

25610/2018



REPUBBLICA ITALIANA  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati

Oggetto

FRANCESCO A. GENOVESE

Presidente

LAURA TRICOMI

Consigliere

PAOLA VELLA

Consigliere

MASSIMO FALABELLA

Consigliere - Rel.

EDUARDO CAMPESE

Consigliere

SOCIETA PER AZIONI  
- ORGANI SOCIALI -  
AMMINISTRATORI  
RESPONSABILITA -  
FALLIMENTO

Ud. 16/07/2018 CC  
Cron. 25610  
R.G.N. 26862/2013

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

sul ricorso 26862/2013 proposto da:

*C. U. e. l.*

Anna Maria, elettivamente domiciliata in F

3

4

5

giusta procura a margine del ricorso;

- ricorrente -

contro

Curatela del Fallimento Novum S.p.a. in Liquidazione, in  
persona del curatore dott. Luigi De Anna, elettivamente  
domiciliata in

6

rappresentata e difesa

*CCD  
1380  
2018*

dall'avvocato \_\_\_\_\_ giusta procura a margine del  
controricorso e ricorso incidentale condizionato;

- controricorrente e ricorrente incidentale -

avverso la sentenza n. 1296/2013 della CORTE D'APPELLO di  
VENEZIA, depositata il 03/06/2013;

udita la relazione della causa svolta nella camera di consiglio del  
16/07/2018 dal cons. FALABELLA MASSIMO;

lette le conclusioni scritte del P.M., in persona del Sostituto  
Procuratore Generale CARDINO ALBERTO che ha chiesto che  
Codesta Corte di Cassazione voglia accogliere il motivo di ricorso  
principale 2) e l'unico motivo di ricorso incidentale condizionato.

### **FATTI DI CAUSA**

1. — Con citazione notificata il 4 dicembre 2006 la curatela  
del fallimento Novum s.p.a. conveniva in giudizio \_\_\_\_\_ Anna  
Maria, quale ex presidente del consiglio di amministrazione della  
società fallita, chiedendo che la stessa fosse condannata al  
risarcimento dei danni per la sua responsabilità nella gestione  
sociale. Assumeva, in particolare, che Anna \_\_\_\_\_ aveva  
incassato, a titolo di prezzo della vendita di una partecipazione  
societaria effettuata in favore di Barbaro Diego, la somma di €  
184.892,00 che non aveva riversato nelle casse sociali e per la  
quale aveva rilasciato quietanza (così impedendo, per il caso in  
cui la somma in questione non fosse stata effettivamente  
corrisposta alla società *in bonis*, il recupero del detto importo nei  
confronti dell'acquirente della partecipazione sociale).

La convenuta eccepiva che la controversia era devoluta  
agli arbitri, stante la presenza di apposita clausola  
compromissoria; nel merito deduceva che il corrispettivo della  
cessione era stato incassato ricevendo importi che alcune

società facenti capo al precitato Barbaro, oltre che a tale Ceccon, avevano versato a Novum per l'acquisto di spazi commerciali di un multisala da costruire nella città di Mestre; rilevava, sempre nel merito, che la somma riscossa era stata da lei trattenuta come rimborso di precedenti suoi finanziamenti in favore della società.

Il Tribunale di Bassano del Grappa accoglieva la domanda e condannava la convenuta al pagamento della somma di € 183.515,00.

2. — Proposto gravame, la Corte di appello di Venezia, lo rigettava.

3. — Contro quest'ultima pronuncia, che è stata resa il 30 settembre 2013, Anna \_\_\_\_\_ ha proposto un ricorso per cassazione basato su tre motivi. Il fallimento resiste con controricorso e ha proposto, in via incidentale condizionata, una propria impugnazione che consta di un unico motivo.

### **RAGIONI DELLA DECISIONE**

1. — Il primo motivo oppone la violazione dell'art. 34 d.lgs. n. 5/2003 in punto di dichiarata nullità della clausola arbitrale contenuta nello statuto societario, nella parte in cui la sentenza impugnata non avrebbe distinto tra azione sociale ed azione dei creditori ex artt. 2393, 2394 e 2394 *bis* c.c.; oppone la conseguente violazione degli artt. 806 e 808 c.p.c., nonché dell'art. 146 l. fall. per mancata audizione del comitato dei creditori; lo stesso motivo denuncia, altresì, l'omessa pronuncia. Ricorda la ricorrente che il giudice di appello aveva sollevato la questione relativa al compromesso rilevando come l'art. 34 d.lgs. n. 5 del 2003 non prevedesse che la nomina degli arbitri dovesse essere effettuata da un soggetto estraneo alla società e che la clausola arbitrale contenuta nello statuto, per tale ragione affetta da nullità, non potesse convertirsi in clausola per

arbitrato di diritto comune. L'istante contesta quest'ultimo assunto asserendo che il procedimento arbitrale endosocietario di cui all'art. 34 cit. sia strumento concorrente col procedimento arbitrale ordinario. Deduce, poi, che la Corte di merito non si sia pronunciata sulla natura dell'azione svolta dalla curatela: in particolare, nella fase di gravame era stato dedotto che per la proposizione dell'azione di cui all'art. 146 l. fall. era necessario il previo assenso del comitato dei creditori: in mancanza, il fallimento avrebbe potuto agire ex artt. 2392 e 2393 c.c., ma in tal caso sarebbe risultata operante la clausola compromissoria (giacché, è spiegato, l'azione di responsabilità ex art. 2393 c.c. potrebbe formare oggetto di rinuncia e transazione e quindi, in base all'art. 806 c.p.c., sarebbe deferibile agli arbitri). La censura è svolta tenendo conto della sentenza di prime cure, con cui era stato rilevato che tra le controversie demandate al giudizio arbitrale non erano ricomprese le cause promosse dai creditori sociali: evenienza, questa, da cui il Tribunale aveva tratto la conclusione che la clausola compromissoria — nulla ex art. 34 cit., ma valida come clausola devolutiva della competenza arbitrale di diritto comune — fosse inoperante per le controversie promosse dal curatore in rappresentanza dei creditori fallimentari.

1.1. — Il motivo è infondato.

La clausola compromissoria contenuta nello statuto societario la quale, non adeguandosi alla prescrizione dell'art. 34 del d.lgs. n. 5 del 2003, non prevede che la nomina degli arbitri debba essere effettuata da un soggetto estraneo alla società, è nulla, non potendosi accettare la tesi del «doppio binario», per cui essa si convertirebbe da clausola per arbitrato endosocietario in clausola per arbitrato di diritto comune, atteso che l'art. 34 commina la nullità per garantire il principio di ordine pubblico

dell'imparzialità della decisione (Cass. 10 ottobre 2012, n. 17287; nello stesso senso Cass. 20 luglio 2011, n. 15892, secondo cui se, in violazione della prescrizione di cui al cit. art. 34, l'atto costitutivo preveda una forma di clausola compromissoria che non rispetti i requisiti, in punto di nomina, degli arbitri indicati dalla norma, la nullità di tale pattuizione comporta che la controversia societaria possa essere introdotta soltanto davanti all'autorità giudiziaria ordinaria).

L'ulteriore questione fatta valere col motivo, e incentrata sull'asserita improponibilità dell'azione del curatore fallimentare, stante la mancata audizione del comitato dei creditori, concerne, con evidenza, un tema che la sentenza impugnata ha reputato assorbito, giacché la Corte di appello, nel respingere il primo motivo di gravame, ha disatteso l'eccezione di compromesso sulla base della ritenuta, radicale, nullità della clausola arbitrale (e si è disinteressata, in conseguenza, dell'argomento, speso dal Tribunale, per cui la clausola compromissoria non poteva comunque riferirsi all'azione dei creditori sociali). Va qui ricordato che il vizio d'omessa pronuncia, configurabile allorché manchi completamente il provvedimento del giudice indispensabile per la soluzione del caso concreto, deve essere escluso, pur in assenza di una specifica argomentazione, in relazione ad una questione implicitamente o esplicitamente assorbita in altre statuizioni della sentenza (Cass. 16 gennaio 2016, n. 1360).

D'altro canto, l'odierna ricorrente non precisa nemmeno se e come il tema della mancata audizione del comitato dei creditori fosse stato proposto in appello; tanto meno chiarisce se, sul punto, ella avesse fatto valere un autonomo motivo di gravame: ciò che la Corte di merito implicitamente esclude, non facendo menzione di censura avente un tale oggetto. Deve

ricordarsi, allora, come sia inammissibile, per violazione del criterio dell'autosufficienza, il ricorso per cassazione col quale si lamenti la mancata pronuncia del giudice di appello su uno o più motivi di gravame, se essi non siano compiutamente riportati nella loro integralità nel ricorso, si da consentire alla Corte di verificare che le questioni sottoposte non siano «nuove» e di valutare la fondatezza dei motivi stessi senza dover procedere all'esame dei fascicoli di ufficio o di parte (Cass. 20 agosto 2015, n. 17049).

Anche a voler prescindere dai rilievi che precedono, non si vede, infine, come la questione sollevata dalla ricorrente possa presentare una qualche decisività: una volta escluso che tra le controversie devolute agli arbitri rientrino quelle promosse dai creditori sociali, deve infatti negarsi che al curatore fallimentare (che agisce anche in rappresentanza di questi ultimi, terzi rispetto alla convenzione di arbitrato) sia opponibile la clausola compromissoria contenuta nello statuto.

2. – Col secondo motivo l'istante censura la sentenza per omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto (o un elemento di prova) controverso e decisivo per il giudizio e, in particolare, per la dichiarata impossibilità di operare la compensazione tra il proprio credito e quello risarcitorio azionato dalla curatela, per ritenuta violazione della *par condicio creditorum*; la ricorrente lamenta, inoltre, la violazione dell'art. 112 c.p.c. per extrapetizione, non avendo la curatela proposto alcuna domanda revocatoria, e la violazione degli artt. 115, 116 c.p.c. e 2697 c.c., in punto di onere della prova, avendo omesso il curatore di dare dimostrazione del danno derivante dalla presunta *mala gestio*. La ricorrente richiama la sentenza impugnata nella parte in cui aveva riconosciuto che, sulla base dell'espletata consulenza tecnica, era emerso il proprio credito

maturato a titolo di «finanziamento soci» per € 161.778,42: credito che, tuttavia, lo stesso giudice distrettuale aveva escluso poter essere oggetto di compensazione, giacché, nel caso opposto, la stessa sarebbe stata «preferita rispetto agli altri creditori sociali senza averne idoneo titolo». L'istante rileva che il giudizio introdotto era volto al risarcimento del danno subito dalla società, il quale non era effetto immediato del pagamento preferenziale. Ad avviso dell'istante, ciò che la curatela avrebbe dovuto dimostrare, e non aveva dimostrato, era che dall'atto di *mala gestio* dell'amministratore fosse disceso un pregiudizio al patrimonio sociale, tale da renderlo insufficiente a soddisfare i creditori sociali.

#### 2.1. — La censura non merita accoglimento.

L'impugnazione, per quanto attiene al motivo in esame, riguarda l'affermazione del giudice del gravame secondo cui la ricorrente, creditrice nei confronti della società per il rimborso di un finanziamento di € 161.778,42, non aveva titolo a trattenere la somma da lei ricevuta per la cessione della partecipazione societaria: sul punto la Corte di merito ha rilevato che la compensazione tra il credito della società e quello del socio (la stessa Anna Maria Dorigo) non poteva aver luogo in quanto avrebbe favorito l'odierna istante rispetto agli altri creditori sociali.

Deve anzitutto darsi atto della correttezza del rilievo della ricorrente per cui al finanziamento in esame, anteriore al 1° gennaio 2004, non si applichi la disciplina di cui all'art. 2467 c.c. in tema di postergazione dei finanziamenti dei soci. Infatti, indipendentemente dalla questione circa l'estensibilità di tale norma alle società per azioni (per cui, da ultimo, Cass. 20 giugno 2018, n. 16291), è certo che la disposizione in esame, nel testo introdotto dalla riforma societaria di cui al d.lgs. n.

6/2003, abbia introdotto una nuova disciplina di diritto sostanziale, non avente natura interpretativa, né processuale, sicché, in mancanza di una diversa disciplina sulla efficacia nel tempo in deroga all'art. 11 disp. prel. c.c., essa non riguarda i crediti dei soci nei confronti della società sorti per effetto di finanziamenti anteriori alla data suddetta, di entrata in vigore della legge di riforma (Cass. 29 gennaio 2014, n. 1898; Cass. 13 luglio 2012, n. 12003).

Escluso, dunque, che la nuova disciplina abbia incidenza sulla *res controversa*, deve osservarsi che la prospettata compensazione non possa nella fattispecie configurarsi. E' la medesima parte ricorrente a negare che il prezzo di vendita delle quote societarie, di cui era proprietaria Novum, fu materialmente versato ad essa Dorigo; secondo l'istante, infatti, la somma entrò nel patrimonio della fallita attraverso il versamento operato da parte di società terze (pag. 20 del ricorso). In base a tale ricostruzione della vicenda, dunque, l'incameramento dell'importo con cui è stato estinto il debito della società per il finanziamento di Anna Maria \_\_\_\_\_ non può aver avuto luogo che attraverso il prelevamento di somme dalle casse sociali da parte dell'amministratrice (dovendosi escludere, di contro, che quest'ultima, ricevendo l'importo pagato, abbia assunto, in base alla norma di carattere generale di cui all'art. 1713, comma 1, c.c., la correlativa obbligazione di riversarlo nel patrimonio di Novum). La detta prospettazione consegna, dunque, uno scenario compatibile non già con la compensazione, quanto col pagamento del debito correlato al pregresso finanziamento.

Ora, l'azione di responsabilità, esercitata dal curatore ai sensi dell'art. 146, comma 2, l. fall., cumula in sé le diverse azioni previste dagli artt. 2392 e 2393 c.c. e dall'art. 2394 c.c. a



favore, rispettivamente, della società e dei creditori sociali (Cass. 19 agosto 2016, n. 17197; Cass. 4 dicembre 2015, n. 24715). Avendo riguardo all'azione di responsabilità intentata nell'interesse dei creditori fallimentari le Sezioni Unite di questa Corte si sono specificamente occupate della questione relativa alla legittimazione, da parte del curatore, quanto all'esercizio dell'azione di responsabilità nei confronti degli amministratori della società fallita che abbiano eseguito pagamenti preferenziali. In tema Cass. Sez. U. 23 gennaio 2017, n. 1641 ha evidenziato come il pagamento preferenziale in una situazione di dissesto possa comportare una riduzione del patrimonio sociale in misura anche di molto superiore a quella che si determinerebbe nel rispetto del principio del pari concorso dei creditori, giacché la destinazione del patrimonio sociale alla garanzia dei creditori va considerata nella prospettiva della prevedibile procedura concorsuale, che espone i creditori alla falcidia fallimentare, sottolineando come, anche dal punto di vista strettamente contabile, il pagamento di un creditore in misura superiore a quella che otterrebbe in sede concorsuale comporti per la massa dei creditori una minore disponibilità patrimoniale cagionata appunto dall'inosservanza degli obblighi di conservazione del patrimonio sociale in funzione di garanzia dei creditori. Sulla base di tali premesse, le Sezioni Unite hanno poi riconosciuto che il curatore fallimentare sia legittimato ad agire anche per i fatti di bancarotta preferenziale commessi mediante pagamenti eseguiti in violazione del pari concorso dei creditori.

E' da ritenere, dunque, che anche la condotta dell'amministratore consistente nel prelevamento di una somma dal patrimonio della società per il soddisfacimento di un proprio credito, in quanto lesiva della *par condicio creditorum*, possa

costituire oggetto dell'azione di responsabilità intentata dal curatore a norma dell'art. 146 l. fall..

In tal senso, il motivo, per come articolato, non può importare la cassazione della pronuncia impugnata.

3. — Il terzo mezzo prospetta la contraddittoria e insufficiente motivazione circa la mancata ammissione delle prove orali richieste, che si assumono decisive per il giudizio, oltre che la violazione degli artt. 115, 116 c.p.c. e 2697 c.c.. La censura investe il tema della compensazione che sarebbe stata posta in atto tra il corrispettivo delle quote di partecipazione oggetto di cessione e l'importo, asseritamente versato a titolo di caparra, per l'acquisto degli spazi commerciali all'interno del menzionato impianto multisala di Mestre. La ricorrente si duole del mancato accoglimento dell'istanza di prova testimoniale vertente proprio su tale tema.

3.1. — Il motivo va disatteso.

La Corte di appello ha conferito rilievo assorbente all'indagine del consulente, il quale non aveva rinvenuto «traccia alcuna» della dedotta compensazione; ha inoltre valorizzato la circostanza per cui i crediti derivanti dal versamento delle caparre non potevano reputarsi estinti, in quanto erano stati ammessi al passivo di Novum in chirografo. Il mancato accoglimento dell'istanza istruttoria trova quindi ragione nella ritenuta irrilevanza della dedotta prova testimoniale. Va qui ricordato che spetta in via esclusiva al giudice di merito il compito di individuare le fonti del proprio convincimento, di controllare l'attendibilità e la concludenza delle prove, di scegliere, tra le complessive risultanze del processo, quelle ritenute maggiormente idonee a dimostrare la veridicità dei fatti ad essi sottesi, dando, così, liberamente prevalenza all'uno o all'altro dei mezzi di prova: conseguentemente, per potersi

configurare il vizio di motivazione su un punto decisivo della controversia, è necessario un rapporto di causalità fra la circostanza che si assume trascurata e la soluzione giuridica data alla controversia, tale da far ritenere che quella circostanza, se fosse stata considerata, avrebbe portato ad una diversa soluzione della vertenza, con un giudizio di certezza e non di mera probabilità (per tutte: Cass. 14 novembre 2013, n. 25608). Nel caso in esame non è possibile formulare, in termini positivi, un tale giudizio. La doglianza relativa alla violazione del precetto di cui all'art. 2697 c.c., poi, si configura soltanto nell'ipotesi, che qui non ricorre, in cui il giudice abbia attribuito l'onere della prova ad una parte diversa da quella che ne risulta gravata secondo le regole dettate da quella norma (Cass. 17 giugno 2013, n. 15107).

4. — Con l'unico motivo di ricorso incidentale la curatela fallimentare denuncia l'omessa, insufficiente e contraddittoria motivazione circa un fatto controverso per il giudizio. Erroneamente, ad avviso dell'istante, la Corte di appello aveva ritenuto che Anna Dorigo vantasse un credito per finanziamento soci verso Novum s.p.a.. Si assume, in proposito, che impropriamente la Corte territoriale aveva richiamato le risultanze della consulenza tecnica, posto che essa forniva indicazioni di opposto tenore e si deduce che, comunque, il giudice del gravame aveva mancato di valorizzare elementi documentali che erano univoci nell'escludere il credito per il rimborso del suddetto finanziamento.

4.1. — Il motivo è assorbito, in quanto condizionato.

5. — In conclusione, il ricorso principale è respinto, mentre quello incidentale rimane assorbito.

6. — Le spese del presente giudizio seguono la soccombenza.

**P.Q.M.**

La Corte

rigetta il ricorso principale e dichiara assorbito quello incidentale condizionato; condanna la ricorrente al pagamento, in favore del controricorrente, delle spese del giudizio di legittimità, che liquida in € 5.000,00 per compensi, oltre alle spese forfetarie nella misura del 15 per cento, agli esborsi liquidati in € 200,00, ed agli accessori di legge; ai sensi dell'art. 13 comma 1 *quater* del d.P.R. n. 115 del 2002, inserito dall'art. 1, comma 17 della l. n. 228 del 2012, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte della ricorrente principale, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio della 1ª Sezione Civile, in data 16 luglio 2018.

Il Funzionario Giudiziario  
Dot.ssa Fabiana BARDEI



**Il Presidente**

DEPOSITATO IN CANCELLERIA  
il 12/07/2018

Il Funzionario Giudiziario  
Dot.ssa Fabiana BARDEI