'oggetto dei processi.

Il dibattito sorto in relazione ai limiti di applicabilità dell'art. 685 cod. comm. è stato riportato nella relazione al R.D. 267/42 dove si precisava: *"In relazione a queste funzioni giurisdizionali, l'art. 24 ha dovuto affrontare le intricate questioni sorte sotto l'impero dell'art. 685 del codice di commercio. È stato uno dei punti che hanno dato luogo a più gravi discussioni nella preparazione della legge, ritenendosi da molti che si dovesse sostituire la formula ritenuta ambigua del codice ("azioni che derivano" dal fallimento) con l'altra più concreta di azioni che hanno causa, anche occasionale, dal fallimento. Dopo matura riflessione, ho ritenuto di non complicare la formula generale dell'art. 685 del codice di commercio risolvendo in concreto i casi più dubbi. Pertanto ho mantenuto la competenza del Tribunale fallimentare per le azioni che derivano dal fallimento, e cioè in primo luogo per tutte le azioni che sono promosse contro il fallimento relative ad atti della procedura fallimentare, o dirette a far valere un diritto nei confronti della massa creditoria. La competenza del tribunale fallimentare per molte di queste azioni è del resto già implicita nel particolare procedimento disposto dalla legge per il loro esercizio come per le azioni dei creditori e dei terzi che agiscono per la rivendita, separazione e restituzione di cose mobili (articoli 93, 103) o nella natura stessa dell'azione, come per la moglie che agisce per contrastare alla presunzione dell'art. 70. Ho ritenuto però opportuno riprodurre il principio, accolto dal Regio Decreto 21 maggio 1934, n. 1073, che la competenza del tribunale fallimentare si estende alle azioni relative a rapporti di lavoro. Il dubbio più grave riguardava, anche sotto il codice del 1882, le azioni reali immobiliari: e per queste ho ritenuto che per ragioni di opportunità, anche se tali azioni possono derivare dal fallimento, consigliano di escludere il loro assorbimento nella competenza del tribunale fallimentare. Per quel che riguarda poi le azioni revocatorie fallimentari, la competenza del tribunale fallimentare deriva dalla loro stessa natura e il dubbio sorto per la revocatoria ordinaria è stato eliminato con la determinazione della competenza del tribunale fallimentare, ciò che appare più ragionevole e in armonia con le altre soluzioni accolte (art. 66). Tutte le altre azioni promosse dal fallimento, sia reali che personali, seguono le ordinarie norme di competenza"*.

Secondo le prime interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali, che il Tribunale condivide, la norma in esame, letta in coerenza con la volontà del legislatore storico, con il concetto di azione derivante dal fallimento ha riguardo alle azioni che originano dal dissesto o dall'insolvenza ma anche tutte quelle che confluiscono nella procedura concorsuale perché in questa si realizzano l'unità dell'esecuzione sul patrimonio del fallito e la *par condicio creditorum* (cfr. Cass. 1327/54; Cass. 225/69; 1199/68; 1139/60).

Quindi, il concetto di azione che deriva dal fallimento deve essere interpretato nel senso che il legislatore ha voluto attrarre alla competenza del Tribunale fallimentare tutte le azioni che originano dalla dichiarazione di fallimento o che, in conseguenza dell'apertura della procedura concorsuale,

subiscono un mutamento strutturale, in relazione alla *causa petendi* e/o al *petitum*, attesa la necessità di realizzare "l'unità dell'esecuzione sul patrimonio del fallito" e, quindi, di concentrare queste azioni dinanzi al medesimo Tribunale, restando escluse solo le azioni che erano nel patrimonio dell'imprenditore prima della dichiarazione giudiziale di insolvenza.

Questa interpretazione dell'art. 24 R.D. 267/47 consente al Tribunale di riconoscere la propria competenza in ordine all'azione revocatoria fallimentare-ordinaria esercitata dalla curatela del fallimento Work Company.

Invero, si deve evidenziare che ricorre l'esigenza di concentrare dinanzi al Tribunale fallimentare le azioni revocatorie proprie dei creditori dell'imprenditore e dirette al recupero dei beni oggetto di atti di disposizioni compiuti prima del fallimento dal debitore.

Inoltre, l'art. 66 co. 2 R.D. 267/42 prevede espressamente per l'azione revocatoria ordinaria esercitata dal curatore la competenza del Tribunale fallimentare.

3. Ricorso per sequestro giudiziario.

Il Tribunale ritiene fondato sul piano del *fumus boni iuris* il ricorso per sequestro giudiziario strumentale all'azione revocatoria ordinaria-fallimentare di cui agli artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c. che la curatela del fallimento Work Company s.r.l. si propone di attivare.

3.1. Preliminarmente è opportuno definire lo spettro applicativo del rimedio cautelare del sequestro giudiziario previsto dall'art. 670 c.p.c. precisando i requisiti prescritti dalla legge concernenti l'esistenza di una controversia sulla proprietà o il possesso, *il fumus boni iuris* e il *periculum in mora*.

L'art. 670 co. 1 n. 1 c.p.c. prevede che il giudice può autorizzare il sequestro giudiziario di beni mobili o immobili, aziende o altre universalità di beni, quando ne è controversa la proprietà o il possesso, ed è opportuno provvedere alla loro custodia o alla loro gestione temporanea.

La norma prevede una forma di tutela d'urgenza strumentale alla protezione del diritto di proprietà o del possesso sul bene ed è funzionale all'"utilità dell'esecuzione diretta" su beni fruttiferi o aventi una potenzialità produttiva.

Secondo un primo orientamento seguito dalla dottrina e dalla giurisprudenza il tenore letterale della norma, che fa riferimento alle controversie in tema di proprietà e possesso, limita l'applicabilità del rimedio del sequestro nell'ambito dei giudizi in cui sono controversi i diritti reali.

Secondo un diverso orientamento, condiviso dal Tribunale, l'ambito di applicazione della norma deve essere delineato sulla base della funzione che il legislatore ha riconosciuto al sequestro giudiziario che è quella di garantire l'utilità dell'esecuzione in forma specifica, quindi l'espressione "*Quando ne è controversa la proprietà o il possesso*", diretta a precisare uno dei presupposti per l'emissione del provvedimento d'urgenza, ricomprende i casi in cui il ricorrente voglia promuovere un'azione volta a ottenere dal tribunale la condanna al rilascio o alla consegna del bene (cfr. Cass. 3463/68), con il logico corollario che è inammissibile il ricorso *ex art. 670 c.p.c.* nel caso in cui il sequestro sia rappresentato quale misura

strumentale ad azioni di mero accertamento (Trib. Tortona 30.08.02) o costitutive alle quali non sia ricollegata la domanda diretta a ottenere la restituzione del bene (Trib. Modena 13.09.07).

In definitiva, il testo della norma deve essere interpretato nel senso che il sequestro giudiziario è configurabile quando il ricorrente, promuovendo un giudizio di accertamento dei diritti reali ovvero d'impugnativa del contratto, voglia conseguire, tramite la condanna alla restituzione o al rilascio, la disponibilità giuridica del bene.

3.2. Nel nostro caso, il ricorso per sequestro giudiziario è ammissibile perché è stato presentato quale strumento di tutela urgente rispetto all'azione revocatoria ordinaria esercitata dalla curatela che, secondo la lettura coordinata degli artt. 66, 70 L.F. ha la funzione di determinare l'acquisizione del bene nell'attivo fallimentare.

In particolare, l'assunto del Tribunale si fonda sulla lettura dell'art. 70 L.F. che nel regolare gli "Effetti della revocazione" riconosce al terzo il diritto di insinuare al passivo un credito d'importo corrispondente a quanto restituito.

La disposizione in esame nel prevedere il diritto di credito del terzo per un importo corrispondente al valore di "*quanto restituito*" dispone, implicitamente, che il giudice adottando la sentenza con la quale revoca l'atto deve disporre la restituzione del bene alla curatela fallimentare.

La ricostruzione teorica dell'azione fallimentare quale domanda diretta a ottenere dal giudice una sentenza declaratoria di inefficacia dell'atto con diritto della curatela alla restituzione del bene, in deroga a quanto previsto dall'art. 2902 c.c. con riferimento all'azione revocatoria ordinaria che, invece, prevede il diritto del creditore, conseguente alla pronuncia giudiziaria di inefficacia dell'atto impugnato, di agire esecutivamente nei confronti del terzo, si giustifica con il carattere universale della procedura fallimentare che è diretta a concentrare nell'ambito della stessa tutte le azioni strumentali alla liquidazione dell'attivo destinato a soddisfare il ceto creditorio.

Logico corollario è che con la domanda revocatoria il curatore fa valere il diritto alla restituzione del bene.

Tanto premesso, il ricorso *ex* art. 670 c.p.c. promosso dalla curatela Work Company s.r.l. in liquidazione deve essere dichiarato ammissibile.

4. Fondatezza della futura azione revocatoria della scissione della Dafim s.p.a., ora Work Company s.r.l.

La curatela del fallimento Work Company s.r.l. ha prospettato di voler esercitare l'azione revocatoria di cui agli artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c. avverso l'atto di scissione del 04 novembre 2013, iscritto nel Registro delle Imprese in data 28 novembre 2013 e avente a oggetto l'assegnazione dei seguenti elementi patrimoniali:

-l'immobile sito in Capri (NA), Via Tragara n. 49 composto da 9 vani, con una rendita catastale pari ad Euro 4.276,26, stimato nel progetto di scissione euro 3.967.724,62;

-disponibilità finanziaria per Euro 11.800,22;

-mutuo fondiario dell'importo di Euro 2.394.524,48 concesso a Dafim S.p.A. dalla Banca di Credito Popolare in data 21 aprile 2008, che la Tragara S.r.l. si era accollata;

-debiti verso Dafim S.p.A. per Euro 1.560.000,00.

La questione relativa alla applicabilità dell'art. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c. all'atto di scissione societaria impone una preliminare analisi di due problematiche:

1)la natura giuridica della scissione societaria, con la conseguente verifica della riconducibilità dell'operazione e, precisamente, dei singoli atti negoziali che la caratterizzano, nel novero degli atti a titolo oneroso o gratuito;

2)il rapporto di complementarietà ovvero di incompatibilità tra l'azione revocatoria ordinaria-fallimentare e gli strumenti di tutela dei creditori sociali previsti dagli artt. 2506 e ss c.c. in caso di scissione societaria.

4.1.Struttura e natura giuridica della scissione societaria. Atto a titolo gratuito.

Il Tribunale, con riferimento alla prima problematica, ritiene che la scissione sia una particolare operazione che si articola su due livelli: il primo livello è rappresentato dalla modifica del contratto di società, il secondo livello, collegato al primo, si pone sul piano dei patrimoni della "società scissa" e della "società beneficiaria" determinando il "trasferimento" di determinati beni.

Sul piano strettamente giuridico, la scissione si presenta come una fattispecie a formazione progressiva nel cui ambito sono compiuti due negozi giuridici autonomi e collegati: il primo negozio diretto alla modifica dell'atto costitutivo della società che è riferibile giuridicamente ai soci; il secondo negozio giuridico, che è propriamente un atto di gestione della società, rappresentato dall'atto di "assegnazione degli elementi patrimoniali alla "società beneficiaria".

In questo senso è decisivo l'art. 2502 c.c., applicabile alla scissione in base al richiamo operato dall'art. 2506 *ter* co. 5 c.c., secondo cui il progetto di scissione deve essere approvato nelle società di capitali secondo le norme previste per la modificazione dell'atto costitutivo o statuto.

È evidente che la norma in esame rinviando alla disciplina della modifica dell'atto costitutivo delle società di capitali ha voluto riconoscere alla scissione la natura di atto di riorganizzazione della struttura societaria.

Inoltre, questa interpretazione ha un proprio riscontro nella disposizione di cui all'art. 2506 co. 1 c.c. nella parte in cui prevede quale effetto della scissione l'assegnazione delle quote o azioni ai soci della società scissa.

L'assegnazione in esame è l'effetto dell'atto di riorganizzazione della società che determina, completata la fattispecie della scissione, la divisione dell'originaria partecipazione dei soci.

Ulteriore conferma di questa impostazione è data dall'analisi di quelle particolari ipotesi di scissione nelle quali il legislatore prescrive sempre la procedura in esame con la delibera dei soci sebbene l'operazione

non produca alcun formale effetto di modifica dell'atto costitutivo come avviene nel caso di assenza di un rapporto di cambio.

In questo caso, devono essere rispettate sempre le norme in tema di operazione di scissione che presuppongono la modifica delle strutture societarie.

L'atto negoziale diretto alla modifica patrimoniale della società scissa è, invece, proprio degli amministratori che formulano la volontà della stessa società ed è espressa nell'atto di scissione

Peraltro, la dottrina che ha esaminato più attentamente il fenomeno ha osservato che l'intera operazione ha una valenza sia endosocietaria sia esterna in ragione dell'incidenza sui patrimoni delle società partecipanti all'operazione, conseguentemente il legislatore ha previsto una procedura che comprende gli elementi tipici della modifica dell'atto costitutivo, quali la delibera dei soci e la relativa iscrizione nel registro delle imprese, e il compimento di ulteriori atti rappresentati dalla stipulazione e iscrizione dell'atto di scissione che si presenta come un atto di tipo gestorio.

Questa particolare struttura procedimentale della scissione è diretta a dar conto degli interessi coinvolti nel fenomeno e che talora possono essere configgenti e, cioè, l'interesse alla riorganizzazione societaria da parte dei soci e l'interesse, la convenienza economica che possa derivare dall'operazione, proprio della società.

La stessa dottrina ha evidenziato con riferimento alla scissione che essa *“viene attuata attraverso una singolare commistione tra atti deliberativi interni, quali sono le decisioni di scissione, e un atto negoziale esterno, quale è l'atto di scissione. La scissione viene in tal modo ad assumere una duplice natura essendo nel contempo modificazione dell'atto costitutivo e atto di gestione. A tale riguardo si sottolinea che la riforma ha accentuato tale duplicità di prospettiva, introducendo norme, quali quelle di cui agli artt. 2505, secondo comma e 2505 bis, secondo comma c.c., richiamati dall'art. 2506 ter, ultimo comma, c.c. che tendono a spostare il ruolo deliberativo dell'operazione verso l'organo amministrativo riducendo viepiù il peso dei soci”*.

L'esame della struttura dell'operazione di scissione e della sua funzione sul piano economico e giuridico consente di riconoscere alla scissione la natura di fattispecie modificativa dell'organizzazione e del patrimonio della società che è attuata tramite due negozi giuridici autonomi e collegati.

È necessario tuttavia precisare l'effetto modificativo in esame.

Preliminarmente, si deve dar conto dell'esistenza in dottrina e in giurisprudenza di tre distinte tesi dirette a qualificare giuridicamente la natura della scissione.

Secondo una prima tesi la scissione è un fenomeno di tipo successorio-traslativo di carattere universale in caso di scissione totale ovvero di carattere particolare in caso di scissione parziale (cfr. Cass. 9897/989).

Secondo altra tesi la scissione determina sia una modifica dell'assetto organizzativo delle società partecipanti sia un effetto traslativo.

In particolare è stato precisato che nella scissione non vi è conferimento in senso tecnico per la semplice ragione che il trasferimento che per essa si determina è solo strumentale ad una rinnovazione della medesima organizzazione la quale, ancorché mutuata, sopravvive frammentata nelle beneficiarie quand'anche si verificasse, come nella scissione totale, l'assorbimento dell'intera organizzazione preesistente nel corpo delle beneficiarie.

Secondo questo orientamento la vicenda dei beni appare come il riflesso reale della vicenda dell'organizzazione quindi riconosce natura meramente modificativa alla scissione con la conseguenza che è inutile ricorrere al concetto di trasferimento patrimoniale.

Le ultime due tesi in esame sottolineano che nella scissione sono attribuiti ai soci della scissa quote o azioni della beneficiaria senza che costoro debbano a fronte di tale assegnazione effettuare conferimenti, quindi, si sottolinea che la modificazione della consistenza patrimoniale di tutte le società partecipanti è il frutto di un atto che anche dal punto di vista patrimoniale è di mera riorganizzazione delle stesse strutture societarie.

A sostegno di tale assunto si richiama l'art. 2506 c.c. secondo cui *“Con la scissione una società assegna l'intero suo patrimonio a più società preesistenti o di nuova costituzione”*.

L'orientamento che si sta esponendo precisa che l'art. 2506 c.c. non prevede più come era disposto dal precedente art. 2504 *septies* c.c. che la scissione si attua mediante *“trasferimento”* di elementi patrimoniali della società scissa alle società beneficiarie ma precisa che l'operazione si svolge mediante l'assegnazione di tali elementi patrimoniali.

Nei lavori preparatori della riforma è previsto espressamente che *“Da un unto di vista terminologico si è ritenuto opportuno in tema di scissione caratterizzare i suoi riflessi sui beni in termini di “assegnazione” e non di “trasferimento”. Ciò anche al fine di chiarire, come riconosciuto da giurisprudenza consolidata, che nell'ipotesi di scissione medesima non si applicano le regole peculiari dei trasferimenti dei singoli beni (ad esempio relative alla situazione edilizia degli immobili)”*.

Tale ricostruzione della natura delle operazione di scissione ha conseguenze rilevanti, sul piano teorico e pratico, rispetto alla precisa individuazione dell'effetto modificativo, infatti è stato precisato che *“le società risultanti dalla scissione operano in regime di piena continuità non solo economica, ma anche giuridica con la società scissa: esse sono in altre parole la stessa società scissa che continua ad operare sotto altre forme”* con l'ulteriore specificazione che *“la continuità giuridica ed economica sussiste limitatamente agli elementi patrimoniali assegnati alla singola beneficiaria”* e che *“l'adesione alla teoria della mera modificazione dell'atto costitutivo..implica che l'imputazione alla società beneficiaria di elementi patrimoniali e rapporti giuridici facenti capo alla società scissa non possa qualificarsi come trasferimento in senso tecnico-giuridico ma come mera conseguenza legale della modifica strutturale delle società coinvolte, non diversamente da quanto avviene ove la società delibere la trasformazione o il cambio di denominazione”*.

Quindi, in caso di scissione la società resta la stessa: è la medesima società che sopravvive in un nuovo assetto.

In conclusione, il Tribunale ritiene di aderire all'orientamento che ravvisa nella scissione la struttura di una fattispecie composta dalla delibera dei soci e dall'atto di scissione, compiuto dagli amministratori, che essendo negozi autonomi e collegati determinano effetti modificativi sul piano della struttura organizzativa e patrimoniale della società con la divisione, il "frazionamento" delle partecipazioni dei singoli soci e dei beni della medesima società.

La struttura della scissione, in particolare, la natura dell'atto di assegnazione quale atto di modifica della situazione patrimoniale della società consente di ritenere che esso sia riconducibile nel novero degli atti a titolo gratuito (vd. Quanto si dirà di seguito per l'individuazione del criterio distintivo tra atti a titolo oneroso e atti a titolo gratuito nel sistema della revocatoria fallimentare e ordinaria-fallimentare).

È necessario precisare, inoltre, che il legislatore detta un particolare regime giuridico per i beni oggetto dell'atto di assegnazione.

Invero, l'art. 2506 quater co. 3 c.c. prevede che *"Ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico"*.

Il legislatore, quindi, prevede due limiti ai diritti dei creditori della "società scissa" i quali possono soddisfarsi relativamente ai beni oggetto di assegnazione:

- a) nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto;
- b) dopo aver escusso la società scissa ovvero, secondo altri, dopo aver richiesto il pagamento alla società scissa.

4.2. Rapporto di complementarietà ovvero di incompatibilità tra gli artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c. che regola l'azione revocatoria ordinaria-fallimentare e gli artt. 2503, 2504 quater, richiamati dall'art. 2506 ter co. 4 c.c. e l'art. 2506 quater ult. co. c.c. che regolano gli strumenti di tutela dei creditori sociali rispetto alle operazioni di scissione.

Con riferimento alla seconda questione preliminare che deve esaminarsi, il Tribunale rileva che nel panorama dottrinale e giurisprudenziale, in particolare nella giurisprudenza di merito è controverso il rapporto di complementarietà ovvero di incompatibilità tra il rimedio della revocatoria ordinaria-fallimentare e i rimedi previsti a tutela dei creditori sociali dagli artt. 2506 *ter* e *quater* c.c. relativamente all'operazione di scissione societaria.

Secondo una prima tesi l'azione revocatoria rispetto all'atto di scissione e, in particolare, rispetto all'atto di "trasferimento" patrimoniale è inammissibile in ragione dell'esistenza di un compendio normativo a tutela dei creditori sociali per le ipotesi di scissione, che sembra assumere carattere "assorbente" rispetto all'istituto civilistico dell'azione revocatoria, in quanto idoneo a coprire ogni possibile ipotesi di pregiudizio della posizione creditoria.

Tale argomento si fonda sul presupposto che i rimedi endosocietari sono tassativi e costituiscono un sistema chiuso, idoneo a soddisfare anche le residuali esigenze della revocatoria.

Invero, secondo la tesi in esame, fatta propria dalla resistente, il legislatore con l'art. 2504 *quater* c.c., sotto la rubrica "Invalidità della fusione", ha inteso conferire stabilità alle fusioni e alle scissioni societarie e, per altro verso, ha predisposto una serie di rimedi di tutela preventiva per i creditori riconoscendo loro l'opposizione all'operazione (art. 2503 c.c.), prevedendo la responsabilità delle società scisse nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto assegnato (art. 2506 - *quater*, ultimo comma, c.c.)" (Trib. Bologna 1/4/2015), infine, ammettendo la possibilità di ottenere il risarcimento del danno (art. 2506 *ter*, il quale richiama l'art. 2504 *quater* c.c.), (in questo senso anche Trib. Napoli 18/2/2013, Trib. Modera 22/1/2010, Trib. Roma 11/1/2001).

Ritiene il Tribunale che la questione debba essere risolta sul piano metodologico procedendo all'analisi della struttura, natura e funzione dell'azione revocatoria-ordinaria fallimentare e conseguentemente all'esame della complementarietà sul piano funzionale del rimedio in parola con quelli previsti dal legislatore per la tutela dei creditori sociali rispetto alle operazioni di scissione.

L'azione revocatoria ordinaria esercitata dalla curatela è un'azione in favore della massa dei creditori.

Invero, è stato autorevolmente sostenuto, che l'art. 66 cit. nel riconoscere al curatore l'esercizio dell'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c. conforma la stessa in relazione alle esigenze della *par condicio* "trasformandola" in un'azione in favore del ceto creditorio.

Si conclude, quindi, in letteratura che "a seguito del fallimento del debitore, l'azione revocatoria perde il suo carattere relativo, cessa cioè di essere una difesa del singolo creditore e diventa una difesa generale, che opera nell'interesse di tutti i creditori" questa azione "viene a far parte del patrimonio fallimentare costituendo un'ipotesi in cui lo spossessamento opera a carico di singoli creditori".

Con la sentenza dichiarativa di fallimento si spoglia il creditore di un diritto spettante a lui singolarmente in favore del ceto creditorio facendo rientrare quel diritto nel patrimonio fallimentare con la conseguenza che con la liquidazione del bene il ricavato andrà a vantaggio di tutti i creditori.

Questa ricostruzione della natura autonoma dell'azione revocatoria ordinaria-fallimentare, risultante dal combinato disposto degli artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c., è corroborata dall'analisi della sua struttura che prevede, come già precisato, l'inefficacia dell'atto dispositivo compiuto dall'imprenditore e il diritto della curatela fallimentare alla restituzione del bene per procedere alla successiva liquidazione dello stesso.

Inoltre, è decisiva anche l'assenza di una norma che limiti la distribuzione del ricavato della liquidazione del bene ai soli creditori anteriori all'atto revocato riconoscendo quindi il rimedio in favore di tutti i creditori concorrenti.

Tanto premesso sul piano della struttura e della natura dell'azione revocatoria ordinaria-fallimentare è necessario analizzarne, tramite l'origine e l'evoluzione storica del rimedio dell'azione revocatoria ordinaria, la sua funzione.

Sotto il profilo storico è stato rilevato che nel diritto romano classico esistevano tre mezzi a disposizione dei creditori: a) l'*actio pauliana penali* con previo *arbitratus de restituendo* che nasceva dall'illecito costituito

dalla "*fraus creditorum*": illecito pretorio che dava luogo ad un'*actio* per ottenere una riparazione pecuniaria. Il debitore convenuto poteva liberarsi restituendo quanto veniva richiesto con l'*arbitratus*: la natura *poenali* dell'*actio*, di origine pretoria non costituiva ostacolo alla possibilità di restituzione;

2) *interdictum fraudatorium* che era un mezzo recuperatorio del bene uscito dal patrimonio imperniato sulla pronuncia del magistrato;

3) *in integrum restitutio*, pronuncia rescindente che era emessa dal magistrato giurisdicente. Si trattava di un provvedimento che eliminava l'atto di disposizione almeno sul terreno del diritto pretorio e, nel presupposto di una precedente *missio in bona* che attuava la *par condicio creditorum*, spettava al *curator bonorum* o, secondo altra opinione, alla stessa collettività dei creditori. In base alla pronunciata *restitutio in integrum* spettava ai creditori un *iudicium rescissorium* fondato sull'avvenuta pronuncia rescindente, con esso si faceva valere, almeno sul terreno del diritto pretorio, il ripristinato diritto soggettivo che era risorto in capo al debitore.

Nel diritto giustiniano questi tre mezzi furono fusi ma attualmente, nell'art. 2901 c.c. e nell'art. 66 L.F. che lo richiama, rimangono gli elementi che connotano le funzioni dei tre differenti istituti, in particolare, il carattere *poenalis* dell'*actio* (le azioni penali si caratterizzavano per la trasmissibilità, cumulabilità e nossalità distinguendosi dalle azioni reipersecutorie), atteso che rimane fermo il presupposto dell'illecito, la *fraus*, intesa come consapevolezza e quindi volontà da parte del debitore di diminuire con l'atto di disposizione la garanzia che i suoi beni offrono ai creditori, e la funzione di recupero del bene alla quale, secondo interpretazioni differenti, si attribuiva natura riparatoria, soprattutto dagli autori che sottolineavano la funzione *poenalis* dell'azione, ovvero natura restitutoria da parte di coloro che invece sottolineavano la funzione recuperatoria della stessa azione.

L'analisi storica dell'istituto ha consentito alla dottrina che ha esaminato in modo approfondito l'art. 2901 c.c. di affermare che l'azione revocatoria ha una funzione riparatoria prescrivendo, come presupposto, la *fraus*, cioè la consapevolezza di compiere un atto pregiudizievole per le ragioni dei creditori.

Il Tribunale ritiene che, in ambito fallimentare, l'azione revocatoria ex artt. 66L.F., 2901 c.c. abbia una funzione marcatamente riparatoria-sanzionatoria oltre ad avere una funzione di reintegra, invero, le norme in esame prevedono il rimedio civilistico tipico rispetto alla commissione del reato di bancarotta fraudolenta di cui all'art. 216 R.D. 267/42, quindi, la revocatoria ordinaria-fallimentare ha una tipica funzione di sanzione civile indiretta strumentale alla tutela contestuale di interessi pubblici e privati.

La delineata funzione dell'azione revocatoria ordinaria-fallimentare rappresenta il fondamento teorico della sua complementarietà rispetto ai rimedi di tutela, preventiva e successiva, dei creditori previsti dalla normativa in tema di scissione societaria, in particolare dagli artt. 2504 *quater* c.c., art. 2503 c.c., art. 2506 *quater*, ultimo comma, c.c. che hanno la funzione esclusivamente di prevenire un pregiudizio e reintegrare delle loro ragioni economiche i creditori.

La differenza sul piano funzionale dei rimedi in esame, come di seguito verificheremo, giustifica la previsione normativa di un differente regime giuridico degli stessi.

4.2.1. Rapporto tra art. 2506 *ter* co. 5, 2504 *quater* co. 1 c.c. e artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c.

L'art. 2504 *quater* co. 1, richiamato per la scissione dall'art. 2506-*ter* co. 5 c.c. in base al quale *“eseguite le iscrizioni dell'atto di fusione] a norma del secondo comma dell'art. 2504, l'invalidità dell'atto di fusione [scissione] non può più essere pronunciata”* prevede l'ammmissibilità di tutti i rimedi diretti a invalidare l'operazione di scissione.

La disposizione in esame è stata introdotta dal D.Lgs. n. 22 del 1991, che ha dato attuazione alla Terza Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 9 ottobre 1978 relativa alle fusioni delle società per azioni (78/855/CEE) e alla Sesta Direttiva del Consiglio delle Comunità Europee del 17 dicembre 1982 relativa alle scissioni delle società per azioni (82/891/CEE).

L'art. 19 della Sesta Direttiva regola le ipotesi di invalidità della scissione facendo espresso riferimento unicamente alla *“nullità”* (*“nullity”* nella versione in lingua inglese e *“nullité”* in quella in lingua francese) e ciò parrebbe confermare la rigorosa impostazione degli autori e della giurisprudenza che limitano l'ambito di applicabilità della norma nazionale ai casi di nullità dell'operazione di scissione societaria.

Tuttavia, la lettura dell'intero articolo fa emergere con chiarezza che la *ratio* sottesa alla norma comunitaria è più ampia e ciò trova conferma nel termine *“invalidità”* opportunamente scelto dal legislatore delegato nell'art. 2504 *quater* c.c.

La Relazione allo Schema di legge delegata per l'attuazione della Terza Direttiva e della Sesta Direttiva dà atto del fatto che il riferimento alla generica invalidità piuttosto che alla mera nullità sia stato specificamente voluto e che *“una volta che l'atto di fusione abbia prodotto i suoi effetti (...) esso diviene inattaccabile”*.

La stessa Relazione prosegue evidenziando le difficoltà che nascerebbero nel caso in cui si consentisse di invalidare la fusione, e ciò in ordine sia alla suddivisione dei patrimoni, sia alla ricostituzione delle compagini sociali, sia al coordinamento degli effetti e regole con le norme che disciplinano la nullità dell'atto costitutivo delle società.

Le considerazioni svolte con riferimento alla fusione non vengono espressamente ripetute dalla Relazione con riferimento alla scissione ma deve ritenersi, in ragione della medesima natura delle operazioni, che esse riguardino anche le scissioni societarie.

Tuttavia, il Tribunale rileva, in senso ostativo all'ampliamento dello spettro di applicazione in senso analogico dell'art. 2504-*quater* c.c. che questa disposizione ha natura eccezionale con la conseguenza che non può essere applicata alla categoria della inefficacia, conseguente all'azione revocatoria, che è giuridicamente distinta rispetto alla categoria dell'invalidità (Trib. Palermo, ord. 24 gennaio 2004; Trib. Pescara, 4 maggio 2017; si legga Tribunale di Venezia che con sentenza 5 febbraio 2016 ha affermato: *“Ne deriva che preclusa per esigenze di stabilità organizzativa è la sola azione diretta a mettere in discussione la validità*

dell'atto di scissione. Ma un'azione revocatoria, diretta ad incidere unicamente sull'efficacia relativa dell'atto, è cosa ben diversa, è azione che non mina l'esistenza e la validità della scissione. L'atto di scissione, anche se attinto da un'azione revocatoria, rimane esistente, valido e non scompare dal mondo giuridico. Produce i propri effetti, ad eccezione di quelli posti nel nulla dall'eventuale accoglimento dell'azione revocatoria. L'atto di riorganizzazione societaria, in sé, è fatto salvo, anche se i diversi rapporti di preferenza tra creditori, conseguenti all'accoglimento dell'azione revocatoria, possono determinare spostamenti patrimoniali. E a ben vedere, seppure con le ovvie palesi differenze di natura e di struttura, anche l'azione risarcitoria, a disposizione dei creditori ex art. 2504 quater c.c., finisce per provocare spostamenti patrimoniali. E' vero che tale ultima azione, a differenza di quella revocatoria, non aggredisce in alcun modo l'atto, neppure sotto il profilo dell'efficacia, ma se si guardano gli effetti finali e concreti, si può comprendere come il tema della revocatoria sia estraneo a quello della stabilità dell'organizzazione societaria", quindi lo stesso Tribunale ha concluso in modo condivisibile affermando: "L'art. 2504 quater c.c., applicabile, come detto, alla scissione in forza del richiamo espresso contenuto nell'art. 2506 ter c.c., vieta le azioni di invalidità dell'atto di scissione una volta scaduto il termine per l'opposizione. Ma la norma non vieta altre azioni, ad esempio non vieta le azioni, come la revocatoria, dirette ad incidere sulla mera efficacia dell'atto. Ora, non vi è chi non veda come il legislatore se avesse voluto estendere il divieto ad altre azioni, lo avrebbe indicato in modo esplicito: ma significativamente non lo ha fatto. E ciò perché, come detto, la preoccupazione era quella di garantire la stabilità dell'atto, sotto il profilo della sua esistenza e della sua validità. E la revocatoria non produce alcun effetto sotto tali profili. Se, ancora una volta, il legislatore avesse inteso conservare l'atto anche sotto il profilo della sua efficacia relativa, ossia relativamente a determinati soggetti, allora avrebbe vietato anche le azioni incidenti sugli effetti della scissione: ma ciò non è avvenuto. È vero che il secondo comma, tra le azioni disponibili, elenca la sola azione risarcitoria, e non anche altre azioni del tipo revocatoria, ma è altrettanto vero che, come ricordato, trattasi di azione generale e residuale che non intacca in alcun modo l'atto, neppure l'efficacia dello stesso, con la conseguenza che da tale comma non può trarsi la convinzione della avvenuta esclusione pure della revocatoria. A ben vedere, il secondo comma o trova ragione d'essere nell'esigenza di bilanciare la mancata possibilità di esercitare le azioni d'invalidità stabilita nel primo comma ovvero, altrimenti, esso finisce per essere quasi pleonastico").

Inoltre, la validità dell'atto è presupposto dell'azione revocatoria: l'invalidità dell'atto farebbe venir meno qualunque interesse a chiederne la declaratoria di inefficacia.

Quindi, l'art. 2504 quater cod. civ. ricollega al compimento delle formalità pubblicitarie prescritte la sanatoria degli eventuali vizi che inficiano l'atto di scissione con la conseguenza che la scissione ha prodotto i suoi effetti e non può più ricostruirsi l'organizzazione societaria preesistente.

Tuttavia, la disposizione in esame non preclude, fermo restando la modifica della struttura organizzativa societaria che è diretta conseguenza dell'atto dei soci, la revocabilità dell'atto di assegnazione dei beni che è proprio della società scissa con il quale si realizza la modifica sul suo patrimonio (Trib. Palermo, sent. 25 maggio 2012; Tribunale di Roma del 16 agosto 2016; nello stesso senso Trib. Di Venezia con sentenza 5 febbraio 2017 che ha affermato: "E allora, va osservato, al contrario, che la "irretrattabilità" degli effetti della scissione non esclude la revocabilità: la revocatoria della scissione non cancella il complesso degli effetti

organizzativi derivanti dall'operazione, ma si limita a far rientrare nell'area della responsabilità patrimoniale della società fallita i beni assegnati alla società figlia?").

Pertanto, l'azione revocatoria è ammissibile anche ove diretta contro un atto di scissione (rectius: contro gli effetti patrimoniali scaturenti dall'atto di scissione) proprio perché mediante tale azione non si mira a ricostituire l'assetto societario preesistente ma solo alla reintegrazione della garanzia patrimoniale del debitore inciso da tale operazione tramite la declaratoria di inefficacia dei "trasferimenti" patrimoniali scaturiti dalla stessa (Trib. Pecara 4 maggio 2017).

Pertanto, si deve dissentire dagli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali (Trib. Milano 8 settembre 2003) che, prescindendo dall'analisi delle norme di diritto sostanziale rappresentano che il principio di certezza dei traffici giuridici sarebbe compromesso nel caso in cui si dovesse riconoscere l'esperibilità dell'azione revocatoria di cui agli artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c. rispetto alle operazioni di scissione societaria con un pregiudizio rispetto all'affidamento dei creditori della società beneficiaria.

Invero, il legislatore del 1942 ha dettato con riferimento a determinati istituti, in relazione all'esigenza di garantire la certezza dei traffici giuridici, specifici criteri di soluzione del conflitto tra creditori del soggetto-dante causa di un atto dispositivo e creditori del soggetto avente causa del medesimo atto.

Rilevano nella specie e si indicano in modo meramente esemplificativo le norme in tema di revocatoria e simulazione.

L'art. 2901 c.c. regola il conflitto tra creditori dell'alienante e dell'acquirente dell'atto a titolo oneroso, tutelando sempre i creditori del dante causa che subiscono un pregiudizio dalla commissione dell'atto illecito compiuto consapevolmente in loro danno sino a colpire anche i terzi acquirenti che siano in mala fede.

L'art. 1415 c.c. in tema di simulazione, al fine di garantire la certezza dei traffici giuridici, detta regole differenziate di soluzione del conflitto muovendo, contrariamente rispetto all'atto revocabile, dalla natura lecita dell'operazione.

Con riferimento specifico al rapporto tra creditori del dante causa e dell'avente causa del negozio apparente, l'art. 1416 c.c. dispone che i creditori del simulato alienante:

a) possono far valere la simulazione che pregiudica i loro diritti e, nel conflitto con i creditori chirografari del simulato acquirente, sono preferiti a questi, se il loro credito è anteriore all'atto simulato;

b) non possono opporre la simulazione ai creditori del titolare apparente che in buona fede abbiano compiuto atti di esecuzione sui beni che furono oggetto del contratto simulato.

Dalle norme esaminate, si può trarre la conclusione che il legislatore è consapevole che la certezza dei traffici giuridici è pregiudicata da tutte quelle operazioni di circolazione dei beni che si sostanziano nel compimento di atti pregiudizievole o illeciti, ragione che giustifica, per quanto riguarda il caso in esame, la complementarità del rimedio della revocatoria rispetto a quelli previsti dagli artt. 2504 e ss c.c. in caso di scissione societaria.

4.2.2. Differenza tra opposizione e revocatoria ordinaria-fallimentare.

È stata sottolineata la differenza tra azione revocatoria e opposizione dei creditori

L'opposizione:

a) preclude il perfezionamento dell'intera operazione di scissione, quindi il piano della modifica dell'atto costitutivo della società e il piano della modifica patrimoniale;

b) concerne i casi di invalidità della procedura di scissione societaria ovvero di potenziale ed eventuale pregiudizio per le ragioni economiche dei creditori. In particolare, è stato sottolineato soprattutto in dottrina la funzione delle opposizioni che è quella di tutelare le ragioni dei creditori rispetto al pregiudizio alle aspettative di realizzazione della propria pretesa economica derivante dall'operazione di scissione, ciò che induce a collocare l'istituto tra gli strumenti di conservazione della garanzia patrimoniale.

Esclusa la sussistenza di un obbligo del debitore ulteriore rispetto all'esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione, in particolare nel nostro caso, degli amministratori di società, di mantenere nel patrimonio beni sufficienti ad assicurare un'esecuzione forzata fruttuosa, l'ordinamento consente al creditore di assumere iniziative, giudiziali o stragiudiziali, volte a presidiare o ripristinare la garanzia patrimoniale dell'obbligato tramite il controllo dell'autonomia negoziale del debitore.

Deve ritenersi acquisito, con riferimento alle società, il concetto, sviluppato nel pensiero giuridico e aziendalistico, dell'inidoneità esclusiva del patrimonio e dell'attivo patrimoniale a garantire direttamente i creditori sociali essendo maggiormente rilevante individuare il fulcro della tutela del ceto creditorio nel corretto funzionamento dell'impresa quale conservazione delle sue condizioni di equilibrio e solvibilità. I doveri di protezione dell'integrità del patrimonio sociale o di corretta gestione societaria e imprenditoriale non possono infatti ricostruirsi nel senso che gli amministratori devono costituire e conservare un patrimonio aggredibile dai creditori congruo rispetto all'indebitamento, peraltro la scelta di immobilizzare e "smobilizzare" deve valutarsi in ragione della fase del ciclo dell'impresa, delle sue dimensioni, del mercato di riferimento e di numerose altre variabili rimesse alla discrezionalità tecnica dei gestori, anche in considerazione dei numerosi strumenti contrattuali con i quali l'impresa può dotarsi di beni materiali o immateriali senza acquisirne la proprietà (locazione; affitto; leasing; licenze d'uso di software, marchi, diritti di autore). La capacità di adempimento è quindi conseguenza della positiva evoluzione della gestione e della creazione di reddito e non solo della sussistenza di un patrimonio suscettibile di azione esecutiva.

In sintesi, come evidenziato in dottrina, la garanzia patrimoniale nei rapporti obbligatori in cui il soggetto passivo sia una società di capitali deve essere valutata considerando sia il profilo statico della situazione patrimoniale sia il profilo dinamico della gestione dell'impresa valutando l'equilibrio finanziario della stessa ovvero l'eventuale crisi della continuità aziendale.

Tanto premesso, l'opposizione non ha la funzione di esprimere il semplice dissenso dei creditori rispetto alla modifica dell'assetto societario ma è uno strumento di controllo di legittimità, formale e sostanziale, della decisione degli amministratori di attuare l'operazione di scissione in ragione del potenziale pregiudizio per le loro ragioni economiche.

Opinare diversamente, cioè attribuire all'opposizione la funzione di prevenire il compimento di un'operazione illecita di distrazione di elementi attivi del patrimonio della società scissa in favore della società beneficiaria, significherebbe riconoscere che il legislatore ammette, tramite la scissione, il compimento di atti illeciti in danno dei creditori con conseguente pregiudizio per la legalità e certezza dei traffici giuridici;

c) tutela solo i creditori anteriori all'operazione di scissione. Inoltre, questi potrebbero subire una limitazione di tutela nell'ipotesi in cui il danno loro provocato dalla scissione si renda visibile in epoca successiva alla scadenza del termine perentorio per la presentazione dell'opposizione. Si tratta di un rimedio di tutela del singolo creditore, a differenza, dell'azione revocatoria ordinaria-fallimentare che è rimedio di tutela della massa dei creditori (Trib. Venezia 5 febbraio 2016: *"E poi, in ogni caso, nel mentre l'opposizione è un mezzo di difesa singolare, l'azione revocatoria fallimentare è funzionale ad una vigilanza collettiva, quindi riguardante l'insieme dei creditori concorsuali"*).

La revocatoria ordinaria fallimentare:

a) rende inefficace l'operazione *ex post*, potendo mirare al solo atto di "assegnazione patrimoniale" senza intaccare la nuova organizzazione societaria;

b) sanziona e neutralizza gli effetti di atti illeciti;

c) essendo un rimedio diretto alla tutela del ceto creditorio è strumento di protezione anche dei creditori posteriori all'atto di scissione societaria.

4.2.3. Differenza risarcimento del danno di cui all'art. 2504 *quater* c.c. e revocatoria.

È stata rimarcata la differenza tra l'azione revocatoria ordinaria-fallimentare e il rimedio del risarcimento del danno di cui all'art. 2504 *quater* c.c. (cfr. Trib. Pescara 4 maggio 2017).

L'art. 2504 *quater* c.c. non specifica i presupposti dell'azione risarcitoria tuttavia la Relazione ministeriale al D.Lgs. 16 gennaio 1991, n. 22, prevede, illustrando l'art. 15, che *"l'iscrizione dell'atto di scissione, se preclude la pronuncia di invalidità del medesimo, non elide tuttavia - giusta l'espressa previsione del secondo comma dell'articolo che si illustra - eventuali pretese risarcitorie dei soci o dei terzi danneggiati dall'operazione di scissione, nei confronti delle società partecipanti alla scissione stessa e/o dei loro amministratori"*.

Quindi il legislatore ricollega l'azione risarcitoria rispetto a operazioni invalide.

È stato peraltro osservato che *"la revocatoria (sia essa fallimentare o ordinaria) riguarda un pregiudizio diverso da quello dell'art. 2504 quater cod. civ., che prevede il rimedio risarcitorio per coloro che hanno subito un danno diretto ed immediato a seguito della scissione. Il "danno revocatorio" e il danno ex art. 2504-quater cod. civ. non sono concetti"*

omogenei, in quanto definiscono entità sostanzialmente diverse: il primo (indiretto) deriva dalla lesione della garanzia patrimoniale, il secondo dalla lesione diretta del patrimonio del creditore” (Trib. Palermo, sent. 25 maggio 2012).

Il Tribunale rimarca, inoltre, come precedentemente esposto che la revocatoria ordinaria-fallimentare di cui agli artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c. ha una funzione di tipo riparatorio-sanzionatorio rappresentando una sanzione civile indiretta rispetto a un atto che presenta i connotati del fatto illecito.

4.2.4. Diritto dei creditori di agire sui beni della società beneficiaria della scissione.

L’art. 2506 *quater* c.c. prevede una tutela limitata dei creditori della società “scissa” atteso che, come già evidenziato: a) si tratta di una tutela riferita ai soli creditori anteriori all’operazione di scissione; b) il diritto di agire esecutivamente sui beni è subordinata alla preventiva escussione o richiesta negativa nei confronti della società scissa.

Si tratta di limiti che non sono rinvenibili riconoscendo al curatore del fallimento della società scissa il rimedio della revocatoria ordinaria-fallimentare.

Invero, la natura autonoma dell’azione revocatoria ordinaria-fallimentare consente di attribuire alla stessa in coerenza con la sua funzione, la natura di rimedio strumentale alla tutela di tutti i creditori concorrenti nel fallimento, quindi, sia dei creditori anteriori all’atto impugnato sia dei creditori successivi.

4.2.5. Misure previste dal legislatore per realizzare finalità di tipo sanzionatorio ritenendo insufficienti i rimedi previsti dagli artt. artt. 2503, 2504 *quater*, richiamati dall’art. 2506 *ter* co. 4 c.c. e l’art. 2506 *quater* ult. co. c.c. che regolano gli strumenti di tutela dei creditori sociali rispetto alle operazioni di scissione.

È necessario evidenziare che il legislatore ha avvertito l’esigenza in determinati casi di perseguire relativamente alle operazioni di scissione societaria finalità sanzionatorie predisponendo determinate misure in ragione dell’insufficienza dei rimedi predisposti dagli artt. 2506 e ss. c.c.

Invero, il regime di responsabilità sussidiaria limitato al valore effettivo del patrimonio netto è derogato, per talune categorie di debiti e per perseguire finalità sanzionatorie, in base a disposizione di leggi speciali.

L’art. 15 co. 2 D.Lgs. 472/97 dispone che le società beneficiarie rispondono illimitatamente per il pagamento delle sanzioni amministrative irrogate nei confronti della scissa in conseguenza di violazioni tributarie commesse dalla stessa in epoca anteriore alla efficacia della scissione.

L’art. 30 co. 2 D.Lgs. 231/01 sancisce la responsabilità illimitata della beneficiaria per le sanzioni comminate alla scissa a fronte di illeciti commessi dai suoi esponenti nel caso in cui la beneficiaria medesima sia assegnataria del ramo di attività nell’ambito del quale è stato commesso il reato presupposto

Dall’esame delle norme citate emerge che il legislatore ha avvertito l’esigenza di perseguire finalità sanzionatorie ampliando l’ambito di responsabilità della “società beneficiaria della scissione”

ammettendo, quindi, la complementarietà rispetto ai rimedi previsti dagli artt. 2506 e ss. c.c. di rimedi aventi una funzione riparatoria e sanzionatoria, quale è la revocatoria di cui agli artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c.

4.3. Fondatezza del *fumus boni iuris* dell'azione revocatoria ai sensi degli artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c. rispetto all'atto di assegnazione patrimoniale da Dafim s.p.a., ora Work Company s.r.l. in liquidazione, in favore della società Tragara s.r.l.

Il Tribunale ritiene, allo stato, fondato il diritto della curatela del fallimento Work Company s.r.l. alla dichiarazione di inefficacia ai sensi degli artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c. dell'atto di assegnazione patrimoniale, compiuto nell'ambito dell'operazione di scissione dalla società Dafim s.p.a, ora Work Company s.r.l., in favore della Tragara s.r.l.

Dalla istruttoria è emerso che la società Dafim s.p.a. tramite l'operazione di scissione societaria ha deliberato l'atto del 04 novembre 2013, iscritto nel Registro delle Imprese in data 28 novembre 2013 avente a oggetto l'assegnazione alla Tragara s.r.l. dei seguenti elementi patrimoniali:

- l'immobile sito in Capri (NA), Via Tragara n. 49 valutato nel progetto di scissione Euro 3.967.724,62;
- disponibilità finanziaria per Euro 11.800,22;
- mutuo fondiario dell'importo di Euro 2.394.524,48 concesso a Dafim S.p.A. dalla Banca di Credito Popolare in data 21 aprile 2008, che la Tragara S.r.l. si era accollata;
- debiti verso Dafim S.p.A. per Euro 1.560.000,00.

Risolta preliminarmente la questione dell'ammissibilità dell'azione revocatoria di cui agli artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c. rispetto all'atto di assegnazione patrimoniale compiuto nell'ambito dell'operazione di scissione societaria, che come vedremo è un atto a titolo gratuito, si deve rilevare che per la fondatezza della stessa azione è necessario verificare i seguenti presupposti:

- 1.il compimento nei termini decadenziali di cui agli artt. 60, 69 bis co. 2 R.D. 267/42 di un atto di disposizione dell'imprenditore poi dichiarato fallito;
- 2.la prova da parte del curatore che l'imprenditore era a conoscenza del pregiudizio arrecato alle ragioni dei creditori;
- 3.il danno alle pretese dei creditori.

Nel presente processo, parte ricorrente ha assolto l'onere di dimostrare che la società Work Company s.r.l. in liquidazione ha compiuto un atto di disposizione a titolo gratuito consistente nell'atto di assegnazione del patrimonio, comprendenti gli elementi attivi e passivi sopra indicati.

Si deve rimarcare, come evidenziato in precedenza che gli artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c. prevedono un'azione ordinaria-fallimentare con caratteri propri e distinti rispetto all'azione revocatoria di cui all'art. 2901 c.c.: si tratta di un rimedio diretto alla tutela di tutti i creditori concorsuali-concorrenti con la conseguenza, nel presente processo, che la curatela del fallimento Work Company s.r.l. in liquidazione non ha l'onere, come nelle azioni revocatorie di matrice fallimentare, di dimostrare l'esistenza di crediti

anteriori all'atto di assegnazione patrimoniale compiuto nell'ambito dell'operazione di scissione sopra descritta.

4.3.1. Atto di assegnazione patrimoniale nell'operazione di scissione societaria quale atto di disposizione ai sensi dell'art. 2901 c.c.

L'atto di assegnazione è un atto di modificazione patrimoniale riconducibile al concetto di atto di disposizione di cui agli artt. 66 R.D. 267/42, 2901 c.c.

L'art. 2901 c.c. prevede quale oggetto dell'azione revocatoria gli atti di disposizione del patrimonio.

In letteratura è stato sostenuto, in modo condivisibile, che il concetto di atto di disposizione deve essere interpretato tenendo presente la funzione riparatoria del rimedio revocatorio, quindi, esso ricomprende gli atti che comportano una modificazione sostanziale, giuridica o economica dei beni.

Per la precisione, si può trattare di atti negoziali che determinano l'applicazione di un regime legale o convenzionale per i beni del debitore con limiti alla possibilità per i creditori di agire in esecuzione sugli stessi beni.

Questa impostazione è confermata dalla previsione legislativa degli artt. 2901 co. 2 c.c., 67 co. 1 n. 3,4 e 67 co. 2 R.D. 267/42 dell'assoggettabilità a revocatoria di un atto che, senza produrre alcun effetto traslativo immediato di un cespite del debitore, si limiti a produrre il costituirsi di una causa legittima di prelazione.

L'azione revocatoria è, inoltre, sicuramente ammessa contro il pagamento di debito non scaduto in via ordinaria, ai sensi dell'art. 2901 co. 3 c.c. e contro il pagamento di debito scaduto in sede fallimentare *ex* artt. 67, comma 1, n. 2 e comma 2 R.D. 267/42.

In conclusione, dall'analisi normativa si deve dedurre che non è essenziale per l'esercizio dell'azione revocatoria la caducazione di un effetto negoziale-dispositivo in senso proprio di un atto compiuto dal debitore, essendo, invece, sufficiente che detta azione derivi da un comportamento volontario del debitore che arrechi danno al creditore sul piano della garanzia patrimoniale.

Quindi, rientrano nel concetto di "atti dispositivi" anche quelli che, sebbene inidonei, di per sé a depauperare il patrimonio del debitore determinino maggiori difficoltà per il creditore nell'aggredire tale compendio.

Tanto premesso, l'atto di assegnazione patrimoniale proprio dell'operazione di scissione societaria rientra nel concetto *ex* art. 2901 c.c. di atto di disposizione.

È necessario precisare, inoltre, che l'atto in esame ha come effetto la costituzione di un patrimonio sottoposto a un particolare regime giuridico.

Invero, l'art. 2506 *quater* co. 3 c.c. prevede che "*Ciascuna società è solidalmente responsabile, nei limiti del valore effettivo del patrimonio netto ad essa assegnato o rimasto, dei debiti della società scissa non soddisfatti dalla società cui fanno carico*".

Pertanto il legislatore prevede per i creditori della società scissa un limiti di tipo giuridico subordinando l'azione esecutiva nei confronti della "società beneficiaria" della scissione all'esito negativo dell'esecuzione nei confronti della "società scissa" ovvero alla sua preventiva messa in mora.

4.3.2. Atto di assegnazione patrimoniale nell'operazione di scissione societaria quale atto a titolo gratuito.

Il Tribunale ritiene che l'atto oggetto di revocatoria nel presente giudizio sia un atto a titolo gratuito.

Il concetto di atto a titolo gratuito/oneroso ha una propria fisionomia nel sistema della legge fallimentare.

Si devono analizzare gli artt. 64 e 67 R.D. 267/42 che individuano il criterio normativo di soluzione dei conflitti tra ceto creditorio dell'imprenditore autore dell'atto negoziale e la controparte. Queste disposizioni rappresentano il fondamento concettuale della nozione di atto a titolo gratuito e di quella di atto a titolo oneroso oggetto di revocatoria da parte della curatela fallimentare.

Precipuamente, il negozio a titolo gratuito è quello fonte di un'attribuzione patrimoniale esclusivamente per l'imprenditore.

Il negozio a titolo oneroso, invece, si profila quale atto che è fonte di attribuzioni patrimoniali sia per l'imprenditore sia per la controparte.

Pertanto, secondo questa impostazione, l'art. 64 L.F. prevede la disciplina sia degli atti di liberalità sia degli atti gratuiti atipici, ammissibili nell'ordinamento civilistico ai sensi dell'art. 1333 c.c.

Il legislatore detta un criterio di soluzione del conflitto tra ceto creditorio e beneficiario dell'atto dispositivo compiuto dall'imprenditore tutelando esclusivamente i creditori i quali *certant de damno vitando* rispetto al beneficiario dell'atto che *certat de lucro captando*. Deve ritenersi, quindi, che il legislatore abbia concepito gli atti a titolo gratuito come atti negoziali fonti di attribuzione patrimoniale esclusivamente per l'imprenditore, configurandosi solo rispetto a questo tipo di negozio giuridico l'interesse del beneficiario a conservare un beneficio.

Gli artt. 66 e 67 R.D. 267/42 invece, relativamente agli atti negoziali a titolo oneroso prescrivono quale presupposto per la revocazione, tra gli altri, la consapevolezza del beneficiario dell'atto dello stato di insolvenza dell'imprenditore.

Il legislatore fissa, dunque, il criterio di soluzione dei conflitti tutelando il ceto creditorio rispetto alla controparte negoziale dell'imprenditore che ha agito consapevolmente per cagionare un danno alla massa dei creditori. Il criterio della *scientia damni o della scientia decoctionis* presuppone un contrasto tra soggetti che *certant de damno vitando*. Questi soggetti sono rappresentati dal ceto creditorio dell'imprenditore, il quale è esposto al rischio di non potersi soddisfare sul bene oggetto dell'atto dispositivo, e dal beneficiario dell'atto, assoggettato al rischio di perdere la prestazione eseguita sulla base dello stesso atto negoziale.

Il legislatore recepisce una nozione di atto a titolo oneroso quale atto negoziale che è fonte di attribuzioni patrimoniali sia per l'imprenditore sia per la controparte negoziale.

Pertanto, in conclusione, seguendo i criteri delineati dalla legge fallimentare per la distinzione tra atti a titolo gratuito e atti a titolo oneroso, l'atto di assegnazione della scissione determinando un frazionamento, una divisione patrimoniale, comprendente attività e passività, della società scissa senza un effettivo trasferimento è riconducibile nel novero degli atti a titolo gratuito.

Consegue che deve accertarsi, sul piano psicologico esclusivamente la *scientia damni* della Work Company s.r.l., già Dafim s.p.a.

4.3.3. Danno per i creditori.

Il Tribunale, sulla base degli atti dell'istruttoria, ritiene che l'atto di assegnazione alla Tragara s.r.l. abbia recato pregiudizio ai propri creditori.

È stato evidenziato in giurisprudenza che nell'azione revocatoria ordinaria il pregiudizio arrecato alle ragioni del creditore consiste nella insufficienza dei beni del debitore ad offrire la garanzia patrimoniale, essendo irrilevante una mera diminuzione di detta garanzia; è invece rilevante ogni aggravamento della già esistente insufficienza dei beni del debitore ad assicurare la garanzia patrimoniale (cfr. Cass. 19234/09: principio affermato dalla S.C. con riguardo alla costituzione in pegno, da parte di una società già in crisi, delle quote di partecipazione in altra società, a garanzia di preesistenti debiti del gruppo verso il creditore, con conseguente vincolo di indisponibilità pressoché definitivo di parte determinante dell'attivo e contributo causale al proprio fallimento).

Pertanto, deve ritenersi di per sé revocabile ex art. 2901 c.c., l'atto dispositivo che incida in un contesto di insufficienza dell'attivo al soddisfacimento dei creditori per cui se una mera diminuzione della garanzia patrimoniale non rileva ai fini dell'azione revocatoria ordinaria, ove non ne consegua un'insufficienza del patrimonio del debitore a soddisfare i creditori, rileva invece ogni aggravamento della insufficienza dei beni del debitore ad assicurare la garanzia patrimoniale.

In ogni caso, non è richiesta, a fondamento dell'azione, la totale compromissione della consistenza del patrimonio del debitore ma soltanto il compimento di un atto che renda più incerta o difficile la soddisfazione del credito (Cass. Sez. 2, Sentenza n. 1902 del 03/02/2015, la quale ha ritenuto pregiudizievole, nel senso anzidetto, una transazione traslativa di beni ereditari conclusa dall'erede con un terzo).

Di conseguenza, è condivisibile l'assunto sostenuto in giurisprudenza secondo cui: "*se, dopo il compimento dell'atto, residuano beni che siano sufficienti a coprire l'intero valore del credito e non rendono più difficoltosa al creditore l'attuazione coattiva del suo diritto, il pregiudizio in questione deve ritenersi inesistente*" (Tribunale di Pescara 4 maggio 2017).

Tale concetto di danno merita, secondo questo Tribunale, delle necessarie precisazioni.

Come evidenziato in precedenza, dagli artt. 66 L.F., 2901 c.c. deve escludersi la sussistenza di un obbligo del debitore ulteriore rispetto all'esecuzione della prestazione dedotta in obbligazione, in particolare nel nostro caso, degli amministratori di società, di mantenere nel patrimonio beni sufficienti ad assicurare un'esecuzione forzata fruttuosa.

L'ordinamento consente al creditore di assumere iniziative, giudiziali o stragiudiziali, dirette a presidiare o ripristinare la garanzia patrimoniale dell'obbligato tramite il controllo dell'autonomia negoziale del debitore.

Con particolare riferimento alle società, il Tribunale esclude che possa avere valenza esclusiva l'attivo patrimoniale al fine di garantire direttamente i creditori sociali essendo maggiormente rilevante individuare il fulcro della tutela del ceto creditorio nel corretto funzionamento dell'impresa quale conservazione delle sue condizioni di equilibrio e solvibilità. I doveri di protezione dell'integrità del patrimonio sociale o di corretta gestione societaria e imprenditoriale non possono infatti ricostruirsi nel senso che gli amministratori debbano costituire e conservare un patrimonio aggredibile dai creditori congruo rispetto all'indebitamento, peraltro la scelta di immobilizzare e "smobilizzare" deve valutarsi in ragione della fase del ciclo dell'impresa, delle sue dimensioni, del mercato di riferimento e di numerose altre variabili rimesse alla discrezionalità tecnica dei gestori, anche in considerazione dei numerosi strumenti contrattuali con i quali l'impresa può dotarsi di beni materiali o immateriali senza acquisirne la proprietà.

In sintesi, come evidenziato in dottrina, la garanzia patrimoniale nei rapporti obbligatori in cui il soggetto passivo sia una società di capitali deve essere valutata considerando sia il profilo statico della situazione patrimoniale sia il profilo dinamico della gestione dell'impresa valutando l'impatto dell'atto dispositivo sull'equilibrio finanziario della stessa ovvero sulla continuità aziendale.

Con riferimento al presente processo, questo giudicante rileva l'assenza, nell'operazione di scissione, della relazione di cui all'art. 2501 *quinquies* dell'organo amministrativo di Dafim s.p.a., giusta espressa dispensa del socio unico (cfr. doc. 4 produzione di parte ricorrente).

La disposizione in parola prevede che *"1.L'organo amministrativo delle società partecipanti alla fusione deve predisporre una relazione che illustri e giustifichi, sotto il profilo giuridico ed economico il progetto di fusione... 3.L'organo amministrativo segnala ai soci in assemblea e all'organo amministrativo delle altre società partecipanti alla fusione le modifiche rilevanti degli elementi dell'attivo e del passivo eventualmente intervenute tra la data in cui il progetto di fusione è depositato presso al sede delle società ovvero pubblicato nel sito Internet di questa e la data della decisione sulla fusione"*.

L'omissione della relazione indicata che avrebbe dovuto contenere informazioni sull'impatto dell'operazione di scissione societaria e, in particolare dell'atto di assegnazione patrimoniale, sull'equilibrio finanziario della società scissa e sulla sua continuità aziendale, limita il controllo del Tribunale relativamente all'elemento dell'*eventus damni* al profilo statico dell'operazione e, quindi, alla mera differenza dei valori degli elementi attivi e passivi del patrimonio assegnati alla Tragara s.r.l.

Muovendo da tali considerazioni, deve ritenersi fondato il rilievo della curatela del fallimento Work Company secondo cui con l'atto da impugnare sono stati assegnati alla Tragara s.r.l. elementi dell'attivo patrimoniale superiori a quelli passivi.

4.3.4. Scientia damni di Dafim s.p.a.

Il Tribunale ritiene sussistente la *scientia damni* di Dafim s.p.a.

Considerato che il giudizio del Tribunale sull'*eventus damni* è, allo stato degli atti, di natura "statica", la sussistenza della *scientia damni* della società Dafim, ora Work Company, deve essere esaminata sulla sola base dell'atto di assegnazione a Tragara s.r.l. che conteneva elementi patrimoniali attivi superiori a quelli passivi.

Tanto premesso, la società Dafim s.p.a. era consapevole che con l'atto di assegnazione avrebbe determinato la modifica del proprio patrimonio "trasferendo" un attivo alla Tragara s.r.l. con conseguente pregiudizio per creditori, i quali solo superando i limiti di natura giuridica di cui all'art. 2506 *quater* avrebbero potuto soddisfarsi sugli elementi attivi oggetto di "assegnazione".

4.4. Periculum in mora.

Il sequestro giudiziario *ex art. 670 c.p.c.* è un provvedimento cautelare tipico che è adottato quanto è opportuno provvedere alla custodia o alla gestione temporanea del bene in pendenza del giudizio di cognizione ordinaria.

Nel presente processo, deve ritenersi opportuno affidare la gestione temporanea dell'immobile a un soggetto estraneo alle parti in causa, che eserciti, rispetto a un bene immobile fruttifero, un controllo effettivo, indipendente e trasparente sulla sua amministrazione, sulla conservazione e destinazione dei frutti.

5. Spese processuali.

Il Tribunale, tenuto conto della complessità delle questioni esaminate, ritiene equo disporre la compensazione delle spese giudiziali.

P.Q.M.

Il Tribunale di Napoli Nord, nella persona del giudice dott. A. S. Rabuano

AUTORIZZA

il sequestro giudiziario dell'unità immobiliare sita in Capri (NA), Via Tragara n. 49 compiutamente individuata in atti;

NOMINA

Amministratore giudiziario il dott. Gaetano Giuliano,

DÀ INCARICO

Al custode di gestire e amministrare i sopra indicati beni nel rispetto degli obblighi e dei diritti a lui conferiti dall'ultimo comma dell'art. 676 c.p.c. (che fa riferimento agli artt. 521, 522 e 560 c.p.c.)

autorizzandolo a immettersi nel possesso degli stessi e a svolgere ogni attività prevista dalla legge e ritenuta utile al perseguimento delle finalità sottese alla sua nomina;
autorizza il custode a compiere gli atti di ordinaria amministrazione;
invita il custode a riferire in ordine all'opportunità di compiere atti di straordinaria amministrazione che devono essere autorizzati dal giudice;
dispone che ogni trimestre, ai sensi del combinato disposto degli artt. 560,593 c.p.c., il custode depositi il conto della gestione riferendo di eventuali costi e rendite derivanti dall'amministrazione del bene sequestrato;

SPESE PROCESSUALI

Il Tribunale, tenuto conto della complessità delle questioni esaminate, ritiene equo disporre la compensazione delle spese giudiziali.

Manda alla cancelleria per la comunicazione alle parti e al custode giudiziario, dott. Gaetano Giuliano.

Aversa, 24 luglio 2017

Il Giudice

Dr. A. S. Rabuano