



**PROCURA GENERALE**  
della Corte di cassazione

Sezione Prima Civile  
Udienza Pubblica del 25 gennaio 2024

Ricorso R.G. n. 32864/2019; n. 10 del Ruolo  
*rel. cons. E. Campese*

**Conclusioni motivate del P.M.**

**IL SOSTITUTO PROCURATORE GENERALE**

**Stanislao De Matteis**

**Osserva**

**1.** – Con il **primo** motivo, il curatore del fallimento censura la sentenza della Corte di appello di Venezia nella parte in cui, confermando la sentenza di primo grado, ha negato la legittimazione della società, rappresentata dal curatore, ad agire per la responsabilità del soggetto che avrebbe esercitato poteri di direzione e coordinamento (pag. 7 e 8 della sentenza).

**1.1.** – La possibilità per la società eterodiretta di agire direttamente nei confronti della controllante per abusivo esercizio dell'attività di direzione e coordinamento risulta essere dibattuta.

A **favore** la giurisprudenza del Tribunale di Milano: cfr. Trib. Milano 21 luglio 2020, in *www.giurisprudenzadelleimprese.it*; Trib. Milano 15 maggio 2014, in *DeJure*; Trib. Milano 20 dicembre 2013, in *Società*, 2014, 571 ss., e in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 362; Trib. Milano 27 febbraio 2012, in *Riv. dir. soc.*, 2012, 734; in dottrina F. Guerrera, "Compiti" e responsabilità del socio di controllo, in *Riv. dir. soc.*, 2009, 506; G. Scognamiglio, *Danno sociale e azione individuale nella disciplina della responsabilità*, in *Liber amicorum G.F. Campobasso*, a cura di P. Abbadessa - G.B. Portale, III, 2007, 964 ss.; contra P. Abbadessa, *La responsabilità della capogruppo verso la società abusata: spunti di riflessione*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2008, I, 282; U. Tombari, *Diritto dei gruppi di imprese*, Milano, 2010, 44; L. Benedetti, *La legittimazione attiva e passiva all'azione risarcitoria ex art. 2497, 1 co., c.c.: conferme giurisprudenziali e spunti di riflessione*, in *Riv. dir. comm.*, 2015, II, 362.

**1.2.** – L'art. 2497, comma 1, c.c. dispone che "Le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui

*in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, sono direttamente responsabili nei confronti dei soci di queste per il pregiudizio arrecato alla redditività ed al valore della partecipazione sociale, nonché nei confronti dei creditori sociali per la lesione cagionata **all'integrità del patrimonio della società***".

L'art. 2497, comma 4, c.c. prevede che “*nel caso di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria di società soggetta ad altrui direzione e coordinamento, **l'azione spettante ai creditori** di questa è esercitata dal curatore o dal commissario liquidatore o dal commissario straordinario*”.

Dunque, il curatore del fallimento della società soggetta alla direzione ed al coordinamento di altra società od ente è **letteralmente** legittimato a proporre **unicamente** l'azione spettante ai creditori sociali.

La responsabilità della società o del diverso ente nei confronti dei creditori sociali - o, in luogo di essi, del curatore - ricorre **solamente** quando dall'azione dei primi sia conseguita “*la lesione (...) all'integrità del patrimonio della società*”. Quest'espressione evoca l'analoga disposizione dettata dall'art. 2392, comma 1, c.c., che, nel tracciarne i confini generali della “*responsabilità verso i creditori sociali*”, prevede che “*gli amministratori rispondono verso i creditori sociali per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale*”.

Simmetricamente a quanto richiesto per la configurazione della responsabilità dell'organo amministrativo verso i creditori sociali della società da quell'organo gestita, perché possa essere affermata la responsabilità derivante dall'illecito esercizio dell'attività di direzione e coordinamento di società **occorre** che il patrimonio della società oggetto della predetta attività sia stato danneggiato. Dev'esserne, in altri termini, stata lesa l'integrità, con conseguente annientamento o riduzione della generica garanzia patrimoniale (art. 2740 c.c.).

Il pregiudizio ai creditori, ai sensi dell'art. 2497 c.c., comma 1, è, dunque, quello all'interesse, che loro pertiene, strumentale alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale della propria debitrice, quale presupposto per favorire il buon esito del proprio credito. In tal senso, “danno” per i creditori è il **non** poter essere pagati, a cagione del pregiudizio all'integrità del patrimonio sociale, causato dalla capogruppo (Cass. n. 14876 del 2022; Cass. n. 29139 del 2017).

La delineata sovrapposizione delle due fattispecie comporta che - al di là dei loro pur ineliminabili tratti differenziali, tra i quali, in particolare, il rapporto strumentale, previsto dall'art. 2497, comma 1, c.c. tra l'agere della società od ente esercente la direzione ed il coordinamento ed il perseguimento dello “*interesse imprenditoriale proprio o altrui*”, condotto in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale - **occorrono**, dunque, (i) una condotta contraria a determinati doveri (imposti dalla legge o dallo statuto, per quanto concerne gli amministratori; di corretta gestione societaria e imprenditoriale, per quanto riguarda le società od enti esercenti una posizione di “*dominio*”), (ii) la produzione del danno ed (iii) il nesso di causalità tra l'una e l'altra.

All'art. 2497 c.c., laddove menziona il necessario rispetto, ad opera della capogruppo, dei “*principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società*”, può ricondursi, perciò, il **principio** onde è imposto ad essa di preservare l'equilibrio

finanziario dell'impresa e l'integrità del suo patrimonio, a tutela del ceto dei creditori, volontari ed involontari, dell'impresa stessa, e quello che **impone** di gestire l'impresa in maniera tale da salvaguardarne la capacità di esistenza autonoma in un contesto di mercato concorrenziale (Cass. n. 14876 del 2022).

**1.2.1.** – Anche i **lavori preparatori** (ben ricordati da P. Abbadessa) depongono nel senso che il curatore è legittimato a proporre **unicamente** l'azione spettante ai creditori sociali.

Il loro esame, infatti, consente di affermare che le scelte definitive del legislatore delegato sono stati **consapevoli**: per un verso, la cancellazione del terzo comma dello schema, con conseguente **soppressione** della legittimazione della società eterodiretta a promuovere l'azione di responsabilità contro la società dominante, già concessa ad azionisti “esterni” e creditori della società abusata; per altro verso, la riconduzione di tale azione (degli azionisti “esterni” e dei creditori) alla violazione di una regola di condotta stabilita dal legislatore in funzione di una tutela diretta degli interessi che ad essi fanno capo (rispettivamente, redditività e valore della partecipazione, e solvibilità della società).

**1.3.** – Questa impostazione **non** è scalfita dalle osservazioni contenute in ricorso e nella memoria *ex art.* 380 bis. 1 c.p.c.

**1.3.1.** – Il **dato letterale** dell'art. 2497, comma 4, c.c., che **espressamente** si riferisce alla **solà** azione dei creditori sociali (la quale, effettivamente, con il fallimento o l'amministrazione straordinaria della società eterodiretta, diviene azione di massa, al pari dell'azione *ex art.* 2394 c.c.), **non** è superabile alla luce dei criteri interpretativi di cui all'art. 12 preleggi c.c., tanto più considerando che il comma 4 è collocato all'interno della norma che regola, ai commi precedenti, la responsabilità della società che esercita illegittimamente attività di direzione e coordinamento verso la controllata per i pregiudizi arrecati **sia** ai soci, **sia** ai creditori sociali dell'ente eterodiretto, quindi l'attribuzione della legittimazione al curatore o al commissario straordinario della **solà** azione dei creditori, manifesta, come ritiene anche la dottrina maggioritaria, una **precisa scelta** del legislatore e **non** la si può ritenere una mera omissione.

Ed è proprio il dato letterale ad aver **orientato** la Corte nella interpretazione, a diversi fini, dell'art. 2497 c.c.:

- **Cass. n. 29139 del 2017** (“*Tale tesi, tuttavia, in entrambe le sue declinazioni, non convince, un'interpretazione condotta secondo **la lettera e la ratio dell'art. 12 preleggi** inducendo a diversa conclusione*”)

- **Cass. n. 12254 del 2015** (“*la **piana** lettura del comma 3*”)

V., **infra**, anche le pronunce citate al punto 1.3.4.2.

**1.3.2.** – Nel senso innanzi espresso depone inoltre la seguente riflessione.

Questa Corte ha, infatti, già avuto modo di affermare come la società, che, ai sensi dell'art. 2497 c.c., abbia abusato dell'attività di direzione e coordinamento, e che perciò risponde del risarcimento del danno derivante dal cattivo esercizio del potere di direzione sulla società eterodiretta, **non** possa dirsi condebitrice solidale con essa, in forza del terzo comma di tale disposizione, onde non è obbligata per il pagamento dei debiti insoddisfatti verso i creditori di questa (Cass. n. 12254 del 2015).

È stato poi ulteriormente precisato che “*il legislatore stesso ha prescelto una formulazione tutt’affatto diversa: **non** ha attribuito ai soci esterni ed ai creditori il diritto al risarcimento verso la società partecipata ed ha disposto che il diritto al risarcimento del danno vantato verso la controllante, previsto dal comma 1, possa farsi valere solo allorchè essi non siano stati “soddisfatti” dalla società controllata*” (Cass. n. 29139 del 2017, in motivazione).

Se la società controllata non può essere citata in giudizio dai creditori sociali non può al contempo ammettersi che essa possa chiamare in giudizio la controllante per i danni arrecati all’integrità del patrimonio sociale.

**1.3.3.** – A ciò si aggiunga che la previsione normativa del trasferimento della legittimazione al curatore della **sola** azione del creditore sociale è **coerente** con il sistema essendo disposizione che garantisce la *par condicio creditorum* e la conseguente necessità che ogni reintegrazione del patrimonio sociale che abbia compromesso la sua funzione di garanzia *ex art. 2740 c.c.* debba essere finalizzata al soddisfacimento dei creditori in concorso.

Affatto differente, in ipotesi di crisi di impresa, è la posizione della società che, come il socio, che **non** è creditore sociale e che **non** partecipa al concorso, né destinataria del residuo (eventuale) patrimonio sociale terminata la liquidazione concorsuale e soddisfatti tutti i creditori (ipotesi, per altro, che se si verificasse dimostrerebbe che non vi era stata lesione dell’integrità del patrimonio sociale).

La differenza ontologica delle posizioni, della società e dei creditori, tutelate dall’art. 2497 c.c., non consente di estendere la disposizione del comma 4, relativa alla azione di responsabilità dei creditori (azione di massa dopo il fallimento), all’azione di responsabilità della società.

**1.3.4.** – Alcuni studiosi hanno segnalato come le critiche derivanti dalla mancata previsione della legittimazione dell’organo della procedura nella fattispecie in esame avrebbero trovato riscontro nella formulazione dell’art. 291 del CCII, formulazione, che, data l’omnicomprensività, potrebbe essere interpretato nel senso dell’ampliamento della legittimazione del curatore.

**1.3.4.1.** – Proprio la nuova normativa del CCII si presta, però, a diverse ed opposte interpretazioni, sollecitate dalla più attenta dottrina.

L’art. 255 del CCII (“*1. Il curatore, autorizzato ai sensi dell’articolo 128, comma 2, può promuovere o proseguire, anche separatamente: a) l’azione sociale di responsabilità; b) l’azione dei creditori sociali prevista dall’articolo 2394 e dall’articolo 2476, sesto comma, del codice civile; c) l’azione prevista dall’articolo 2476, ottavo comma, del codice civile; d) l’azione **prevista dall’articolo 2497, quarto comma, del codice civile**; e) tutte le altre azioni di responsabilità che gli sono attribuite da singole disposizioni di legge*”) **detta** le disposizioni per la legittimazione generale alle azioni di responsabilità da parte del curatore della liquidazione giudiziale, analogamente a quanto previsto dall’art. 307 CCII per il commissario della liquidazione coatta amministrativa (“*L’azione di responsabilità contro gli amministratori e i componenti degli organi di controllo dell’impresa o dell’ente in liquidazione, a norma degli articoli 2393, 2394, 2476, primo, sesto e ottavo comma, 2497 del codice civile, è esercitata dal commissario liquidatore, previa autorizzazione dell’autorità che vigila sulla liquidazione*”).

Come evidente, **non** si legge la previsione di una legittimazione generale ed indistinta, ma, come sottolineato dalla più accorta dottrina, un'enunciazione puntuale delle azioni di responsabilità esperibili.

Ed, invero, anche la norma di chiusura di cui alla lett. e) dell'art. 255 avrebbe una **finalità volta a circoscrivere** le azioni risarcitorie spettanti alla curatela alle sole ipotesi espressamente previste dalla legge, così superandosi la legittimazione del curatore ad esercitare le azioni di responsabilità **senza** ulteriori precisazioni.

In sostanza, sembra delinearci un'impostazione più rigorosa che **non** riconosce al curatore un generalizzato potere di rappresentanza. Con la conseguenza che le disposizioni che attribuiscono tale potere al curatore debbono considerarsi quali norme **eccezionali**, al di fuori delle quali la legittimazione della curatela quale organo rappresentativo della massa dei creditori deve essere esclusa.

**1.3.4.2.** – In tal ultimo senso, Cass. civ. n. 22284 del 2016 ha affermato che “*la legittimazione ad agire in giudizio per far valere la garanzia prestata da un terzo per la esecuzione di concordato fallimentare risolto, con conseguente riapertura del fallimento, non spetta al curatore del fallimento riaperto, bensì ai singoli creditori ammessi al passivo prima del concordato, atteso che sono questi ultimi a conservare, ai sensi dell'art. 140, terzo comma, legge fall., il diritto di garanzia verso il terzo, nonostante la risoluzione del concordato, e che non ricorre, in mancanza di una espressa previsione normativa, una ipotesi di sostituzione processuale ai sensi dell'art. 81 cod. proc. civ.*” In tal caso, i giudici di legittimità hanno escluso che il curatore del fallimento riaperto fosse legittimato ad insinuarsi, per la massa, al passivo del fallimento dichiarato a carico del garante, sottolineando, in particolare, in motivazione, che “*la legittimazione del curatore non troverebbe un appiglio sufficiente neppure nella sua naturale funzione di tutore dell'interesse dei creditori tutti e nella conseguente titolarità delle cosiddette azioni di massa. Non è consentito invero sostenere l'esistenza di un generale potere-dovere del curatore di sostituirsi ai creditori del fallito nell'esercizio di azioni corrispondenti a diritti di cui essi siano titolari, quando non si tratti di azioni volte alla ricostruzione del patrimonio del fallito o quando una siffatta legittimazione non sia stata espressamente prevista dal legislatore, come ad esempio accade nel caso dell'azione di responsabilità spettante ai creditori sociali contro gli amministratori della società fallita, che gli artt. 2394 e 2394-bis c.c. esplicitamente legittimano il curatore ad esperire*”.

Più recentemente sebbene *incidenter tantum*:

**Cass. 24943 del 2019**, § III della motivazione, ha rilevato “*Fatti salvi i cd. vantaggi compensativi, l'art. 2497 c.c. prevede che le società o gli enti che, esercitando attività di direzione e coordinamento di società, agiscono nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale delle società medesime, siano responsabili per il pregiudizio arrecato alla **redditività e al valore della partecipazione sociale**, nonché nei confronti dei **creditori sociali** per la lesione cagionata all'integrità del patrimonio della società*”.

**Cass. n. 5795 del 2021**, § 4.1. della motivazione, ha rilevato che “*Nella medesima ottica, l'art. 2497 c.c. (introdotto dal D.Lgs. n. 6 del 2003, e quindi inapplicabile ratione temporis alla fattispecie in esame) prevede, in caso di sottoposizione della società a direzione o coordinamento, che la società o l'ente che nell'esercizio di tale potere abbiano agito nell'interesse imprenditoriale proprio o altrui o in violazione dei principi di corretta gestione societaria e imprenditoriale, rispondono direttamente nei **confronti dei soci e dei creditori sociali**, per il pregiudizio arrecato*

*rispettivamente alla redditività ed al valore della partecipazione o alla integrità del patrimonio della società, ma senza escludere, in linea di principio, la responsabilità degli amministratori”.*

Nello stesso senso, v. anche Cass. n. 10103 del 2019.

Dell'art. 2497 c.c. è, dunque, data (come già nel precedente del 2015: v. precedente punto 1.3.1.) un'interpretazione letterale volta ad escludere legittimazioni attive non previste dalla norma.

**1.4.** – A conferma di quanto innanzi rilevato a proposito della esclusione della legittimazione della società a far valere l'azione *ex art.* 2497 c.c., va ricordato che il CCII ha, solo ora ed in via innovativa a far data dalla sua piena efficacia, previsto un complesso di regole raccolte nel titolo VI, dedicato alle Disposizioni relative ai gruppi di imprese (artt. 284 - 292), con una specifica previsione (l'art. 284) intitolata al Concordato, accordi di ristrutturazione e piano attestato di gruppo; un'altra (l'art. 285), avente ad oggetto il contenuto del piano o dei piani di gruppo e azioni a tutela dei creditori e dei soci; ed infine una regolazione (contenuta nell'art. 286) del Procedimento di concordato di gruppo

**1.5.** – Conclusivamente, si reputa che l'omessa previsione della legittimazione del curatore non possa liquidarsi quale mera omissione del legislatore, senza interrogarsi sulla *ratio* di tale esclusione. E ciò soprattutto alla luce di un panorama variegato e variamente interpretato da opposti filoni dottrinali, ognuno dei quali presenta profili di criticità.

Profili di criticità derivanti - dandosi per ammessa la legittimazione della società - anche dal necessario e doveroso coordinamento dell'azione del curatore *ex art.* 2497, comma 4, c.c. e del socio di minoranza, con l'ausilio degli strumenti processualcivilistici.

**2.** – *“Con un secondo motivo si denuncia la violazione per la non corretta interpretazione degli artt. 2033, 2467 e 2497 c.c. Si afferma che l'art. 2033 c.c. dovrebbe trovare applicazione non solo ove la causa manchi totalmente ma anche dove il pagamento indebito sia riferibile ad una ragione genetica nulla ed inefficace. Si sostiene che nel caso della restituzione del finanziamento “anomalo” non verrebbe in essere un pagamento prima della scadenza bensì l'assenza di un elemento sostanziale (il mancato avverarsi della condizione legale dell'assenza di sovraindebitamento o di tensione finanziaria della società) perché possa configurarsi l'attualità del debito stesso di restituzione. Si precisa altresì che la postergazione legale dei finanziamenti “anomali” riguarda tutti i finanziamenti del genere, non solo quelli restituiti entro l'anno anteriore al finanziamento e deve essere assistita da una normativa che la salvaguardi”* (cfr. pag. 5 dell'ordinanza interlocutoria).

Come chiarito dal ricorrente fallimento a pag. 23, 4° cpv., non è stata esercitata l'azione prevista dall'art. 2467, comma 1, seconda parte, c.c. (per la retroversione automatica di finanziamenti anomali rimborsati nell'anno anteriore al fallimento). È stata esercitata - in via concorrente con l'azione *ex art.* 2497 c.c. (v. pag. 26 del ricorso, 1° cpv.) - la domanda di ripetizione *ex art.* 2033 c.c. per un rimborso avvenuto anteriormente all'anno.

In effetti, in caso di violazione della regola della postergazione vierrà in considerazione sia un'azione di inefficacia (nel senso indicato infra § 2.2.), sia un'ipotesi di responsabilità degli amministratori.

**2.1.** – Dispone l'art. 2467, comma 1, c.c. nel testo applicabile *ratione temporis* risalente al d.lgs. n. 6/2003, che il diritto **dei soci** al rimborso di un finanziamento concesso alla società in una situazione di squilibrio finanziario, o in un contesto che avrebbe richiesto un aumento di capitale, è **postergato** rispetto alla soddisfazione degli altri creditori, e deve essere restituito alla massa qualora effettuato nell'anno anteriore alla dichiarazione di fallimento.

Ai sensi dell'art. 2497-*quinquies* c.c., le regole relative ai finanziamenti dei soci nell'ambito della società a responsabilità limitata sono **richiamate** nel caso di finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti (finanziamenti discendenti o orizzontali).

In virtù di tale norma la disciplina in esame si applica ai finanziamenti effettuati **non** solo a favore della società a responsabilità limitata, **ma** anche di società di altro tipo; inoltre le regole in questione vengono in considerazione **non** soltanto nel caso in cui il finanziamento sia effettuato dal socio, **ma** anche da terzi, purché si tratti o della società che esercita attività di direzione e coordinamento nei confronti della società finanziata o da altri soggetti comunque sottoposti a tale società.

**2.1.1.** – Nel caso di specie, la Corte di appello ha rilevato che Trafilerie Venete aveva concesso un finanziamento alla società fallita, **senza esserne socia** (v. pag. 10 della sentenza, 2° cpv.).

**2.2.** – Ciò premesso il motivo è **infondato**.

L'art. 2467 c.c. è stata oggetto di differenti ricostruzioni: secondo un'opinione, ancorata al dato letterale, l'azione attribuita al curatore sarebbe qualificabile come **ripetizione dell'indebitto**, mentre, secondo una differente prospettiva, che cerca di ricondurre la regola ai principi del diritto concorsuale, si tratterebbe di **un'azione revocatoria di carattere speciale** trattandosi di un'inefficacia *ex lege* del rimborso, supportata da una presunzione assoluta della *scientia decotiois*.

Quest'ultima ricostruzione è senz'altro da accogliere giacché lo stesso art. 70, comma 2, l.fall. parla di un un **obbligo di restituzione da revocatoria** allorché si riferisce a “*colui che, per effetto della revoca prevista dalle disposizioni precedenti, ha restituito quanto aveva ricevuto*”.

**Non solo.**

La prima alternativa (qualificazione come azione di ripetizione dell'indebitto) risulta, inoltre, **contraddetta** proprio dall'art. 2467 c.c. nella parte in cui **limita** l'obbligo di restituzione al rimborso percepito nell'anno anteriore al fallimento, la quale risulterebbe del tutto **inutile** se la suddetta ricostruzione fosse fondata, giacché quest'ultima dovrebbe portare di filato ad ammettere che anche i rimborsi effettuati oltre l'anno prima dall'apertura del fallimento siano oggetto di ripetizione, sulla base, appunto, della disposizione indiscriminata di cui all'articolo 2033 c.c.

È proprio, quindi, la limitazione temporale dell'obbligo di restituzione al solo rimborso percepito nel periodo sospetto di un anno anteriore al fallimento, insieme con la complessiva destinazione della disciplina contenuta nell'art. 2467 alla tutela dei creditori, a far piuttosto **propendere** per la tesi che vede nel suddetto obbligo

l'espressione di una vera e propria revocatoria fallimentare *ex lege* del tutto simile, quanto a meccanismo operativo (inefficacia automatica), a quella dei pagamenti di cui all'art. 65 l.fall.

**2.2.1.** – La legge fallimentare **prevede**, inoltre, tutti i mezzi di tutela della situazione sostanziale fatta valere dal fallimento.

L'art. 2467 c.c. è, infatti, norma **speciale** rispetto alla legge fallimentare e la sua applicazione prevale, in ordine temporale, sulle norme di cui agli artt. 65, 66 e 67 l.fall.

Ecco allora che allorché il pagamento è anteriore all'anno, soccorre l'art. **65 l.fall.**, per il quale sono privi di effetto rispetto ai creditori i pagamenti di crediti che scadono nel giorno della dichiarazione di fallimento o posteriormente se eseguiti nei due anni che precedono la dichiarazione di fallimento. Sebbene l'art. 65 fornisca un lasso temporale più ampio al curatore per poter esperire l'azione restitutoria, senza dover dimostrare l'anomalia del finanziamento erogato nei due anni precedenti la dichiarazione di fallimento, la prova verterà, dunque, sulla **esigibilità** del credito.

Quella esigibilità che il fallimento ricorrente nega e difettando la quale ha **proposto** (qui si aggiunge **erroneamente**) l'azione *ex art.* 2033 c.c., la cui proponibilità è, come dinanzi ricordato (§ 2.2.), **esclusa** proprio dalla **limitazione** temporale di un anno prevista dall'art. 2467 c.c.

Se le condizioni e i paletti posti dalle norme di cui all'art. 2467 c.c. e all'art. 65 l.fall. non sono sufficienti per ottenere la restituzione del rimborso dei finanziamenti dei soci, il curatore può disporre di ulteriori dello strumento contenuto nell'art. 66 l.fall.: la revocatoria **ordinaria**.

**Non** è, invece, richiamabile – stante il carattere **indiscriminato** dell'obbligo di restituzione previsto dall'art. 2467 c.c. - l'art. 67, comma 2, l.fall. che subordina, viceversa, la revoca dei pagamenti alla dimostrazione della conoscenza dello stato di insolvenza da parte del creditore insoddisfatto.

**2.3.** – La ricostruzione indicata nel precedente paragrafo ha trovato conferma nel CCII.

Il CCII ha, infatti, abrogato all'interno dell'art. 2467 c.c. (e quindi anche dell'art. 2497-*quinquies* c.c.) la regola di diritto concorsuale.

Tale norma trova ora collocazione nell'ambito dell'art. 164 CCII, che disciplina i pagamenti di crediti non scaduti e postergati.

Il **secondo** comma dell'articolo ora richiamato recita: *“sono privi di effetto rispetto ai creditori i rimborsi dei finanziamenti dei soci a favore della società se sono stati eseguiti dal debitore dopo il deposito della domanda cui è seguita l'apertura della procedura concorsuale o nell'anno anteriore”*. *“Si applica l'art. 2467 secondo comma c.c.”*.

Il **terzo** comma dell'art. 164 CCII a sua volta stabilisce: *“la disposizione di cui al comma secondo si applica anche al rimborso dei finanziamenti effettuato a favore della società assoggettata alla liquidazione giudiziale da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti”*.



Pur richiamando nella sostanza le disposizioni precedenti le innovazioni introdotte dall'art. 164 appaiono significative.

Il legislatore non colloca più la norma, chiaramente di diritto concorsuale, all'interno del c.c. e la inserisce nell'ambito della disciplina dell'azione revocatoria, equiparandola a quella relativa ai pagamenti di crediti non scaduti.

Quindi, viene confermata l'inefficacia del pagamento o meglio del rimborso dei finanziamenti e si amplia il periodo preso in considerazione, che decorre non più dall'apertura della procedura, ma dal deposito della domanda e quindi ricomprende l'anno anteriore a quest'ultimo nonché il periodo intercorrente tra il deposito della domanda e l'apertura della procedura concorsuale.

**3.** – Il **terzo** motivo è volto a censurare la sentenza nella parte in cui ha escluso che l'art. 2497-*quinquies* c.c. potesse applicarsi ad una persona fisica. È volto a censurare anche l'affermazione che la Corte di merito ha svolto nell'esaminare il quarto motivo di appello, lì dove ha escluso la violazione dell'art. 2497 c.c. poiché una persona fisica, non potendosi definire “società o ente”, non può esercitare attività di direzione e coordinamento. Si sostiene (pag. 31 del ricorso) che la Corte distrettuale non avrebbe fatto corretta applicazione dei principi affermati dalla Cass. n. 26765 del 2016 secondo cui nel caso di eterodirezione su base personale i requisiti della spendita del nome e della struttura organizzativa vanno valutati con “minor rigore” perché in tali casi ben vi può esservi una organizzazione coincidente con quella delle tre società coordinate

**3.1.** – Parte controricorrente ha **eccepito** (pag. 26 del controricorso) l'inammissibilità del motivo perché non coglie la *ratio decidendi* della sentenza, avendo la Corte di merito rigettato la domanda attorea “*semplicemente per aver accertato che il sig. P. Z. ha posto in essere le operazioni che gli vengono contestate non già come soggetto esercente i poteri di direzione e coordinamento sulle società, bensì in virtù dei poteri gestori dell'una e dell'altra che gli derivavano entrambe dal suo ruolo di amministratore*”.

L'eccezione di inammissibilità del motivo **non** è fondata.

Se è **vero**, infatti, che la sentenza (pag. 11) ha **escluso** che lo Z. avesse deciso ed attuato le operazioni di rimborso e finanziamento per cui è causa in forza dell'esistenza di un vincolo di sottoposizione, è altrettanto **vero** che il fallimento ricorrente - diversamente da quello che mostra di credere parte controricorrente – ha censurato con la **seconda parte** del terzo motivo (come anche chiarito a pag. 12 della memoria *ex art. 380 bis.1 c.p.c.*) in *parte qua* la sentenza anche per omesso esame di fatti decisivi per il giudizio, consistenti nell'omesso esame del doc. 17 avversario e nell'omessa considerazione di alcune circostanze emergenti dagli scritti difensivi della controparte (v. pag. 32 del ricorso), volti a dimostrare “*il disegno di eterodirezione su base personale*” (v. ancora pag. 32 del ricorso).

Che poi si tratti dell'omesso esame di fatti decisivi oggetto di discussione tra le parti nel senso fatto proprio dall'interpretazione della Suprema corte è un'altra cosa (v., *infra*, punto 4.2.).

**3.2.** – Ciò posto deve senz'altro condividersi ciò che sostiene parte ricorrente a pag. 30 (**prima parte** del terzo motivo).

Questa Corte ha, infatti, chiarito che *ex art.* 2497 c.c. può esser chiamato a rispondere colui - società (finanche occulta v. Cass. n. 15346 del 2016) o ente o anche semplice **persona fisica** (v. Cass. n. 5520 del 2017) - che sia a capo di più società (di capitali o di persone) in veste di titolare di quote o partecipazioni azionarie, e che svolga in modo stabile l'indirizzo, il controllo e il coordinamento delle società medesime.

**3.2.1.** – Cionondimeno il motivo è **inammissibile** perché, nella prospettazione del fallimento ricorrente, è diretto ad invocare l'applicazione dell'art. 2467 c.c. sul presupposto che nella specie trattasi di finanziamenti effettuati a favore della società da chi esercita attività di direzione e coordinamento nei suoi confronti o da altri soggetti ad essa sottoposti (art. 2497-*quinquies* c.c.).

Ma già si è detto (v. punto 2) che è lo stesso fallimento ad aver chiarito (a pag. 23, 4° cpv.) di **non** aver esercitato l'azione prevista dall'art. 2467, comma 1, seconda parte, c.c. (per la retroversione automatica di finanziamenti anomali rimborsati nell'anno anteriore al fallimento);

La questione agitata con il motivo in esame – come già rilevato dalla Corte di appello (pag. 11 – ult. cpv. del punto 3 - e pag. 12, ult. cpv.) - è, dunque, totalmente irrilevante.

**4.** – Con il **quarto** motivo, il fallimento ricorrente si duole della violazione di legge per errata interpretazione degli artt. 2467, 2497 e 2497-*quinquies*, 2043 ovvero 1218 c.c. e 216 l.fall.

Si sostiene che l'art 2467 c.c., nel prevedere la postergazione necessaria del finanziamento anomalo, introdurrebbe un divieto di rimborso fintantochè permanga la situazione di sovraindebitamento della società finanziata e la violazione di tale divieto integrerebbe un comportamento antigiuridico che se accompagnato dall'esercizio di poteri di direzione e coordinamento di società costituirebbe abuso della società eterodiretta fonte di responsabilità *ex art* 2497 cc. ed anche 2497-*quinquies* c.c. inquadrabile come responsabilità contrattuale *ex art* 1218 c.c. o come responsabilità *ex art* 2043 cc.

Nella specie, la Corte di merito ha escluso la configurabilità dell'illecito **sia** per mancanza del profilo dell'antigiuridicità trattandosi di adempimento di obbligazione (pag. 13), **sia** in concreto per mancanza di danno trattandosi di operazione cd. a "*saldo invariato*" (pag. 14).

Il fallimento censura:

- la ritenuta mancanza di antigiuridicità osservando che, per giurisprudenza della Suprema corte, il credito del socio per finanziamento è inesigibile fin quando sussista una condizione di squilibrio finanziario della società (pag. 35 del ricorso);
- la ritenuta mancanza di danno rilevando che la Suprema corte punisce con il reato di bancarotta per distrazione di beni della società la restituzione (da parte dell'amministratore) a sé stesso di finanziamenti postergati (v. pag. 37 s.). Ciò comporterebbe il danno per la società che patisce la sottrazione dal suo patrimonio di danari

veri altrimenti distribuibili ai propri creditori veri e non ai suoi finanziatori soltanto virtuali (pag. 38 del ricorso).

**4.1.** – L’integrazione delle fattispecie indicate nel comma 2 dell’art. 2467 c.c. produce effetti negoziali sul diritto del socio alla restituzione della somma finanziata: il credito restitutorio, sebbene eventualmente sia anche scaduto il termine previsto per l’adempimento *ex art.* 1813 c.c., **non** è esigibile. La postergazione prevista dalla norma finisce, così, per operare come una condizione legale integrativa del regolamento negoziale circa il rimborso, la quale statuisce l’inesigibilità del credito in presenza di una delle situazioni previste dal secondo comma dell’art. 2467 c.c., con un impedimento (solo temporaneo) alla restituzione della somma mutuata (così testualmente Cass. n. 12994 del 2019).

La postergazione disposta dall’art. 2467 c.c., integrando una condizione di inesigibilità legale e temporanea del diritto del socio alla restituzione del finanziamento, opera perciò già **durante la vita della società** e non solo nel momento in cui si apra un concorso formale con gli altri creditori sociali.

Ne deriva l’ulteriore conseguenza che la società e, per essa, l’organo amministrativo **può**, ed anzi **deve** rifiutare il rimborso del prestito, **sino** a quando non siano venute meno le predette condizioni (così ancora Cass. n. 12994 del 2019, par. 3.2. della motivazione).

Ne consegue, dunque, che la società è **tenuta a rifiutare** al socio il rimborso del finanziamento, in presenza della indicata situazione, ove esistente al momento della concessione del finanziamento, ed a quello della richiesta di rimborso, che è compito dell’organo gestorio riscontrare **mediante** la previa adozione di un **adeguato** assetto organizzativo, amministrativo e contabile della società, in grado di rilevare la situazione di crisi (Cass. n. 12994 del 2019, richiamata da Cass. n. 21239 del 2021 e Cass. n. 21422 del 2022).

Poiché la disciplina della postergazione dei finanziamenti dei soci è posta a tutela delle aspettative dei creditori terzi e della società, a fronte di richieste di rimborso relative a crediti non ancora esigibili, la violazione della regola di cui all’art. 2467 c.c. può dar luogo a plurime forme di tutela, tra le quali senz’altro la **responsabilità** (per violazione di **doveri tipicamente previsti dalla legge**) nei confronti dei creditori (e, dunque, del fallimento) degli amministratori di una società fallita che abbiano restituito ai soci delle somme in violazione dell’art. 2467 c.c.

Vale anche richiamare Cass. n. 521 del 2020, secondo cui *“Il liquidatore di società di capitali ha il dovere di procedere a un’ordinata liquidazione del patrimonio sociale, pagando i debiti secondo il principio della “par condicio creditorum”, pur nel rispetto dei diritti di precedenza dei creditori aventi una causa di prelazione. Egli ha, in particolare, l’obbligo di accertare la composizione dei debiti sociali e di riparare eventuali errori od omissioni commessi dagli amministratori cessati dalla carica nel rappresentare la situazione contabile e patrimoniale della società, riconoscendo debiti eventualmente non appostati nei bilanci e graduando l’insieme dei debiti sociali, dopo averli verificati, in base ai privilegi legali che li assistono, il pagamento dei quali deve avvenire prima di quello dei crediti non garantiti da cause di prelazione. Ne consegue che il danno da risarcire al creditore che sia stato soddisfatto in percentuale inferiore a quella di altri creditori di pari grado equivale all’importo che egli avrebbe avuto diritto di ricevere ove il liquidatore avesse correttamente applicato il principio della par condicio creditorum”*.

**4.2.** – Nel caso di specie, il fallimento ricorrente (**non** ha invocato la responsabilità *ex art.* 2394 c.c. e 146 l.fall., **ma**) ha agito nei confronti dello Z. **ex art.** **2497** c.c. (v. pag. 6 del ricorso).

La Corte di merito ha, però, **escluso** l'esistenza di direzione e coordinamento da parte dello Z. e la censura svolta al riguardo dal fallimento (v., *supra*, punto 3.1.) **non** è ammissibile.

Il controllo previsto dall'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, concerne, infatti, in particolare un preciso accadimento ovvero una precisa circostanza da intendersi in senso storico-naturalistico (cfr. Cass. n. 21152 del 2014); ovvero un dato materiale, un episodio fenomenico rilevante. Per contro, il fatto indicato come omesso **non** può consistere (come invece pretende il fallimento: v. pag. 32 de ricorso, ove sono citati passi degli **scritti difensivi**) in argomentazioni o deduzioni difensive (cfr. Cass. n. 14082 del 2017), in elementi istruttori in quanto tali, quando il fatto storico da essi rappresentato sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorché questi non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie astrattamente rilevanti (cfr. Cass. SU n. 8053 del 2014), in una moltitudine di fatti e circostanze o nel “*vario insieme dei materiali di causa*” (cfr. Cass. n. 21439 del 2015), **né** nelle domande o nelle eccezioni formulate nella causa di merito, ovvero nei motivi di appello, i quali costituiscono i fatti costitutivi della “domanda” in sede di gravame.

È chiaro, allora, che il fallimento ha censurato la decisione perché l'insieme delle circostanze dedotte in causa rendevano palese l'esistenza della direzione e coordinamento da parte dello Z., proponendo quindi **una lettura alternativa** degli elementi di causa: ciò in cassazione **non** è consentito.

Né può assumere alcuna rilevanza il documento n. 17 avversario (v. ancora pag. 32), che a prima lettura palesemente **difetta** di decisività.

**4.3.** – Nemmeno può essere invocata (v. pag. 36 del ricorso) la violazione delle norme di cui all'art. 1218 c.c. o dell'art. 2043 c.c. (che **non** appaiono invocate in primo grado) perché **solo** se l'atto illecito (nei confronti della società o dei creditori sociali) costituisce violazione di doveri **diversi** da quelli tipicamente previsti dalla legge o dallo statuto in funzione dell'amministrazione della società (ma questo **non** è il caso di specie integrando il rimborso di un credito inesigibile una **tipica** violazione dell'art. 2467 c.c. che concorre a conformare lo statuto dell'amministratore), ed è, quindi, compiuto al di **fuori** ed indipendentemente dall'esistenza e dal collegamento con il rapporto di amministrazione, gli amministratori rispondono dei danni conseguentemente arrecati alla società in sede contrattuale o extracontrattuale **secondo** le norme ordinarie del diritto comune.

**P.Q.M.**

chiede che la Corte rigetti il ricorso. Conseguenze di legge.

Roma, 13 dicembre 2023.

**Il Sostituto Procuratore Generale**

**Stanislao De Matteis**