

Aggiornamento giurisprudenziale

n. 6 / 2019

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 22 maggio 2019, n. 13846 – fidejussioni *omnibus* e normativa *antitrust*: in tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza, il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia il 2 maggio 2005 possiede una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale anche se non contiene alcuna misura sanzionatoria.

Corte di Cassazione, 20 maggio 2019, n. 13568 – contraffazione di assegni bancari: la banca negoziatrice non è responsabile se prova di avere assolto alle proprie obbligazioni con la diligenza richiesta dall'art. 1176, comma 2, c.c.

Corte Costituzionale, 10 maggio 2019, n. 117 – *market abuse*: può il «diritto al silenzio» essere esercitato anche nelle audizioni personali disposte dalla Consob nell'ambito della propria attività di vigilanza?

Corte di Cassazione, 8 maggio 2019, n. 12048 – assegni bancari: in caso di smarrimento da parte della banca negoziatrice, quest'ultima può agire in via contrattuale avverso la banca trattaria se non è riuscita a ripetere l'importo a causa dell'inadempimento della stessa banca trattaria.

Corte di Cassazione, 7 maggio 2019, n. 11961 – intermediazione finanziaria: per la Consob il termine per la contestazione di illeciti non può essere valutato *ex ante*, bensì deve essere individuato «secondo le particolarità dei singoli casi».

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 28 maggio 2019, n. 14527 – esteroinvestizione: ai fini dell'individuazione della residenza fiscale delle società ed enti soggetti ad Ires non rileva la residenza degli amministratori bensì la «sede dell'amministrazione».

Corte di Cassazione, 22 maggio 2019, n. 13845 – recesso da società di capitali: la modifica di una clausola statutaria che preveda l'abbattimento della



percentuale ammissibile di distribuzione dell'utile di esercizio in considerazione dell'aumento della percentuale da destinare a riserva giustifica il diritto di recesso dei soci di minoranza.

Corte di Cassazione, 15 maggio 2019, n. 12994 – rimborso finanziamento soci: la postergazione disposta dall'art. 2467 c.c. opera già durante la vita della società e non solo nel momento in cui si apra un concorso formale con gli altri creditori sociali.

Tribunale di Genova, 9 maggio 2019, n. 1228 – azione di responsabilità sociale: l'azione promossa da una società in liquidazione coatta amministrativa nei confronti dei membri degli organi sociali è improcedibile se fondata su un'autorizzazione ISVAP ex art. 206 l.f. non adeguatamente motivata.

Consiglio di Stato, sentenza 7 maggio 2019, n. 2928 – responsabilità della società incorporante: traslazione della responsabilità per inquinamento ambientale della società incorporata nel patrimonio della società incorporante alla prova dell'Adunanza Plenaria.

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCURSUALI

Corte di Cassazione, 22 maggio 2019, n. 13850 – istanza di fallimento e accordi di ristrutturazione dei debiti: è procedibile l'istanza di fallimento presentata in pendenza di un accordo di ristrutturazione omologato e non risolto se proveniente da un creditore ad esso rimasto estraneo.

Corte di Cassazione, 17 maggio 2019, n. 13458 – adempimento del terzo: il pagamento «*indiretto*» del terzo volto ad estinguere un debito verso un soggetto diverso dal fallito esula dall'ambito di applicazione dell'azione di inefficacia ex art. 44, comma 2, l.f.

Corte d'Appello di Firenze, 16 maggio 2019, n. 1148 – società ammessa al concordato preventivo: la dichiarazione di fallimento è inammissibile senza la preventiva risoluzione del concordato ex art. 186 l.f.

Corte di Cassazione, 16 maggio 2019, n. 13270 – procedura fallimentare: è preclusa la possibilità di dichiarare la chiusura del fallimento in caso di rinuncia della domanda di insinuazione al passivo tempestiva.

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 22 maggio 2019, n. 13846 – fideiussioni *omnibus* e normativa *antitrust*: in tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza, il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia il 2 maggio 2005 possiede una elevata attitudine a provare la condotta anticoncorrenziale anche se non contiene alcuna misura sanzionatoria.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 13846, pubblicata in data 22 maggio 2019](#), si è pronunciata in tema di fideiussioni *omnibus*, a garanzia di operazioni bancarie, emesse sulla base dello schema predisposto nel 2003 dall'ABI, poi oggetto del provvedimento della Banca d'Italia del 2 maggio 2005.

Occorre ricordare che, con quel provvedimento, la Banca d'Italia aveva statuito che «*gli articoli 2, 6 e 8 dello schema contrattuale predisposto dall'ABI per la fideiussione a garanzia di operazioni bancarie (fideiussione omnibus) contengono disposizioni che, nella misura in cui vengono applicate, in modo uniforme, sono in contrasto con l'art. 2, comma, 2, lettera a), della legge n. 287/90*». Da qui l'insorgere di un ampio contenzioso avente per oggetto in particolare le questioni della nullità o meno delle singole fideiussioni emesse sulla base dello schema ABI e se tale eventuale nullità si estendesse o meno all'intera garanzia fideiussoria a favore delle banche.

La sentenza qui in commento si inserisce, quindi, in questo dibattito e ha cassato con rinvio la sentenza della Corte d'Appello di Brescia in quanto viziata da «*due errori giuridici*»:

- a) *«il primo è dato dalla impropria valorizzazione della mancata presenza, all'interno del richiamato provvedimento della Banca d'Italia del 2 maggio 2005, di diffide o sanzioni. Infatti — anche a voler prescindere dal rilievo per cui il provvedimento in questione presentava un contenuto prescrittivo, essendosi in esso stabilito che l'ABI emendasse le proprie circolari con riguardo alle disposizioni di cui agli artt. 2, 6 e 8 dello schema contrattuale da diffondere presso il sistema bancario, trasmettendo preventivamente gli atti così corretti alla Banca d'Italia —, ciò che rileva, ai presenti fini, è che i fatti accertati e le prove acquisite nel corso del procedimento amministrativo non siano più controvertibili, ne' utilizzabili a fini e con senso diverso da quello attribuito nel provvedimento stesso; infatti, benché l'accertamento stesso abbia avuto luogo in un procedimento svolto tra le imprese e l'autorità competente, «deve ritenersi che la circostanza che il singolo utente o consumatore sia beneficiario della normativa in tema di concorrenza (...) comporta pure, al fine di attribuire effettività alla tutela dei primi ed un senso alla stessa istituzione dell'Autorità Garante, la piena utilizzabilità da parte loro, una volta accertate condotte di violazione della normativa di settore posta anche a loro tutela, degli accertamenti conseguiti nel procedimento di cui pure non sono stati formalmente parte»; in tal senso, il ruolo di prova privilegiata degli atti del procedimento pubblicistico «impedisce che possano rimettersi in discussione proprio i fatti costitutivi*

dell'affermazione di sussistenza della violazione della normativa in tema di concorrenza, se non altro in base allo stesso materiale probatorio od alle stesse argomentazioni già disattesi in quella sede» (Cass. 20 giugno 2011, n. 13486 cit.). Quel che rileva è (...) l'accertamento dell'intesa restrittiva da parte della Banca d'Italia: non il fatto che, in dipendenza di tale accertamento, siano state pronunciate diffide o sanzioni»;

- b)** *«il secondo errore in cui è incorsa la Corte di appello si rinviene nell'affermazione per cui non sarebbe provato che, contravvenendo a quanto prescritto dalla Banca d'Italia, l'ABI avesse egualmente diffuso il testo delle condizioni generali del contratto di fideiussione contenente le clausole che costituivano oggetto dell'intesa restrittiva. Tale circostanza non è difatti decisiva. Quel che assume rilievo, ai fini della predicata inefficacia delle clausole del contratto di fideiussione di cui agli artt. 2, 6 e 8 è, all'evidenza, il fatto che esse costituiscano lo sbocco dell'intesa vietata, e cioè che attraverso dette disposizioni si siano attuati gli effetti di quella condotta illecita, come rilevato dalla cit. Cass. Sez. U. 4 febbraio 2005, n. 2207 (...). Ciò che andava accertata, pertanto, non era la diffusione di un modulo ABI da cui non fossero state espunte le nominate clausole, quanto la coincidenza delle convenute condizioni contrattuali, di cui qui si dibatte, col testo di uno schema contrattuale che potesse ritenersi espressivo della vietata intesa restrittiva: giacché, come è chiaro, l'illecito concorrenziale poteva configurarsi anche nel caso in cui l'ABI non avesse contravvenuto a quanto disposto dalla Banca d'Italia nel provvedimento del 2 maggio 2005, ma la Banca Popolare di Bergamo avesse egualmente sottoposto all'odierno ricorrente un modulo negoziale includente le disposizioni che costituivano comunque oggetto dell'intesa di cui all'art. 2, lett. a), l. n. 287/1990».*

La Corte, nel rinviare il giudizio, ha quindi enunciato il seguente **principio di diritto**: *«in tema di accertamento dell'esistenza di intese restrittive della concorrenza vietate dall'art. 2 l. n. 287/1990, con particolare riguardo a clausole relative a contratti di fideiussione da parte delle banche, il provvedimento adottato dalla Banca d'Italia prima della modifica di cui all'art. 19, comma 11, l. n. 262/2005, possiede, al pari di quelli emessi dall'Autorità Garante per la Concorrenza, una **elevata attitudine** a provare la condotta anticoncorrenziale, indipendentemente dalle misure sanzionatorie che siano pronunciate, e il giudice del merito è tenuto, per un verso, ad apprezzarne il contenuto complessivo, senza poter limitare il suo esame a parti isolate di esso, e, per altro verso, a valutare se le disposizioni convenute contrattualmente coincidano con le condizioni oggetto dell'intesa restrittiva, non potendo attribuire rilievo decisivo all'attuazione, o non attuazione, della prescrizione contenuta nel provvedimento amministrativo con cui è stato imposto all'ABI di estromettere le clausole vietate dallo schema contrattuale diffuso presso il sistema bancario».*

Corte di Cassazione, 20 maggio 2019, n. 13568 – contraffazione di assegni bancari: la banca negoziatrice non è responsabile se prova di avere

assolto alle proprie obbligazioni con la diligenza richiesta dall'art. 1176, comma 2, c.c.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 13568, pubblicata in data 20 maggio 2019](#), è tornata a pronunciarsi in tema di **contraffazione** di assegni bancari.

Al riguardo la Corte ha ribadito i seguenti principi:

- a) «*ai sensi dell'art. 43, comma 2 r.d. n. 1736/1933 (c.d. legge assegni), la banca negoziatrice chiamata a rispondere del danno derivato - per errore nell'identificazione del legittimo portatore del titolo - dal pagamento dell'assegno bancario, di traenza o circolare, munito di clausola di non trasferibilità a persona diversa dall'effettivo beneficiario, è ammessa a provare che l'inadempimento non le è imputabile, per avere esse assolto alla propria obbligazione con la **diligenza** richiesta dall'art. 1176, comma 2, cod. civ.*» (cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 21 maggio 2018, n. 12477);
- b) è riservata al giudice di merito la valutazione in ordine alla rilevanza della falsificazione dell'assegno e a quale sia, in concreto, il tipo di riscontro che ne riveli l'esistenza. Al riguardo, il giudice deve **valutare** se la falsificazione possa o meno essere oggetto di riscontro «*attraverso un attento esame diretto, visivo o tattile, dell'assegno da parte dell'impiegato addetto, in possesso di comuni cognizioni teoriche/tecniche*» (cfr. Corte di Cassazione, 20 marzo 2014, n. 6513).

Corte Costituzionale, 10 maggio 2019, n. 117 – market abuse: può il «diritto al silenzio» essere esercitato anche nelle audizioni personali disposte dalla Consob nell'ambito della propria attività di vigilanza?

La Corte Costituzionale, con [ordinanza n. 117, pubblicata in data 10 maggio 2019](#), è stata chiamata a pronunciarsi «*sulla questione, formulata dalla Corte di cassazione, se l'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998 sia costituzionalmente illegittimo, nella parte in cui sanziona la mancata ottemperanza nei termini alle richieste della Commissione nazionale per le società e la borsa (CONSOB), ovvero la causazione di un ritardo nell'esercizio delle sue funzioni, «anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle proprie funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate*».

Tale questione è stata «*proposta in riferimento a una pluralità di parametri, taluni dei quali di matrice nazionale (il diritto di difesa e il principio della parità tra le parti nel processo, di cui rispettivamente agli artt. 24, secondo comma, e 111, secondo comma, della Costituzione), altri di matrice internazionale ed europea (il diritto a un processo equo, di cui agli artt. 6 CEDU, 14 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea), questi ultimi pure suscettibili di determinare l'illegittimità costituzionale della disposizione censurata in forza degli artt. 11 e 117, primo comma, Cost.*».

La Corte ha in particolare ritenuto «*che il dubbio di legittimità costituzionale prospettato si risolv(esse) essenzialmente nell'interrogativo se sia costituzionalmente legittimo sanzionare, ai sensi dell'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998, chi si sia rifiutato di rispondere a domande dalle quali sarebbe potuta emergere la propria responsabilità, nell'ambito di un'audizione disposta dalla CONSOB nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza*».

Al riguardo, è stato ritenuto preliminarmente «*necessario stabilire se il “diritto al silenzio” evocato dalla Corte di cassazione si applichi, oltre che nei procedimenti penali, anche nelle audizioni personali disposte dalla CONSOB nell'ambito della propria attività di vigilanza, che può preludere all'instaurazione di procedimenti sanzionatori di natura “punitiva” nei confronti di chi sia individuato come autore di un illecito*».

Senonché, nello «*spirito di leale cooperazione tra corti nazionali ed europee nella definizione di livelli comuni di tutela dei diritti fondamentali*» la Corte Costituzionale, «*prima di decidere sulla questione di legittimità costituzionale ad essa sottoposta, (ha) ritien(uto) necessario sollecitare un chiarimento, da parte della Corte di giustizia UE, sull'esatta interpretazione ed eventualmente sulla validità, alla luce degli artt. 47 e 48 CDFUE, dell'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE in quanto tuttora applicabile razione temporis, nonché dall'art. 30 paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014*».

In particolare è stato ritenuto opportuno «*anzitutto (...) chiarire se le disposizioni menzionate della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretate nel senso che consentono allo Stato membro di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la sua responsabilità per un illecito punito con sanzioni penali o con sanzioni amministrative di natura “punitiva”*».

«*Nel caso di una risposta affermativa a tale quesito, infatti, la dichiarazione di illegittimità costituzionale in parte qua dell'art. 187-quinquiesdecies del d.lgs. n. 58 del 1998 sollecitata dalla Corte di cassazione – fondata sul diritto fondamentale della persona a non essere costretto a rendere dichiarazioni di natura confessoria – non si porrebbe in contrasto con il diritto dell'Unione.*»

Nell'ipotesi, invece, di una risposta negativa da parte della Corte di giustizia a tale primo quesito, si chiede alla stessa Corte stessa se le disposizioni menzionate della direttiva 2003/6/CE e del regolamento (UE) n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni penali e/o con sanzioni amministrative di natura “punitiva”».

La Corte ha quindi disposto di «*sottoporre alla Corte di giustizia dell'Unione europea, in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti dell'art. 267 del Trattato sul*

funzionamento dell'Unione europea (TFUE), come modificato dall'art. 2 del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007 e ratificato dalla legge 2 agosto 2008, n. 130, le seguenti **questioni pregiudiziali**»:

- a) «se l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva"»;
- b) «se, in caso di risposta negativa a tale prima questione, l'art. 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6/CE, in quanto tuttora applicabile *ratione temporis*, e l'art. 30, paragrafo 1, lettera b), del Regolamento (UE) n. 596/2014 siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva"».

Corte di Cassazione, 8 maggio 2019, n. 12048 – assegni bancari: in caso di smarrimento da parte della banca negoziatrice, quest'ultima può agire in via contrattuale avverso la banca trattaria se non è riuscita a ripetere l'importo a causa dell'inadempimento della stessa banca trattaria.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 12048, pubblicata in data 8 maggio 2019](#), ha affermato i seguenti principi in tema di **smarrimento** di assegni bancari:

- a) «trova nella specie in esame applicazione il principio già fatto proprio da questa Corte di legittimità (...) per il quale "qualora un assegno bancario venga versato dal prenditore presso la propria banca, e questa, accreditato l'importo al versante, non sia poi in grado di ripeterlo dalla banca trattaria per smarrimento del titolo, l'emittente dell'assegno medesimo, che veda estinguere il suo debito verso il prenditore non per fatti inerenti al relativo rapporto sottostante, e senza subire alcuna decurtazione del proprio conto corrente, ma esclusivamente per effetto del soddisfacimento del prenditore stesso a seguito dell'accredito operato in suo favore, ottiene un'indebita locupletazione e resta conseguentemente assoggettato all'azione di arricchimento della banca del prenditore, ai sensi e nei limiti di cui all'art. 2041 cod. civ." (Cass. 23/07/1984 n. 4307)»;
- b) «la banca negoziatrice che, smarrito l'assegno bancario versato dal prenditore, non sia riuscita a ripeterne l'importo per l'inadempimento della trattaria, nella riconosciuta azionabilità del rimedio dell'arricchimento

*ingiustificato nei confronti del primo, resta legittimata ad agire **in via contrattuale** avverso la trattaria»;*

- c) *«alla banca negoziatrice, girataria all'incasso quale titolare di mandato, non è invero applicabile l'azione tipica di cui all'art. 59 della legge n. 1736 del 1933, norma di carattere eccezionale che considera la proponibilità, in concreto, dell'azione di arricchimento ingiustificato con decorso dalla perdita dell'azione cambiaria e che resta invece applicabile nei confronti del portatore del titolo il quale abbia perduto l'azione cambiaria contro tutti gli obbligati e non abbia contro i medesimi azione causale; per siffatta ragione, infatti, egli può agire contro il traente che non abbia fatto provvista o si sia comunque arricchito ingiustamente a suo danno o contro i giranti, non rivestendo la prima la posizione di portatrice del titolo».*

Corte di Cassazione, 7 maggio 2019, n. 11961 – intermediazione finanziaria: per la Consob il termine per la contestazione di illeciti non può essere valutato ex ante, bensì deve essere individuato «secondo le particolarità dei singoli casi».

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 11961, pubblicata in data 7 maggio 2019](#), si è pronunciata sulla questione dell'individuazione del **termine** per la contestazione di illeciti da parte della Consob.

Al riguardo la Corte ha anzitutto ribadito *«il principio secondo cui per la Consob il termine per la contestazione dell'illecito decorre dal momento in cui la stessa risulti "in grado di adottare le decisioni di sua competenza, senza che si possa tener conto di ingiustificati ritardi, derivanti da disfunzioni burocratiche o artificiose protrazioni nello svolgimento dei compiti ai suddetti organi assegnati"»* (cfr. Cass., Sezioni Unite, 9 marzo 2007, n. 5395).

*«Tale principio è stato ripreso dalla giurisprudenza di questa Sezione, con la precisazione che "il momento dell'accertamento - in relazione al quale collocare il dies a quo del termine previsto dalla L. n. 689 del 1981, art. 14, comma 2, per la notifica degli estremi di tale violazione non coincide con quello in cui viene acquisito il "fatto" nella sua materialità da parte dell'autorità cui è stato trasmesso il rapporto, ma va individuato nel momento in cui detta autorità abbia acquisito e valutato tutti i dati indispensabili ai fini della verifica dell'esistenza della violazione segnalata, ovvero in quello in cui il tempo decorso non risulti ulteriormente giustificato dalla necessità di tale acquisizione e valutazione" (Cass. n.3043/2009) e che, mentre la relazione dell'indagine deve essere redatta dagli uffici della CONSOB ed esaminata dalla Commissione nel tempo strettamente indispensabile, senza ingiustificati ritardi, "occorre, invece, individuare, **secondo le particolarità dei singoli casi**, il momento in cui ragionevolmente la contestazione avrebbe potuto essere tradotta in accertamento, momento dal quale deve farsi decorrere il termine per la contestazione stessa" (Cass. n. 25836/2011; Cass. n. 1065/2014; Cass. n. 8204/2016)».*

La Corte ha poi precisato che «*sebbene il giudice non possa, ai fini dell'individuazione della decorrenza del termine di contestazione dell'illecito amministrativo, sostituirsi all'amministrazione nel valutare l'opportunità di atti istruttori collegati ad altri e compiuti senza apprezzabile intervallo temporale (così Cass. n. 16642/2005), tuttavia le valutazioni relative alla congruità del tempo impiegato nelle indagini necessarie per pervenire all'accertamento dell'illecito si risolvono in giudizi di fatto non sindacabili in sede di legittimità, se adeguatamente motivati (Cass. n. 9311/2007), il che impone che il giudice di merito, a fronte di circostanziate doglianze con cui l'opponente denunci l'ingiustificata dilatazione dei tempi di contestazione, deve specificamente motivare sulle ragioni che lo inducono a giudicare tali tempi ragionevoli e congrui; in sostanza, il giudice di merito deve compiere un'**indagine puntuale** per determinare il tempo ragionevolmente necessario all'autorità per giungere alla contestazione dell'illecito, specialmente quando i tempi dell'indagine siano stati particolarmente ampi, le violazioni contestate si siano esaurite in un arco cronologico ristretto, la struttura dell'indagine si sia caratterizzata per la presenza di prolungati intervalli di inattività.*

In relazione a fattispecie ancora sottoposta alla previgente disciplina dell'art. 360 co. 1 n. 5 c.p.c., questa Corte ha poi affermato che (Cass. n. 8687 /2016) in tema di sanzioni amministrative previste per la violazione delle norme che disciplinano l'attività di intermediazione finanziaria, il momento dell'accertamento, dal quale decorre il termine di decadenza per la contestazione degli illeciti da parte della Consob, va individuato in quello in cui la constatazione si è tradotta, o si sarebbe potuta tradurre, in accertamento, dovendosi a tal fine tener conto, oltre che della complessità della materia, delle particolarità del caso concreto anche con riferimento al contenuto ed alle date delle operazioni, tanto più ove la violazione sia riferibile ad un tempo ben determinato e circoscritto, pervenendo alla cassazione della decisione impugnata che, senza illustrarne le ragioni, aveva ritenuto la liceità della sanzione nonostante fossero decorsi oltre tre anni e mezzo dai fatti, per i quali la Consob aveva compiuto gli ultimi atti di indagine a distanza di oltre due anni dalla prima valutazione del materiale acquisito».

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 28 maggio 2019, n. 14527 – esterovestizione: ai fini dell'individuazione della residenza fiscale delle società ed enti soggetti ad Ires non rileva la residenza degli amministratori bensì la «sede dell'amministrazione».

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 14527, pubblicata in data 28 maggio 2019](#), si è pronunciata in tema di **esterovestizione societaria**, con particolare riferimento al rimborso delle ritenute sui dividendi distribuiti.

La Corte ha anzitutto precisato che *«ai fini della individuazione della **residenza fiscale** delle società ed enti soggetti ad Ires occorre avere riguardo al contenuto dell'art. 73 comma 3 del d.P.R. 22 dicembre 1986 n.917 il quale considera la presenza (per la maggior parte dell'anno) sul territorio nazionale vuoi della sede legale, vuoi della sede dell'amministrazione, quali elementi probanti ai fini della attribuzione della qualifica di soggetto residente. Con riguardo alla nozione di "sede dell'amministrazione" questa Corte ha stabilito che, ai sensi dell'art. 73, comma terzo TUIR, si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno sede legale o dell'amministrazione nel territorio dello Stato; la nozione di "**sede dell'amministrazione**", in quanto contrapposta alla "sede legale", coincide con quella di "**sede effettiva**" (di matrice civilistica), intesa come il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento, nei rapporti interni e con i terzi, degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e dell'impulso dell'attività dell'ente».*

La Corte ha quindi cassato la sentenza della Commissione tributaria regionale dell'Abruzzo per avere quest'ultima *«basato l'assunto che la società (...) non avesse sede effettiva in Olanda sul fatto che gli amministratori della stessa fossero residenti in Italia o nel Regno Unito e che l'attività (della società) consistesse nella mera gestione dei pacchetti azionari. (...) La motivazione è carente perché la residenza italiana o inglese degli amministratori (...) non è di per se sintomatico della ubicazione della sede dell'amministrazione effettiva sul territorio italiano più di quanto non lo sia della ubicazione della sede amministrativa effettiva sul territorio inglese; lo svolgimento di una mera attività di gestione dei pacchetti azionari è connaturata alla natura di holding della società».*

Corte di Cassazione, 22 maggio 2019, n. 13845 – recesso da società di capitali: la modifica di una clausola statutaria che preveda l'abbattimento della percentuale ammissibile di distribuzione dell'utile di esercizio in considerazione dell'aumento della percentuale da destinare a riserva giustifica il diritto di recesso dei soci di minoranza.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 13845, pubblicata in data 22 maggio 2019](#), si è pronunciata sul tema del recesso del socio di minoranza ai sensi dell'art. 2437, lett. g), c.c.

La Corte ha anzitutto precisato che «*la fattispecie di cui all'art. 2437, lett. g), cod. civ., facente riferimento alle "modificazioni dello statuto concernenti i diritti di voto o di partecipazione", rientra nel novero delle cause legali inderogabili di recesso (...). Può discutersi se con l'espressione "diritti di partecipazione" si abbia a intendere anche i diritti amministrativi (...) e un'interpretazione restrittiva può anche portare a escluderlo; ma non è dubitabile che l'espressione si riferisca in ogni caso ai diritti patrimoniali, perché tali sono, nella società di capitali, quelli implicati dal diritto di partecipazione*». Infatti «*il fine stesso della partecipazione è quello di giungere alla soddisfazione, mediante la distribuzione dell'utile, di un interesse patrimoniale. Sicché appare consequenziale che una **modifica statutaria**, relativa alla distribuzione dell'utile, rientri in pieno tra le cause legali inderogabili di recesso*».

La Corte ha poi enunciato il seguente **principio di diritto** «*in tema di recesso dalla società di capitali, l'espressione "diritti di partecipazione" di cui all'art. 2437, lett. g), cod. civ., per quanto nell'ambito di una interpretazione restrittiva della norma tesa a non incrementare a dismisura le cause legittimanti l'exit, comprende in ogni caso i diritti patrimoniali implicati dal diritto di partecipazione, e tra questi quello afferente la **percentuale dell'utile distribuibile** in base allo statuto; ne consegue che la modifica di una clausola statutaria direttamente attinente alla distribuzione dell'utile, che influenzi in negativo i diritti patrimoniali dei soci prevedendo l'abbattimento della percentuale ammissibile di distribuzione dell'utile di esercizio in considerazione dell'**aumento della percentuale da destinare a riserva**, giustifica il diritto di recesso dei soci di minoranza*».

Corte di Cassazione, 15 maggio 2019, n. 12994 – rimborso finanziamento soci: la postergazione disposta dall'art. 2467 c.c. opera già durante la vita della società e non solo nel momento in cui si apra un concorso formale con gli altri creditori sociali.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 12994, pubblicata in data 15 maggio 2019](#), ha anzitutto precisato che «*la ratio legis dell'art. 2467 c.c. consiste (...) nell'intento di contrastare la non infrequente sottocapitalizzazione delle società, quale tecnica di traslazione sui creditori e sui terzi del rischio da continuazione dell'attività in regime di crisi, con eventuale profitto dei soci ed aggravamento del dissesto a scapito dei creditori: fenomeno determinato dalla convenienza dei soci a ridurre l'esposizione al rischio d'impresa, apportando nuove risorse a disposizione dell'ente collettivo nella forma del finanziamento, anziché in quella appropriata del conferimento*».

La Corte ha in particolare enunciato i seguenti **principi di diritto**:

- a) «*la postergazione disposta dall'art. 2467 c.c. opera già durante la vita della società e non solo nel momento in cui si apra un concorso formale con gli altri creditori sociali, integrando una condizione di inesigibilità legale e temporanea del diritto del socio alla restituzione del finanziamento, sino a quando non sia superata la situazione prevista dalla norma*»;

- b) *La società è tenuta a **rifiutare** al socio il rimborso del finanziamento, in presenza della situazione di difficoltà economico-finanziaria indicata dalla legge, ove sussistente sia al momento della concessione del finanziamento, sia al momento della richiesta di rimborso, che è compito dell'organo gestorio riscontrare mediante la previa adozione di un adeguato assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società.*
- c) *In caso di azione giudiziale di restituzione proposta dal socio, il giudice del merito è chiamato a verificare se la situazione di crisi prevista dall'art. 2467, comma 2, c.c. sussista, oltre che al momento della concessione del finanziamento, altresì al momento della sua decisione.*
- d) *Lo stato di eccessivo squilibrio nell'indebitamento o di una situazione finanziaria in cui sarebbe stato ragionevole un conferimento, prevista dall'art. 2467, comma 2, c.c., è fatto impeditivo del diritto alla restituzione del finanziamento operato dal socio in favore della società, **rilevabile dal giudice d'ufficio**, in quanto oggetto di un'eccezione in senso lato, sempre che la situazione predetta risulti **provata ex actis**, secondo quanto dedotto e prodotto in giudizio».*

Tribunale di Genova, 9 maggio 2019, n. 1228 – azione di responsabilità sociale: l'azione promossa da una società in liquidazione coatta amministrativa nei confronti dei membri degli organi sociali è improcedibile se fondata su un'autorizzazione ISVAP ex art. 206 l.f. non adeguatamente motivata.

Il Tribunale di Genova, con [sentenza n. 1228, pubblicata in data 9 maggio 2019](#), ha dichiarato improcedibile l'azione di responsabilità promossa da una società in liquidazione coatta amministrativa nei confronti di alcuni membri degli organi sociali, in quanto fondata su un'autorizzazione ISVAP ex art. 206 l.f. non adeguatamente motivata (né sanabile ex art. 182 c.p.c.).

In particolare il Collegio ha ritenuto:

- a) *«l'eccezione di improcedibilità (...) idonea a definire il giudizio nei confronti degli ex Amministratori (...) e, conseguentemente, nei confronti degli ex Sindaci terzi chiamati» in quanto «l'**autorizzazione rilasciata dall'ISVAP**» avente ad oggetto «"l'azione di responsabilità verso ex amministratori"», «non sarebbe (...) idonea ad identificare i destinatari del promuovendo giudizio e ad individuare la tipologia degli addebiti oggetto dello stesso e il danno risarcibile. (...) Orbene osserva il Collegio che l'art. 206 della L.F. stabilisce che l'azione di responsabilità contro gli amministratori e i componenti degli organi di controllo dell'impresa in liquidazione, a norma degli articoli 2393 e 2394 del codice civile, è esercitata dal Commissario liquidatore, previa autorizzazione dell'autorità che vigila sulla liquidazione. L'autorizzazione deve contenere l'enunciazione degli **elementi essenziali**, oggettivi e soggettivi, dell'azione (...). A tal proposito la sentenza n. 13765 del 12/06/2007 della Suprema Corte, che seppur riferita ad ipotesi in cui l'autorizzazione era stata rilasciata dalla Banca d'Italia, enuncia un*

principio di diritto applicabile anche alla fattispecie in esame, secondo cui l'autorizzazione rilasciata copre tutte le pretese ed istanze strumentalmente pertinenti al conseguimento dell'obiettivo del giudizio cui il provvedimento si riferisce, anche se di natura accessoria e consequenziale, non essendo necessario che contenga nel dettaglio tutte le iniziative processuali da intraprendere ma esclusivamente l'enunciazione degli elementi essenziali, oggettivi e soggettivi, dell'azione. (...) l'autorizzazione (...) non fornisce (...) alcuna chiara indicazione sugli altri ex amministratori in quanto, non solo non ne menziona i nomi, ma neppure indica i criteri oggettivi utili alla loro identificazione, come ad esempio le date di assunzione delle cariche sociali;

- b) «la lacuna del provvedimento di autorizzazione sugli elementi essenziali dell'azione non (...) colmabile in via interpretativa. Si pone quindi la questione relativa all'applicabilità dell'**art.182 c.p.c.** per la **sanatoria** del difetto di procedibilità. Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione con sentenza n. 4248 del 04/03/2016 hanno statuito che il difetto di rappresentanza processuale della parte può essere sanato anche in fase di impugnazione, senza che operino le ordinarie preclusioni istruttorie (in senso conforme è anche la successiva sentenza n.3894 del 14.2.2017). Tuttavia la Suprema Corte ha ritenuto che, qualora il rilievo del vizio in sede di legittimità non sia officioso, ma provenga dalla controparte, l'onere di sanatoria del rappresentato sorge immediatamente, non essendovi necessità di assegnare un termine, che non sia motivatamente richiesto, giacché sul rilievo di parte l'avversario è chiamato a contraddire. Sul punto è ritornata di recente la Seconda sezione della Corte di Cassazione che nell'ordinanza n. 24212 del 04/10/2018 ha enunciato il medesimo principio in applicazione del quale ha ritenuto che la nullità della procura alle liti, fosse divenuta insanabile poiché, nonostante il convenuto avesse sollevato la relativa questione, l'attore non aveva spontaneamente depositato la necessaria documentazione nel prosieguo del processo di merito, essendosi egli limitato a discutere di altri diversi profili giuridici. (...) alla luce della giurisprudenza di legittimità sopra citata è, dunque, **precluso** il potere officioso del Tribunale».

Il Collegio ha inoltre affrontato il profilo dell'onere di allegazione e prova in relazione alla responsabilità dell'amministratore di fatto e il tema del riparto delle spese processuali per le spese dei terzi chiamati, affermando quanto segue:

- a) «ritiene il Collegio di non poter supplire alle evidenziate lacune di allegazione e deduzione dei fatti in quanto il Giudice civile non ha poteri inquisitori e non gli è consentito di individuare officiosamente tra gli atti del processo penale depositati quali siano rilevanti sotto il profilo probatorio ai fini della domanda formulata dall'attore. Come noto parte attrice ha l'onere di allegare i fatti materiali che assume essere lesivi del diritto fatto valere in giudizio e quando tali fatti non siano allegati la successiva produzione documentale non è idonea a compensare il difetto originario di allegazione in quanto ciò costituirebbe un ampliamento indebito del *thema decidendum* (in tal senso Cass. N.17408/2012 e Cass. N. 7115/2013). Le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione con la sentenza n. 2435/2008 hanno

stabilito che il Giudice ha il potere-dovere di esaminare i documenti prodotti dalla parte solo nel caso in cui la parte interessata ne faccia specifica istanza esponendo nei propri scritti difensivi gli scopi della relativa esibizione con riguardo alle sue pretese, derivandone altrimenti per la controparte la impossibilità di controdedurre e per lo stesso Giudice impedita la valutazione delle risultanze probatorie e dei documenti ai fini della decisione (Cass.16.8.1990 n.8304), poiché nel vigente ordinamento processuale, caratterizzato dall'iniziativa della parte e dall'obbligo del Giudice di rendere la propria pronuncia nei limiti delle domande delle parti, al Giudice è inibito trarre dai documenti comunque esistenti in atti determinate deduzioni o indicazioni, necessarie ai fini della decisione, ove queste non siano specificate nella domanda o comunque sollecitate dalla parte interessata. In applicazione dei suddetti principi di diritto consegue la reiezione delle domande svolte»;

- b)** *«con specifico riferimento alle spese dei terzi chiamati, (...) la Suprema Corte di Cassazione si è espressa nel senso che le **spese giudiziali** sostenute dal **terzo chiamato** in garanzia, una volta rigettata la domanda principale, vanno poste a carico della parte soccombente che ha provocato e giustificato la chiamata in garanzia, in applicazione del principio di causalità (in tal senso si vedano Cass. VI sentenza n.2492/2016 e Cass. sez. II Sentenza n. 25541/2015). (...) la valutazione cui è tenuto il Collegio ai fini della regolamentazione delle spese processuali, considerata la declaratoria di improcedibilità nei confronti dei chiamanti che preclude l'esame delle domande nei confronti dei chiamati, attiene esclusivamente alla correttezza degli atti di chiamata in causa. Sotto il profilo strettamente processuale, posto che i chiamanti hanno assunto la corresponsabilità dei Sindaci ex art.2407 c.c. e ne hanno chiesto l'accertamento ai fini dell'esercizio dell'azione di regresso tra condebitori prevista e disciplinata dall'art. 1299 c.c., ritiene il Collegio che» parte attrice «debba essere condannata anche al pagamento delle spese sostenute dai terzi chiamati».*

Consiglio di Stato, sentenza 7 maggio 2019, n. 2928 – responsabilità della società incorporante: traslazione della responsabilità per inquinamento ambientale della società incorporata nel patrimonio della società incorporante alla prova dell'Adunanza Plenaria.

La quarta sezione del Consiglio di Stato, con [sentenza n. 2928, pubblicata in data 7 maggio 2019](#), ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione, giudicata «di particolare importanza», se «una società che abbia incorporato un'altra società (direttamente o tramite incorporazioni intermedie) nel regime anteriore alla modifica del diritto societario non possa essere considerata essa stessa, ai sensi e per gli effetti dell'applicazione dell'art. 17 del "decreto Ronchi" (e, in seguito, degli articoli 242 e ss. del d.lgs. n. 152 del 2006), soggetto direttamente responsabile dell'inquinamento».

Al riguardo, il Collegio ha svolto alcune considerazioni preliminari in tema di fusione, affermando che «con riferimento alle **fusioni** antecedenti all'introduzione nel codice civile dell'art. 2504-bis c.c., la giurisprudenza riteneva

che la fusione per incorporazione determinasse l'estinzione della società incorporata ed il trasferimento dei relativi diritti ed obblighi in capo all'incorporante, in esito ad una vicenda del tutto assimilabile ad una successione in universum jus.

Nel vigore dell'attuale testo, invece, la giurisprudenza qualifica la fusione come mera "vicenda evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che, pur in presenza di un nuovo assetto organizzativo, conserva la propria identità" (...). Tale ricostruzione del fenomeno della fusione, tuttavia, non è estensibile alle fusioni "anteriori all'entrata in vigore della nuova disciplina", giacché la riforma "ha natura innovativa e non interpretativa e, pertanto, il principio, da esso desumibile, per cui la fusione tra società si risolve in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico, che conserva la propria identità, pur in un nuovo assetto organizzativo, non vale per le fusioni" realizzate in epoca anteriore, che continuano ad integrare un fenomeno di successione caratterizzato, inter alia, dall'estinzione della società incorporata (così Cass., Sez. 1, 23 gennaio 2016, n. 1376)».

*Ed invero «l'applicazione della traiettoria argomentativa tracciata (...) determinerebbe la formulazione del seguente assunto: poiché il "decreto Ronchi" introduce disposizioni sostanzialmente innovative dell'ordinamento e, come tali, **non applicabili retroattivamente**, e poiché l'incorporazione (...) è avvenuta in epoca anteriore alla modifica del diritto societario» l'incorporante «non potrebbe essere succeduta nell'obbligo di bonifica, in radice non esistente allorché l'incorporazione, concretante fenomeno di successione in universum jus con contestuale estinzione dell'incorporata, ebbe luogo».*

*Il Collegio ha quindi evidenziato l'opportunità di rimettere la questione all'Adunanza Plenaria, interrogandosi «se tale responsabilità giuridica (...) non possa essere anch'essa **traslata** nel patrimonio della società incorporante, in virtù della portata generale del fenomeno della successione a titolo universale».*

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, 22 maggio 2019, n. 13850 – istanza di fallimento e accordi di ristrutturazione dei debiti: è procedibile l'istanza di fallimento presentata in pendenza di un accordo di ristrutturazione omologato e non risolto se proveniente da un creditore ad esso rimasto estraneo.

La Corte di Cassazione, con [sentenza pubblicata in data 22 maggio 2019, n. 13850](#), si è pronunciata sul tema dell'ammissibilità dell'istanza di fallimento presentata in pendenza di un accordo di ristrutturazione omologato e non risolto.

Al fine di chiarire la fattispecie in esame, la Corte di Cassazione ha anzitutto svolto talune considerazioni in merito al rapporto tra procedimento prefallimentare e concordato preventivo, sul presupposto dell'appartenenza degli accordi di ristrutturazione al novero delle procedure concorsuali e, quindi, dell'applicabilità ad essi, in via analogica o estensiva, dei principi generali comuni alle procedure concorsuali.

In particolare, la Corte ha affermato che:

- a) laddove sia pendente il concordato preventivo, *«la dichiarazione di fallimento consegue eventualmente all'esito negativo della pronuncia sul concordato, non potendo ammettersi l'autonomo corso del procedimento di dichiarazione del fallimento che si concluda indipendentemente dal verificarsi di uno degli eventi previsti dagli artt. 162, 173, 179 e 180 l.fall.»*;
- b) *«nell'ipotesi di impresa già ammessa al concordato preventivo poi omologato, ed in caso di inadempimento dei debiti concorsuali, il creditore insoddisfatto può senz'altro avanzarne istanza di fallimento, ai sensi dell'art. 6 l.fall., a prescindere dall'intervenuta risoluzione del detto concordato, essendo ormai venuto meno - dopo la riforma dell'art. 186 l.fall. introdotta dal d.lgs. n. 169 del 2007 - ogni automatismo tra risoluzione del concordato e dichiarazione di fallimento e dovendo l'istante proporre la domanda di risoluzione, anche contestualmente a quella di fallimento, solo quando faccia valere il suo credito originario e non nella misura già falcidiata»* (in questo senso si è pronunciata la Corte di Cassazione con due sentenze gemelle, Cass., 17 luglio 2017, n. 17703 e Cass., 11 dicembre 2017, n. 29632, quest'ultima criticata dalla Corte di Appello di Firenze, 16 maggio 2019, n. 1148, come *infra*).

Chiarito dunque che il suddetto rapporto debba essere declinato non già come pregiudizialità tecnico-giuridica ma come mero coordinamento, la Corte ha affermato, con riguardo alla fattispecie in esame, che **«nulla osti alla procedibilità di una domanda di fallimento presentata, dopo l'omologazione di un accordo di ristrutturazione dei debiti, da un creditore che ad esso sia rimasto estraneo»**, in quanto, diversamente opinando:

- a) *«si finirebbe infatti per privare» il creditore «che a quell'accordo ha legittimamente scelto di non aderire di una fondamentale forma di tutela del proprio credito, da coordinare con gli interessi degli altri creditori aderenti all'accordo, in funzione della garanzia patrimoniale del debitore ex art. 2740 cod. civ. e del correlato principio della par condicio creditorum di cui all'art. 2741 cod. civ.»;*
- b) *«inoltre, si consentirebbe una compressione dei suoi diritti tanto più inammissibile in quanto l'istituto degli accordi ex art. 182 bis legge fall. fa perno proprio sul presupposto della loro idoneità ad assicurare l'integrale pagamento dei creditori estranei (...), i quali perciò si pongono, rispetto all'accordo, in posizione analoga ai creditori non vincolati dagli effetti obbligatori del concordato omologato ex art. 184 legge fall.».*

Corte di Cassazione, 17 maggio 2019, n. 13458 – adempimento del terzo: il pagamento «indiretto» del terzo volto ad estinguere un debito verso un soggetto diverso dal fallito esula dall'ambito di applicazione dell'azione di inefficacia ex art. 44, comma 2, l.f.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza pubblicata in data 17 maggio 2019, n. 13458](#), si è pronunciata sul tema dell'applicabilità dell'azione di inefficacia ex art. 44, comma 2, l.f. al pagamento effettuato dal genitore del fideiussore sul conto corrente intestato alla società fallita (debitrice principale) al fine di estinguere l'obbligazione fideiussoria contratta dal figlio.

La Corte di Cassazione ha affermato che:

- a) *«se la dichiarazione di fallimento provoca la cristallizzazione dei rapporti facenti capo al fallito sia dal lato attivo che dal lato passivo, sicchè nessun pagamento del fallito può avere efficacia nei confronti dei creditori così come nessun pagamento dei creditori effettuato a mani del fallito può avere effetto liberatorio per la parte obbligata, **non** rimane regolato dalla disciplina dell'art. 44 1. fall. il pagamento che esuli da queste finalità e sia volto invece, secondo il principio di autonomia contrattuale, a estinguere un debito verso un soggetto diverso dal fallito, seppur in maniera indiretta, vale a dire mediante accredito della somma sul conto del garantito dichiarato fallito perché la banca se ne giovi»;*
- b) *ha errato la Corte d'Appello di Roma «laddove ha ritenuto che il genitore del garante, a ciò obbligatosi tramite accordo diretto con la banca, non poteva estinguere in modo legittimo il debito fideiussorio del discendente»;*
- c) *«ciò non solo perché l'adempimento del terzo ex art. 1180 cod. civ. costituisce una modalità di adempimento dell'obbligazione del debitore equivalente all'adempimento diretto (...) ma soprattutto perché ai fini dell'applicazione dell'art. 44, comma 2, 1. fall. il pagamento di cui è chiesta la declaratoria di inefficacia deve essere indagato, quanto a titolo e causa, allo scopo di verificare se esso sia volto all'estinzione di un debito verso il fallito, e dunque violi il principio di cristallizzazione dei rapporti facenti capo*

al fallito, oppure intenda estinguere un debito verso un soggetto diverso, anche se in maniera indiretta, mediante accredito della somma sul conto del garantito dichiarato fallito».

Corte d'Appello di Firenze, 16 maggio 2019, n. 1148 – società ammessa al concordato preventivo: la dichiarazione di fallimento è inammissibile senza la preventiva risoluzione del concordato ex art. 186 l.f.

La Corte d'Appello di Firenze, con [sentenza pubblicata in data 16 maggio 2019 n. 1148](#), si è pronunciata sulla questione recentemente affrontata dalla Corte di Cassazione, con pronuncia dell'11 dicembre 2017, n. 29632, la quale ha ammesso la possibilità di dichiarare il fallimento di una società in concordato preventivo senza previa risoluzione del concordato stesso ex art. 186 l.f. (c.d. dichiarazione di fallimento *omisso medio*).

In particolare la Corte d'Appello, in contrasto con la soluzione prospettata dalla Corte di Cassazione, ha affermato che *«non sia possibile dichiarare il fallimento prima e al di fuori della dichiarazione di risoluzione dell'art. 186 l. Fall.»*, in quanto:

- a) *«la lettura che si propone dello sviluppo normativo e giurisprudenziale soccorre nel ritenere che la risoluzione di concordato è l'unica possibilità di reazione creata dall'ordinamento per l'inadempimento alle obbligazioni assunte con quello specifico concordato omologato, rimettendo esclusivamente ai creditori la valutazione sulla richiedibilità o meno della misura e conseguentemente della possibilità o meno di accedere al fallimento in seconda battuta»;*
- b) *«per ritenere possibile procedere a fallimento omissio medio, la Cass. del 2017 ricostruisce i debiti concordatari come nuovi debiti. Tale ricostruzione non è condivisibile. Non si condivide la ricostruzione dei debiti falcidiati come nuove obbligazioni rispetto al debito ammesso al concordato e non si ritiene che l'insolvenza al patto concordatario sia nuova insolvenza del debitore imprenditore rispetto alla insolvenza originaria valutata con la omologa del concordato preventivo. La causa del debito è sempre il titolo originario e la falcidia attiene solo alla quantificazione e non entra a fare parte della causa petendi. L'unico istituto che consentirebbe di parlare di nuova obbligazione sarebbe la novazione ai sensi dell'art. 1230 c.c., ma di esso non viene in luce alcun elemento. Ritenere che vi sia un inadempimento aggiunto all'inadempimento originario significa duplicare la valutazione di una medesima incapacità di far fronte alle medesime obbligazioni, in una fase in cui l'imprenditore (...) non ha più tale qualifica»;*
- c) *«la ricostruzione privilegiata della Corte di Cassazione del 2017 e fatta propria dal Tribunale si pone in contrasto con altra norma di legge, laddove ammette la iniziativa del PM per il fallimento della società in concordato» e, in particolare, con l'art. 7 l.f. che «limita il potere del PM ai casi in essa*

previsti, tra i quali non si rinviene neppure estensivamente la possibilità di iniziativa per il caso di inadempimento ad obblighi concordatari»;

- d) *«la ipotesi prospettata è foriera di disparità di trattamento tra creditori» e, in particolare, «per i creditori che hanno visto il fallimento dichiarato prima del decorso dell'anno che saranno ammessi al passivo per l'intero, per i creditori di fallimento dichiarato dopo l'anno omisso medio che saranno ammessi per il credito falcidiato e per i creditori del fallimento previa risoluzione che non subiranno più l'effetto esdebitativo proprio per la declaratoria di inadempimento e la reviviscenza della obbligazione originaria».*

Corte di Cassazione, 16 maggio 2019, n. 13270 – procedura fallimentare: è preclusa la possibilità di dichiarare la chiusura del fallimento in caso di rinuncia della domanda di insinuazione al passivo tempestiva.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 13270 pubblicata in data 16 maggio 2019](#), ha affrontato la questione relativa alla possibilità di dichiarare la chiusura della procedura fallimentare laddove intervenga la rinuncia alla domanda di insinuazione al passivo tempestiva.

Al riguardo la Corte ha precisato che:

- a) *«si ritiene (...) comunemente che il fallito sia titolare di un diritto soggettivo a ottenere la chiusura del fallimento quando questo non sia più necessario per i creditori, anche a prescindere dal principio di ragionevole durata»;*
- b) *l'art. 118, n. 1, l.f., nel disporre che la procedura di fallimento si chiude se nel termine stabilito non sono state proposte domande di ammissione al passivo, «è riferito alla non avvenuta presentazione di domande nel termine stabilito nella sentenza dichiarativa di fallimento, id est di domande tempestive»;*
- c) *«se ne desume che la presenza di domande tempestive poi rinunciate non consente di chiudere il fallimento, ma non perché (come affermato da Cass. n. 4021/2017) tali domande – tempestive o tardive – debbano poi essere valutate nel segno dell'eventuale utile collocazione, quanto piuttosto e semplicemente perché il testo della disposizione afferisce al solo caso della mancata presentazione di domande tempestive, che è motivo di chiusura nell'ottica acceleratoria sottesa alla norma»;*
- d) *«è possibile affermare il principio per cui l'art. 118, n. 1, l.f. prevede come motivo di chiusura del fallimento il **solo** caso della mancata presentazione di domande nel termine stabilito nella sentenza dichiarativa, e non è consentita di tale norma un'interpretazione diversa da quella letterale che finisca per precludere, anche in caso di rinuncia alla domanda tempestiva, il diritto all'insinuazione tardiva assicurato dall'art. 101; viceversa l'eventualità del ritiro della domanda tempestivamente presentata, ovvero l'eventualità della sua rinuncia prima dell'adunanza di verifica dei crediti,*

può rilevare nel distinto contesto di un'interpretazione estensiva dell'art. 118, n. 2, legge fall., nell'ampia categoria dell'accertamento in ordine all'inesistenza di debiti a carico del patrimonio fallimentare».

Sulla base dei principi sopra esposti, la Corte ha quindi concluso che «è dunque corretta la decisione della corte d'appello di Roma che, come del resto il tribunale, ha negato la chiusura essendo stata nella specie fissata un'apposita adunanza per la verifica dell'effettività delle desistenze a fronte delle domande presentate, tempestive e tardive».