

09260/11



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

PRIMA SEZIONE CIVILE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Oggetto

Fallimento.

R.G.N. 5928/2010

R.G.N. 6206/2010

Cron. 9260

Dott. FRANCESCO MARIA FIORETTI - Presidente - Rep. C.I.

Dott. SALVATORE SALVAGO - Consigliere - Ud. 08/02/2011

Dott. VITTORIO ZANICHELLI - Consigliere - PU

Dott. VITTORIO RAGONESI - Consigliere -

Dott. MARIA ROSARIA CULTRERA - Rel. Consigliere -

**IL CASO.it**

ha pronunciato la seguente

**SENTENZA**

sul ricorso 5928-2010 proposto da:

F.C. MESSINA PELORO S.R.L. SOCIETA' DILETTANTISTICA  
CON UNICO SOCIO (C.F. 01866810839), in persona del  
legale rappresentante pro tempore, elettivamente  
domiciliato in ROMA, VIA MICHELE MERCATI 51, presso  
l'avvocato BRIGUGLIO ANTONIO, che lo rappresenta e  
difende unitamente agli avvocati ZIMATORE ATTILIO,  
GUERRERA FABRIZIO, giusta procura a margine del  
ricorso;

- ricorrente -

contro

2011

383

FALLIMENTO F.C. MESSINA PELORO S.R.L. N.21/08, in  
persona del Curatore avv. DOMENICO CATALDO,  
elettivamente domiciliato in ROMA, LUNGOTEVERE MARZIO  
1, presso l'avvocato MACARIO FRANCESCO, che lo  
rappresenta e difende, giusta procura a margine del  
controricorso;

- controricorrente -

contro

CO.FI.MER. S.P.A., UFFICIO DEL PUBBLICO MINISTERO in  
persona del PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA  
PRESSO LA SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE;

Nonché da:

CO.FI.MER. S.P.A. (C.F. 04246031001), in persona del  
Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in  
ROMA, VIA G.B. DE ROSSI 30, presso l'avvocato FIENGA  
SERGIO (STUDIO LEGALE "DEWEY & LE BOEUF, rappresentata  
e difesa dagli avvocati AMENDOLIA GIUSEPPE, CAMBRIA  
GIOVANNI, GALGANO FRANCESCO, giusta procura a margine  
del controricorso e ricorso incidentale adesivo;

- controricorrente e ricorrente incidentale

contro

F.C. MESSINA PELORO S.R.L. SOCIETA' DILETTANTISTICA  
CON UNICO SOCIO, FALLIMENTO F.C. MESSINA PELORO S.R.L.  
N.21/08, UFFICIO DEL PUBBLICO MINISTERO in persona del  
PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA

CASO.it

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE;

- intimati -

sul ricorso 6206-2010 proposto da:

CO.FI.MER. S.P.A. (C.F. 04246031001), in persona del  
Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in  
ROMA, VIA G.B. DE ROSSI 30, presso l'avvocato FIENGA  
SERGIO (STUDIO LEGALE "DEWEY & LE BOEUF, rappresentata  
e difesa dagli avvocati AMENDOLIA GIUSEPPE, CAMBRIA  
GIOVANNI, GALGANO FRANCESCO, giusta procura a margine

del controricorso e ricorso incidentale,

- controricorrente e ricorrente incidentale -

contro

FALLIMENTO F.C. MESSINA PELORO S.R.L. N.21/08, in

persona del Curatore avv. DOMENICO CATALDO,

elettivamente domiciliato in ROMA, LUNGOTEVERE MARZIO  
1, presso l'avvocato MACARIO FRANCESCO, che lo  
rappresenta e difende, giusta procura a margine del  
controricorso al ricorso incidentale

- controricorrente al ricorso incidentale -

contro

UFFICIO DEL PUBBLICO MINISTERO in persona del  
PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE,

UFFICIO DEL PUBBLICO MINISTERO in persona del  
PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE  
DI APPELLO DI MESSINA, F.C. MESSINA PELORO S.R.L.;

- intimati -

Nonché da:

F.C. MESSINA PELORO S.R.L. 01866810839, in persona del  
Presidente pro tempore, elettivamente domiciliata in  
ROMA, VIA MICHELE MERCATI 51, presso l'avvocato  
BRIGUGLIO ANTONIO, che la rappresenta e difende  
unitamente agli avvocati GUERRERA FABRIZIO, ZIMATORE  
ATTILIO, giusta procura a margine del controricorso e  
ricorso incidentale;

*- ricorrenti incidentali -*

**IL CASO.it**  
contro  
FALLIMENTO F.C. MESSINA PELORO S.R.L. N.21/08, in  
persona del Curatore avv. DOMENICO CATALDO,  
elettivamente domiciliato in ROMA, LUNGOTEVERE MARZIO  
1, presso l'avvocato MACARIO FRANCESCO, che lo  
rappresenta e difende, giusta procura a margine del  
controricorso al ricorso incidentale;

*- controricorrente al ricorso incidentale -*

*contro*

UFFICIO DEL PUBBLICO MINISTERO in persona del  
PROCURATORE GENERALE PRESSO LA CORTE DI CASSAZIONE,  
UFFICIO DEL PUBBLICO MINISTERO in persona del  
PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO LA CORTE  
DI CASSAZIONE, CO.FI.MER. S.P.A.;

*- intimati -*

avverso la sentenza n. 34/2010 della CORTE D'APPELLO  
di MESSINA, depositata il 26/01/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica  
udienza del 08/02/2011 dal Consigliere Dott. MARIA  
ROSARIA CULTRERA;

uditi, per il ricorrente principale, gli Avvocati  
GUERRERA e ZIMATORE che hanno chiesto l'accoglimento  
del ricorso;

udito, per il controricorrente Fallimento, l'Avvocato  
MACARIO FRANCESCO che ha chiesto il rigetto dei  
ricorsi;

uditi, per la controricorrente e ricorrente  
incidentale, gli Avvocati GALGANO, AMENDOLIA e CAMBRIA  
che hanno chiesto l'accoglimento del proprio ricorso;

udito il P.M., in persona del Sostituto Procuratore  
Generale Dott. UMBERTO APICE che ha concluso per il  
rigetto.

II CASO.it

## SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con istanza del 23 ottobre 2008, il P.M. presso la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Messina ha chiesto al Tribunale di Messina di dichiarare il fallimento della società F.C. Messina Peloro.

Il Tribunale di Messina, con sentenza del successivo 27 novembre, ha dichiarato il fallimento, e la Corte d'appello di Messina, innanzi alla quale la F.C. Peloro Messina ed il suo socio unico Cofimer s.p.a. hanno proposto reclamo, ne ha disposto la conferma con sentenza n. 34 depositata il 26 gennaio 2010 e notificata il successivo 2 febbraio.

La F.C. Messina Calcio ha impugnato questa sentenza con ricorso per cassazione sulla base di otto motivi. Hanno resistito il curatore del fallimento F.C. Peloro Messina e la società Cofimer che ha proposto ricorso incidentale con dieci motivi. A tutti i ricorsi ha resistito il fallimento con controricorso.

Tutte le parti hanno depositato memoria difensiva ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

### MOTIVI DELLA DECISIONE

I ricorsi sono stati riuniti ai sensi dell'art. 335 c.p.c. poiché sono indirizzati avverso la medesima decisione.

Evidenti esigenze di ordine logico impongono la disamina congiunta dei motivi che pongono, seppur in diversa prospettiva, medesime questioni di diritto o almeno riconducibili alle medesime categorie giuridiche.

**I° gruppo:-**

1° motivo del ricorso di F.C. Messina Peloro.

La ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 6 e 7 legge fall. e dell'art. 2697 c.c. e correlato vizio di motivazione. Contesta la legittimità della richiesta di fallimento formulata dal P.M., sull'assunto che la notizia *deceptionis* venne acquisita da tale organo non già nell'ambito del procedimento penale, in fase d'indagine, aperto in relazione al reato di cui all'art. 2621 c.c. nei confronti degli amministratori della F. C. Peloro Messina sigg. Franza Vincenzo e Franza Pietro, ma *aliunde*, perciò irritualmente, sulla base di notizie di stampa, in base alle quali il predetto organo aprì un fascicolo per fatti non costituenti reato n. 7437/2008, confluito quindi in quello del procedimento penale n. 7437/08, assumendo peraltro informazioni presso il Tribunale fallimentare, al quale richiese la trasmissione dell'istanza di fallimento desistita, che gli venne puntualmente inoltrata.

Si deduce inoltre che la consulenza contabile disposta nel procedimento penale era avulsa dalle esigenze

d'indagine relative a quell'ipotesi di reato, mirando palesemente ad accertare l'insolvenza della società, che non risultò perciò dal procedimento ma venne in essa ricercata.

L'errore ascritto al giudice del reclamo si anniderebbe nell'affermazione secondo cui il P.M. esercitò la sua iniziativa sulla base delle risultanze del procedimento

penale aperto a carico dei suoi amministratori, senza considerare che l'istanza di fallimento non faceva riferimento a quel procedimento ma a procedimento di volontaria giurisdizione, ed indicava solo in via completiva la relazione del consulente dott. Collovà.

# IL CASO.it

Si pone, su questa premessa, articolata questione di diritto:

se il P.M., secondo il contesto normativo riformato negli artt. 6 e 7 legge fall., detenga tuttora il potere diffuso di proporre istanza di fallimento al di fuori dei casi tipici indicati nell'art. 7;

se possa ricondursi a tale norma il caso in cui suddetto organo, aperto un fascicolo per fatti non costituenti reato, abbia chiesto al Tribunale fallimentare la copia di una precedente istanza di fallimento, quindi desistita, ed abbia quindi avviato un procedimento penale nei confronti degli amministratori della società, nel cui

alveo ha disposto consulenza sullo stato patrimoniale della stessa società;

se l'elencazione dei casi contemplati nell'art. 7 legge fall. successiva alla parola "ovvero" sia solo esplicitiva dell'espressione " nel corso di un procedimento penale".

Il curatore fallimentare controricorrente deduce l'inammissibilità del motivo essendo le questioni ivi

rappresentate prive di rilievo alla luce della proposizione dell'istanza in discussione, come accertato dai giudici di merito, nell'ambito del procedimento penale indicato. La sequenza dei fatti manifesta l'ineccepibile iniziativa del P.M. e l'irrilevanza delle questioni poste.

I. 2.- Il secondo motivo del ricorso della Peloro Messina denuncia violazione dell'art. 111 Cost. e degli artt. 158, 161 e 112 c.p.c. e vizio di motivazione. Si lamenta omessa pronuncia sulle eccezioni di nullità della sentenza di fallimento fondate sulla consumata violazione degli artt. 6 e 7 legge fall. e dei principi di imparzialità e terzietà del giudice fallimentare, nonché dell'art. 111 Cost. sul giusto processo, in relazione alle circostanze illustrate nel precedente motivo. Richiamato a conforto il precedente di questa Corte n. 4632/2009 che, in un caso analogo avrebbe affermato la radicale nullità della sentenza di fallimento in quanto

la richiesta del P.M. scaturiva da segnalazione del Tribunale fallimentare, si adduce che nel caso di specie lo stesso giudice che aveva trasmesso all'ufficio del P.M. l'istanza di fallimento desistita, aveva poi presieduto il collegio che aveva pronunciato la sentenza di fallimento.

Si pone conclusivamente la questione di diritto se sia nulla o inesistente la sentenza di fallimento pronunciata dal collegio di cui abbia fatto parte lo stesso giudice che in precedenza abbia contribuito alla ricerca della *notitia decotionis*, avendo trasmesso all'ufficio del P.M., nell'ambito di un procedimento per fatti non costituenti reato, copia di un'istanza di fallimento poi desistita.

I.3.- Analoga problematica introduce la società Cofimer nei suoi ricorsi, principale ed incidentale, con i primi tre motivi, logicamente connessi, con cui denuncia:

a- difetto di motivazione su fatti controversi, violazione dei principi di terzietà del giudice, del giusto processo, dell'abrogazione dell'iniziativa d'ufficio per la dichiarazione di fallimento. La denunciata carenza riguarderebbe le eccezioni formulate nelle note difensive del 10 dicembre 2009 con cui aveva dedotto:

b- che il provvedimento del 18.7.08 del giudice designato per l'istruttoria prefallimentare di autorizzazione alla trasmissione all'ufficio del P.M. dell'istanza di fallimento della creditrice società Pinguini s.a.s., dichiarata improcedibile perché desistita, rappresenta segnalazione, ovvero atto ad essa equipollente, illegittimo in quanto adottato in risposta ad istanza del P.M., a sua volta illegittima perché formulata al di fuori dei poteri autoritativi del suo ufficio, dunque *jure privatorum*, e peraltro invalida, perché priva di attestazione di deposito e trasmessa a mezzo fax.

c- che lo stesso giudice, che aveva disposto la trasmissione della menzionata istanza, aveva assunto la funzione di istruttore nella fase prefallimentare e quindi di presidente del Tribunale fallimentare che aveva dichiarato il fallimento.

La pronuncia impugnata non fornirebbe risposta alle questioni, rimaste perciò irrisolte, e comunque non esprime a loro riguardo adeguata motivazione.

Il curatore fallimentare controricorrente replica a queste censure manifestandone la pretestuosità alla luce della stessa scansione della vicenda procedimentale.

1.4. L'ottavo motivo del ricorso della F.C. Peloro Messina denuncia violazione e falsa applicazione degli artt. 61 e 191 c.p.c. dell'art. 18 l.f., degli artt. 343

e 356 c.p.c., dell'art. 12 c.p.c., e difetto di motivazione.

Si lamenta, in tutti i profili denunciati, che la Corte di merito non avrebbe disposto c.t.u. nonostante ne fosse stata rappresentata l'esigenza.

I motivi, che, come tutti gli altri si concludono con inutile quesito di diritto, già abrogato dal d.lgs n.

69/2009 in vigore alla data di pubblicazione della decisione impugnata, sono privi di fondamento.

La soluzione dei nodi controversi rappresentata nella decisione impugnata si articola nel senso che la richiesta di fallimento era stata formulata

legittimamente dal P.M. ai sensi dell'art. 7 della legge fallimentare, attingendo alle risultanze dell'istruttoria condotta nel procedimento penale n. 7437/2008 R.G.N.R. aperto a carico di Franza Vincenzo e Franza Pietro, amministratori della F.C. Messina Calcio, nel cui alveo era stata disposta consulenza tecnica, espletata dal dott. Collovà che, esaminata la situazione patrimoniale di F.C. Messina Calcio in relazione ai reati di false comunicazioni sociali per cui si procedeva, ne aveva riscontrato l'irreversibile stato di dissesto. Di qui l'assorbimento delle problematiche: se persistesse nel nuovo regime un potere d'iniziativa diffusa del PM. laddove, in qualsiasi modo, venga a conoscenza dello

stato d'insolvenza; se fosse legittima la richiesta da parte del P.M. al Tribunale fallimentare di trasmissione al suo ufficio, nell'ambito di un procedimento per Fatti Non Costituenti Reato, di un precedente ricorso di fallimento, proposto da un creditore e quindi desistito. In fatto, il provvedimento di trasmissione neppure era rinvenibile nella documentazione allegata dalle

reclamanti e risultava smentito ex actis.

Le ricorrenti fondano la critica mossa avverso questo percorso argomentativo su diversa e personale ricostruzione della vicenda procedimentale, e suggestivamente prospettano declaratoria officiosa del

fallimento rappresentando l'illegittimità dell'iniziativa esercitata dal P.M. siccome, per un verso, sarebbe meramente attuativa della sollecitazione del Tribunale fallimentare, esercitata mediante la trasmissione al suo ufficio dell'istanza di fallimento del creditore, quindi desistita, per altro verso, sarebbe espressione di un potere esercitato arbitrariamente.

Ciò premesso, e rilevato anzitutto che i giudici di merito non solo hanno ritenuto indimostrata la trasmissione dell'istanza desistita, ma soprattutto l'hanno ignorata, avendo ritenuto la richiesta di fallimento del P.M. giustificata alla luce delle risultanze della c.t.u. espletata dal dott. Collovà, ex

se esaustiva ed illuminante di una situazione, che è stata poi, in sede di istruttoria prefallimentare, effettivamente riscontrata, la soluzione alle questioni di diritto poste nei motivi in esame postula anzitutto la corretta ricostruzione della vicenda fattuale alla stregua del quadro istruttorio emerso in giudizio. I giudici di merito, come riferito, hanno concordemente

affermato che il P.M. attinse la *notitia decotionis* dalle risultanze della c.t.u. disposta ed espletata nell'ambito del procedimento penale aperto nei confronti degli amministratori della società di calcio, che verificò la situazione patrimoniale della società stessa,

representandone l'irrimediabile dissesto finanziario. Trattasi di un dato storico certo ed indiscusso. Non lo contesta la F.C. Peloro Messina; neppure lo smentisce la Cofimer, pur insistendo nel riferire l'istanza di fallimento all'indicato procedimento di volontaria giurisdizione. Nondimeno le ricorrenti ne propongono, alla luce degli enunciati ed invocati principi, lettura critica priva di riscontro e comunque giuridicamente infondata.

È infatti del tutto irrilevante che il procedimento per fatti non costituenti reato sia confluito nel procedimento penale e che da quest'ultimo sia stato poi stralciato quello di volontaria giurisdizione, cui

farebbe riferimento la richiesta di fallimento. È invece decisivo che, come accertato in sede di merito, l'insolvenza della società emerse nell'ambito della fase delle indagini in corso, in relazione al procedimento penale più volte indicato, e venne pertanto acquisita dal P.M. in quella sede nell'esercizio del potere attribuitogli dal combinato disposto degli artt 330 e 335

G.P.P., che lo legittimava anzitutto a prendere notizia dei reati di propria iniziativa, quindi a ricercare le prove utili in relazione al reato ipotizzato. Non ha senso, in questo contesto sistematico, indagare sull'esistenza ed i limiti del potere attribuito al P.M.

dall'art. 7 legge fall., il cui esercizio, per sua stessa natura e funzione giammai è qualificabile *jure privato rum*. Quale che fosse la fonte da cui aveva tratto spunto la sua attività informativa, il P.M. disponeva del potere d'acquisire ogni elemento attinente a quell'indagine, attingendo alle fonti ritenute adeguate, perciò legittimamente assumendo gli atti conoscitivi necessari ad individuare la *notitia criminis* (Cass. penale n. 36003/2006).

Il corollario ne ha legittimato l'iniziativa, concretatasi nella richiesta d'informazione indirizzata al Tribunale fallimentare circa la pendenza nei confronti della società di calcio, odierna ricorrente, di eventuali

IL CASO.it

P

istanze di fallimento. La conseguente trasmissione della copia dell'istanza desistita, disposta dal giudice fallimentare non già *motu proprio* ma per evadere quella richiesta, concreta perciò un elemento investigativo, utile all'indagine in corso contro gli amministratori della società, ed in questa chiave deve essere letta.

Conclusivamente, irrilevanti sia la genesi del

procedimento penale sia la verifica circa la censurata  
adeguatezza all'ipotesi di reato per cui si procedeva  
delle indagini effettuate in quell'ambito ivi compresa la  
disposta c.t.u. sulla condizione patrimoniale della  
società, che rappresenta iniziativa non scrutinabile in

questa sede, la trasmissione da parte del Tribunale fallimentare all'ufficio del P.M. dell'istanza di fallimento desistita, legittima a lume delle norme processuali penali richiamate, non ha interferito con l'autonomia dell'iniziativa assunta dal P.M., scaturita dagli accertamenti legittimamente compiuti nel seno del procedimento penale indicato nella sentenza impugnata.

Il dato ha rilievo assorbente; la legittimità di quell'iniziativa, assunta ai sensi dell'art. 7 legge fall., è indiscutibile. È per l'effetto travolta la questione di nullità della sentenza di fallimento pronunciata da collegio di cui abbia fatto parte il giudice che abbia contribuito alla ricerca della *notitia*

*decotiois* per aver trasmesso al P.M. l'istanza di fallimento desistita. La notizia, assunta a mero elemento probatorio acquisito dal P.M., non è omologabile alla segnalazione del Tribunale fallimentare, autonoma e spontanea, dell'insolvenza della società verificata nonostante la desistenza del creditore istante, e non è perciò riconducibile al paradigma ormai espunto del

fallimento d'ufficio. L'enfaticizzata terzietà ed imparzialità del giudice imposta dal principio costituzionale del giusto processo, asseritamente infranta, peraltro infondata in tesi non rappresentando quella mera attività di trasmissione e spiegazione di un

potere decisionale, è dunque eccentrica rispetto alla *ratio decidendi* e la relativa verifica non trova giustificazione concreta. Non merita perciò ingresso la *vexata quaestio*, dibattuta nelle sedi di merito a seguito dell'arresto della Cassazione n. 4632/2009 citata a conforto delle loro censure dalle ricorrenti. I casi divergono, sì che il principio ivi enunciato non trova applicazione.

È invece priva di pregio la censura con cui le ricorrenti prospettano congiuntamente ulteriore questione se l'inciso ovvero" contenuto nella formulazione del comma 1 dell'art. 7 legge fall. debba interpretarsi nel senso che illustrerebbe i casi, tassativamente elencati in cui, in

IL CASO.it

φ

pendenza di procedimento penale, troverebbe legittimazione la richiesta di fallimento del P.M..

In coerenza con la caratterizzazione, essenzialmente ma non esclusivamente, privatistica che permea la procedura fallimentare alla luce dell'intervento riformatore, la norma, laddove limita il potere d'iniziativa dell'organo per sua stessa natura e funzione deputato al presidio del

pubblico interesse, che, ridimensionato nella moderna logica concorsuale, non è stato tuttavia soppresso, ne tipizza la legittimazione usando locuzione che, nella sua linearità e chiarezza, non ammette altro significato che quello fatto presente dalla stessa parola usata.

L'espressione "ovvero" ha il valore semantico suo proprio, che indica ipotesi alternativa, disgiunta da altra perché ad essa non omologa o comunque in essa non compresa.

Non vale a superare il dato testuale, né trova giustificazione il valore di chiarimento o di esemplificazione, predicato da entrambe le ricorrenti e pur sostenuto in dottrina. La *ratio legis* esplica il potere d'azione del P.M., rendendolo ormai sicuramente doveroso, nel caso in cui l'insolvenza emerga nella fase delle indagini condotte in sede penale, o, in alternativa, nelle ipotesi in cui l'emersione della crisi dell'impresa, cui il legislatore della riforma mostra di

dedicare particolare attenzione, è per definizione assunta a paradigma legale, pur non essendo quelle condotte necessariamente riconducibili ad un'ipotesi di reato, si da legittimare l'immediata richiesta di fallimento. La norma in esame, seppur, per usare le stesse parole della ricorrente, abbia creato "un sistema chiuso di attivazione del procedimento di fallimento",

declina il potere del P.M. d'iniziativa, non certo di mera sollecitazione attesa l'abrogazione del fallimento d'ufficio, sulla base di duplice notizia. L'una acquisita autonomamente ed attinta dalle indagini compiute nell'alveo del procedimento penale, l'altra desunta dai

fatti materiali catalogati nella norma, di regola, ma non necessariamente esemplificativi del procedimento penale, la cui apertura potrebbero precedere ovvero neppure giustificare come nel caso della chiusura dei locali o dell'irreperibilità dell'imprenditore, ipotesi quest'ultima del tutto nuova, che concludono una condizione di crisi insanabile e non solo transitoria.

La questione posta deve pertanto risolvere affermando che il P.M. è legittimato a proporre richiesta di fallimento nel caso, collegato alla sua funzione tipica, in cui abbia attinto la *notitia decotionis* dalle indagini assunte nell'ambito di un procedimento penale pendente, o, in alternativa, se l'abbia desunta dalla condotta

dell'imprenditore estrinsecatasi nei fatti tipizzati dall'art. 7 comma 1, non necessariamente integranti ipotesi di reato, verificati anche al di fuori ed a prescindere dalla pendenza di un procedimento penale.

I motivi esaminati, in parte inammissibili perché le questioni poste, prive di ricaduta sulla soluzione del nodo controverso sono assorbite, in parte infondati, devono perciò essere rigettati.

L'ottavo motivo è privo di pregio.

La decisione impugnata afferma che la denuncia della F.C.

Messina Pelcro di omessa immotivata assunzione di consulenza contabile da parte del Tribunale fallimentare

e di violazione del contraddittorio era infondata. La

sentenza reclamata si era basata espressamente sulle

risultanze delle contrapposte ed esaurienti consulenze di

parte.

È evidente che la Corte territoriale ha verificato con

rigore ed accuratezza i criteri che hanno orientato le

contrapposte consulenze delle parti, e su questa base ha

quindi illustrato con puntuale ed esaustiva motivazione

le ragioni della sua decisione. L'inutilità di reiterare

l'indagine, che rappresenta un tipico apprezzamento di

fatto, risulta perciò legittimamente espresso, atteso

peraltro che il giudice di merito non ha l'obbligo né di

disporre l'accertamento, né di motivare il diniego, che

può essere anche implicito. L'assunzione d'indagine tecnica rientra nel suo potere discrezionale ed il suo mancato esercizio non è censurabile in sede di legittimità, né è perciò sindacabile da parte di questa Corte se, com'è avvenuto nel caso di specie, gli elementi di convincimento per disattendere la richiesta formulata da una delle parti sono stati tratti dalle risultanze

probatorie, già acquisite e ritenute esaurienti con valutazione immune da vizi logici e giuridici - per tutte Cass. n.19561/2006, n. 10849/2007-.

**II° gruppo**

Col terzo motivo del suo ricorso, sia principale che incidentale, F.C. Peloro Messina denuncia violazione dell'art. 15 legge fall. e pone la questione di diritto se sia prescritta a pena di nullità l'audizione personale in camera di consiglio del debitore destinatario dell'istanza di fallimento, e se tale formalità possa essere superata dalla presenza del predetto, a maggior ragione, se questi nelle note depositate dopo l'udienza abbia chiesto di essere sentito.

Cofimer propone analoga censura nell'ottavo motivo del suo ricorso.

Il curatore fallimentare replica alle censure deducendone l'infondatezza sull'assunto che la regola del

contraddittorio deve applicarsi nei limiti compatibili con le esigenze di celerità, tipiche della procedura.

La Corte territoriale ha ritenuto che la fase istruttoria si sia svolta nel pieno rispetto del principio del contraddittorio in quanto la società, che si era doluta dell'omessa audizione del suo amministratore in carica, era, nondimeno, comparsa all'udienza prefallimentare del

14.11.2008 in persona di tale organo che non aveva però chiesto di essere sentito e si era adeguatamente difeso, assistito dai suoi difensori, i quali neppure avevano chiesto rinvio per l'esame della documentazione attestante la situazione patrimoniale della società, ma avevano formulato richiesta di decisione.

Questa decisione è senz'altro corretta.

In fatto, emerge dalla lettura degli atti, ammessa in questa sede in ragione della natura processuale del vizio denunciato, che la F.C. regolarmente convocata per l'udienza indicata, vi partecipò in persona del suo organo rappresentativo, che non chiese di essere ascoltato.

In *jure*, la questione prospettata dalla ricorrente va riformulata, nei termini appropriati alla vicenda concreta, nel senso se l'imprenditore che abbia partecipato all'udienza istruttoria prefallimentare e, affidatosi alla difesa tecnica non abbia chiesto di

essere ascoltato personalmente, possa ritenersi pregiudicato dal rigetto della sua istanza di audizione personale, depositata oltre la chiusura dell'istruttoria.

La soluzione adottata dalla Corte di merito è ineccepibile poiché ai sensi dell'art. 15 legge fall., l'imprenditore destinatario di istanza di fallimento ha il diritto di essere convocato e sentito dal Tribunale,

ovvero dal giudice delegato, sì da essere posto in condizione di replicare all'istanza di fallimento spiegando ogni opportuna difesa. La tutela del contraddittorio e del diritto di difesa espressamente consacrata e scandita nella norma riformata non ammette

però l'esegesi restrittiva propugnata dalle ricorrenti, che si palesa stravagante rispetto alla stessa *ratio legis*. Il destinatario dell'istanza di fallimento deve essere posto in condizione di contraddire a quell'istanza e di rappresentare le proprie ragioni, ma se, per sua scelta discrezionale, ritiene opportuna ed esaustiva l'assistenza tecnica dei suoi difensori, al cui patrocinio abbia ritenuto di affidarsi in via esclusiva, non ha diritto a nuova convocazione per essere sentito personalmente, a meno che non alleggi fatti sopravvenuti a quelle allegazioni difensionali, che siano peraltro decisivi. In questo caso è nel potere del Tribunale provvedere, se ne ravvisa l'opportunità, all'audizione

IL CASO.it

P

personale dell'imprenditore ed il mancato esercizio di tale facoltà, attesa la discrezionalità che lo caratterizza, non è sindacabile in sede impugnatoria.

Il motivo, che peraltro neppure rappresenta le ragioni di fatto che, in caso di audizione personale dell'amministratore avrebbero potuto incidere sul convincimento del Tribunale fallimentare escludendo il fallimento, è perciò infondato.

III gruppo

Col quarto motivo, con cui denuncia violazione dell'art. 5 legge fall. e degli artt. 2447, 2482 ter, 2497 e 1497 bis c.c. e correlato vizio di motivazione, la ricorrente

F.C. Paloro Messina pone quadruplice questione, in parte a suo dire nuova, sintetizzabile nei sensi che seguono:

1.- se l'appartenenza della società fallita ad gruppo impedisse al tribunale fallimentare di valutarne l'insolvenza mediante indagine atomistica, condotta in chiave isolata e statica, ovvero se occorresse tener conto dell'attività di sostegno finanziaria della capogruppo;

2.- se lo stato d'insolvenza di società controllata possa desumersi non da segni esteriori, ma dalla situazione di squilibrio patrimoniale e finanziario derivante da rivalutazioni giudiziali delle voci attive di bilancio;

3.- se possa trascurarsi ai fini della valutazione dell'insolvenza l'incidenza della natura dell'impresa, ad oggetto legale esclusivo e circoscritto, ed operante normalmente in perdita, e diretta da holding;

4.- se le ricapitalizzazioni della controllante, ancorchè realizzate mediante compensazione dei crediti da finanziamenti eseguiti in favore della controllata, costituiscono mezzo idoneo di ripianamento delle perdite.

Cofimer fa proprie le censure nel suo ricorso incidentale e propone analoghe questioni.

Il controricorrente deduce a smentita che la diversità di trattamento auspicata dalla ricorrente non potrebbe comunque mai operare a danno del ceto creditorio. Gli

argomenti addotti a sostegno del motivo, che rinviano a criteri aziendalistici, non incidono sulla valutazione dell'insolvenza che si riferisce alla condizione finanziaria dell'impresa societaria, a prescindere dal suo statuto particolare. Le operazioni sono risultate anomale perché tese in sostanza a perseguire l'interesse di Cofimer e non già quello della controllata.

Il motivo appare privo di pregio in ciascuna delle sue articolazioni.

III.1.- Va osservato anzitutto che la Corte territoriale, che ad avviso della ricorrente avrebbe dovuto fondare il suo giudizio vagliando lo status di controllata della

società insolvente, ha condotto la sua indagine su tale condizione tenendo conto della situazione patrimoniale ed economica della società, senza affatto trascurare i suoi rapporti nel gruppo e le iniziative assunte dalla holding, socio unico Cofimer, per ricapitalizzarla nella condizione di controllata. L'apprezzamento espresso in ordine al risultato di queste iniziative attiene al

merito e del suo sostegno critico la decisione impugnata offre puntuale ed adeguata motivazione. I passaggi logici decisivi della decisione sono così illustrati:

"nel merito, incontrovertibili i dati materiali della situazione patrimoniale ed economica della società, la

contestazione involgeva l'apprezzamento espresso a loro riguardo dal Tribunale, che, pur in assenza di protesti, pignoramenti o azioni di recupero da parte dei creditori, aveva fondatamente desunto lo stato d'insolvenza dai plurimi elementi sintomatici valutati, correttamente ritenuti idonei a rappresentare fatti esteriori, significativi della condizione di dissesto, in quanto:

a.- la rinuncia alla partecipazione al campionato nazionale professionale di calcio 2008/2009, motivata in ragione di inadeguate risorse patrimoniali nella dichiarazione trasmessa alla FIGC, e la militanza in campionato dilettantistico, avevano escluso drasticamente la prospettiva di rilancio imprenditoriale ed avevano

II CASO.it

comportato l'impossibilità di realizzare a livello programmato l'oggetto sociale. Secondo quanto valutato dal consulente esterno della stessa società dott. Cassi, ne era conseguita la drastica svalutazione del valore complessivo dell'avviamento della controllata società Mondomessina alla quale era stato conferito il ramo d'azienda avente ad oggetto le attività collaterali e connesse a quella sportiva;

b.- il grave dissesto del conto economico della società era conclamato dal risultato d'esercizio indicato nel verbale dell'assemblea del 20 ottobre 2008 che attestava la perdita d'esercizio di € 28.264.338 di cui € 14.625.856 residua al 31.12.2007 ed € 13.638.482 maturata nell'esercizio successivo.

c.- le risorse patrimoniali erano inadeguate a far fronte ai debiti scaduti accertati in oltre 13 milioni di euro e a scadere entro l'anno in 12 milioni, oltre i debiti a scadere oltre i 12 mesi, di cui € 10.143.261 per ratei della transazione fiscale stipulata il 29.7.2005, comportante il rischio di scadenza automatica dell'intero debito in caso di mora anche per una sola rata.

d.- le voci attive del bilancio erano risultate incerte ed illiquide:

in particolare:

d.1- - il capitale sociale di € 6.000.000 era stato sottoscritto ma non versato da Cofimer, socio unico, in occasione dell'assemblea straordinaria del 13 novembre 2008;

d.2.- le partecipazioni, i versamenti postergati ed il credito commerciale nei confronti di Mondomessina erano tutti da svalutare per effetto della mancata iscrizione

della squadra al campionato professionistico e dell'indisponibilità degli stadi per le vicende amministrative rappresentate;

d.3.- i crediti verso i clienti per l'importo di € 2.107.820,00 dovevano essere frazionati in una moltitudine di crediti minori, perseguibili

separatamente;

d.4.- il credito verso società straniera per la cessione di un calciatore era incerto;

Il dissesto irreversibile, conclamato dalle illustrate evenienze, trovava conferma nelle emergenze sopravvenute al fallimento:

e.1. devalutazione delle partecipazioni in Mondomessina, desunte dalle iniziative del Comune di Messina descritte in atti;

e.2.- incertezza del credito verso la società straniera --  
- assoggettata a procedura concorsuale;

e.3.- inefficacia delle ricapitalizzazioni, attesa l'impugnazione da parte di Cofimer della delibera di aumento del capitale sociale;

e.4.- rigetto da parte del c.d.c. della proposta di concordato fallimentare presentata da Cofimer ---"

Alla stregua di questo esaustivo tessuto motivazionale, l'approdo, risulta assunto all'esito della verifica della

condizione d'insolvenza della F.C. Peloro Messina, ineccepibilmente scrutinata in punto fatto alla luce della ricaduta sulla solvibilità desunta dalla sua specifica situazione patrimoniale ed economica, in applicazione dell'orientamento, consolidato e pienamente condiviso, di recente ribadito (Cass. n. 23344/2010),

secondo cui " ai fini della dichiarazione di fallimento di una società, che sia inserita in un gruppo, cioè in una pluralità di società collegate ovvero controllate da un'unica società "holding", l'accertamento dello stato di insolvenza deve essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società medesima, poiché, nonostante tale collegamento o controllo, ciascuna di dette società conserva propria personalità giuridica ed autonoma qualità di imprenditore, rispondendo con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti".

IL CASO.it

La ricorrente, laddove contesta l'apprezzamento sul suo stato d'insolvenza, adducendo la specialità dell'attività esercitata, la sua partecipazione al gruppo controllato da Cofimer e le specifiche iniziative assunte da quest'ultima, richiamando le operazioni infragruppo che ne attesterebbero il sostegno finanziario fornito, prospetta in jure una semplificazione di questi interventi per sostenere l'unificazione della sua condizione e di quella della holding, secondo una logica infragruppo unitaria, che annullando le manifestazioni della sua autonomia patrimoniale in quanto controllata o eterodiretta, annullerebbero, per inevitabile corollario, gli effetti sul piano dell'insolvenza.

Propugna soluzione che, corretta in chiave economica ed aziendalistica, non è tuttavia legittimata in chiave giuridica.

Non la convalida il sistema fallimentare, per il quale il fenomeno del gruppo di imprese non aveva né ha ora rilievo a sé stante. Il legislatore della riforma non ha introdotto innovazioni a riguardo, pur auspiccate in dottrina, né la materia si presta ad opzioni esegetiche aperte all'applicazione della disciplina che, in materia di amministrazione straordinaria delle grandi imprese - art. 81 del d.lgs n. 270/1999 ed art. 3 legge n. 39/2004 che prevedono la gestione unitaria della crisi del gruppo

mediante il rimedio dell'estensione della procedura alle grandi imprese organizzate in forma collettiva -, ovvero nella liquidazione coatta amministrativa per le società fiduciarie -d.l. n. 233/1986- o gli istituti bancari- d.lgs n. 385/1993-. Neppure depone nel senso rappresentato dalla ricorrente il testo riformato dell'art. 147 legge fall. che, pur precisando

l'irrilevanza della partecipazione di società di capitali ad enti con assunzione di responsabilità illimitata dei soci, non configura per ciò solo una sorta di supersocietà di fatto.

Tanto meno la legittima il sistema societario, seppur la partecipazione al gruppo, realtà economico-finanziaria non più trascurabile, sia stata presa in considerazione dalla riforma disposta con d.lgs n. 6/2003 che, per le sole società di capitali, ha introdotto nel titolo V del libro V il capo IX intitolato "direzione e coordinamento delle società". Le disposizioni in argomento recepiscono il concetto di autonomia dell'unità del gruppo sul solo piano della responsabilità dell'ente che ne esercita il coordinamento del gruppo ed esplica la direzione delle società in esso aggregate, sul regime pubblicitario e sul funzionamento del gruppo stesso, sanzionando nel suo ambito l'abuso di tale attività, ma, al di fuori del caso d'illecita gestione societaria, non hanno creato un

autonomo centro d'imputazione, né un unico soggetto di diritto in cui si annullerebbero, convergendo in esso le dinamiche economiche, anche le singole entità giuridiche. La dialettica tra l'unità della gestione e della direzione ovvero economica che si traduce, anche a fini tributari, nell'esigenza della predisposizione di un bilancio consolidato, e l'autonomia giuridica, per usare

le parole di uno studioso, rimasta irrisolta, è affidata al principio tradizionale, cardine del sistema delle società, secondo cui ciascun ente conserva la propria soggettività giuridica, ovvero la personalità giuridica se si tratta di società di capitali, e, per logico corollario, la propria autonomia patrimoniale cui è collegata la garanzia patrimoniale generica.

Nessuno spunto è infine ricavabile dal governo dell'insolvenza del gruppo disciplinato, a livello comunitario. dal già citato Regolamento Ce 29 maggio 2000 n. 1346 che, con riguardo alla competenza internazionale ad aprire la procedura, istituisce un quadro comune in seno all'Unione Europea per evitare il trasferimento di beni o procedimenti giudiziari da un paese all'altro. Gli artt. 16 e 17 escludono che debbano essere assoggettate alla stessa procedura in uno stesso paese tutte le società partecipanti al gruppo altrove residenti; non impongono insomma l'apertura di una sola procedura

principale che coinvolga tutte le società collegate (Corte di Giustizia C- 341 /2004 sentenza Eurofood), ma si limitano ad estenderne automaticamente gli effetti in tutti gli altri paesi. Secondo quanto hanno affermato le S.U. con sentenza n. 9743/2008, la dichiarazione d'insolvenza intervenuta in uno Stato è infatti "riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena

essa produce effetto nello Stato in cui la dichiarazione è avvenuta, senza che ai giudici degli altri Stati membri sia data, ai sensi degli artt. 16 e 17 del citato Regolamento, la possibilità di sottoporla a valutazione".

Al di là di discusse e discutibili applicazioni rese in alcuni Stati membri, il gruppo, ai fini della giurisdizione, resta frammentato nei singoli ordinamenti cui appartengono le singole società, ciascuna delle quali è assoggettata alla propria *lex concursus*. Il fatto che le scelte gestionali siano o possano essere controllate da società madre residente all'estero non declina quindi neppure la competenza- "melius" la giurisdizione- , che resta collegata alla sede sociale.

Il complessivo quadro normativo esaminato, applicato al regime fallimentare, ammette un solo corollario: che l'insolvenza dell'impresa madre non si estende automaticamente alle imprese collegate da essa controllate, ovvero dirette e coordinate, e non ne

procura automaticamente il fallimento, neppure in estensione. In senso speculare, la singola impresa è insolvente, ed in quanto tale fallisce, se le sue individuali risorse disponibili sono inadeguate a garantire la soddisfazione delle sue individuali esposizioni debitorie esattamente e puntualmente. Il risultato economico cui mira o che ottiene il gruppo può

configgere con l'interesse del singolo ente, ovvero non ridondare a vantaggio suo e dei suoi creditori, i quali non possono fare affidamento su patrimonio diverso da quello della loro debitrice.

L'indagine, condotta dalla Corte del merito in questo solco, ha consentito d'accertare che i sintomi dell'insolvenza della società Peloro Messina erano palesati dalla sua situazione patrimoniale, indagata senza trascurare, ma anzi considerandoli specificamente, gli interventi attuati dalla capogruppo per integrarne il fabbisogno finanziario che, comunque, secondo apprezzamento di merito adeguatamente illustrato, non apportarono il flusso di risorse idoneo a ripristinarne la solvibilità, decisiva nella logica del fallimento siccome avrebbe escluso l'insolvenza, consentendole di adempiere alle sue obbligazioni, esattamente e puntualmente. La critica a questa ricostruzione, errata nella sua premessa teorica e generica, laddove neppure

esplicita in concreto se ed in quale maniera gli interventi della holding avrebbero evitato il conclamato dissesto della controllata, in presenza dell'accertato deficit di bilancio che palesava l'insistenza delle disponibilità necessarie all'estinzione dei debiti contratti, appare pertanto priva di fondamento.

III.3.- La peculiarità dell'oggetto sociale della società

fallita non potrebbe peraltro legittimare difforme soluzione. La fallibilità delle società sportive, ormai indiscussa, deve essere scrutinata alla luce dei criteri ordinari verificando se le condizioni patrimoniali e le risorse disponibili garantiscono l'adempimento esatto e puntuale dei debiti contratti. Il flusso finanziario, in uscita ed in entrata, che può caratterizzare tale tipo d'attività, non atteggia in senso peculiare l'insolvenza, diversificandone presupposti ed effetti rispetto all'ordinario paradigma enunciato nell'art. 5 legge fall. Tanto meno, la ricorrente argomenta quale sia il nesso, predicato in tesi, tra la particolarità dell'oggetto sociale e l'esonero dal fallimento in presenza di conclamata crisi finanziaria.

III.4.- Alle questioni di diritto esaminate occorre dare soluzione affermando che:

la valutazione oggettiva della condizione economica e patrimoniale dell'imprenditore che identifica

l'insolvenza con l'incapacità irresolubile di adempimento esatto e puntuale delle obbligazioni che lo gravano, è indipendente dal tipo d'attività esercitata e dalle caratteristiche funzionali dell'impresa. La società sportiva, quella di calcio in particolare, costituita obbligatoriamente in forma di società di capitali, nonostante alcune peculiarità riguardanti pregnante controllo anche di carattere finanziario da parte della FIGC che l'hanno connotata in senso effettivamente autonomo, non è però avulso dal contesto dell'art. 2247 c.c., specie dopo l'ampliamento delle attività consentite previsto dalla legge n. 586/1996 e successivamente dal d.lg n. 37/2004 che ammette la possibilità di svolgere attività connesse e strumentali al suo tipico oggetto sociale, prodotto tipico di complessa organizzazione aziendale. Si tratta, pur sempre, di un'impresa commerciale che, seppur in parte governata secondo regole di settore, tecniche ed organizzative, che impongono l'adesione ad un modello organizzativo di tipo federativo e la soggezione ad regolamento che condensa in sé regole di natura pubblicistica e negoziale che possono presentare discrasie rispetto a sistema generale, entrata in una dimensione economica molto significativa che impone notevole capitale di rischio, può svolgere attività diversa da quella sportiva seppur nei limiti

indicati dalle norme riferite, e, in chiave economica e finanziaria, può procedere alla distribuzione degli utili tra i soci, con l'unico limite che il 10% deve essere destinato a scuole giovanili d'addestramento legge n. 91/1981.

La condizione che realizza, nella sua tipicità, il perseguimento dello scopo sociale, nell'ottica

concorsuale in cui l'insolvenza viene in rilievo, in senso oggettivo, a prescindere da ogni altro fattore, non pone discriminine giuridicamente rilevante rispetto all'impresa commerciale in sé considerata, né, come rileva il curatore fallimentare controricorrente, le

attribuisce uno statuto privilegiato laddove esprima, seppur nel connubio con le esigenze peculiari del settore d'appartenenza, una situazione d'impotenza finanziaria preclusiva dell'esatto e puntuale adempimento delle obbligazioni contratte, dunque pregiudizievole per il ceto creditorio.

Al pari di ogni altra società inserita in un'aggregazione di imprese ed eterodiretta, risponde con il proprio patrimonio dei propri debiti non potendo convalidare diversa configurazione la partecipazione della stessa ad un contesto organizzativo, finanziario e commerciale che, rilevante su piano economico, non ne annulla tuttavia le capacità economiche e reddituali e la conseguente

attitudine a far fronte regolarmente alle proprie obbligazioni. La sua condizione d'insolvenza prescinde pertanto dall'attitudine del gruppo imprenditoriale in cui è inserita a mantenere esso stesso una condizione integra nel mercato. Siffatta condizione concorre ovviamente nello scrutinio dei sintomi dell'insolvenza, nel senso che il Tribunale fallimentare deve tener conto

del collegamento economico e finanziario tra le società, e deve quindi verificare se le operazioni in cui esso si esprime e realizza si siano trasfuse in concrete iniziative di sostegno finanziario della capogruppo e, soprattutto, se esse siano state effettivamente idonee a procurare il risanamento della società controllata o

eterodiretta di cui sia emersa l'insolvenza, in termini di recupero della sua solvibilità. Tanto più tale indagine si palesa necessaria in caso di società sportiva che, pur ammessa a svolgere attività economica, di regola affida le proprie disponibilità finanziarie alla holding che le fornisce la provvista per far fronte ai suoi impegni finanziari, notoriamente rilevanti.

L'unitarietà di gestione, economica e finanziaria, del gruppo rileva perciò sul piano concorsuale solo se la riorganizzazione delle imprese ad esso appartenenti, quale che sia l'attività esercitata da quella risultata insolvente, si esplica in iniziative di ripristino della

condizione di liquidità, riferita non già al gruppo considerato quale entità a sé stante ma alla singola impresa che in quel gruppo è inserita.

Secondo quanto si è premesso, la Corte territoriale ha fatto buon governo di tali enunciati, tenuti a base della sua indagine e del percorso logico che ne ha sostenuto il *decisum*. I motivi esaminati, che ne censurano iter

argomentativo e conclusione decisiva, sono pertanto infondati e meritano il rigetto.

IV° gruppo.

La società fallita col quinto motivo denuncia violazione dell'art. 5 legge fall., degli artt. 2462, 2467, 2481 bis

e 2482 bis c.c., e correlato vizio di motivazione e prospetta plurime questioni di diritto: se sia legittima la ricapitalizzazione eseguita utilizzando le riserve e compensando il debito della controllante per conferimenti con crediti per precedenti apporti; se l'inosservanza dell'obbligo di versare il 25% dell'aumento di capitale deliberato dalla controllata e sottoscritto dalla controllante, socio unico, sia inidoneo ad eliminare l'insolvenza ovvero determini solo un'obbligazione verso la controllata perfettamente esigibili.

Col sesto motivo denuncia ancora una volta violazione e falsa applicazione dell'art. 5 legge fall., e violazione dell'art. 2484 c.c., e pone la questione di diritto se la

presunta impossibilità di realizzare l'attività che costituisce l'oggetto sociale, produca solo lo scioglimento della società ovvero ne procuri l'insolvenza.

Le questioni sono rappresentate e proposte sostanzialmente negli stessi termini da Cofimer nel motivo n. 10 del suo ricorso e quindi nelle deduzioni esposte nel controricorso.

Il curatore fallimentare resistente deduce infondatezza del quinto motivo osservando che le operazioni, seppur corrette, non hanno comunque influito sull'insolvenza e sul giudizio che ne ha tratto in proposito il giudice fallimentare. In ordine all'altra censura, rileva che la questione posta opera su piano societario, ma può essere apprezzata in chiave fallimentare come sintomo univoco d'insolvenza. In questa luce è stata vagliata ed il risultato di questo scrutinio, adeguatamente motivato, non è sindacabile nel merito.

La Corte territoriale ha sostenuto che:

"- le operazioni di ripianamento delle perdite erano inefficaci e strumentali in quanto la società era stata ricapitalizzata senza l'afflusso di risorse effettive da parte del socio unico Cofimer.

Nell'assemblea de 20 ottobre 2008, la perdita del capitale sociale di € 28.264.338,00 era stata ripianata

utilizzando la riserva legale e la riserva relativa a versamenti in conto capitale, e con ricostituzione del capitale sociale sottoscritto per l'intero dalla Cofimer, divenuto perciò socio unico, versato con compensazione con preesistente credito verso la società.

L'operazione violava il disposto dell'art. 2467 c.c. laddove si era realizzata con rimborso dei crediti dei

soci per finanziamenti, siccome erano postergati ai creditori concorsuali. I versamenti in conto capitale di Cofimer erano stati effettuati mediante estinzione delle esposizioni debitorie della società verso gli istituti di credito, nei cui confronti era però anch'essa obbligata in veste di fideiussore. La compensazione col suo maggior credito verso la società in concreto aveva soddisfatto il credito di cui essa era titolare.

Nell'altra assemblea del 13 novembre era stato deliberato l'aumento di capitale da € 1 milione ad € 9 milioni, e Cofimer, che aveva sottoscritto l'intero capitale, lo aveva versato nella misura del 25% con compensazione del proprio maggior credito. L'operazione violava il disposto dell'art. 2481 bis c.c. poiché Cofimer, in quanto unico socio, avrebbe dovuto versare l'intero capitale sottoscritto.

La ricapitalizzazione, che comunque non rappresenta un mezzo di ripianamento delle perdite, denotava

l'insufficienza degli ordinari mezzi di pagamento. Mediante l'operazione, Cofimer non aveva apportato liquidità né aveva incremento l'attivo patrimoniale della società. La strumentalità dell'iniziativa era infine resa palese dalla sua concomitanza- era stata realizzata nell'assemblea del 20 ottobre- rispetto all'iniziativa del P.M., assunta il successivo 13 novembre".

Il risultato di questa indagine risulta effettivamente basata su costruzione esegetica affetta dagli errori di diritto denunciati.

È indubbia la correttezza dell'operazione tesa al ripianamento della perdita di € 28.264.338,000, attuata nell'assemblea del 20.10.2008 azzerando il capitale mediante l'utilizzo della riserva appostata alla voce "versamenti in conto capitale", che rappresentano apporti patrimoniali non rimborsabili da non confondere con i prestiti dei soci, che devono essere rimborsati, quindi della riserva legale ed infine ricostituendolo con compensazione col maggior credito del socio unico Cofimer. Conforme appieno nella prima parte al dettato degli artt. 2446 e 2482 bis c.c., la manovra risulta legittima anche nella parte in cui si è conclusa con la compensazione tra l'obbligo di conferimento di Cofimer ed il suo credito verso la società. Giova a riguardo rilevare che la regolarità di questo procedimento è stata

di recente affermata dal precedente di questa Corte n. 7611/2009 sul solco di esegesi già affermata (Cass. 4236/1998 e 936/1996) a smentita di precedente orientamento contrario (Cass. n. 13095/1992), al cui articolato e condiviso argomentare si rinvia, e che s'intende ribadire.

Non rilevano le ragioni che avrebbero indotto Cofimer ad

estinguere i debiti della società di calcio contratti con le banche verso cui era essa stessa obbligata in veste di garante. La motivazione resa dal giudice del merito a tal riguardo è incongrua. Nella logica concorsuale il dato decisivo è rappresentato dall'estinzione del debito.

Quale che sia la forma dell'intervento attuato allo scopo, ciò che rileva è che esso abbia avuto l'attitudine o quanto meno il fine di perseguire equilibrio patrimoniale dell'impresa in crisi, compromesso anche da quelle esposizioni che consenta all'impresa risanata di assolvere alle sue obbligazioni. Il pagamento eseguito da Cofimer alle banche, erroneamente censurato dai giudici di merito senza neppure verificare se essa avesse fatto riserva di regresso ovvero avesse esercitato rivalsa, avrebbe dovuto essere letto e vagliato in questa chiave.

L'ultimo dei passaggi fondanti la decisione impugnata oggetto di censura è, infine, affetto anch'esso dall'errore di diritto fondatamente denunciato dalle

ricorrenti. Cofimer, divenuto socio unico a seguito dell'ultima operazione su capitale, fece nuovamente ricorso alla compensazione e non versò effettivamente nella percentuale di legge l'importo del conferimento. Si è perciò sottratta all'obbligo sancito nell'art. 2481 bis c.c. comma 5, che impone al socio unico in caso di aumento del capitale mediante nuovi conferimenti di

versare integralmente il conferimento in denaro all'atto della sottoscrizione. Nondimeno, la riscontrata violazione non ha invalidato l'operazione. Operando sul diverso piano della responsabilità, ha solo esposto la detta società, in quanto socio unico, alla responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali sorte nel periodo in cui ha ricoperto tale veste, secondo quanto stabilito dall'art. 2462 comma 2 c.c..

Alla luce delle considerazioni svolte, i motivi in esame, ancorché espongano rilievi parzialmente fondati, devono essere dichiarato inammissibili. Per un verso introducono verifica atomistica su taluno dei dati sintomatici apprezzati dal giudice del gravame, secondo canone contrario al dettato dell'art. 2729 c.c. in forza del quale i dati sintomatici devono essere valutati sicuramente in maniera analitica, per verificarne la rilevanza perché muniti dei caratteri della precisione e della gravità, ma anche e soprattutto in collegamento,

in modo che la loro combinazione consenta valida prova presuntiva che probabilmente non potrebbe dirsi raggiunta con certezza considerando singolarmente uno o alcuni degli elementi indiziari che, nella sintesi con gli altri fatti apprezzati, acquistano valore sintomatico. La frammentazione prospettata circoscrive l'ambito del controllo sollecitato al solo momento della verifica

analitica, ex se non esaustiva poiché quel dato indiziario contestato, che singolarmente considerato potrebbe risultare privo di sintomaticità, è stato correttamente vagliato nella convergenza globale di tutte le circostanze esaminate, accertandone all'esito e per l'effetto la pregnanza conclusiva.

Per altro verso, propongono scrutinio sulle operazioni rappresentate in una chiave di lettura assolutamente difforme da quella che ha orientato l'indagine del giudice del merito, che ebbe a verificare le modalità attuative delle operazioni in discussione al fine d'accertare se avessero garantito alla controllata il recupero del fabbisogno finanziario necessario a far fronte agli impegni finanziari contratti, accertati nell'importo considerevole indicato, condizionante il giudizio sull'insolvenza assorbente e decisivo nella logica concorsuale. Quegli interventi sul capitale non si tradussero nell'afflusso di effettive risorse liquide,

idoneo ad incrementare le disponibilità finanziarie della F.C. Peloro, che scongiurassero la crisi già in atto ed il conseguente dissesto, in cui si è poi concretata l'insolvenza, ed il dato, assolutamente tranciante e decisivo, non ha ricevuto smentita né in sede di merito né nei motivi esaminati. Come correttamente hanno affermato i giudici del merito, non sono stati perciò risolutivi. È certo infatti che la società, seppur ricapitalizzata, non poté comunque onorare i debiti scaduti, al punto da dover rinunciare al campionato professionistico, adattandosi alla militanza in quello dilettantistico.

Indiscusso, in punto di fatto, che il sostegno garantito da Cofimer non coprì l'importo dei debiti già scaduti e quelli di prossima scadenza, ed i crediti di pronta esazione di cui era titolare la F.C. Peloro non sarebbero stati sufficienti a coprire il relativo fabbisogno finanziario, le operazioni che lo attuarono non erano valutabili per la loro astratta valenza giuridica, ma nel contesto della crisi in cui si trovava la società per sua stessa ammissione. La legittimità *in jure* delle operazioni discusse, così come la loro validità in chiave aziendale, non essendosi esse pacificamente risolte nel recupero della liquidità necessaria a far fronte puntualmente ai debiti scaduti o in scadenza,

incontestati, non ha escluso l'insolvenza, né il conseguente fallimento. È perciò sterile e solo accademico scrutinarne la correttezza, argomentata nel motivo in esame a lume di corretta esegesi delle norme rubricate. La soluzione propugnata alle questioni di diritto poste, seppur se ne convalidasse la fondatezza, non potrebbe comunque incidere sul nucleo del *decisum*,

siccome estranea alla sua *ratio* fondante.

Le argomentazioni esposte travolgono l'esame del sesto motivo.

L'auspicata soluzione alla questione di diritto ivi posta sarebbe improduttiva di effetti sulla verifica dello stato d'insolvenza.

Lo squilibrio patrimoniale che avrebbe determinato l'impossibilità di realizzare l'oggetto sociale, relativa e non definitiva, rappresenta pur essa un fatto, seppur non esaustivo, sicuramente apprezzabile secondo una visione dinamica e prospettica del patrimonio dell'impresa imposta dalla logica concorsuale, che vi include dati non contabilizzabili, quali il credito bancario o le prospettive di rilancio dell'attività d'impresa, escludendo di contro altri meramente patrimoniali (v. Cass. n. 4727/2004 e n. 26217/2005). Ineccepibilmente apprezzato dal giudice del merito nella prospettiva di un recupero delle capacità funzionali

della società nel coacervo delle altre evenienze sintomatiche riscontrate, di tale dato la ricorrente sollecita ora rilettura atomistica e perciò, come rilevato, inammissibile, proponendone diversa prospettazione in chiave meramente contabile patrimonialistica. In questa stessa prospettiva, ascrivendo la rinuncia al campionato professionistico ad

una scelta economica insindacabile, introduce indagine sui fatti, assolutamente preclusa in questa sede.

Parimenti irrilevante è infine l'indagine sollecitata in ordine agli effetti della transazione fiscale conclusa dalla società di calcio prima ancora del suo inquadramento nell'insolvenza.

I fatti non possono essere valutati per la loro singola valenza, ma vanno inseriti nel contesto della crisi e valutati in questa prospettiva.

#### V° gruppo

Col settimo motivo la società fallita, denunciando ancora il medesimo vizio di violazione dell'art. 5 l.f. in uno all'art. 18 l.f., censura la sentenza impugnata per aver valorizzato fatti successivi alla dichiarazione di fallimento per ricavarne il giudizio sull'insolvenza.

Il curatore resistente replica osservandone l'infondatezza in fatto.

Il motivo è infondato.

IL CASO.it

In sintesi ascrive alla Corte territoriale errore di diritto consistito nel non aver accertato obiettivamente l'insolvenza, ma di averla dedotta induttivamente, in assenza di fatti esteriori, su costruzione arbitraria, che avrebbe valorizzato dati irrilevanti.

Vagliate in unico coacervo, a giudizio del giudice del reclamo, tutte le circostanze esaminate, quelle anteriori

rappresentate quasi esclusivamente dalle operazioni finanziarie descritte, e le risultanze dello stato passivo, che consacrano nel concorso le posizioni creditorie necessariamente anteriori al fallimento, hanno confortato la sussistenza dello stato d'insolvenza. Il

debiti a scadere, effettivamente considerati,, rappresentano nel complesso argomentare della Corte del merito, un mero elemento rafforzativo di un fatto già "ex se" sufficiente a provocare il fallimento.

Il dato oggettivo, ineccepibilmente verificato e puntualmente motivato, non può essere in questa sede riletto né rivalutato. Il contesto di fatto, comunque si sia svolto l'accertamento sui sintomi dell'insolvenza, ne ha certificato la sussistenza ed il risultato ha legittimato la dichiarazione di fallimento.

L'apprezzamento sui quei dati, correttamente condotto e congruamente argomentato, sfugge al sindacato di legittimità, appartenendosi al solo giudice del merito.

## VI gruppo

Autonomi rispetto al ricorso della società fallita, i motivi di Cofimer:

4- 5 e 6. denunciano nullità della sentenza per invalida costituzione del P.M. e del P.G.. Il P.M. non era legittimato a partecipare la giudizio di reclamo, il P.G. presso la Procura presso la Corte d'appello, si sarebbe costituito irritualmente.

A riguardo, la Corte di merito ha dichiarato l'illegittimità della costituzione del P.M., essendo legittimato a partecipare al giudizio di reclamo il P.G. presso la Corte d'appello che si sarebbe costituito irregolarmente in quanto la sua comparsa di costituzione non sarebbe stata regolarmente depositata.

Il contriroricorrente deduce la pretestuosità e l'infondatezza dei motivi.

I motivi espongono censura senz'altro ininfluente. A tutto concedere, seppur la denuncia d'irregolare costituzione in giudizio del P.G. fosse fondata in fatto, si sarebbe verificata la contumacia dell'organo, la cui omessa declaratoria non inficia comunque la regolarità del procedimento di reclamo.

Quanto alla costituzione in giudizio del P.M. presso il Tribunale la risposta del giudice del reclamo è corretta.

È infatti sorretta da corretta esegesi del quadro

normativo del codice di rito che, secondo quanto sostenuto da questa corte nella recente pronuncia n. 19214/2009 stabilisce che " l'appello avverso la sentenza dichiarativa di fallimento va notificato al procuratore della Repubblica presso il tribunale, al quale spetta la legittimazione all'impugnazione, in qualità di ufficio del P.M. funzionante presso il giudice che ha pronunciato

la sentenza impugnata. L'esercizio delle funzioni di P.M. nel giudizio di appello spetta invece al P.G. ai sensi dell'art. 70 del r.d. n. 12 del 1941 e peraltro, la costituzione in appello del procuratore della Repubblica, in luogo del P.G. non determina la nullità della sentenza di secondo grado, ma soltanto la nullità della costituzione di quell'organo, della quale può dolersi esclusivamente il soggetto che avrebbe dovuto presenziare al giudizio, con la conseguente carenza di interesse dell'appellante a far valere il predetto vizio".

All'orientamento, pienamente condiviso, s'intende dare continuità e pertanto viene in questa sede ribadito.

7°.- di denuncia carenza di motivazione sull'eccezione di nullità della sentenza derivante dalla carenza d'interesse del curatore a resistere in sede di reclamo rispetto alle questioni di legittimazione del p.m., unico ed esclusivo interlocutore.

Il controricorrente deduce l'infondatezza del mezzo.

Il motivo è privo di pregio.

Indiscusso che la dialettica tra le parti del procedimento di reclamo non subisce modifica a seconda del soggetto che abbia formulato l'istanza di fallimento, è pregiudiziale il rilievo che il fallimento, in persona del curatore che lo rappresenta, è contraddittore necessario in causa. La questione è stata ritenuta irrilevante dalla Corte d'appello, perché assolutamente incoerente, atteso peraltro che il curatore fallimentare partecipò al giudizio in quanto chiamato a difendere le ragioni della procedura dalle stesse reclamanti. Il ripensamento di Cofimer espresso nella censura in esame, non solo non ha fondamento ma è palesemente pretestuoso e artificioso.

9°- si lamenta violazione dell'art. 5 legge fall. in ragione dell'assenza di manifestazioni esteriori dell'insolvenza.

La censura è stata esaminata in relazione al ricorso della fallita ed è perciò travolta dalle precedenti considerazioni svolte.

Tutto ciò premesso, si dispone il rigetto dei ricorsi con condanna dei ricorrenti al pagamento delle spese del presente giudizio liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

La Corte:

riunisce i ricorsi e li rigetta. Condanna le ricorrenti  
in solido al pagamento delle spese del presente giudizio  
liquidandole in € 12.200,00 di cui € 200,00 per esborsi,  
oltre spese generali ed accessori di legge.

Così deciso in Roma, 1'8.2.2011

Il Consigliere estensore

Il Presidente

(Dott.ssa MARIA R. CULTRERA)

(Dott. FRANCESCO M. FIORETTI)

*Maria Rosaria Cultrera*

*Francesco M. Fioretti*

II CASO.it

Depositato in Cancelleria

# 21 APR 2011

IL CANCELLIERE  
Alfonso Madaloni

*Alfonso Madaloni*