

Aggiornamento giurisprudenziale

n. 03 / 2022

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 9 febbraio 2022, n. 4078 – mutuo fondiario: (i) nell'ipotesi di conclusione di mutuo fondiario, si configura una speciale ipotesi di anatocismo legale che si sottrae al divieto generale di cui all'art. 1283 c.c.; (ii) l'usura sopravvenuta non comporta la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi.

Corte di Cassazione, 9 febbraio 2022, n. 4117 – mutuo fondiario: la Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la decisione sulle conseguenze del superamento del limite di finanziabilità ex art. 38 T.U.B.

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 24 febbraio 2022, n. 6280 – recesso del socio: la deliberazione di riduzione della durata della società che comporti il passaggio della durata da tempo indeterminato a durata a tempo determinato non attribuisce al socio un autonomo diritto di recesso *ex lege*.

Corte di Cassazione, 1° febbraio 2022, n. 2984 – riduzione del capitale al di sotto del minimo legale: (i) lo scioglimento della società si produce automaticamente ed immediatamente al momento della riduzione del capitale al di sotto del minimo di legge, (ii) non sussiste un termine decadenziale oltre il quale all'assemblea, a ciò convocata, sia precluso di adottare delibere di ripianamento delle perdite in modo da ricostituire il capitale ai sensi dell'art. 2482-*ter* c.c., (iii) il mancato rispetto dell'obbligo degli amministratori di procedere senza indugio alla convocazione dell'assemblea può essere causa di loro responsabilità.

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, SS. UU., 14 febbraio 2022, n. 4696 – concordato preventivo: il debitore ammesso al concordato preventivo omologato, che si dimostri insolvente nel pagamento dei debiti concordatari, può essere dichiarato fallito, su istanza dei creditori, del PM o sua propria, anche

prima ed indipendentemente dalla risoluzione del concordato ex art. 186 l.f.

Corte di Cassazione, 16 febbraio 2022, n. 5127 – giudizio di opposizione all'omologazione del concordato preventivo: i) ha natura contenziosa, ii) la condanna alle spese in tale giudizio grava, a fronte del diniego dell'omologazione, sul debitore ammesso al concordato preventivo.

Corte di Cassazione, 10 febbraio 2022, n. 4347 – azione di responsabilità promossa ex art. 146 l.f. a seguito dell'intervento di una causa di scioglimento contro l'ex amministratore di una società poi fallita: i) si integra una causa di scioglimento della società solo quando la perdita di esercizio è superiore al terzo del capitale e lo riduce al di sotto dell'ammontare minimo; ii) ove il giudice ricorra al criterio equitativo della differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, deve indicare le ragioni per le quali l'insolvenza sarebbe stata conseguenza delle condotte gestionali dell'amministratore e deve accertare il nesso di causalità tra le condotte dell'amministratore e il danno allegato.

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 9 febbraio 2022, n. 4078 – mutuo fondiario: (i) nell'ipotesi di conclusione di mutuo fondiario, si configura una speciale ipotesi di anatocismo legale che si sottrae al divieto generale di cui all'art. 1283 c.c.; (ii) l'usura sopravvenuta non comporta la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 4078, pubblicata in data 9 febbraio 2022](#), si è pronunciata, con riferimento al contratto di mutuo fondiario, in materia di anatocismo e di usura sopravvenuta.

La Corte, con riferimento all'anatocismo, ha anzitutto richiamato il proprio costante orientamento per cui *«in tema di credito fondiario, il mancato pagamento di una rata di mutuo (...) comporta, ai sensi dell'art. 14 del d.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7, e dell'art. 16 della legge 6 giugno 1991, n. 175 - così come avviene ai sensi dell'art. 38 del r.d.l. 16 luglio 1905 n. 646 - l'obbligo di corrispondere gli interessi di mora sull'intera rata, inclusa la parte che rappresenta gli interessi di ammortamento».*

Tanto premesso, la Cassazione ha affermato il seguente principio di diritto **«nell'ipotesi della conclusione di mutui fondiari, si configura - per effetto della previsione di cui all'art. 14 del d.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7 - una speciale ipotesi di anatocismo legale che si sottrae al divieto generale contemplato dall'art. 1283 c.c., con la conseguenza che gli interessi corrispettivi, compresi nella rata di mutuo scaduta, possono essere capitalizzati se il contratto lo prevede e producono interessi moratori fino alla data del pagamento».**

Con riferimento poi all'usura sopravvenuta nei contratti di mutuo la Cassazione ha richiamato il proprio costante orientamento per cui *«nei contratti di mutuo, allorché il tasso degli interessi concordato tra mutuante e mutuatario superi, nel corso dello svolgimento del rapporto, la soglia dell'usura, come determinata in base alle disposizioni della legge n. 108 del 1996, non si verifica la nullità o l'inefficacia della clausola contrattuale di determinazione del tasso degli interessi stipulata anteriormente all'entrata in vigore della predetta legge o della clausola stipulata successivamente per un tasso non eccedente tale soglia quale risultante al momento della stipula, né la pretesa del mutuante, di riscuotere gli interessi secondo il tasso validamente concordato, può essere qualificata, per il solo fatto del sopraggiunto superamento di detta soglia, contraria al dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, e ciò, in particolare, alla stregua della norma di interpretazione autentica contenuta nell'art. 1, comma 1, del d.l. n. 394 del 2000 (conv., con modif., dalla l. n. 24 del 2001), della quale la Corte costituzionale ha - con sicura incidenza sulla questione - escluso la sospetta illegittimità, per violazione degli artt. 3, 24, 47 e 77 Cost., mediante la sentenza n. 29 del 2002».*

Corte di Cassazione, 9 febbraio 2022, n. 4117 – mutuo fondiario: la Cassazione ha rimesso alle Sezioni Unite la decisione sulle conseguenze del superamento del limite di finanziabilità ex art. 38 T.U.B.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza interlocutoria n. 4117, pubblicata in data 9 febbraio 2022](#), si è pronunciata sulle «*questione controversa, che è stata più volte affrontata dalla giurisprudenza di questa Corte, concernente la sorte del mutuo fondiario concesso con violazione dei limiti di finanziabilità richiamati dall'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 385 del 1993*».

La Corte ha anzitutto ricordato che l'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 385 del 1993 «*dopo avere al primo comma definito la nozione di credito fondiario, come quello che ha per oggetto la concessione da parte di un istituto di credito di un finanziamento a medio e lungo termine garantito da ipoteca di primo grado sull'immobile, demanda poi alla Banca d'Italia, in conformità delle deliberazioni del Cibr, di "determinare l'ammontare massimo dei finanziamenti, individuandolo in rapporto al valore dei beni ipotecati o al costo delle opere da eseguire sugli stessi", ammontare determinato nella misura dell'80% nella delibera del Cibr del 22 aprile 1995. **La norma non contempla alcuna conseguenza per il caso di concessione di un finanziamento violativo della soglia.** (...) La sanzione della nullità è invece testualmente prevista dall'art. 117, comma 8, T.u.b. che assegna alla Banca d'Italia il potere di prescrivere "che determinati contratti, individuati attraverso una particolare denominazione o sulla base di specifici criteri qualificativi, abbiano un contenuto tipico determinato. I contratti difformi sono nulli. Resta ferma la responsabilità della banca o dell'intermediario finanziario per la violazione delle prescrizioni della Banca d'Italia"*».

Tanto premesso, la Corte ha ricostruito i propri contrastanti orientamenti sul rapporto tra l'art. 38, comma 2, d.lgs. n. 385 del 1993 e l'art., comma 8, T.u.b. come segue:

- a) «*circa il rapporto tra le due previsioni, in un primo momento la giurisprudenza di questa Corte si era orientata nel senso che l'art. 38 non potesse in alcun modo rientrare nella previsione dell'art. 117 e dunque la nullità, prevista da quest'ultima disposizione, non potesse essere adoperata per sanzionare il mutuo violativo della soglia di finanziabilità*»;
- b) «*a partire dal 2017 (...) questa Corte ha mutato il proprio orientamento, reputando più convincente l'idea che il superamento della soglia comporti la nullità del contratto, ferma la possibilità di operare la conversione in ordinario finanziamento ipotecario, sussistendone i presupposti*».

Con riferimento al secondo più recente orientamento la Corte ha sottolineato come *«diversi aspetti (...) sono meritevoli di approfondimento da parte delle Sezioni Unite di questa Corte»* e, in particolare, *«se nel caso in esame possa realmente configurarsi la nullità di cui al primo comma dell'art. 1419 cod. civ., in ragione del riscontro dell'effettivo carattere imperativo della norma violata»*.

Al riguardo la Corte ha precisato che *«secondo l'orientamento che in ragione della sua diffusione può definirsi attualmente prevalente, il carattere imperativo dovrebbe essere desunto dalla natura pubblicistica dell'interesse protetto, trattandosi di una disposizione ispirata ad obiettivi economici generali, attesa la ripercussione che tali tipologie di finanziamenti possono avere sull'economia nazionale, controbilanciata dal trattamento di favore accordato alla banca sotto il profilo del consolidamento breve dell'ipoteca fondiaria (art. 39 T.u.b.) e della possibilità di intraprendere l'esecuzione durante il fallimento (art. 41 T.u.b.)...(.) In senso opposto, potrebbe tuttavia riflettersi sulla circostanza che la determinazione che risulterebbe violata non è costituita da una fonte normativa primaria, quale è certamente l'art. 38, ma da una fonte subordinata (o, se si vuole, di soft law), da ravvisarsi nel provvedimento della Banca d'Italia»*.

La Corte ha continuato rilevando come *«sotto altra angolazione, sempre secondo l'orientamento prevalente, l'art. 38 imporrebbe una regola riguardante un elemento strutturale della fattispecie, trovando pertanto applicazione il principio, ancora affermato da Sez. U n. 26724 del 2007, secondo cui la violazione di norme inderogabili concernenti la validità del contratto è suscettibile di determinarne la nullità (...). In senso opposto (e dunque nel senso che l'art. 38 si configuri come norma-atto) potrebbe, tuttavia, riflettersi sulla circostanza che in realtà la norma, pur conferendo alla Banca d'Italia il potere di determinare la percentuale massima del finanziamento, che costituisce indubbiamente l'oggetto del contratto, non interferisce però sul contenuto del contratto "per aggiunta", cioè prevedendo un ulteriore elemento costitutivo della fattispecie contrattuale, ma solo "per specificazione", imponendo che un elemento intrinseco già presente nel contratto (cioè il suo oggetto) possieda una determinata caratteristica di tipo quantitativo, restando però del tutto invariata la struttura della fattispecie nei suoi fondamentali elementi tipizzati»*.

Inoltre, ha sottolineato la Corte, *«merita (...) una doverosa riflessione anche la verifica delle conseguenze che l'applicazione della sanzione della nullità produce con riferimento agli interessi in gioco»*.

Al riguardo, un primo orientamento ritiene che *«far discendere dalla violazione della soglia la conseguenza della nullità del mutuo ormai erogato (e far venir meno la connessa garanzia ipotecaria), condurrebbe al paradossale risultato di pregiudicare, ancor più, proprio quel valore della stabilità patrimoniale della banca che la norma intendeva proteggere. (...) Al contrario, l'orientamento giurisprudenziale che valorizza il carattere imperativo dell'art. 38, come norma che non è volta alla tutela della stabilità patrimoniale della singola banca, ma diretta a proteggere un interesse (pubblico) economico nazionale, vede nella nullità del contratto (compresa la costituzione dell'ipoteca) l'unica*

conseguenza possibile, salva l'applicazione del meccanismo della conversione in un mutuo ordinario ipotecario, ricorrendo gli estremi dell'art. 1424 c.c.».

*«Sulla scorta di tali considerazioni», ha rilevato la Corte, «occorre verificare se la tutela degli interessi in gioco non sia più efficacemente presidiata attraverso un'operazione che, senza necessariamente utilizzare la sanzione della nullità del contratto, si limiti a risolvere la questione attraverso l'utilizzo di una semplice tecnica di natura qualificatori», precisando che «sul presupposto del difficile utilizzo della conversione del contratto nullo (...), **un percorso effettivamente alternativo potrebbe essere costituito dalla riqualificazione del contratto alla stregua di un mutuo ipotecario ordinario, prescindendo dal nomen iuris adoperato dalle parti e sterilizzandolo delle tutele speciali previste dalla legge, in favore del mutuante, per i finanziamenti fondiari**».*

La Cassazione ha quindi rimesso gli atti al Primo Presidente per l'eventuale assegnazione della presente causa alle Sezioni Unite Civili

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 24 febbraio 2022, n. 6280 – recesso del socio: la deliberazione di riduzione della durata della società che comporti il passaggio della durata da tempo indeterminato a durata a tempo determinato non attribuisce al socio un autonomo diritto di recesso ex lege.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 6280, pubblicata in data 24 febbraio 2022](#), si è pronunciata sul tema del diritto di recesso del socio di s.p.a. nell'ipotesi di una deliberazione di riduzione della durata della società da tempo indeterminato a tempo determinato, che comporti il venir meno del diritto di recesso *ad nutum* del socio.

Nello specifico, la Corte si è espressa sull'interrogativo se «l'art. 2437, primo comma, lett. e) cod.civ., [debba] essere letto nel senso che qualunque deliberazione assembleare avente ad oggetto una modifica statutaria che abbia l'effetto di privare un socio della facoltà di recedere dalla società al medesimo spettante in base al combinato disposto delle disposizioni normative e statutarie vigenti al momento dell'adozione della stessa deliberazione assembleare, sia in sé sufficiente per far sorgere in capo ai soci assenti o dissenzienti il diritto di recedere dalla società (...) oppure nel senso che tale diritto di recesso [sorga] solo laddove si tratti di deliberazione assembleare riguardante le ipotesi indicate dall'art. 2437, secondo comma, cod. civ. (proroga del termine di durata della società e/o introduzione o rimozione di vincoli alla circolazione dei titoli azionari)».

La Corte, pertanto, ha illustrato l'istituto del recesso, sottolineando come questo assuma particolare rilievo nell'ambito delle intervenute modifiche degli elementi essenziali del contratto sociale, in quanto «efficace strumento di tutela del socio avverso cambiamenti sostanziali dell'operazione cui partecipa» e come, a seguito della riforma introdotta dal d. lgs. n. 6 del 17 gennaio 2003, «il novellato art. 2437 cod. civ. non solo annovera un più ampio catalogo di cause di recesso normativamente previste, ma riconosce all'autonomia statutaria la facoltà di individuarne ulteriori, anche se tale facoltà è riservata alle sole società che non fanno appello al mercato del capitale di rischio e che non godono del pieno ed inderogabile diritto alla libera trasferibilità delle azioni, rispetto al quale il recesso si configura come strumento alternativo».

La Corte ha chiarito, dunque, come vi siano due categorie di recesso: **(i)** «le cause di recesso necessarie ed ineliminabili statutariamente»; **(ii)** «le cause di recesso disponibili in quanto eliminabili statutariamente, anche se tale eliminazione quando viene attuata mediante una deliberazione assembleare è, a sua volta, foriera dell'attribuzione di un autonomo diritto di recesso».

La Corte si è espressa sul caso di specie, ossia sul rapporto tra la durata della società per azioni, la sua modifica e il diritto di recesso, osservando come l'elemento temporale rilevi in due ipotesi: **(i)** «[l]a prima riguarda - non già la riduzione della durata della società, ma - la proroga della durata della società,

fattispecie per la quale è prevista una autonoma causa di recesso, derogabile statutariamente»; (ii) «la seconda concerne il caso della società costituita a tempo indeterminato le cui azioni non siano quotate su mercati regolamentari, situazione in relazione alla quale, a prescindere dall'adozione di una qualsivoglia deliberazione, è riconosciuto il diritto di recesso ad nutum».

Sulla base di quanto enunciato, la Corte ha ritenuto pertanto che nel caso di specie l'applicabilità dell'art. 2437 c.c. andasse esclusa, osservando che **«il diritto di recesso ad nutum attribuito dal terzo comma della disposizione in esame è direttamente connesso alla durata indeterminata statutariamente prevista per la società e non alla modifica della stessa; sul piano della modifica della durata rileva, invero, solo la proroga (...), mentre l'opposta ipotesi della riduzione della durata non è fonte di alcun autonomo diritto di recesso per il socio, né ciò può dedursi per implicito dalla facoltà prevista dal terzo comma».**

La Corte ha precisato infatti che *«[l]a previsione dettata dal terzo comma, invero, ponendosi in linea con quella che riconosce la facoltà di recesso in caso di proroga della società, è intesa a tutelare il socio, al fine di evitare che questi, nei casi in cui le azioni non siano quotate in un mercato regolamentato, sia costretto dal vincolo sociale oltre un tempo ragionevole contro la sua volontà»,* concludendo che *«le ragioni di tale tutela non sussistono nell'opposto caso in cui la durata della società venga ridotta, tant'è che questa ipotesi non rientra nelle fattispecie previste ex lege al primo comma - che alla lettera e) non contiene alcun rinvio alla ipotesi prevista dal terzo comma - e al secondo comma».*

Pertanto, la Corte ha affermato che **«la deliberazione di riduzione della durata della società che comporti il passaggio della durata da tempo indeterminato a durata a tempo determinato non attribuisce al socio un autonomo diritto di recesso ex lege alla stregua della disciplina dettata dall'art. 2437, primo comma, lett. e) cod. civ., perché tale effetto consegue solo nel caso di eliminazione delle cause di recesso previste ex lege derogabili e di eliminazione delle ulteriori clausole di recesso specificamente previste dallo statuto».**

Corte di Cassazione, 1° febbraio 2022, n. 2984 – riduzione del capitale al di sotto del minimo legale: (i) lo scioglimento della società si produce automaticamente ed immediatamente al momento della riduzione del capitale al di sotto del minimo di legge, (ii) non sussiste un termine decadenziale oltre il quale all'assemblea, a ciò convocata, sia precluso di adottare delibere di ripianamento delle perdite in modo da ricostituire il capitale ai sensi dell'art. 2482-ter c.c., (iii) il mancato rispetto dell'obbligo degli amministratori di procedere senza indugio alla convocazione dell'assemblea può essere causa di loro responsabilità.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 2984, pubblicata in data 1 febbraio 2022](#), si è pronunciata in tema di riduzione del capitale al di sotto del minimo legale, affrontando in particolare due questioni: a) la prima relativa al modo in cui gli adempimenti di cui all'art. 2482-ter c.c. incidano sull'operatività della

causa di scioglimento ex art. 2484, comma 1, n. 4 c.c. e b) la seconda relativa alla sussistenza o meno di un termine oltre il quale all'assemblea sia precluso adottare le deliberazioni di cui all'art. 2482-ter c.c.

Con riferimento al punto *sub a)*, la Corte ha anzitutto richiamato due diverse «*opinioni*» dottrinali:

- a) «*una, che configura gli adempimenti di cui all'articolo [2482-ter] come condizione risolutiva di uno scioglimento immediatamente verificatosi al momento della riduzione del capitale*»;
- b) «*l'altra, che, viceversa, condiziona sospensivamente alle deliberazioni dell'assemblea convocata ai sensi della medesima disposizione lo scioglimento della società determinato dalla norma di cui all'art. 2484 c.c., comma 1, n. 4*».

La Corte ha poi spiegato che «*[s]econdo la prima prospettazione (...) la società sarebbe da considerarsi sciolta - e dunque proiettata nella fase liquidatoria - al momento stesso della riduzione del capitale al di sotto del minimo, salva la possibilità dell'assemblea convocata dall'amministratore ai sensi dell'art. 2482-ter c.c., di reintegrare il capitale e di rimuovere, così, la causa di scioglimento. In armonia con la seconda, viceversa, si ritiene da taluno che alla causa di scioglimento sia da riconoscere la natura di fattispecie complessa, integrata dalla perdita qualificata e dalla successiva mancata adozione, da parte dell'assemblea, della deliberazione di ricostituzione del capitale o di trasformazione*».

La Corte ha aderito alla prima delle posizioni anzidette, richiamando il costante orientamento secondo il quale «***nell'ipotesi di perdita del capitale e sua riduzione al di sotto del minimo di legge, lo scioglimento della società si produce automaticamente ed immediatamente, salvo il verificarsi della condizione risolutiva costituita dalla reintegrazione del capitale o della trasformazione della società, da deliberarsi, peraltro, con le maggioranze richieste per le modificazioni dell'atto costitutivo, cui detti provvedimenti danno sostanzialmente luogo, e non già all'unanimità, come necessario per la deliberazione di revoca dello scioglimento, in quanto, con il verificarsi dell'anzidetta condizione risolutiva, vengono meno ex tunc lo scioglimento della società ed il diritto del socio alla liquidazione della quota***».

Con riferimento al punto *sub b)*, la Corte si è interrogata se l'assemblea possa disporre in ogni tempo la reintegrazione del capitale eroso dalle perdite oppure se la relativa deliberazione sia legittima solo se legata da un rapporto di immediatezza temporale con la percezione delle perdite, posto che l'art. 2482-ter c.c. impone all'amministratore di convocare "senza indugio" l'assemblea.

La Corte ha rifiutato quest'ultima opinione, affermando a tal proposito che: «***[m]anca, invero, nell'ordinamento, un termine oltre il quale è precluso all'assemblea di deliberare a norma dell'art. 2482-ter c.c. (...). La locuzione "senza indugio", infatti, vale solo a connotare in termini di urgenza il dovere di***

*informazione gravante sull'amministratore (urgenza peraltro già implicita nell'esistenza di una perdita eccedente il terzo del capitale sociale) e, quindi, a fissare un preciso aspetto di **responsabilità nei confronti della società** che potrebbe essere seriamente pregiudicata dal ritardo nella convocazione dell'assemblea».*

La Corte, dunque, ha concluso che: **«non sussiste un termine decadenziale oltre il quale all'assemblea, a ciò convocata, sia precluso di deliberare ai sensi dell'art. 2482-ter c.c. Il mancato rispetto della sollecitudine che detta norma impone agli amministratori per la convocazione dell'assemblea potrà essere causa di loro responsabilità, ma non preclude all'assemblea stessa di adottare, con effetto ex tunc, (...) le delibere di ripianamento delle perdite in modo da ricostituire il capitale quanto meno al limite legale».**

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDSUALI

Corte di Cassazione, SS. UU., 14 febbraio 2022, n. 4696 – concordato preventivo: il debitore ammesso al concordato preventivo omologato, che si dimostri insolvente nel pagamento dei debiti concordatari, può essere dichiarato fallito, su istanza dei creditori, del PM o sua propria, anche prima ed indipendentemente dalla risoluzione del concordato ex art. 186 l.f.

La Corte di Cassazione a Sezioni Unite, con [sentenza n. 4696, pubblicata in data 14 febbraio 2022](#), si è pronunciata sulla ammissibilità dell'istanza di fallimento nei confronti di un debitore ammesso al concordato preventivo omologato senza la previa risoluzione del concordato ai sensi dell'art. 186 l.f.

Con [ordinanza interlocutoria n. 6989 del 31 marzo 2021](#), la I Sezione Civile della Corte di Cassazione aveva rimesso gli atti al Primo Presidente, ex art. 374, co. 2, c.p.c., per l'eventuale assegnazione alle Sezioni Unite «*della questione dell'ammissibilità dell'istanza di fallimento ex articoli 6 e 7 legge fallimentare nei confronti di impresa già ammessa al concordato preventivo poi omologato, a prescindere dell'intervenuta risoluzione del concordato, quale questione di massima di particolare importanza*».

In particolare, nell'**ordinanza di rimessione** era stato evidenziato che

- a) vi erano **due ordinanze della VI Sezione Civile della Corte di Cassazione** nelle quali era stato affermato che «*venuto a cadere, con la riforma dell'articolo 186 l.fall. da parte del d.lgs. 169/07, ogni automatismo tra risoluzione del concordato e dichiarazione di fallimento, quest'ultima può intervenire anche a prescindere dalla previa adozione della prima, quantomeno nei casi in cui il creditore istante faccia valere il credito non nella misura originaria, ma in quella falcidiata con la proposta concordataria omologata ineseguita*»;
- b) tale indirizzo non era però condiviso da **parte autorevole della dottrina** secondo cui «*la possibilità di fallimento 'omisso medio' troverebbe invece ostacolo nella specialità della disciplina concordataria (segnatamente dell'art. 186 l.fall.) rispetto alla regola generale ex art. 6 l.fall.; nella configurabilità, a seguito dell'esdebitazione prodotta dalla omologazione e del ritorno in bonis del debitore, di una 'nuova' insolvenza solo relativamente ad obbligazioni contratte dopo l'omologazione stessa e rimaste inadempite (...); nella incompatibilità di un concordato preventivo 'convertito' in fallimento con le finalità perseguite con lo strumento concordatario, secondo la ricostruzione che ne viene data dalla giurisprudenza e dalla dottrina prevalenti*». Ulteriore elemento interpretativo a sostegno di tale soluzione era da evincersi «*dall'inserimento dell'articolo 119 del Codice della Crisi d'Impresa e dell'Insolvenza, da parte del d.lvo. 147/20, del settimo comma, secondo il quale "il Tribunale dichiara aperta la liquidazione giudiziale solo a seguito della risoluzione del concordato, salvo che lo stato di insolvenza*

consegua a debiti sorti successivamente al deposito della domanda di apertura del concordato preventivo»»;

- c)** alla luce di un **controverso quadro interpretativo**, le Sezioni Unite dovevano verificare «*se l'affermata possibilità di dichiarare il fallimento senza prima risolvere il concordato: - non implicasse elusione dei diversi presupposti della risoluzione stessa (...); - risultasse compatibile con un sistema normativo che prevede la possibilità di dichiarazione di fallimento nel concordato preventivo solo al verificarsi di determinati eventi (...), originanti un fallimento in consecuzione e non autonomo; - rispondesse al principio generale (...) di necessario coordinamento tra procedure concorsuali relative ad una medesima insolvenza, con preferenza per la soluzione concordataria, (...); - non contravvenisse alla obbligatoria vincolatività del concordato per i creditori anteriori ex articolo 184 l.fall.»;*

Le Sezioni Unite, investite della questione, hanno, in primo luogo, affermato che «**non ci sono valide e convincenti ragioni per disattendere l'indirizzo interpretativo in varie occasioni, e senza contrasto, in materia stabilito da questa Corte**», in quanto la tesi dottrinale di cui alla lett. b) introdurrebbe nell'ordinamento «*una vistosa deroga alla regola generale di fallibilità dell'imprenditore commerciale insolvente ex artt.1 e 5 l.fall., e ciò in forza di una interpretazione priva di riscontro nella lettera della legge e solo apparentemente sistematica*». La Corte ha altresì aggiunto che, a seguito delle modifiche apportate dal d.lgs.169/2007, «**risoluzione del concordato preventivo e fallimento costituiscono adesso istituti ed eventi del tutto autonomi, distinti ed anche operativamente tra loro slegati**».

Peraltro, anche nella vigenza della **precedente disciplina** (all'interno della quale «*l'art.186 l.fall. stabiliva una connessione necessaria tra il venir meno degli effetti del concordato preventivo ed il fallimento, nel senso che quest'ultimo veniva senz'altro dichiarato d'ufficio dal Tribunale "con la sentenza che risolve o annulla il concordato"*»), era intervenuta una sentenza della **Corte Costituzionale** (Corte Cost. 106/2004) che, ad opinione della Corte di Cassazione, «*lungi da essere res(a) inattuale dalle modifiche succedutesi, risulta a tutt'oggi di perdurante e - se mai - rafforzata persuasività*». Secondo tale pronuncia, cui la Corte di Cassazione ha aderito nel caso de quo, «**la circostanza che la risoluzione comportasse il fallimento non escludeva che quest'ultimo potesse essere dichiarato anche indipendentemente dalla prima e, anzi, solo su questa premessa poteva reggersi il giudizio di compatibilità costituzionale delle norme denunciate**» (i.e. artt. 137, 184, 186 l.f.).

In relazione, invece, all'istituto della **risoluzione del concordato preventivo** ai sensi dell'art. 186 l.f., la Corte ha osservato che «*la risoluzione, nel sistema oggi vigente, costituisce un rimedio prettamente contrattuale (anch'esso rapportato, ex art.1455 cod.civ., ad un inadempimento di certa importanza) innestato nel concordato al fine di eliminarne gli effetti dilatori e rimessori, oltre che segregativi*». Per questo motivo, «*riguardando un istituto diverso da quelli di generale fallibilità, l'art.186 non si pone affatto in rapporto di specialità con le norme che presiedono a questi ultimi; ma se l'art.186 ha un diverso*

oggetto e non è norma speciale incidente sullo statuto di fallibilità, neppure hanno ragion d'essere le preoccupazioni di elusività o aggiramento dei presupposti e modi della risoluzione quanto a legittimazione dei soli creditori, a necessità di un accertamento giudiziale sulla non scarsa importanza dell'inadempimento, a rispetto del termine annuale dalla scadenza dell'ultimo adempimento concordatario».

Le Sezioni Unite hanno poi richiamato due propri **precedenti** (sentenze gemelle nn. 9935 e 9936 del 2015) aventi ad oggetto problematiche non identiche ma propedeutiche rispetto alla presente questione e, in particolare, (i) la «**rimozione dell'insolvenza per effetto dell'omologa**» e (ii) la «**necessaria consecutività delle procedure concordataria e fallimentare**» e, sul punto, hanno statuito che «**non può dirsi che la tesi del 'fallimento senza risoluzione' si ponga in contrasto con quanto così affermato**» nelle richiamate pronunce. Infatti, le due sentenze citate *supra* avevano affrontato la questione sul presupposto della "pendenza" della procedura concordataria, mentre invece «**il rapporto tra risoluzione e fallimento muove dal diverso contesto della post-omologazione**».

La Corte ha poi aggiunto che, nel contesto successivo all'omologazione del concordato, a venire in rilievo è l'**adempimento degli obblighi previsti dal concordato** e che dunque «**l'inadempimento di quell'accordo rientra di per sé tra quei 'fatti sopravvenuti' in presenza dei quali (oltre che nei casi di risoluzione o annullamento) anche le sentenze in esame ammettono la possibilità di presentazione di nuove istanze di fallimento, essendo l'improcedibilità derivante dall'omologa riservata alle sole istanze di fallimento 'già presentate'. Il che dà conto del dato di fondo per cui l'insolvenza, intesa quale fenomeno giuridico di sostrato economico, è sì rimossa dall'omologazione del concordato, ma nel duplice senso che, per effetto di questa:**

- a) (sostanziale) l'insolvenza non rileva più nella sua manifestazione d'origine ma, eventualmente, solo in quella rinveniente dalla mancata esecuzione del patto concordatario;**
- b) (processuale) le precedenti istanze di fallimento non possono avere corso».**

Infine, in relazione all'**introduzione dell'art. 119, co. 7 c.c.i.i.** (che stabilisce che «**il tribunale dichiara aperta la liquidazione giudiziale solo a seguito della risoluzione del concordato, salvo che lo stato di insolvenza consegua a debiti sorti successivamente al deposito della domanda di apertura del concordato preventivo**»), la Corte di Cassazione ha statuito che:

- a) si tratta di «disposizione qui non applicabile, dal momento che il Codice della Crisi non è ancora vigente avendo subito, come è noto, vari rinvii»;**
- b) pur alla luce dell'indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cass. Civ. SS.UU: 12476/2020) che ritiene possibile il ricorso alla nuova disciplina anche in funzione esclusivamente interpretativa, «va negata, nel caso qui in**

esame, **qualsivoglia influenza ermeneutica** a quanto prescritto dall'art.119 CCII» in quanto sarebbe **«evidente il difetto di quel requisito di continuità di regime che si è detto essere essenziale per il recupero della valenza interpretativa postuma»**.

Alla luce delle argomentazioni sopra esposte, la Corte ha espresso il seguente **principio di diritto**: **«nella disciplina della legge fallimentare risultante dalle modificazioni apportate dal D.lvo n.5/2006 e dal D.Lvo 169/2007, il debitore ammesso al concordato preventivo omologato che si dimostri insolvente nel pagamento dei debiti concordatari può essere dichiarato fallito, su istanza dei creditori, del PM o sua propria, anche prima ed indipendentemente dalla risoluzione del concordato ex art.186 l.fall.»**.

Corte di Cassazione, 16 febbraio 2022, n. 5127 - giudizio di opposizione all'omologazione del concordato preventivo: i) ha natura contenziosa, ii) la condanna alle spese in tale giudizio grava, a fronte del diniego dell'omologazione, sul debitore ammesso al concordato preventivo.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 5127, pubblicata in data 16 febbraio 2022](#), si è pronunciata, con riferimento alla natura del giudizio di opposizione all'omologazione del concordato preventivo, nonché alla liquidazione delle spese in tale giudizio.

La Corte ha anzitutto richiamato il proprio costante orientamento per cui **«non può dubitarsi della natura contenziosa del giudizio di opposizione all'omologazione con contrapposte posizioni processuali tra il creditore opponente e la società debitrice che insista nell'istanza di omologazione del concordato preventivo, posto che si disputa indubbiamente sulla sussistenza o meno del diritto all'ammissione dell'impresa debitrice alla soluzione concordata della crisi di impresa a fronte di una pretesa oppositiva che contesta proprio quel diritto sulla base dell'asserzione del difetto di un presupposto di legge ovvero del requisito della fattibilità giuridica o economica del concordato ovvero ancora di altro difetto formale di ammissione e di omologazione del concordato stesso»**.

Tanto premesso, la Cassazione ha, in conclusione, affermato che **«- nel giudizio che si instaura a seguito dell'opposizione di un creditore contro l'omologazione del concordato preventivo - il debitore ammesso al concordato, il quale insista per detta omologazione, rimane soccombente, e quindi legittimamente viene condannato alle spese processuali, a fronte del diniego dell'omologazione stessa, ancorché questo, in adesione ad una sua deduzione subordinata, venga reso per ragioni formali»**.

Corte di Cassazione, 10 febbraio 2022, n. 4347 – azione di responsabilità promossa ex art. 146 l.f. a seguito dell'intervento di una causa di scioglimento contro l'ex amministratore di una società poi fallita: i) si integra una causa di scioglimento della società solo quando la perdita di esercizio è superiore al terzo del capitale e lo riduce al di sotto dell'ammontare minimo; ii) ove il giudice ricorra al criterio equitativo

della differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, deve indicare le ragioni per le quali l'insolvenza sarebbe stata conseguenza delle condotte gestionali dell'amministratore e deve accertare il nesso di causalità tra le condotte dell'amministratore e il danno allegato.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 4347, pubblicata in data 10 febbraio 2022](#) si è pronunciata in tema di corretta **interpretazione dell'art. 2448, primo comma, n. 4), c.c.**, (avente ad oggetto la causa di scioglimento della società per riduzione del capitale al di sotto del minimo legale) e sui corretti **criteri di determinazione del danno**.

La Suprema Corte - chiamata a pronunciarsi relativamente ad un caso nel quale si riteneva che un amministratore avesse compiuto nuovi atti d'impresa dopo il verificarsi di una causa legale di scioglimento della società - è stata, in *primis*, sollecitata sulla questione dell'**interpretazione dell'art. 2448, primo comma, n. 4), c.c.** La Cassazione, richiamando la dottrina maggioritaria e parte significativa della giurisprudenza di merito, ha ricordato che **«il fatto determinante lo scioglimento della società non è la riduzione del capitale al disotto del minimo legale per effetto di una perdita di qualunque consistenza quantitativa, ma che l'evento dissolutivo in parola si verifica solo quando la perdita di esercizio è superiore al terzo del capitale e lo riduce al disotto di tale ammontare minimo»**.

La Corte, inoltre, ha precisato che: *«tale interpretazione non è desunta dalla lettera dell'art. 2448 c.c., comma 1, n. 4), che, nel "far salvo quanto disposto dall'art. 2447 c.c.", non prende posizione in ordine alla consistenza quantitativa della perdita che ha determinato la riduzione del capitale al disotto del minimo legale»*. Invero, l'interpretazione letterale *«determinerebbe una quanto mai rilevante amputazione della parte descrittiva della fattispecie contenuta nell'art. 2447 c.c., costituente il presupposto dell'insorgere degli obblighi da tale disposizione di legge previsti: id est, la diminuzione del capitale oltre il minimo legale causata dalla "perdita di oltre un terzo del capitale"»*.

In secondo luogo, la Corte si è pronunciata sulla questione relativa alla **quantificazione del danno risarcibile nell'azione di responsabilità promossa dal curatore di fallimento ai sensi dell'art. 146, comma 2, l.f. nei confronti dell'ex amministratore della società fallita**, che abbia violato il divieto di compiere nuove operazioni sociali dopo l'avvenuta riduzione per perdite del capitale sociale al disotto del minimo legale.

Sul punto, la Cassazione ha chiarito che *«la mancata (o irregolare) tenuta delle scritture contabili, pur se addebitabile all'amministratore convenuto, non giustifica che il danno risarcibile sia determinato e liquidato nella misura corrispondente alla differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, potendo tale criterio essere utilizzato solo quale parametro per una liquidazione equitativa ove ne sussistano le condizioni, sempreché il ricorso ad esso sia, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile e, comunque, l'attore abbia allegato un inadempimento*

dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore medesimo».

Alla luce di quanto enunciato sopra, la Corte Suprema ha, in conclusione, enunciato i seguenti principi di diritto:

- a)** *«L'art. 2448, primo comma, n. 4), cod. civ. (nel testo anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ratione temporis applicabile al caso di specie), che prevede lo scioglimento della società di capitali "per la riduzione del capitale al disotto del minimo legale, salvo quanto è disposto dall'art. 2447", si interpreta nel senso che tale evento: si verifica solo quando la perdita di esercizio di consistenza superiore al terzo del capitale determina la riduzione di questo al disotto del minimo stabilito dalla legge (art. 2327 cod. civ., per la società per azioni; art. 2474 cod. civ. per la società a responsabilità limitata); non si verifica quando la perdita di capitale, pur determinando la riduzione di questo al disotto del minimo stabilito dalla legge, sia pari o inferiore al terzo del capitale medesimo»;*
- b)** *«nell'azione di responsabilità promossa dal curatore di fallimento ai sensi dell'art. 146, secondo comma, l.fall. contro l'ex amministratore di una società, poi fallita, che abbia violato il divieto di compiere nuove operazioni sociali dopo l'avvenuta riduzione, per perdite, del capitale sociale al disotto del minimo legale (art. 2449 cod. civ., nel testo anteriore all'entrata in vigore del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, ratione temporis applicabile al caso di specie), il giudice, ove, nella quantificazione del danno risarcibile, si avvalga, ricorrendone le condizioni, del criterio equitativo della differenza tra il passivo accertato e l'attivo liquidato in sede fallimentare, temperato dalla espunzione da tale differenza del passivo formatosi successivamente al verificarsi dello scioglimento della società, deve indicare le ragioni per le quali, da un lato, l'insolvenza sarebbe stata conseguenza delle condotte gestionali dell'amministratore e, dall'altro, l'accertamento del nesso di causalità materiale tra queste ultime e il danno allegato sarebbe stato precluso dall'insufficienza delle scritture contabili sociali; e ciò sempre che il ricorso a tale criterio equitativo sia, in ragione delle circostanze del caso concreto, logicamente plausibile e, comunque, l'attore abbia allegato un inadempimento dell'amministratore almeno astrattamente idoneo a porsi come causa del danno lamentato, indicando le ragioni che gli hanno impedito l'accertamento degli specifici effetti dannosi concretamente riconducibili alla condotta dell'amministratore medesimo».*