

Aggiornamento giurisprudenziale

n. 4 / 2020

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 11 marzo 2020, n. 7013 – conto corrente: la banca convenuta che propone l'eccezione di prescrizione non è onerata di eccepire anche la finalità solutoria dei versamenti.

Corte di Cassazione, 5 marzo 2020, n. 6195 – conto corrente: (i) l'istituto di credito convenuto che eccepisce la prescrizione del diritto del correntista alla ripetizione degli indebiti non deve allegare e provare la natura solutoria delle singole rimesse; (ii) la previsione legislativa per cui particolari contratti bancari possono essere stipulati in una forma diversa da quella scritta non comporta una radicale soppressione della forma scritta, ma solo una sua attenuazione.

Tribunale di Roma, 3 marzo 2020, n. 4658 – *interest rate swap*: il contratto di *interest rate swap* con funzione di copertura è meritevole di tutela ex art. 1322 c.c. a condizione che l'intermediario persegua l'interesse del cliente.

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 17 marzo 2020, n. 7397 – operazioni societarie straordinarie: (i) il principio per cui la fusione tra società si risolve in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico non vale per le fusioni anteriori al 1° gennaio 2004; (ii) le fusioni e le scissioni disciplinate ex *lege* non sono equiparabili *sic et simpliciter* a quelle ordinarie previste dal codice civile.

Corte di Cassazione, 25 febbraio 2020, n. 4954 – revoca delle deleghe all'amministratore di società di capitali: sussiste "giusta causa" di revoca qualora sia necessaria una profonda ristrutturazione dell'organico e delle funzioni specialistiche, non già in presenza di mere esigenze organizzative della società.

Tribunale di Milano, 13 marzo 2020, n. 2119 – responsabilità degli amministratori: il mancato pagamento dei debiti fiscali espone gli amministratori a responsabilità per *mala gestio* verso la società e i creditori sociali per i danni ad esso conseguenti.

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCURSUALI



Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 2 marzo 2020, n. 5685 – fallimento dell'appaltatore di opera pubblica: non essendo applicabile il disposto di cui all'art. 118, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 (i) al curatore è dovuto dalla stazione appaltante il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto e (ii) il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale dell'appaltatore, da soddisfare nel rispetto della *par condicio creditorum* e dell'ordine delle cause di prelazione.

Corte di Cassazione, 16 marzo 2020, n. 7311 – qualità di imprenditore commerciale: ai fini della dichiarazione di fallimento l'affitto d'azienda comporta la cessazione della qualità di imprenditore, salvo l'accertamento in fatto che l'attività d'impresa sia proseguita in concreto.

Corte di Cassazione, 13 marzo 2020, n. 7136 – accertamento del passivo: la mancata contestazione del progetto di stato passivo redatto dal curatore non comporta la decadenza dal diritto di proporre opposizione ex art. 98 l.f.

Corte di Cassazione, 12 marzo 2020, n. 7117 – concordato preventivo in bianco: (i) la domanda di preconcordato non necessita di alcuna indicazione aggiuntiva ai documenti previsti dal primo periodo dell'art. 161, comma 6, l.f.; (ii) il debitore ha diritto alla concessione del termine, a meno che il Tribunale non rilevi *aliunde* che l'iniziativa è assunta con abuso dello strumento concordatario.

Corte di Cassazione, 25 febbraio 2020, n. 5022 – leasing traslativo: rimessi alle Sezioni Unite due quesiti di diritto in materia di risoluzione del leasing traslativo.

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 11 marzo 2020, n. 7013 – conto corrente: la banca convenuta che propone l'eccezione di prescrizione non è onerata di eccepire anche la finalità solutoria dei versamenti.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 7013, pubblicata in data 11 marzo 2020](#), si è pronunciata sugli oneri che gravano sulla banca convenuta, la quale eccepisce la prescrizione del diritto del correntista-attore alla ripetizione degli indebiti nel rapporto di conto corrente.

La Corte ha anzitutto ribadito che è onere dell'attore in ripetizione «*dimostrare la natura indebita dei versamenti e, a fronte dell'eccezione di prescrizione dell'azione proposta dalla banca, dimostrare l'esistenza di un contratto di apertura di credito idoneo a qualificare il pagamento come ripristinatorio e a spostare l'inizio del decorso della prescrizione al momento della chiusura del conto*».

La Cassazione ha quindi precisato, richiamando un proprio precedente (Cass. n. 18144/2018), che «**l'eccezione di prescrizione è validamente proposta quando la parte ne abbia allegato il fatto costitutivo, e cioè l'inerzia del titolare [del diritto], e manifestato la volontà di avvalersene** (...), **senza che sia necessario "che la banca indichi specificamente le rimesse prescritte [o] il relativo "dies a quo", emergendo la natura ripristinatoria o solutoria dei singoli versamenti dagli estratti-conto, della cui produzione in giudizio è onerato il cliente, sicché la prova degli elementi utili ai fini dell'applicazione della prescrizione è nella disponibilità del giudice che deve decidere la questione**».

Corte di Cassazione, 5 marzo 2020, n. 6195 – conto corrente: (i) l'istituto di credito convenuto che eccepisce la prescrizione del diritto del correntista alla ripetizione degli indebiti non deve allegare e provare la natura solutoria delle singole rimesse; (ii) la previsione legislativa per cui particolari contratti bancari possono essere stipulati in una forma diversa da quella scritta non comporta una radicale soppressione della forma scritta, ma solo una sua attenuazione.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 6195, pubblicata in data 5 marzo 2020](#), si è anzitutto pronunciata in tema di onere di allegazione e prova dell'istituto di credito convenuto, il quale eccepisce la prescrizione del diritto del correntista-attore alla ripetizione degli indebiti nel rapporto di conto corrente.

A tal proposito, la Cassazione ha richiamato il principio espresso dalla ben nota sentenza delle SS.UU. n. 15895/2019 per cui «*in tema di prescrizione estintiva, l'onere di allegazione gravante sull'istituto di credito che, convenuto in giudizio, voglia opporre l'eccezione di prescrizione al correntista che abbia esperito l'azione di ripetizione di somme indebitamente pagate nel corso del rapporto di conto corrente assistito da apertura di credito, è soddisfatto con l'affermazione dell'inerzia del titolare del diritto, unita alla dichiarazione di*

volerne profittare, senza che sia necessaria l'indicazione delle specifiche rimesse solutorie ritenute prescritte».

La Corte di Cassazione si è poi pronunciata in materia di forma dei contratti bancari. In particolare, la Corte si è soffermata sulla questione se la previsione legislativa per cui «*particolari contratti possano essere stipulati in altra forma*» comporti una soppressione del requisito della forma scritta dei contratti bancari o soltanto una sua attenuazione.

La Cassazione ha anzitutto richiamato un proprio precedente sul tema, per cui «*in tema di disciplina della forma dei contratti bancari, l'art. 3, comma 3, della l. n. 154 del 1992 e successivamente l'art. 117, comma 2, del d.lgs. n. 385 del 1993, abilitano la Banca d'Italia, su conforme delibera del C.I.C.R., a stabilire che "particolari contratti" possano essere stipulati in forma diversa da quella scritta, sicché quanto da queste autorità stabilito circa la non necessità della forma scritta, "in esecuzione di previsioni contenute in contratti redatti per iscritto", va inteso nel senso che l'intento di agevolare particolari modalità della contrattazione **non comporta una radicale soppressione della forma scritta ma solo una relativa attenuazione della stessa che, in particolare, salvaguardi l'indicazione nel "contratto madre" delle condizioni economiche cui andrà assoggettato il "contratto figlio"***».

Alla luce di tali considerazioni, la Corte ha ribadito che «*l'intento di agevolare "particolari modalità della contrattazione" **non può (...) comportare, in una equilibrata visione degli interessi in campo, una radicale soppressione della forma scritta, ma solo una relativa attenuazione della stessa, con l'effetto perciò che andrà in particolare salvaguardata la necessità che, giusta la previsione dell'art. 117 TUB, il contratto "madre" rechi le necessarie condizione economiche disciplinanti il contratto "figlio"***».

Tribunale di Roma, 3 marzo 2020, n. 4658 – interest rate swap: il contratto di interest rate swap con funzione di copertura è meritevole di tutela ex art. 1322 c.c. a condizione che l'intermediario persegua l'interesse del cliente.

Il Tribunale di Roma, con [sentenza n. 4658, pubblicata in data 3 marzo 2020](#), si è pronunciato sul tema se e a quali condizioni i contratti di *interest rate swap* (IRS) con funzione di copertura siano meritevoli di tutela ex art. 1322, comma 2, c.c.

Il Giudice, dopo aver riepilogato le caratteristiche principali dei contratti di IRS, ha ricordato che «*la CONSOB con la Direttiva 26 febbraio 1999, n. 9901391 ha chiarito che, affinché le operazioni su derivati possano essere considerate di copertura, è necessario che "a) le operazioni su derivati siano esplicitamente poste in essere per ridurre la rischiosità delle altre posizioni detenute dal cliente (c.d. posizioni base); b) sia elevata la correlazione tra le caratteristiche tecnico finanziarie (scadenza, tasso di interesse, tipologia, ecc.) dell'oggetto della copertura e dello strumento finanziario utilizzato a tale fine; c) le condizioni di cui ai punti precedenti risultino documentate da evidenze interne degli*

intermediari e siano approvate, anche in via generale con riguardo a caratteristiche ricorrenti, dalla funzione di controllo interno”».

Al riguardo, come da consolidata giurisprudenza del Tribunale di Roma, il Giudice ha precisato che *«”affinché al derivato possa essere riconosciuta una finalità di ‘copertura’ è necessario che vi sia una stretta correlazione tra : 1) il nozionale del contratto derivato e il complessivo debito oggetto di copertura, assunti nell’importo originario e via via in quello residuo nel tempo; 2) il tasso applicato sul debito e quello utilizzato nell’IRS; 3) le scadenze dei pagamenti del debito e quelle delle cedole previste dall’IRS; 4) la durata del debito e quella dell’IRS” (...), con la precisazione che, ai fini della validità del contratto di IRS, si ritiene necessaria la compresenza di tutte le anzidette condizioni, dovendosi addivenire ad una dichiarazione di nullità del contratto in esame qualora dovesse mancare anche una sola di esse».*

In ordine alla problematica sulla meritevolezza della causa ex art. 1322 c.c. e sugli obblighi di diligenza della banca, anche con riferimento alla Direttiva CONSOB del 1999, il Tribunale ha richiamato la giurisprudenza della Cassazione, per cui *«in tema di meritevolezza degli interessi perseguiti con contratti atipici ex art. 1322 c.c., in particolare per i contratti c.d. ‘derivati’, l’art. 21 TUF e l’art. 26 Reg. Consob n. 11522/1998 hanno portata imperativa inderogabile anche in applicazione dei principi della direttiva 93/22/CEE, prescrivendo che **gli intermediari si comportino con diligenza, correttezza e trasparenza nell’interesse dei clienti e dell’integrità del mercato**».*

Sulla base di queste premesse, il Giudice ha enunciato il principio per cui *«il contratto di swap non è di per sé ed automaticamente immeritevole di tutela, **dovendo lo stesso essere valutato in concreto nel quadro di applicazione dell’art. 1322, 2° comma, c.c.**».*

In conclusione, il Tribunale, richiamata giurisprudenza di legittimità in argomento, ha affermato quanto segue:

- a) *«nell’ottica del giudizio di meritevolezza degli interessi perseguiti (art 1322 c.c.), da effettuare in relazione al necessario operare dell’intermediario nell’interesse del cliente, assume rilievo (...) **la concreta finalità di copertura del derivato**, in relazione ad un sottostante rapporto, qualora in tali termini l’operazione sia stata proposta dall’intermediario ed accettata dal cliente»;*
- b) *«in relazione alle operazioni in derivati IRS con funzioni di copertura, **l’interesse del cliente deve essere sempre perseguito dall’intermediario, a ciò tenuto per legge**, con il rispetto delle condizioni previste per poter attribuire in concreto al derivato detta funzione, con la conseguenza che l’interesse del cliente, da ritenere sussistente in relazione al compimento di operazioni di effettiva copertura, non può ritenersi soddisfatto quando l’operazione in concreto intervenuta non abbia rispettato in concreto le condizioni su riportate».*

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 17 marzo 2020, n. 7397 – operazioni societarie straordinarie: (i) il principio per cui la fusione tra società si risolve in una vicenda meramente evolutivo-modificativa dello stesso soggetto giuridico non vale per le fusioni anteriori al 1° gennaio 2004; (ii) le fusioni e le scissioni disciplinate ex lege non sono equiparabili sic et simpliciter a quelle ordinarie previste dal codice civile.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 7397, pubblicata in data 17 marzo 2020](#), ha analizzato le operazioni societarie straordinarie disciplinate ex lege, soffermandosi, ai fini del caso esaminato, sull'operazione di fusione posta in essere ai sensi del d. lgs. 9 gennaio 1999, n. 1, recante il riordino degli enti e delle società di promozione e istituzione della società "Sviluppo Italia".

Anzitutto, la Corte ha osservato che «secondo la giurisprudenza formatasi dopo l'intervento delle sezioni unite della Corte in tema di fusione, l'art. 2504-bis cod. civ. introdotto dalla riforma del diritto societario (d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6) 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** (per unione o incorporazione) **anteriori all'entrata in vigore della nuova disciplina** (1° gennaio 2004); codeste, pur dando luogo a un fenomeno successorio, si diversificano tuttavia dalla successione mortis causa, perché **la modificazione dell'organizzazione societaria dipende esclusivamente dalla volontà delle società partecipanti**, tanto che - si dice - quella che viene meno non è pregiudicata dalla continuazione di un processo del quale era perfettamente a conoscenza, così come nessun pregiudizio subisce la incorporante (o risultante dalla fusione), che può intervenire nel processo e impugnare la decisione sfavorevole; e difatti non si applica in tal caso neppure la disciplina dell'interruzione di cui agli artt. 299 e seg. cod. proc. civ.».

La Corte ha dunque ribadito il principio affermato dalle Sezioni Unite secondo cui «nella disciplina vigente prima della riforma del diritto societario di cui al d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, il fenomeno della fusione e dell'incorporazione provoca **l'estinzione automatica delle società fuse ovvero incorporate**, postulando la sussistenza di un nuovo soggetto risultante o incorporante, con la conseguente confusione dei rispettivi patrimoni delle società preesistenti, **in guisa di fenomeno di successione universale**».

Fermo restando il principio sopra espresso la Corte ha tuttavia rilevato che, nel caso di specie, la fusione «è segnatamente avvenuta in forza del d.lgs. 9 gennaio 1999, n. 1, recante il riordino degli enti e delle società di promozione e istituzione della società "Sviluppo Italia", a norma degli articoli 11 e 14 della legge 15 marzo 1997, n. 59» e che «una tale peculiarità assume decisiva rilevanza (...) poiché ai sensi del d.lgs. citato l'istituzione di Sviluppo Italia è conseguita al conferimento o all'acquisizione delle partecipazioni azionarie di diverse società pure previsti dalla legge (...) con la specifica previsione (art. 3)

che "le operazioni di riordino e di accorpamento delle società e delle attività conferite" (...) sono approvate definitivamente entro il 30 giugno 2000 "assicurando comunque, anche nel periodo transitorio, l'operatività, la continuità e la qualità degli interventi e delle attività"».

In ragione di quanto esposto, la Corte ha ritenuto «*infondato equiparare sic et simpliciter le operazioni societarie di fusione e di scissione realizzate nell'ambito del citato processo di riordino a quelle ordinarie previste dal codice civile*», essendo le prime regolate dalla legge che le dispone.

Corte di Cassazione, 25 febbraio 2020, n. 4954 – revoca delle deleghe all'amministratore di società di capitali: sussiste "giusta causa" di revoca qualora sia necessaria una profonda ristrutturazione dell'organico e delle funzioni specialistiche, non già in presenza di mere esigenze organizzative della società.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 4954, pubblicata in data 25 febbraio 2020](#), ha affrontato il tema della revoca per giusta causa delle deleghe all'amministratore nel caso in cui il consiglio di amministrazione provveda alla redistribuzione degli incarichi.

Anzitutto, la Corte ha affermato che «*in tema di società di capitali, e nel silenzio dell'art. 2381 c.c., (...) la revoca della delega all'amministratore delegato decisa dal consiglio di amministrazione deve essere assistita da "giusta causa", sussistendo, in caso contrario, il diritto del revocato al risarcimento dei danni eventualmente patiti. Tanto in applicazione analogica dell'art. 2383, comma 3, c.c., disciplinante la revoca degli amministratori da parte dell'assemblea, norma di cui ricorre la stessa ratio in base alla quale, pur nella libertà del conseguimento degli interessi e degli obiettivi societari, occorre, in assenza di "giusta causa", tenere conto del sacrificio economico e sociale dell'amministratore conseguente alla revoca, soprattutto quando la delega comporti un'attività remunerata suscettibile di valutazioni professionali nel mercato dei "manager"».*

La Corte ha ritenuto altresì che «*la "giusta causa" di revoca dell'amministratore di società non sia integrata dalla mera ricorrenza di esigenze di auto-organizzazione della struttura societaria, ove la stessa non sia stata motivata sulla base di circostanze o fatti idonei ad influire negativamente sulla prosecuzione del rapporto e tali da elidere l'affidamento inizialmente riposto sulle attitudini e capacità dell'amministratore».*

Tuttavia, nel caso di specie, la Corte ha osservato che venisse «*in rilievo non già la mera esigenza organizzativa della società, bensì la necessità di una profonda ristrutturazione dell'organico e delle funzioni specialistiche specie nel campo della tecnologia e della normativa di sicurezza che implicitamente incide negativamente sulla persistenza dell'affidamento inizialmente riposto sulle attitudini del ricorrente, senza peraltro che ciò debba necessariamente ridondare in condotte d'inadempimento da ascrivere al delegato».*

La Corte ha pertanto rigettato il ricorso del amministratore le cui deleghe sono state revocate, in quanto «*non è (...) suscettibile di censura la decisione impugnata avendo il ricorrente formulato una critica che si concretizza, nella sostanza, in un sindacato del merito delle scelte gestionali del consiglio d'amministrazione che, per la sua intrinseca natura, sfugge al controllo di legalità del giudice se sorretto da plausibili ragioni, chiaramente esplicitate dagli organi societari interessati ed inequivocabilmente riconducibili ad esigenze di gestione societaria, con esclusione di qualsivoglia surrettizia finalità che esorbiti dal contratto sociale*».

Tribunale di Milano, 13 marzo 2020, n. 2119 – responsabilità degli amministratori: il mancato pagamento dei debiti fiscali espone gli amministratori a responsabilità per *mala gestio* verso la società e i creditori sociali per i danni ad esso conseguenti.

Il Tribunale di Milano, con [sentenza n. 2119, pubblicata in data 13 marzo 2020](#), si è pronunciata in tema di responsabilità degli amministratori per *mala gestio* in caso di mancato pagamento dei debiti della società verso l'Erario.

Anzitutto, il Tribunale ha osservato che «*gli amministratori sono tenuti al pagamento, alle scadenze previste, dei debiti della Società verso l'Erario – debiti dei quali essi non sono personalmente responsabili sul piano patrimoniale – utilizzando a tale scopo le risorse economico-patrimoniali della Società stessa. L'inadempimento dei suddetti obblighi di pagamento espone gli amministratori a responsabilità per mala gestio verso la società e i creditori sociali per i danni ad esso conseguenti.*

A tal riguardo, il Tribunale ha individuato e differenziato:

- a) «*il caso in cui la Società – quando l'amministratore ha ommesso il pagamento del dovuto all'Erario – era in bonis, dunque aveva liquidità ed era in grado di pagare i debiti erariali, ed allora l'amministratore inadempiente dovrà rispondere dei danni procurati alla Società in misura pari alle sanzioni, interessi ed aggi addebitati dall'Erario alla Società stessa, come liquidati nel relativo accertamento tributario ovvero cartella esattoriale*»;
- b) «*il caso in cui l'amministratore eccepisca e provi ex art. 1218 c.c. di non aver potuto pagare le imposte in ragione dell'incapacità finanziaria/incapacità patrimoniale della società*»;
- c) «*il caso in cui, pur non essendo la Società in grado di pagare i debiti erariali ed in stato di scioglimento per perdita del capitale sociale, tuttavia l'amministratore abbia illegittimamente proseguito nello svolgimento di attività economica con assunzione di nuovo rischio imprenditoriale, caso in cui egli risponderà dei danni in misura pari al debito per sanzioni, interessi ed aggi addebitati alla società con riferimento a quei debiti erariali non pagati che la Società non avrebbe contratto se fosse stata tempestivamente posta in liquidazione ed avesse conseguentemente cessato l'attività*».

Nel caso in esame, il Tribunale ha rilevato che l'amministratore unico «*ha accumulato fin dalla costituzione della Società fallita ingenti debiti nei confronti dell'amministrazione finanziaria e, avvenuta la perdita del capitale sociale, non ha convocato l'assemblea né adottato le altre necessarie iniziative che la legge (...) imponeva, ma ha proseguito illegittimamente l'attività d'impresa incrementando i debiti fiscali già maturati. **Tale condotta (...) ha arrecato danni alla Società e ai suoi creditori che, alla stregua dei principi sopraesposti, sono imputabili***» all'amministratore unico «*anche per il periodo anteriore alla perdita del capitale sociale*».

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDATARIE

Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 2 marzo 2020, n. 5685 – fallimento dell'appaltatore di opera pubblica: non essendo applicabile il disposto di cui all'art. 118, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006 (i) al curatore è dovuto dalla stazione appaltante il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto e (ii) il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale dell'appaltatore, da soddisfare nel rispetto della *par condicio creditorum* e dell'ordine delle cause di prelazione.

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con [sentenza n. 5685, pubblicata in data 2 marzo 2020](#), hanno risolto un contrasto giurisprudenziale sorto in relazione alla prededucibilità del credito del subappaltatore in caso di fallimento dell'appaltatore di opere pubbliche.

In particolare, la questione rimessa al vaglio delle Sezioni Unite, con ordinanza interlocutoria del 12 luglio 2019, «*attiene alla configurabilità o meno di un nesso intercorrente tra il disposto dell'art. 118, terzo comma, del codice del 2006 (d. lgs. n. 163 del 2006) - nel testo vigente anteriormente alle modifiche apportate dal d.l. 23 dicembre 2013, n. 145 (...), convertito con modificazioni dalla legge 21 febbraio 2014, n. 9 (...)*» - che riconosce alla stazione appaltante la facoltà di inserire nel bando di gara, in alternativa al pagamento diretto in favore del subappaltatore, l'obbligo dell'appaltatore di trasmettere alla stazione appaltante le fatture quietanzate dei pagamenti effettuati al subappaltatore e, in mancanza, la facoltà della stazione appaltante di sospendere il pagamento successivo in favore dell'appaltatore - «*e l'istituto fallimentare della prededuzione di cui all'art. 111, ultimo comma, legge fall., secondo il quale sono prededucibili i crediti così qualificati da una specifica disposizione di legge e quelli sorti in occasione o in funzione delle procedure concorsuali*».

Nel ricostruire il contrasto sorto sul punto, le Sezioni Unite hanno dapprima ricordato che, secondo un primo orientamento:

- a) «*nel caso in cui la stazione appaltante abbia disposto la sospensione del pagamento a favore dell'appaltatore, (...) l'unico modo per sbloccare detta sospensione sia quello di riconoscere al credito del subappaltatore il beneficio della prededuzione, al fine di favorire il pagamento da parte della stazione appaltante e, di conseguenza, di incrementare l'attivo della massa fallimentare, nell'interesse dell'intero ceto creditorio*»;
- b) «*il meccanismo configurato dall'art. 118, terzo comma, determina una «condizione di esigibilità» del pagamento da parte della stazione appaltante **anche in caso di sopravvenuto fallimento dell'appaltatore**, con la conseguenza che il soddisfacimento del subappaltatore si pone quale momento imprescindibile, in quanto consente all'appaltatore (subappaltante) fallito di ottenere dalla stazione appaltante il pagamento del proprio credito. In questa prospettiva, la prededuzione è lo strumento che consente il soddisfacimento del credito del subappaltatore nei confronti*

dell'appaltatore fallito (senza dover attendere le operazioni di riparto in senso tecnico), in correlazione con l'interesse della massa a quel pagamento, utile e necessario per il conseguimento dello scopo della procedura»;

- c) detto principio, tuttavia, «non va inteso [...] nel senso che un tal credito vada ammesso, sempre e comunque, in prededuzione (finendo per dar luogo ad una sorta di innominato privilegio) e ciò anche se la massa dei creditori non tragga alcuna concreta soddisfazione dall'esecuzione di quel pagamento (per il minor o nullo o incerto introito che a quel pagamento consegua). Al contrario, l'ammissione del credito del subappaltatore al passivo fallimentare in prededuzione potrà trovare riscontro **solo se e in quanto esso comporti, per la procedura concorsuale, un sicuro ed indubbio vantaggio conseguente al pagamento del committente il quale subordini il suo pagamento di una maggior somma alla quietanza del subappaltatore in ordine al proprio credito**, ai sensi dell'art. 118, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006».

Secondo un altro orientamento, a cui le Sezioni Unite hanno dichiarato di voler aderire, «in caso di fallimento dell'appaltatore di opera pubblica, il subappaltatore deve essere considerato un **creditore concorsuale** come tutti gli altri, nel rispetto della par condicio creditorum e dell'ordine delle cause di prelazione, **non essendo il suo credito espressamente qualificato prededucibile da una norma di legge, né potendosi considerare sorto in funzione della procedura concorsuale**, ai sensi dell'art. 111, comma 2, legge fall.; invero, il meccanismo ex art. 118, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 – (...) - deve ritenersi, alla luce della successiva evoluzione della normativa di settore, calibrato sull'ipotesi di un rapporto di appalto in corso con un'impresa in bonis, in funzione dell'interesse pubblico primario al regolare e tempestivo completamento dell'opera, nonché al controllo della sua corretta esecuzione, e solo indirettamente a tutela anche del subappaltatore, quale contraente "debole", sicché detto meccanismo non ha ragion d'essere nel momento in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto di opera pubblica si scioglie (Cass. n. 33350 del 2018)».

In particolare, le Sezioni Unite hanno precisato che:

- a) «la sospensione del pagamento, in quanto prevista dalla legge (art. 118, terzo comma, codice del 2006), si traduce in concreto in una **eccezione di inadempimento** che la stazione appaltante è legittimata ad opporre all'appaltatore (inadempiente all'obbligo di dimostrare il pagamento al subappaltatore). La proponibilità della suddetta eccezione postula, tuttavia, che il rapporto contrattuale sia in corso, poiché è solo nella fase esecutiva del rapporto in essere che è consentito alle parti far valere reciprocamente adempimenti e inadempimenti contrattuali»;
- b) «a seguito del fallimento che rende il contratto di appalto, anche di opera pubblica, **inefficace «ex nunc»** e, dunque, non più eseguibile (arg. ex art. 72, primo comma, legge fall.), al curatore spetta il corrispettivo dovuto

per le prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento; la stazione appaltante può rifiutare il pagamento delle opere ineseguite o eseguite non a regola d'arte, ma **non può invocare la disciplina prevista dall'art. 1460 c.c.**, in tema di eccezione di inadempimento, la quale, implicando la sospensione della prestazione della parte non inadempiente, presuppone un contratto non ancora sciolto e quindi eseguibile»;

- c) «una volta che il contratto si sia sciolto, per qualsiasi causa e, quindi, anche per il fallimento, l'art. 1460 c.c. non può essere invocato e trovano, invece, applicazione le norme che disciplinano gli effetti dello scioglimento».

In conclusione, le Sezioni Unite hanno pronunciato il seguente principio di diritto: «in caso di fallimento dell'appaltatore di opera pubblica, il meccanismo delineato dall'art. 118, terzo comma, del d.lgs. n. 163 del 2006 - che consente alla stazione appaltante di sospendere i pagamenti in favore dell'appaltatore, in attesa delle fatture dei pagamenti effettuati da quest'ultimo al subappaltatore - deve ritenersi riferito all'ipotesi in cui il rapporto di appalto sia in corso con un'impresa in bonis e, dunque, non è applicabile nel caso in cui, con la dichiarazione di fallimento, il contratto di appalto si scioglie; ne consegue che **al curatore è dovuto dalla stazione appaltante il corrispettivo delle prestazioni eseguite fino all'intervenuto scioglimento del contratto e che il subappaltatore deve essere considerato un creditore concorsuale dell'appaltatore come gli altri, da soddisfare nel rispetto della par condicio creditorum e dell'ordine delle cause di prelazione**».

Corte di Cassazione, 16 marzo 2020, n. 7311 – qualità di imprenditore commerciale: ai fini della dichiarazione di fallimento l'affitto d'azienda comporta la cessazione della qualità di imprenditore, salvo l'accertamento in fatto che l'attività d'impresa sia proseguita in concreto.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 7311, pubblicata in data 16 marzo 2020](#), ha affrontato la questione se il contratto di affitto d'azienda comporti la perdita della qualità di imprenditore commerciale del debitore-locatore.

La Corte, richiamato il consolidato principio secondo cui «*lo scopo di lucro (c. d. lucro soggettivo) non è elemento essenziale per il riconoscimento della qualità di imprenditore commerciale, essendo individuabile l'attività di impresa tutte le volte in cui sussista una obiettiva economicità dell'attività esercitata, intesa quale proporzionalità tra costi e ricavi (c. d. lucro oggettivo)*», ha anzitutto evidenziato che «*anche l'associazione, ove svolga attività commerciale nel predetto significato, in caso di insolvenza*» può «*essere assoggettata a fallimento*».

La Corte ha poi ribadito che «*non può essere dichiarata fallita una società che, dismessa l'attività, non svolga in concreto alcuna attività imprenditoriale, ma un mero affitto dell'azienda (...): onde non è sufficiente accertare l'avvenuto affitto dell'azienda per dedurne la compatibilità con la prosecuzione dell'impresa, che invece va positivamente accertata*».

A fronte di ciò, la Corte ha concluso che «*ai fini della dichiarazione di fallimento dell'imprenditore commerciale, l'affitto d'azienda comporta, solitamente, la cessazione della qualità di imprenditore, salvo l'accertamento in fatto che*

l'attività d'impresa sia, invece, proseguita in concreto, non essendo sufficiente affermare la compatibilità tra affitto d'azienda e prosecuzione dell'impresa, la quale va invece positivamente accertata dal giudice del merito».

Corte di Cassazione, 13 marzo 2020, n. 7136 – accertamento del passivo: la mancata contestazione del progetto di stato passivo redatto dal curatore non comporta la decadenza dal diritto di proporre opposizione ex art. 98 l.f.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 7136, pubblicata in data 13 marzo 2020](#), è tornata a pronunciarsi in merito al diritto di proporre opposizione allo stato passivo ai sensi dell'art. 98 l.f.

La Corte anzitutto, richiamando un consolidato orientamento giurisprudenziale, ha osservato che *«in tema di accertamento del passivo la mancata presentazione da parte del creditore di osservazioni al progetto di stato passivo depositato dal curatore non comporta acquiescenza alla proposta e conseguente decadenza dalla possibilità di proporre opposizione, non potendo, infatti, trovare applicazione il disposto dell'art. 329 c.p.c. rispetto ad un provvedimento giudiziale non ancora emesso».*

Inoltre, la Corte ha affermato che *«l'art. 95, comma 2, l.f., introdotto dal d.lgs. n. 169 del 2007, prevede che i creditori "possano" esaminare il progetto, senza porre a loro carico un onere di replica alle difese e alle eccezioni del curatore entro la prima udienza fissata per l'esame dello stato passivo cosicché deve, pertanto, escludersi che il termine predetto sia deputato alla definitiva e non più emendabile individuazione delle questioni controverse riguardanti la domanda di ammissione».*

Pertanto, la Cassazione ha concluso che *«la mancata formulazione di contestazioni in ordine alle proposte di ammissioni allo stato passivo contenute nel relativo progetto redatto dal curatore non può comportare la decadenza dal diritto di proporre opposizione allo stato passivo ex art. 98 l.f.».*

Corte di Cassazione, 12 marzo 2020, n. 7117 – concordato preventivo in bianco: (i) la domanda di preconcordato non necessita di alcuna indicazione aggiuntiva ai documenti previsti dal primo periodo dell'art. 161, comma 6, l.f.; (ii) il debitore ha diritto alla concessione del termine, a meno che il Tribunale non rilevi *aliunde* che l'iniziativa è assunta con abuso dello strumento concordatario.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 7117, pubblicata in data 12 marzo 2020](#), si è pronunciata in merito al ricorso abusivo al c.d. preconcordato ex art. 161, comma 6, l.f.

La Corte ha anzitutto rammentato che:

- a) *«la domanda che introduce il concordato preventivo, pur potendo essere accompagnata dalla contemporanea presentazione di proposta, piano e*

documentazione prevista dai commi 2 e 3 dell'art. 161 I. fall. ovvero prevedere un deposito ritardato dei medesimi, rimane comunque **unica** (dato che anche nella seconda ipotesi essa non deve essere ripresentata) e funge da elemento di riferimento dell'inizio della procedura. La procedura concordataria infatti ha il suo avvio, anche ove introdotta nelle forme dell'art. 161, comma 6, legge fall., con la pubblicazione della domanda nel registro delle imprese e non, come vorrebbe il ricorrente, dal momento del deposito del piano e della proposta»;

- b) «il cosiddetto preconcordato costituisce quindi non un procedimento autonomo e anticipatorio prodromico all'introduzione della procedura concordataria vera e propria, ma una mera opzione di sviluppo del concordato, alternativa a quella prevista dall'art. 161, commi 1, 2 e 3, legge fall., secondo cui all'imprenditore, che già ha assunto la qualità di debitore concordatario, è concessa la facoltà di procrastinare il deposito di proposta, piano e relativa documentazione, al fine di anticipare i tempi dell'emersione della crisi, in un termine concesso dal Tribunale»;
- c) «in sede concordataria integra gli estremi dell'abuso del processo la condotta di chi, con violazione dei canoni generali di correttezza e buona fede e dei principi di lealtà processuale e del giusto processo, utilizzi strumenti processuali per perseguire finalità eccedenti o deviate rispetto a quelle per le quali l'ordinamento li ha predisposti. In particolare in questo peculiare ambito procedurale i termini dell'abuso sono ravvisabili allorquando lo scopo perseguito nel concreto dal debitore non è quello di regolare la crisi dell'impresa attraverso un accordo con i suoi creditori, ma quello di differire la dichiarazione di fallimento»;
- d) «poiché simili finalità possono verificarsi lungo l'intero iter della procedura, tutto il corso concordatario deve confrontarsi, sin dal suo avvio, con la necessità di evitare che lo strumento concorsuale sia utilizzato in termini abusivi»;
- e) «dunque, seppur il debitore non debba motivare le ragioni del ricorso al deposito della domanda senza piano, ove emerga fin da subito che il debitore persegua "una mera ed evidente finalità dilatoria", il Tribunale ben potrà immediatamente rilevarla, onde evitare di amplificare gli effetti pregiudizievoli dell'abuso del processo ravvisato»;
- f) «ne discende che la presentazione di una domanda di concordato con riserva in pendenza del procedimento per la dichiarazione di fallimento non impone al Tribunale, sempre e in ogni caso, la concessione di un termine ai sensi dell'art. 161, commi 6 e 10, legge fall. Il che significa non tanto che il Tribunale abbia in proposito il potere di compiere una valutazione discrezionale, ma che il **diritto al termine processuale trova un limite nell'abuso del processo**. Il Tribunale perciò non ha margini di discrezionalità né sotto il profilo dell'estensione del lasso di tempo assegnato, rimanendo escluso che al debitore possa attribuirsi un termine per il deposito della proposta e del piano non coincidente con quello fisso

di sessanta giorni espressamente previsto dall'art. 161, comma 10, legge fall. (...), né rispetto all'adesione alla richiesta, a patto però che la stessa sia accompagnata dal rituale deposito di tutta la documentazione prevista dall'art. 161, comma 6, legge fall. e non emergano, fin da quel frangente, profili di abuso del diritto».

Ciò premesso, la Cassazione ha rilevato come la «Corte territoriale abbia erroneamente ritenuto che accanto ai requisiti formali espressamente previsti dall'art. 161 legge fall. il ricorso debba contenere "ulteriori requisiti" (...), includendo "oltre ... [al]'indicazione del tipo di piano che si vuole presentare e le relative linee-guida, anche gli elementi atti a verificare la presenza di un'attività" del debitore che sia idonea, nel concreto, alla chiesta predisposizione della proposta e del piano"».

A fronte di ciò, la Corte di Cassazione ha enunciato i seguenti principi di diritto:

- a) *«il cosiddetto preconcordato di cui all'art. 161, comma 6, legge fall. costituisce una mera opzione di sviluppo del concordato, alternativa a quella prevista dall'art. 161, commi 1, 2 e 3, legge fall., secondo cui all'imprenditore, che già ha assunto la qualità di debitore concordatario, è concessa la facoltà di procrastinare il deposito di proposta, piano e relativa documentazione, al fine di anticipare i tempi dell'emersione della crisi, in un termine concesso dal Tribunale»;*
- b) *«la domanda anticipata di concordato **non necessita per la sua ammissione** (fatti salvi gli oneri di allegazione funzionali alla valutazione della natura di ordinaria o straordinaria amministrazione degli atti compiuti dall'imprenditore in pendenza della procedura ovvero alla valutazione delle istanze presentate dall'imprenditore) **di alcuna indicazione aggiuntiva ai documenti previsti dal primo periodo dell'art. 161, comma 6, legge fall.**»;*
- c) *«il debitore, ove presenti una domanda anticipata di concordato accompagnata da tutti gli elementi stabiliti dall'art. 161, comma 6, legge fall., ha diritto alla concessione del termine per predisporre la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi 2 e 3, **a meno che il Tribunale non rilevi aliunde fin da quel frangente che l'iniziativa è assunta con abuso dello strumento concordatario**»;*
- d) *«la mera presentazione di una richiesta di concessione di un termine ex art. 161, comma 6 e 10, legge fall. costituisce un fatto neutro inidoneo di per sé a dimostrare la volontà del debitore di sfuggire alla dichiarazione di fallimento, ove si consideri che una simile domanda implica, per sua natura, un differimento del procedimento prefallimentare che lo contiene e che tale differimento rimane neutralizzato dal fenomeno di consecuzione delle procedure concorsuali»;*
- e) *«la domanda anticipata di concordato presentata all'ultimo momento utile tuttavia può concorrere a dimostrare, unitamente ad altri elementi atti a*

rappresentare in termini abusivi il quadro d'insieme in cui l'iniziativa è stata assunta, il perseguimento di finalità dilatorie del tutto diverse dall'intenzione di regolare la crisi d'impresa».

Corte di Cassazione, 25 febbraio 2020, n. 5022 – leasing traslativo: rimessi alle Sezioni Unite due quesiti di diritto in materia di risoluzione del leasing traslativo.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 5022, pubblicata in data 25 febbraio 2020](#), ha rimesso alle Sezioni Unite la questione relativa alla disciplina applicabile alla risoluzione del contratto di leasing traslativo. In particolare, la Corte si è interrogata se, per i fatti avvenuti prima dell'entrata in vigore della l. 124/17, la risoluzione per inadempimento del contratto di leasing sia disciplinata dall'art. 1526 c.c.

La Corte ha anzitutto richiamato giurisprudenza che *«ha ritenuto che, nel caso di risoluzione per inadempimento d'un contratto di leasing, si debba derogare alla regola generale di irretroattività di cui all'art. 1458, comma primo, secondo periodo, c.c., e debba invece applicarsi la diversa regola di retroattività dettata dall'art. 1526 c.c.»*.

In base all'orientamento tradizionale, *«gli effetti della domanda di risoluzione del contratto di leasing non potrebbero mai coincidere con gli effetti della domanda di condanna al pagamento delle obbligazioni sorte dal contratto e già scadute. La prima avrebbe infatti efficacia liberatoria retroattiva per le obbligazioni già scadute, che sarebbero sostituite dall'obbligo di pagamento dell'equo compenso; la seconda domanda invece non avrebbe alcuna efficacia liberatoria (...). Da tale iato discende che la domanda di risoluzione avrebbe una sua autonomia operativa, e potrebbe essere formulata anche dopo la scadenza del termine di durata del contratto (...). Se, invece, si ritenesse inapplicabile l'art. 1526 c.c. alla risoluzione del contratto di leasing la domanda di risoluzione del contratto già scaduto non produrrebbe alcun effetto diverso od ulteriore rispetto a quelli che produrrebbe la domanda di adempimento: non liberatori, perché il contratto è già dissolto; non restitutori, perché sarebbero impediti dall'art. 1458 c.c.; non risarcitori, perché già garantiti dall'art. 1218 c.c.»*.

Ciò premesso, la Corte ha osservato che *«stabilire se l'art. 1526 c.c. s'applichi ai contratti di leasing dichiarati risolti prima dell'entrata in vigore della l. 124/17 è questione (...) già affrontata da varie decisioni di questa Corte»*. Sul punto, la Corte ha individuato due orientamenti giurisprudenziali.

«Un primo gruppo di decisioni, motivatamente innovando la pregressa, pluridecennale e consolidata giurisprudenza di questa Corte, ha ritenuto che l'art. 1526 c.c. non possa trovare applicazione nel caso di risoluzione per inadempimento dei contratti di leasing, traslativi o di godimento che fossero», muovendo «dal rilievo che l'art. 1526 c.c. era stato (...) ritenuto applicabile alla risoluzione del contratto di leasing in via analogica, data la mancanza di una norma ad hoc».

Secondo tale orientamento «*il quadro normativo è stato innovato dapprima dall'introduzione dell'art. 72 quater I. fall., il quale ha unificato la disciplina ivi prevista per qualsiasi tipo di leasing, e quindi dalla citata l. 124/17, la quale ha dettato una disciplina organica ed unitaria del leasing, superando la distinzione tra leasing di godimento e leasing traslativo*» ed evidenziando che tali novità normative «*riverberano effetti anche sui contratti cui esse non sarebbero applicabili ratione temporis: non già per effetto di una non consentita applicazione retroattiva, ma per effetto di una "interpretazione storico-evolutiva, secondo cui una determinata fattispecie negoziale (...) non può che essere valutata sulla base dell'ordinamento vigente, posto che l'attività ermeneutica non può dispiegarsi "ora per allora", ma all'attualità"*».

«*Il punto d'approdo dell'orientamento in esame è che gli effetti della risoluzione dei contratti di leasing sottratti ratione temporis all'efficacia diretta della l. 124/17, e seguita dal fallimento dell'utilizzatore, **debbono essere disciplinati in via analogica dall'art. 72 quater I. fall.***».

«*Un **secondo gruppo di decisioni**, pur non pronunciandosi direttamente sull'efficacia diretta o riflessa dell'art. 1 l. 124/17, ha tuttavia **negato che gli effetti della risoluzione dei contratti di leasing possa essere disciplinata dall'art. 72 quater I. fall.***». In particolare, secondo questo orientamento, «*l'introduzione dell'articolo 72 quater I. fall. non ha determinato ipso iure il superamento della distinzione fra leasing di godimento e leasing traslativo, giacché quella norma "non disciplina la risoluzione del contratto di leasing, bensì il suo scioglimento quale conseguenza del fallimento dell'utilizzatore"*».

La Corte ha tuttavia osservato che le decisioni appartenenti al secondo gruppo, «*pur essendo state tutte pronunciate dopo l'entrata in vigore della l. 124/17, non si sono soffermate affatto sul problema se tale norma imponesse una diversa ricostruzione del quadro normativo, né hanno ritenuto che l'art. 72 quater I. fall., pur non applicabile in via diretta, potesse essere applicato in via analogica*».

La Cassazione ha così ritenuto che, «*per dare soluzione al problema interpretativo sopra evidenziato, è necessario affrontare e risolvere **due questioni preliminari "di sistema"**: da un lato, il rilievo che nel caso di specie potrebbero o dovrebbero avere i principi sovranazionali di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento; dall'altro, se possa applicarsi per analogia (tanto legis quanto iuris) una norma inesistente all'epoca in cui si realizzò la fattispecie concreta non prevista dall'ordinamento*».

Quanto alla **prima questione**, la Corte ha rilevato che per effetto dell'art. 6, comma 3, del Trattato sull'Unione Europea «*i principi della CEDU sono stati "comunitarizzati" e sono divenuti "principi fondanti dell'Unione Europea". Tra questi principi la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea da tempo include quello di certezza del diritto*», il quale «*ha tre corollari: il principio di irretroattività delle norme; il principio di tutela del legittimo affidamento ed il principio di salvaguardia dei diritti quesiti*».

Tali principi sono stati affermati e definiti dalle sentenze *Bundesknapenschaft*, *IRCA* e *Racke* e successivamente applicati dalla Corte di Lussemburgo tanto in campo sostanziale, quanto in materia processuale. In particolare, «*in campo*

sostanziale si è affermato che in virtù del principio di certezza del diritto, qualunque norma che comporti conseguenze svantaggiose per i privati sia chiara e precisa, e che la sua applicazione sia prevedibile». Mentre «in campo processuale i principi affermati dalla Corte di Lussemburgo sono stati ripresi e sviluppati dalla Corte EDU, la quale ne ha tratto il corollario che è impedito ai giudici degli Stati membri interpretare le norme processuali in modo che conducano all'inammissibilità d'una domanda giudiziale, quando tali interpretazioni siano "troppo formalistiche", adottate "a sorpresa" e niente affatto chiare ed univoche».

La Cassazione ha precisato che, sebbene «i principi sopra indicati sono stati affermati in giudizi in cui si controverteva della compatibilità con l'ordinamento comunitario di norme (...) retroattive», tali principi devono essere rispettati anche dalla giurisprudenza di legittimità nell'interpretazione delle norme da applicare.

Per tali ragioni, la Cassazione ha sottoposto alle Sezioni Unite un **primo quesito** di diritto: «se l'interpretazione dell'art. 1, commi 136-140, della legge 4.8.2017 n. 124, secondo cui tale norma imporrebbe di abbandonare (anche per i fatti avvenuti prima della sua entrata in vigore) il tradizionale orientamento che applica alla risoluzione del contratto di leasing traslativo l'art. 1526 c.c., sia coerente coi principi comunitari di certezza del diritto e tutela dell'affidamento».

Quanto, poi, alla **seconda questione**, si tratta di capire se «anche per i contratti di leasing stipulati prima del 2017 non possa sostenersi alcuna distinzione quoad effectum tra risoluzione del leasing traslativo e risoluzione del leasing di godimento; e che nell'uno come nell'altro caso gli effetti della risoluzione dovrebbero essere identici, e ricavarsi in via analogica dall'art. 72 quater I. fall.»

Tale soluzione «si fonda pur sempre sul ricorso all'interpretazione analogica: con l'unica differenza, rispetto alla tesi tradizionale, che mentre per quest'ultima la norma da applicare analogicamente sarebbe l'art. 1526 c.c., per la tesi innovativa la norma da applicare analogicamente sarebbe l'art. 72 quater I. fall.»

«Nel caso di specie, tuttavia, (...) il contratto venne stipulato nel 2002, mentre l'art. 72 quater I. fall. venne introdotto nell'ordinamento nel 2006, e la sua applicabilità al caso concreto viene fondata sulla "evoluzione dell'ordinamento" rappresentata dalla l. 124/17». «Per potere dunque negare l'applicazione al caso di specie dell'art. 1526 c.c., occorrerebbe ammettere la pensabilità, accanto alla tradizionale analogia sincronica (...), anche [di] una **analogia diacronica**, per effetto della quale la norma da applicare per analogia al caso concreto potrebbe anche non esistere al momento di realizzazione della fattispecie, purché esista al momento della decisione».

L'ammissibilità di una analogia diacronica, «anche soltanto iuris, tuttavia, appare al Collegio fortemente problematica». «A condividerla, infatti, si porrebbe al seguente risultato: che la controversia sarebbe decisa in virtù d'una norma che non esisteva all'epoca in cui si verificarono i fatti da giudicare;

che le parti non potevano né conoscere, né prevedere; e che - almeno nel caso di specie - è sopraggiunta dopo l'esaurimento del rapporto contrattuale».

Infine, la Cassazione ha osservato che *«anche a volere ammettere in via di ipotesi che la l. 124/17 imponga di adottare una interpretazione "storico-evolutiva" dell'ordinamento, appare dubbio concludere che tale interpretazione evolutiva debba condurre all'applicazione analogica dell'art. 72 quater l. fall., per disciplinare gli effetti della risoluzione del contratto di leasing avvenuta prima del fallimento».* E ciò in quanto:

- a) *«pretendere di ricavare dalla legge fallimentare le regole da applicare in caso di risoluzione del contratto di leasing presupporrebbe che la legge non disciplinasse questa fattispecie. In realtà così non è, perché proprio la presenza dell'art. 1526 c.c. (che è norma generale rispetto all'art. 72 quater cit.) rende impensabile il ricorso all'analogia, per mancanza del suo primo presupposto, cioè la lacuna nell'ordinamento»;*
- b) *«anche ad ammettere che nell'ordinamento vi fosse una lacuna, essa non potrebbe essere colmata con l'applicazione analogica dell'art. 72 quater l. fall. Tale norma, infatti, non disciplina la risoluzione del contratto di leasing, ma il suo scioglimento quale conseguenza del fallimento dell'utilizzatore. La norma fallimentare è dunque destinata a disciplinare una fattispecie concreta diversa da quella disciplinata dalla norma generale, cioè la risoluzione per inadempimento di cui all'art. 1453 c.c. Pertanto, mancando la eadem ratio, non sembra consentito all'interprete il ricorso all'interpretazione analogica»;*
- c) *«la tesi dell'applicabilità in via analogica alla risoluzione del contratto di leasing dell'art. 72 quater l. fall. prova troppo: tale norma infatti stabilisce che alle somme già riscosse dal concedente "si applica l'art. 67, comma 3" l. fall.: vale a dire che non possono essere travolte dall'azione revocatoria fallimentare. L'art. 67, comma 3, l. fall., tuttavia, è norma che sancisce la irrevocabilità di vari e molteplici atti e contratti, non solo di godimento come il leasing, ma anche di scambio come la vendita, ivi compresa quella con riserva di proprietà. Pertanto, a seguire la suddetta tesi, si dovrebbe di necessità ammettere che anche la risoluzione per inadempimento di uno qualsiasi dei contratti indicati dall'art. 67, comma 3, l. fall. non avrebbe effetti retroattivi, perché anche per essi in caso di fallimento del solvens "si applica l'art. 67, comma 3, l. fall.", ai sensi dell'art. 72 quater l. fall. E l'evidente insostenibilità di tale conseguenza rende palese la fallacia della premessa».*

Per tali ragioni, la Cassazione ha ritenuto di sottoporre alle Sezioni Unite un **secondo quesito** di diritto: *«se possa applicarsi in via analogica, anche solo per analogia iuris, una norma inesistente al momento in cui venne ad esistenza la fattispecie concreta non prevista dall'ordinamento; ed in caso affermativo se, con riferimento al caso di specie, tale norma da applicarsi in via analogica possa ravvisarsi nell'art. 72 quater l. fall.».*