

Aggiornamento giurisprudenziale

n. 07 / 2021

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 14 giugno 2021, n. 16776 – mutuo fondiario: il limite di finanziabilità fissato dall'art. 38, comma 2, T.U.B. è elemento essenziale del contenuto del contratto di mutuo fondiario e il mancato rispetto ne determina la nullità.

Tribunale di Trapani, 9 giugno 2021 – usura: non è possibile sommare interessi corrispettivi e interessi moratori ai fini della verifica del superamento del tasso soglia.

Tribunale di Rimini, 4 giugno 2021, n. 544 – fideiussioni *omnibus*: l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza "a monte" non comporta la nullità del contratto di fideiussione *omnibus* stipulato "a valle".

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 1° giugno 2021, n. 15276 – attività di direzione e coordinamento: l'esercizio del diritto di voto da parte del socio di maggioranza nell'assemblea della società controllata non integra ex se un abuso di attività di direzione e coordinamento ex art. 2497, comma 1, c.c.

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCURSUALI

Corte di Cassazione, 30 giugno 2021, n. 18610 – Concessione abusiva del credito: (i) è abusivo il finanziamento di una banca ad un'impresa in stato di insolvenza o di crisi conclamata quando non sussistono ragionevoli prospettive di risanamento; (ii) sussiste la legittimazione del curatore fallimentare quando l'azione nei confronti della banca è finalizzata alla ricostituzione del patrimonio sociale, a vantaggio di tutti i creditori in concorso; (iii) la responsabilità della banca può concorrere con quella degli organi sociali in via di solidarietà passiva, non occorrendo che le due azioni siano intraprese contestualmente.

Corte di Cassazione, 16 giugno 2021, n. 17216 – Dichiarazione di fallimento: l'incertezza in merito al ricorrere della sussistenza di un'esposizione debitoria ex art. 15, co. 9, l.f., non risolvibile sulla base dagli atti dell'istruttoria prefallimentare, impedisce la declaratoria di fallimento.

Corte di Cassazione, 10 giugno 2021, n. 16487 – Domande tardive di ammissione al passivo: la proroga dei termini per l'ammissione di domande tardive di insinuazione al passivo ex art. 101 l.f. deve essere esplicita e argomentata.

Corte di Cassazione, 10 giugno 2021, n. 16347 – Requisiti di non fallibilità: ai fini della dimostrazione del mancato superamento delle soglie di cui all'art. 1 l.f., il debitore può fare ricorso a strumenti probatori alternativi ai bilanci già approvati e depositati nel registro delle imprese.

Tribunale di Pescara, 27 maggio 2021 – *Cram down* ex art. 180, co. 4, l.f.: ai fini dell'omologazione del concordato preventivo da parte del Tribunale, la «*manca di voto*», presupposto per l'applicazione del c.d. *cram down*, deve essere interpretata estensivamente, includendo non solo il silenzio da parte dell'Amministrazione finanziaria, ma anche il diniego espresso.

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 14 giugno 2021, n. 16776 – mutuo fondiario: il limite di finanziabilità fissato dall'art. 38, comma 2, T.U.B. è elemento essenziale del contenuto del contratto di mutuo fondiario e il mancato rispetto ne determina la nullità.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 16776, pubblicata in data 14 giugno 2021](#), si è pronunciata sul tema della validità del mutuo fondiario che superi il limite di finanziabilità di cui all'art. 38, comma 2, T.U.B.

Sul punto la Corte, richiamando i propri precedenti (in particolare, Cass., 13 luglio 2017, n. 17352), ha affermato che *«avendo riguardo al mutuo fondiario, il limite di finanziabilità fissato, dall'art. 38, co. 2, del d.lgs. n. 385 del 1993, è elemento essenziale del contenuto del contratto e il suo mancato rispetto ne determina la nullità (con possibilità, tuttavia, di conversione in ordinario finanziamento ipotecario ove ne sussistano i relativi presupposti) e costituisce un limite inderogabile all'autonomia privata in ragione della natura pubblica dell'interesse tutelato, volto a regolare il quantum della prestazione creditizia al fine di favorire la mobilitazione della proprietà immobiliare e agevolare e sostenere l'attività di impresa; il (...) precedente citato, a superamento di pregressi indirizzi e però esplicitamente raccordandosi con decisioni già assunte con riguardo al mutuo di credito edilizio (...), ha parimenti qualificato siccome norma imperativa la disposizione prescrivente detto limite»*.

La Cassazione ha quindi precisato che *«il fine della disposizione (...) corrisponde proprio alla necessità di disciplina analitica secondo obiettivi economici che il legislatore si è dato, accordando all'istituto erogante molteplici tutele sul versante del rapido consolidamento dell'ipoteca (art.39 TUB) e del privilegio processuale esecutivo (art.41 TUB), giustificando la compatibilità costituzionale (Corte cost. n.175 del 2004) di un regime di favor che ha effettivamente contropartita di sistema nell'intento di mobilitare la proprietà immobiliare ed altresì, eventualmente, di ricorrere a tale strumento per finanziare l'imprenditore anche in crisi»*.

Tribunale di Trapani, 9 giugno 2021 – usura: non è possibile sommare interessi corrispettivi e interessi moratori ai fini della verifica del superamento del tasso soglia.

Il Tribunale di Trapani, con [sentenza, pubblicata in data 9 giugno 2021](#), si è pronunciato in tema di verifica del superamento del tasso soglia ai fini dell'usura, soffermandosi, in particolare, sulla possibilità di sommare il tasso d'interesse corrispettivo agli interessi moratori.

Il Tribunale ha anzitutto chiarito che, nel caso sottoposto alla sua attenzione, *«l'assunto su cui si fonda la domanda relativa alla natura usuraria degli interessi pattuiti nel contratto di mutuo va ravvisato nella cumulabilità – ai fini della determinazione del tasso di interesse convenuto fra le parti e della verifica del superamento del tasso soglia ex art. 644 cp – del tasso*

corrispettivo e del tasso di mora, oltre che di tutti i costi e spese del credito escluso solo imposte e tasse».

Tale assunto – ha precisato il Tribunale – *«va considerato errato».*

Ed invero «va, in primo luogo, osservato come la ammissibilità dell'operazione di sommatoria degli interessi corrispettivi pattuiti in contratto (...) risulta smentita dall'insegnamento consolidato della Suprema Corte che ha affermato la necessità di considerare distintamente, ai fini dell'applicazione della sanzione di nullità prevista dall'art. 1815 c.c., i paradigmi contrattuali relativi all'obbligazione di corresponsione degli interessi destinati a trovare applicazione in ragione della condotta del debitore».

Sul punto il Tribunale ha precisato che «nei contratti di finanziamento con piano di ammortamento predefinito, gli interessi corrispettivi e gli interessi moratori, pur concorrendo entrambi, in qualità di oneri collegati all'erogazione del credito, a determinare il costo globale del finanziamento, sul piano funzionale soggiacciono ad uno statuto normativo diverso»: «i primi rappresentano il corrispettivo del prestito ed assolvono ad una funzione remuneratoria, i secondi, invece, assolvono ad una funzione risarcitoria, preventiva e forfettizzata, del danno da ritardo nell'adempimento».

Il Tribunale ha quindi chiarito che «la diversità funzionale dei due tipi di accessori del credito impone di ritenere che nella valutazione della natura usuraria dell'interesse, la clausola determinativa degli interessi moratori deve essere soggetta ad una valutazione separata, in cui non può tenersi conto dei costi fisiologici connessi all'erogazione del credito».

Sul punto il Tribunale ha richiamato la pronuncia della Cassazione n. 17447 del 28 giugno 2019, secondo la quale «in prospettiva del confronto con il tasso soglia antiusura non è corretto sommare interessi corrispettivi ed interessi moratori. Alla base di tale conclusione vi è la constatazione che i due tassi sono alternativi tra loro: se il debitore è in termini deve corrispondere gli interessi corrispettivi, quando è in ritardo qualificato dalla mora, al posto degli interessi corrispettivi deve pagare quelli moratori; di qui la conclusione che i tassi non si possano sommare semplicemente perché si riferiscono a basi di calcolo diverse: il tasso corrispettivo si calcola sul capitale residuo, il tasso di mora si calcola sulla rata scaduta; ciò vale anche là dove sia stato predisposto un piano di ammortamento, a mente del quale la formazione delle varie rate, nella misura composita predeterminata di capitale ed interessi, attiene ad una modalità dell'adempimento dell'obbligazione gravante sulla società utilizzatrice di restituire la somma capitale aumentata degli interessi. Nella rata concorrono, infatti, la graduale restituzione del costo complessivo del bene e la corresponsione degli interessi trattandosi di una pattuizione che ha il solo scopo di scaglionare nel tempo le due distinte obbligazioni».

Tribunale di Rimini, 4 giugno 2021, n. 544 – fideiussioni omnibus: l'esistenza di un'intesa restrittiva della concorrenza “a monte” non

comporta la nullità del contratto di fideiussione omnibus stipulato “a valle”.

Il Tribunale di Rimini, con [sentenza n. 544, pubblicata in data 4 giugno 2021](#), si è pronunciato sul dibattuto tema della validità delle fideiussioni omnibus conformi allo schema ABI del 2003 per presunta contrarietà alla normativa antitrust.

Sul punto il Tribunale ha anzitutto richiamato il consolidato orientamento della Cassazione (da ultimo ribadito con la sentenza n. 24044 del 26 settembre 2019), secondo cui *«da una intesa anticoncorrenziale (eventualmente nulla a norma della L. n. 287 del 1990) non deriva automaticamente la nullità dei negozi “a valle” che costituiscono concretizzazione della stessa sul mercato, potendo configurarsi esclusivamente un rimedio di tipo risarcitorio».*

Il Tribunale ha quindi precisato che tali *«principi espressi dalla giurisprudenza di legittimità (...) sono condivisi dal Tribunale e risultano pienamente coerenti con il consolidato orientamento che distingue tra regole c.d. di condotta e regole c.d. di validità affermando che l’invalidità negoziale non può discendere dalla violazione delle prime ma esclusivamente dalla violazione di norme che disciplinano la struttura della fattispecie negoziale o che espressamente prevedono la nullità del negozio (vedi Cass. S.U. n. 26725 del 2007)».*

Nel caso in esame, relativo alla presunta nullità di una fideiussione omnibus conforme allo schema ABI del 2003, per asserita violazione della normativa antitrust, *«l’esistenza di un’intesa “a monte” restrittiva della concorrenza si pone come elemento costitutivo di un abusivo esercizio del potere di autonomia negoziale “a valle” da parte degli istituti bancari nei rapporti con la clientela, configurandosi in tal modo come violazione di una regola di condotta (la buona fede nell’esercizio dell’autonomia negoziale) da cui non può derivare una patologia del negozio ma esclusivamente l’azionabilità del rimedio risarcitorio (al fine di ristorare il danno eventualmente derivante dalle condizioni contrattuali deteriori che non sarebbero state accettate dal cliente in assenza della collusione “a monte” tra gli operatori del settore). **Deve pertanto escludersi la configurabilità di una nullità della fideiussione per violazione dell’art. 2 della L. n. 287 del 1990, sub specie di nullità c.d. virtuale da violazione di norma imperativa ex art. 1418, comma 1, c.c.».***

Infine, il Tribunale ha precisato che *«non potrebbe inoltre configurarsi una nullità del contratto per illiceità della causa a norma degli articoli 1418, comma 2, e 1343 c.c. in quanto la circostanza che la fideiussione sia “concretizzazione a valle” di una intesa anticoncorrenziale è un profilo che non permea la funzione pratica del contratto, la quale va riferita complessivamente alla manifestazione di volontà negoziale di entrambe le parti e va analizzata con riferimento alla concreta conformazione degli interessi soggettivi come confluiti e sintetizzati nell’accordo. Diversamente, la circostanza che la fideiussione recepisca il contenuto di un’intesa anticoncorrenziale rileva “unilateralmente” solo nella prospettiva della banca beneficiaria e non può assurgere pertanto ad elemento causalmente rilevante. Né potrebbe configurarsi una nullità della fideiussione derivante dalla nullità dell’intesa*

anticoncorrenziale sulla base del principio simul stabunt simul cadent, qualificando i rapporti tra tali due atti alla stregua di un collegamento negoziale».

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 1° giugno 2021, n. 15276 – attività di direzione e coordinamento: l'esercizio del diritto di voto da parte del socio di maggioranza nell'assemblea della società controllata non integra ex se un abuso di attività di direzione e coordinamento ex art. 2497, comma 1, c.c.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 15276, pubblicata in data 1 giugno 2021](#), si è pronunciata in tema di responsabilità da attività di direzione e controllo ai sensi dell'art. 2497 c.c.

La Corte, nella controversia instaurata nei confronti del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF) dai soci di minoranza della società controllata ai fini di ottenere il risarcimento dei danni ex art. 2497 c.c., si pone il problema di valutare «*la riconducibilità delle condotte materiali contestate al MEF, quale socio azionista di maggioranza ex art. 2359, comma 1, n. 1) e 2) c.c., ad esercizio della "attività di direzione e coordinamento" della società ALITALIA (società eterodiretta), come delineata dall'art. 2497 c.c.*».

La Corte ha innanzitutto premesso che la contestazione dei ricorrenti viene ad incentrarsi «*nell'allegazione dell' "illegittimo" esercizio, da parte del MEF, dei diritti - inerenti l'esercizio del voto in assemblea - allo stesso spettanti in qualità di socio di maggioranza: è, dunque, la espressione di voto, determinante per la approvazione dei bilanci societari, la condotta "illecita" del Ministero che viene descritta nell'atto di citazione (...) ed a cui deve, pertanto, farsi esclusivo riferimento al fine della sussunzione del comportamento del socio di maggioranza nello schema normativo dell'art. 2497 c.c.*».

La Corte ha, quindi, affermato che «*[s]i tratta, pertanto, di verificare se l'esercizio - assunto abusivo - da parte del socio di maggioranza del diritto di voto relativo alla approvazione del bilancio (...) possa integrare, al tempo stesso, anche esercizio - abusivo - dell'attività di "direzione e coordinamento" contemplata dall'art. 2497, comma 1, c.c. Occorre cioè stabilire se, avuto riguardo alla presunzione legale disposta dall'art. 2497 sexies c.c. con riferimento alla situazione di "controllo" ex art. 2359 c.c. nel gruppo societario, l'esercizio del diritto di voto nell'assemblea della società controllata, e nella specie il voto di approvazione del bilancio di esercizio, integri "ex se" il presupposto di insorgenza della responsabilità della Amministrazione statale nei confronti degli altri soci di minoranza della società partecipata, non solo in quanto socio di maggioranza, ma al tempo stesso in quanto autonomo soggetto giuridico collocato in posizione dominante rispetto alla società partecipata, e che, tramite il voto deliberativo in assemblea, ha svolto "abusivamente" la attività di "direzione e coordinamento", tanto più dovendosi considerare che, nella disciplina riformata delle società per azioni, una compartecipazione dell'assemblea dei soci alle scelte gestionali ed operative degli amministratori, rimane totalmente esclusa dopo la riforma dell'art. 2364 c.c., introdotta dal Dlgs n. 6/2003*».

Al riguardo, la Corte ha sostenuto che **«[d]i tale automatismo (voto determinante, nell'assemblea della controllata, del socio di maggioranza = esercizio della attività direzione e coordinamento) pare doversi dubitare»**.

La Corte ha, infatti, ricordato che *«[l]a illiceità della condotta per "abuso" nell'esercizio del diritto di voto da parte del socio (dominante o tiranno), era fattispecie di responsabilità già nota alla giurisprudenza, ancor prima della introduzione, con il Dlgs n. 6/2003, del nuovo testo dell'art. 2497 c.c.(...) venendo ad essere ravvisato l' "abuso" che espone all'obbligo del risarcimento del danno, nella violazione da parte del socio di maggioranza del limite imposto - alla, altrimenti legittima ed esclusiva, strumentalità dell'esercizio del diritto di voto al perseguimento dell'interesse personale e proprio del socio - dal rispetto del "principio di buona fede" ex art. 1375 c.c. che deve, sempre, essere osservato anche durante la fase di esecuzione del contratto sociale. Sulla scorta di tale parametro normativo è stato, di conseguenza, ravvisato l' "abuso del diritto" di voto, da parte dei soci detentori della partecipazione di maggioranza, nella assunzione di una delibera assembleare "in contrasto con lo stesso oggetto sociale" e, dunque, in danno della stessa società, ovvero nella adozione di una delibera "intenzionalmente rivolta in pregiudizio dei diritti facenti capo singolarmente ai soci di minoranza", od ancora della delibera "assunta fraudolentemente in danno di specifici interessi personali di uno di essi"»*.

La Corte ha, poi, precisato che *«l'illecito che viene contestato al MEF - perpetrato attraverso l'esercizio del diritto di voto relativo alla approvazione del progetto di bilancio -, non si differenzia in alcun modo dalla descritta fattispecie illecita di "abuso del diritto" del socio di maggioranza (o del socio tiranno), come era stata già delineata dalla giurisprudenza di legittimità, non emergendo, peraltro, dalle allegazioni dei ricorrenti, alcun ulteriore elemento specificativo volto a distinguere tale fattispecie illecita, rispetto alla dedotta violazione dell'art. 2497 c.c., dando del tutto implicitamente per scontata, i ricorrenti, una totale sovrapposizione della fattispecie prevista dall'art. 2497 c.c., per abusivo esercizio dell' "attività di direzione e coordinamento", all'illecito per "abuso" nell'esercizio di diritto di voto, commesso dal socio di maggioranza»*.

La Corte ha, però, puntualizzato che *«[t]ale conclusione, che viene a ridurre l'intervento legislativo sulla responsabilità della capogruppo o dell'ente che esercita il potere di direzione ex art. 2497 c.c., alla mera canonizzazione normativa della preesistente fattispecie illecita dell'abuso del diritto di voto" da parte del socio di maggioranza, tuttavia, non trova immediato riscontro nella formulazione lessicale e neppure nella "ratio legis" della norma del codice civile, introdotta dal Dlgs n. 6/2003 di riforma del diritto societario»*.

La Corte, inoltre, ha osservato che **«[n]ella logica della norma del codice civile sembra, piuttosto, ravvisarsi una peculiare fattispecie di responsabilità civile che - pur presupponendo di regola una situazione giuridica di "controllo" societario - trae origine da una attività dell' "ente di direzione" distinta rispetto a quella che viene "ordinariamente" svolta**

*attraverso l'esercizio dei comuni diritti che derivano ai "soci" (anche di maggioranza) dalla mera partecipazione al capitale sociale, e che, a differenza di questi, richiede l'**attuazione di condotte continuative e sistematiche, eventualmente tradotte anche in atti negoziali, dirette alla adozione ed imposizione di soluzioni organizzative ed imprenditoriali a livello strategico di "gruppo di imprese"** (...), estrinsecandosi, pertanto, in una vera e propria **attività progettuale e di pianificazione degli obiettivi**, che si realizza attraverso l'adozione di soluzioni operative che impongano una sinergia complessiva alle diverse attività economiche di produzione e servizi svolte sul mercato dalle singole società eterodirette, e rispetto alle quali attività economiche, per l'appunto, quella di "direzione e coordinamento" compiuta dall'ente controllante, viene a distinguersi e mantenere una propria autonoma individualità».*

La Corte ha, in seguito, affermato che *«individuare nell'approvazione in assemblea (con il voto determinante del MEF) del bilancio di gestione, predisposto nel 2008 dal Consiglio di Amministrazione di ALITALIA, un "atto di direzione" del socio pubblico titolare della partecipazione di controllo» non è sufficiente a supportare «l'asserita allegazione della responsabilità del MEF, ai sensi dell'art. 2497 c.c., atteso che la fattispecie normativa richiede per la integrazione del diritto al risarcimento del danno anche l'ulteriore elemento costitutivo della disformità delle scelte di indirizzo e coordinamento adottate dall'ente di direzione, rispetto a quelle che, nelle situazioni concrete date, avrebbero potuto e dovuto essere adottate secondo i sani criteri della gestione economico aziendale».*

A tal proposito, la Corte ha osservato che *«l'assenza di qualsiasi definizione normativa dei "principi di corretta gestione societaria ed imprenditoriale" (...) non può che rimandare alle buone tecniche di gestione della impresa, mutuata dalla esperienza e dalla prassi aziendale ed elaborate dalla scienza economica, in parte evidenziate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in relazione alle quali è dato individuare i limiti oltre i quali la "scelta gestionale", compiuta dall'amministratore, non può ritenersi conforme alla misura della diligenza richiesta, avuto riguardo alle peculiari circostanze conosciute o conoscibili, ed indipendentemente da eventuali profili di rilevante alea economica che tale scelta presenti. Tali limiti vanno individuati nella "irragionevolezza" della operazione economica (pregiudizievole per la società), in quanto da ritenere "del tutto illogica" o compiuta "in assenza delle normali cautele" ed "in mancanza della verifica delle necessarie informazioni" - preventivamente acquisite od acquisibili - che normalmente sono richieste per una scelta imprenditoriale di quel tipo, nonché, in generale, nella "mancanza di diligenza" (...) mostrata dall'amministratore nell'apprezzare preventivamente e compiutamente i "margini di rischio" connessi all'operazione da intraprendere».*

La Corte ha, inoltre, ricordato che, *«se la giurisprudenza sopra richiamata si riferisce più propriamente agli "atti di gestione" della impresa commerciale, riservati alla competenza dell'amministratore, in quanto organo esecutivo della società (la nomina del quale, da parte dell'assemblea, viene ad essere direttamente riferita - nel caso di specie - all'esercizio del diritto di voto del*

socio pubblico di maggioranza), non pare tuttavia dubitabile che **i predetti criteri di verifica della misura della diligenza dovuta nella corretta gestione dell'impresa debbano trovare applicazione**, per traslato, in virtù del "continuum" che viene ad istituirsi tra l'esercizio dei poteri di "direzione e coordinamento" degli amministratori della capogruppo e dei poteri di gestione degli amministratori delle singole controllate (diversa essendo soltanto la dimensione del livello strategico di intervento dei primi sulle scelte economiche dei secondi), **anche alla verifica del grado di "correttezza" della attività direttiva svolta ex art. 2497 c.c. "dalla società od ente" che, mediante il controllo azionario, è in grado di condizionare le delibere assembleari della società eterodiretta, incidendo, pertanto, sulle stesse scelte gestionali di quest'ultima».**

La Corte ha, successivamente, argomentato che «*la descrizione, nel ricorso, dell'elemento di illiceità della condotta ascritta al MEF risulta del tutto carente atteso che, (...) allorché i comportamenti non siano in sé vietati dalla legge o dallo statuto e l'obbligo di astenersi dal porli in essere discenda dal "dovere di diligenza" - consistente nell'adottare tutte le misure necessarie alla cura degli interessi sociali affidati -, l'illecito è integrato dal compimento dell'atto in violazione di uno dei menzionati "doveri": con la conseguenza che, in tal caso, l'onere della prova dell'attore-danneggiato non si esaurisce nella prova dell'atto compiuto dall'amministratore ma investe anche quegli elementi di contesto dai quali è possibile dedurre che lo stesso implica violazione di quello o di quei doveri di diligenza».*

La Corte, inoltre, ha osservato che «*[i] n sostanza i ricorrenti avrebbero, almeno, dovuto indicare:*

a) se gli amministratori avevano negligenzemente omesso di acquisire ulteriori e decisive informazioni di mercato che avrebbero palesato un quadro operativo di settore del tutto diverso da quello sul quale erano state fondate le scelte previsionali;

b) ovvero se, pure correttamente acquisiti tutti gli elementi necessari alla rappresentazione della situazione di mercato, questi poi erano stati valutati in modo macroscopicamente imprudente, ossia accettando un rischio di perdite strutturali incompatibile con la conservazione del patrimonio sociale;

c) o ancora se - attesi gli indicatori della situazione economica e finanziaria dell'azienda e le previsioni di mercato- l'unica soluzione possibile, che avrebbe evitato un depauperamento del patrimonio societario, era quella di procedere anticipatamente alla liquidazione od al commissariamento della società».

La Corte ha, in seguito, analizzato le caratteristiche della fattispecie in cui un'amministrazione dello Stato sia *shareholder*, affermando che «*[d]alla ricerca di (...) equilibrio tra l'agire imprenditoriale della società partecipata ed il perseguimento dell'interesse proprio, riferibile al socio pubblico di maggioranza, deriva la esigenza di individuare, per l'amministrazione dello Stato shareholder, quali soggetti che esercitano poteri di direzione e coordinamento attraverso il controllo di società, criteri adeguati di imputazione della responsabilità civile derivante da colpa per inosservanza dei "principi di corretta gestione imprenditoriale e societaria", trovando quindi legittima considerazione nell'operato del socio pubblico, la tutela affidata alla*

Amministrazione statale di interessi pubblici distinti dall'interesse esclusivamente di lucro, in funzione della distribuzione degli utili ai soci, che contraddistingue l'attività economica della società partecipata od eterodiretta, come definita dall'oggetto sociale, non potendo configurarsi, pertanto, alcuna aprioristica equazione tra condotta di direzione "abusiva" od esercizio abusivo del diritto di voto da parte del socio di maggioranza, ed interesse pubblico che lo Stato ritiene di poter perseguire soltanto - o comunque in modo ritenuto maggiormente efficace - attraverso l'esercizio dei diritti attribuiti alla partecipazione di maggioranza: determinate attività svolte da società di diritto privato possono, infatti, assumere una spiccata rilevanza pubblica in quanto, e per la dimensione organizzativa, e per la peculiare connotazione del settore di mercato in cui operano (...) comportano la necessità di un intervento dello Stato come socio affinché possa vigilare - attraverso l'esercizio del voto assembleare e gli altri eventuali poteri di controllo - sulle scelte gestionali compiute dagli organi amministrativi della società partecipata, quanto meno, perché non si traducano in operazioni assolutamente incompatibili, o tali da vanificare del tutto la tutela dello specifico interesse pubblico generale».

La Corte ha, altresì, affermato che **«l'intervento del socio pubblico di maggioranza volto a tutelare l'interesse pubblico non esonera in ogni caso da responsabilità civile l'Amministrazione statale che, tramite i propri rappresentanti, esercita i poteri di direzione coordinamento attraverso il voto nelle assemblee della società controllate, nel caso in cui l'esercizio del voto si sia risolto in un depauperamento della integrità del patrimonio della società eterodiretta, dovendo tuttavia a tal fine essere verificato: a) se ed in che modo il perseguimento dell'interesse pubblico generale abbia determinato uno scostamento dalle scelte strategiche e gestionali che apparivano corrette alla stregua dei criteri economico-aziendali; b) se l'eventuale scostamento dai predetti criteri abbia o meno determinato diseconomie tali da incidere sul patrimonio societario e, di riflesso, sul valore o sulla redditività delle partecipazioni intestate agli altri soci privati, occorrendo, al proposito, tenere conto di tutti gli eventuali interventi - anche esterni - volti a prevedere e determinare "misure compensative" idonee a ridimensionare od annullare gli effetti pregiudizievoli della scelta operativa imposta dal socio pubblico di maggioranza. Elementi questi tutti che, incidendo sul piano dell'elemento soggettivo della colpa (...) e della produzione del danno patrimoniale, debbono integrare la compiuta descrizione della fattispecie concreta prescritta ai fini della ammissibilità del motivo di ricorso per cassazione».**

Alla luce di quanto precede, la Corte ha rigettato il ricorso in quanto la pretesa risarcitoria **«non risulta idoneamente supportata dalla indispensabile descrizione degli elementi fattuali della fattispecie, risultando carente, pertanto, il requisito di ammissibilità del motivo di ricorso ex art. 366, comma 1, n. 3) c.p.c.».**

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, 30 giugno 2021, n. 18610 – Concessione abusiva del credito: (i) è abusivo il finanziamento di una banca ad un'impresa in stato di insolvenza o di crisi conclamata quando non sussistono ragionevoli prospettive di risanamento; (ii) sussiste la legittimazione del curatore fallimentare quando l'azione nei confronti della banca è finalizzata alla ricostituzione del patrimonio sociale, a vantaggio di tutti i creditori in concorso; (iii) la responsabilità della banca può concorrere con quella degli organi sociali in via di solidarietà passiva, non occorrendo che le due azioni siano intraprese contestualmente.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 18610, pubblicata in data 30 giugno 2021](#), si è pronunciata sulla responsabilità derivante dalla c.d. «*concessione abusiva del credito*», delineandone i caratteri principali, individuando i doveri violati da parte dei soggetti finanziatori e il titolo della relativa responsabilità; la Corte ha inoltre affrontato il tema della legittimazione attiva del curatore fallimentare e del concorso della banca con gli organi sociali della società fallita ai sensi dell'art. 146 l.f.

In primo luogo, la Corte ha delineato - in simmetria con la condotta di abusivo ricorso al credito ex art. 218 l.f. - i **presupposti della condotta illecita di «concessione abusiva di credito»**: «*con essa (...) si designa l'agire del finanziatore che conceda, o continui a concedere, incautamente credito in favore dell'imprenditore che versi in stato d'insolvenza o comunque di crisi conclamata. Nell'integrazione della fattispecie, rilievo primario assumono, accanto alla regola generale del diritto delle obbligazioni relativa all'esecuzione diligente della prestazione professionale ex art. 1176 c.c., la disciplina primaria e secondaria di settore e gli accordi internazionali. Il soggetto finanziatore, sulla base di questa, è invero tenuto all'obbligo di rispettare i principi di c.d. sana e corretta gestione, verificando, in particolare, il merito creditizio del cliente in forza di informazioni adeguate (...). In sostanza, dal sistema normativo nel suo complesso emerge la rilevanza primaria per l'ordinamento dell'obbligo di valutare con prudenza, da parte dell'istituto bancario, la concessione del credito ai soggetti finanziati, in particolare ove in difficoltà economica*».

Per quanto riguarda i **doveri** che l'ordinamento pone a carico dei soggetti che erogano il credito, la Corte ha affermato che «*sebbene nel nostro ordinamento non esista un generale dovere, a carico di ciascun consociato, di attivarsi al fine di impedire eventi di danno, tuttavia vi sono molteplici situazioni da cui nascono, per i soggetti che vi sono coinvolti, doveri e regole di azione, la cui inosservanza integra la conseguente responsabilità: in particolare, dalla normativa che regola il sistema bancario vengono imposti, a tutela del sistema stesso e dei soggetti che vi operano, comportamenti in parte tipizzati, in parte enucleabili caso per caso, la cui violazione può costituire culpa in omittendo (...), potendosi così ravvisare la violazione dei doveri gravanti sul soggetto "banca" a causa del proprio status (...). Dall'ordinamento settoriale del credito derivano, dunque, obblighi comportamentali, la cui violazione integra la nozione di «altro atto o fatto idoneo ... in conformità dell'ordinamento*

giuridico» a costituire fonte di obbligazioni fra soggetti determinati [cfr. art. 1173 c.c.]. In particolare, la Corte ha riconosciuto che «dato che l'attività di concessione del credito da parte degli istituti bancari non costituisce mero "affare privato" tra le stesse parti del contratto di finanziamento, **l'ordinamento ha predisposto una serie di principi, controlli e regole, nell'intento di gestire i rischi specifici del settore, attese le possibili conseguenze negative dell'inadempimento non solo nella sfera della banca contraente, ma ben oltre di questa; potendo, peraltro, queste coinvolgere in primis il soggetto finanziato, nonché, in una visuale macroeconomica, un numero indefinito di soggetti che siano entrati in affari col finanziato stesso**».

Per quanto riguarda il **danno prodotto** dall'abusiva concessione del credito, esso è stato individuato nella «**diminuita consistenza del patrimonio sociale e, sul piano contabile, [nel]l'aggravamento delle perdite favorite dalla continuazione dell'attività d'impresa**».

Per quanto riguarda il **titolo di tale responsabilità**, la Corte ha distinto tra:

- a) **titolo di responsabilità verso società fallita: «la responsabilità verso il fallito è a titolo precontrattuale** ex art. 1337 c.c., in quanto la banca avrà contrattato senza il rispetto delle prescrizioni speciali e generali che ne presidiano l'agire, dolosamente o colpevolmente disattendendo gli obblighi di prudente ed accorto operatore professionale ed acconsentendo alla concessione di credito in favore di un soggetto destinato, in caso contrario, ad uscire dal mercato; **mentre si tratterà, più propriamente, di responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c., ove sia imputata alla banca la prosecuzione di un finanziamento in corso**. In entrambi i casi, vuoi che la condotta abusiva pregiudizievole si esprima nella violazione di obblighi specifici, vuoi che si realizzi nella violazione del generale obbligo di buona fede di cui all'art. 1375 c.c., si tratta di responsabilità da inadempimento di un'obbligazione preesistente. Si discorra, quindi, di responsabilità contrattuale, in quanto sorta a fronte di obblighi intercorrenti tra soggetti determinati, e non extracontrattuale, quale forma non ricollegata alla mediazione di obblighi. **Nel caso di concessione di credito, è invero convincente l'inquadramento della stessa, se si vuole operare secondo categorie classificatorie, nell'ambito della responsabilità di tipo contrattuale da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 c.c., da cui derivano, a carico delle parti, reciproci obblighi di buona fede, di protezione e di informazione, giusta gli artt. 1175 e 1375 c.c.**».
- b) **titolo di responsabilità verso il ceto creditorio: «in capo alla banca abusiva finanziatrice si pone, verso il ceto creditorio, una responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. (se del caso in concorso con quella degli organi sociali)**».

Altra questione affrontata dalla Corte è la **compatibilità tra l'illecito di concessione abusiva del credito e il sistema di favor per i crediti concessi nell'ottica di sostegno economico all'impresa in crisi**: quest'ultimo è «*ispirato all'opposto principio della meritevolezza dell'ausilio*

*credizio all'impresa in crisi, allo scopo di evitarne il fallimento e soddisfare meglio i creditori, tanto da indurre il dubbio della sua compatibilità con la predetta responsabilità dell'operatore bancario per l'incauto finanziamento: compatibilità tuttavia ritrovata, ove solo si consideri che, in tutti quei casi, si tratta di norme speciali che introducono meccanismi proceduralizzati e fondati su precisi presupposti e controlli, idonei a renderli utili, per definizione, allo scopo di un progetto economico-finanziario volto al recupero della continuità aziendale, e non, piuttosto, fattori di mero aumento del dissesto». In riferimento alla **distinzione tra finanziamento «lecito» e finanziamento «abusivo»**, la Corte ha aggiunto che **«ogni accertamento, ad opera del giudice del merito, dovrà essere rigoroso e tenere conto di tutte le circostanze del caso concreto, secondo il suo prudente apprezzamento, soprattutto ai fini di valutare se il finanziatore abbia (a parte il caso del dolo) agito con imprudenza, negligenza, violazione di leggi, regolamenti, ordini o discipline, ai sensi dell'art. 43 c.p., o abbia viceversa, pur nella concessione del credito, attuato ogni dovuta cautela, al fine di prevenire l'evento. Tale seconda situazione potrà, ad esempio, verificarsi ove la banca - pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi dell'impresa - abbia operato nell'intento del risanamento aziendale, erogando credito ad impresa suscettibile, secondo una valutazione ex ante, di superamento della crisi o almeno di razionale permanenza sul mercato, sulla base di documenti, dati e notizie acquisite, da cui sia stata in buona fede desunta la volontà e la possibilità del soggetto finanziato di utilizzare il credito allo scopo del risanamento aziendale, secondo un progetto oggettivo, ragionevole e fattibile. (...) Sarà compito del giudice del merito individuare lo spazio ammissibile per il finanziamento lecito, allorché, pur se concesso in presenza di una situazione di difficoltà economico-finanziaria dell'impresa, sussistevano ragionevoli prospettive di risanamento. Quel che rileva, dunque, non è più il fatto in sé che l'impresa finanziata sia in stato di crisi o d'insolvenza, pur noto al finanziatore, onde questi abbia così cagionato un ritardo nella dichiarazione di fallimento: quel che rileva è unicamente l'insussistenza di fondate prospettive, in base a ragionevolezza e ad una valutazione ex ante, di superamento di quella crisi. In sostanza, sovente il confine tra finanziamento "meritevole" e finanziamento "abusivo" si fonderà sulla ragionevolezza e fattibilità di un piano aziendale»**.*

In relazione alla **legittimazione attiva del curatore fallimentare** all'esercizio dell'azione, la Corte *«ha reputato la legittimazione attiva del curatore nell'azione di risarcimento del danno nei confronti della banca, quando la posizione a questa ascritta sia di terzo responsabile solidale del danno cagionato alla società fallita per effetto dell'abusivo ricorso al credito da parte dell'amministratore della società, che abbia perduto interamente il capitale, dinanzi all'avventata richiesta di credito e ad una parimenti avventata concessione di credito da parte della banca. (...) Infine, circa la domanda di risarcimento del danno derivante dalla dichiarazione di fallimento, proposta nei confronti di un terzo al cui comportamento illecito sia addebitata la verifica dello stato di insolvenza, si è già osservato, in generale, che il curatore è legittimato a far valere la responsabilità di terzi per fatti anteriori e colpevolmente causativi dello stato di insolvenza»*. Sempre in riferimento alla legittimazione del curatore, la Corte ha sostenuto che **«al**

curatore, invero, spetta la legittimazione per le c.d. azioni di massa, volte alla ricostituzione della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c., di cui tutti i creditori beneficeranno; così, al curatore spettano le azioni revocatorie di cui agli artt. 2901 c.c. e 66 l. fall., nonché le azioni di responsabilità contro gli organi sociali, ivi compresa quella dei creditori per «l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale» (art. 2394-bis c.c. e 146 l. fall.)». Dunque, se «è pur vero che il curatore non è legittimato all'azione di risarcimento del danno diretto patito dal singolo creditore per l'abusiva concessione del credito», la Corte ha aggiunto che «la situazione muta, ove si prospetti un'azione a vantaggio di tutti i creditori indistintamente, perché recuperatoria in favore dell'intero ceto creditorio di quanto sia andato perduto, a causa dell'indebito finanziamento, del patrimonio sociale, atteso che **il fallimento persegue, appunto, l'obiettivo del miglior soddisfacimento dei creditori nel rispetto della par condicio (...).** Il curatore che agisce per il ristoro del danno alla società tutela nel contempo la massa creditoria dalla diminuzione patrimoniale medesima. **Un simile danno riguarda tutti i creditori:** quelli che avevano già contrattato con la società prima della concessione abusiva del credito de qua, perché essi vedono, a cagione di questa, aggravarsi le perdite e ridursi la garanzia ex art. 2740 c.c.; quelli che abbiano contrattato con la società dopo la concessione di credito medesima, perché (se è vero che a ciò possa aggiungersi pure la causa petendi di essere stati indotti in errore, ed allora individualmente, dall'apparente stato non critico della società, è pur vero che) del pari avranno visto progressivamente aggravarsi l'insufficienza patrimoniale della società, con pregiudizio alla soddisfazione dei loro crediti».

Per quanto riguarda la **funzione recuperatoria della garanzia patrimoniale spettante al curatore fallimentare**, la Corte ha affermato che «**la funzione recuperatoria della garanzia patrimoniale a tutela della par condicio creditorum è tipica dell'attività demandata dalla legge al curatore:** il quale, esercitando un'azione di massa, non si sostituisce ai singoli creditori, ma amministra il patrimonio dell'impresa soggetto ad esecuzione concorsuale, recuperandolo alla sua propria funzione di garanzia». La Corte ha concluso che «nel sistema della legge fallimentare, difatti, **la legittimazione del curatore ad agire in rappresentanza dei creditori è limitata alle azioni c.d. di massa - finalizzate, cioè, alla ricostituzione del patrimonio del debitore nella sua funzione di garanzia generica ed aventi carattere indistinto quanto ai possibili beneficiari del loro esito positivo**».

In riferimento, poi, ad alcune **pronunce delle Sezioni Unite (nn. 7029, 7030 e 7031) del 2006**, che avevano escluso la legittimazione attiva del curatore, viene evidenziata la diversità con la fattispecie in esame: «**si è ritenuto, dalle citate Sezioni unite, il difetto di legittimazione attiva del curatore fallimentare a proporre, nei confronti della banca finanziatrice, l'azione da illecito aquiliano per il risarcimento dei danni causati ai singoli creditori dall'abusiva concessione di credito diretta a mantenere artificiosamente in vita una impresa decotta. Qui, al contrario, come esposto, il danno fatto valere è quello alla massa creditoria, quale posizione indistinta e riflesso del pregiudizio al patrimonio sociale, essendo indubbio che il peggioramento delle condizioni patrimoniali societarie arreca un danno a tutti i creditori, che vedono**

pregiudicata la garanzia patrimoniale generica e ridotta matematicamente le chance di soddisfare il loro credito; l'azione della curatela è, così, finalizzata alla ricostituzione del patrimonio del soggetto assoggettato a fallimento, a vantaggio di tutti i creditori in concorso».

Infine, in merito al **concorso con gli organi sociali ex art. 146 l.f.**, la Corte ha statuito che **«la responsabilità della banca abusiva finanziatrice (...) può porsi in concorso con quella degli organi sociali ex art. 146 l. fall.** Ciò vuol dire che, se il curatore esercita l'azione verso gli amministratori per l'inosservanza degli obblighi inerenti alla conservazione dell'integrità del patrimonio sociale, in quanto il patrimonio sociale risulti insufficiente al soddisfacimento dei loro crediti, il fondamento è la diminuzione arrecata dagli organi sociali a quel patrimonio, che appunto perciò non è in grado di adempiere alle obbligazioni sociali. Per tale ragione, ove poi tale diminuzione sia dipesa dal fatto concorrente di un terzo - qual è la banca che abbia continuato ad offrire credito senza il rispetto delle regole prudenziali del finanziamento alla clientela - il curatore può invocarne la responsabilità solidale con gli amministratori, ai sensi dell'art. 2055 c.c., quale fatto causatore del medesimo danno. **Non occorre, peraltro, che siano contestualmente intraprese le due azioni, verso gli organi sociali e verso le banche terze».**

Sul rapporto tra le obbligazioni e le posizioni processuali dei diversi soggetti, la Corte ha concluso che *«pur quando, infatti, sia allegata la loro responsabilità concorrente, per avere con le rispettive condotte cagionato il medesimo danno, ai sensi dell'art. 2055 c.c., le obbligazioni restano solidali ed i responsabili meri litisconsorti facoltativi (...).* **Il curatore ben potrebbe agire nei confronti dell'una o dell'altra categoria** - gli esponenti aziendali o le banche - come pure di singoli soggetti ad esse appartenenti, **senza che nessuna eccezione processuale o sostanziale possa essere, sotto tale profilo, sollevata dai soggetti responsabili».**

Corte di Cassazione, 16 giugno 2021, n. 17216 – Dichiarazione di fallimento: l'incertezza in merito al ricorrere della sussistenza di un'esposizione debitoria ex art. 15, co. 9, l.f., non risolvibile sulla base dagli atti dell'istruttoria prefallimentare, impedisce la declaratoria di fallimento.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 17216, pubblicata in data 16 giugno 2021](#), si è pronunciata in merito alle modalità di accertamento della soglia ostativa alla dichiarazione di fallimento di cui all'art. 15, co. 9, l.f., che ricorre qualora l'ammontare dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare sia complessivamente inferiore ad euro trentamila.

Anzitutto la Corte ha ribadito che, *«per accertare il superamento della soglia ostativa alla dichiarazione di fallimento di cui all'art. 15, ultimo comma, legge fall., si deve avere riguardo al complesso dei debiti scaduti e non pagati risultanti dagli atti dell'istruttoria prefallimentare (...) e accertati alla data in cui il tribunale decide sull'istanza di fallimento».*

In conclusione, la Corte ha affermato che *«la norma, espressione di un intento deflattivo, è stata dettata dal legislatore al fine di esentare dal concorso le crisi d'impresa di modeste dimensioni oggettive: l'esigenza che alla data del fallimento consti un'esposizione debitoria di almeno 30.000 euro si configura, infatti, alla stregua di una condizione per la dichiarazione del fallimento e non di un fatto impeditivo, sicché il mancato superamento di tale limite non è oggetto di un onere probatorio a carico del fallendo, a mente dell'art. 2697, comma 2, cod. civ., ma deve essere riscontrato d'ufficio dal tribunale sulla base del complessivo contenuto degli atti dell'istruttoria prefallimentare. Ne consegue che **ogni eventuale incertezza in merito al ricorrere di questa condizione, non risolvibile sulla base dagli atti dell'istruttoria prefallimentare, impedisce la declaratoria di fallimento**».*

Corte di Cassazione, 10 giugno 2021, n. 16487 – Domande tardive di ammissione al passivo: la proroga dei termini per l'ammissione di domande tardive di insinuazione al passivo ex art. 101 l.f. deve essere esplicita e argomentata.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 16487, pubblicata in data 10 giugno 2021](#), si è pronunciata in merito alla possibilità, per il Tribunale, di prorogare i termini di cui all'art. 101 l.f. per l'ammissione di domande tardive di insinuazione al passivo, in caso di *«particolare complessità della procedura»*.

Anzitutto, la Corte ha raffrontato l'art. 16, co. 1, n. 4, l.f. e l'art. 101 l.f., soffermandosi sui presupposti per la proroga dei termini ivi previsti: *«in caso di particolare complessità della procedura»*, il primo prevede che l'adunanza per la formazione dello stato passivo possa tenersi entro 180 giorni dal deposito della sentenza dichiarativa di fallimento (anziché entro 120 giorni), mentre il secondo prevede che il tribunale, con la sentenza che dichiara il fallimento, possa prorogare il termine per la presentazione di domande tardive di insinuazione al passivo fino a diciotto mesi (anziché fino a dodici mesi) dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo. Al riguardo, la Corte ha evidenziato che *«le due norme si riferiscono a vicende procedurali differenti, in quanto la prima, facendo riferimento all' "esame dello stato passivo", si focalizza sull'avvio dell'attività di formazione del medesimo, mentre la seconda, al fine di individuare il termine finale per la presentazione delle domande tardive, fa riferimento alla diversa attività di "deposito del decreto di esecutività dello stato passivo", una volta che la formazione dello stato passivo relativo alle domande tempestive sia dunque avvenuta»*.

La Corte ha aggiunto che il tenore dell'art. 101 l.f., *«inequivocabilmente, presuppone una **proroga esplicita contenuta nella sentenza di fallimento e specificamente quantificata**, senza alcun automatismo correlato al rispetto del termine di centoventi giorni per l'adunanza dei creditori destinata all'esame delle domande tempestive»* di cui all'art. 16, co. 1, n. 4 l.f.

«Si deve allora ritenere che ambedue le norme, laddove fanno concorde riferimento al "caso di particolare complessità della procedura" quale ragione della proroga (rispettivamente del termine ordinario di centoventi giorni per la fissazione dell'adunanza e del termine di dodici mesi per la presentazione

delle domande di insinuazione tardive), **impongano al tribunale di fornire, all'interno della sentenza dichiarativa di fallimento, una conveniente motivazione nel caso in cui decida di optare per una dilazione che rallenti, fin da subito, i tempi di definizione della procedura fallimentare».**

In conclusione, la Corte ha sostenuto che **«questa necessità di motivazione in ordine alla particolare complessità della procedura fa sì che la proroga dei termini ordinari debba essere esplicita e argomentata e non possa invece intendersi disposta, in automatico, in conseguenza del semplice superamento del termine ordinario di centoventi giorni. L'opzione del tribunale per la disciplina ordinaria o per una dilatazione dei tempi di verifica non è dunque l'effetto, automatico e implicito, della scelta di una data (per la celebrazione dell'adunanza di cui all'art. 95 l. fall.) che sia anteriore o posteriore al termine di centoventi giorni dal deposito della sentenza di fallimento, ma il frutto di una scelta, espressa e motivata, assunta in considerazione della complessità della procedura fallimentare».**

Corte di Cassazione, 10 giugno 2021, n. 16347 – Requisiti di non fallibilità: ai fini della dimostrazione del mancato superamento delle soglie di cui all'art. 1 l.f., il debitore può fare ricorso a strumenti probatori alternativi ai bilanci già approvati e depositati nel registro delle imprese.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 16347, pubblicata in data 10 giugno 2021](#), si è pronunciata in merito all'onere della prova, a carico del debitore, del possesso congiunto dei requisiti dimensionali di esenzione dal fallimento previsti all'art. 1 l.f.

La Corte, richiamando la propria precedente giurisprudenza, ha chiarito che **«secondo la giurisprudenza di questa Corte i bilanci degli ultimi tre esercizi depositati ai sensi dell'art. 15, comma 4, 1. fall. non assurgono a prova legale al fine di dimostrare i requisiti di non fallibilità di cui all'art. 1, comma 2, 1. fall., perché il debitore può assolvere l'onere che gli incombe con strumenti probatori alternativi, avvalendosi delle scritture contabili dell'impresa come di qualunque altro documento, anche formato da terzi, suscettibile di fornire la rappresentazione storica dei fatti e dei dati economici e patrimoniali dell'impresa».**

In relazione all'onere della prova a carico del debitore, la Corte ha affermato che **«il debitore, quindi, può certo fare ricorso a strumenti probatori alternativi ai bilanci già approvati e depositati nel registro delle imprese, quali - ad esempio, come nel caso di specie - bilanci privi di questi requisiti. I dati contabili contenuti nei documenti depositati dal debitore, siano essi bilanci o materiali di altra natura, rimangono però sempre soggetti a una valutazione di attendibilità da parte del giudice di merito, secondo il suo prudente apprezzamento ex art. 116 cod. proc. civ., sicché, se reputati motivatamente inattendibili, l'imprenditore rimane onerato della prova della sussistenza dei requisiti della non fallibilità».**

Tribunale di Pescara, 27 maggio 2021 – Cram down ex art. 180, co. 4, l.f.: ai fini dell'omologazione del concordato preventivo da parte del Tribunale, la «*mancanza di voto*», presupposto per l'applicazione del c.d. *cram down*, deve essere interpretata estensivamente, includendo non solo il silenzio da parte dell'Amministrazione finanziaria, ma anche il diniego espresso.

Il Tribunale di Pescara, [con decreto del 27 maggio 2021](#), si è pronunciata in relazione all'istituto del *cram down*, introdotto all'art. 180, co. 4, l.f. con d.lgs.125/2020 (convertito con modificazioni, dalla L. n. 159/2020), il quale prevede la possibilità per il Tribunale di procedere all'omologazione della proposta di concordato preventivo «*anche in mancanza di voto da parte dell'Amministrazione finanziaria o degli enti gestori di forme di previdenza o assistenza obbligatorie*», qualora l'adesione di quest'ultima risulti determinante ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'art. 177 l.f.

In particolare, il Tribunale di Pescara, si è interrogato se «*la "mancanza" del voto o dell'adesione dell'Amministrazione finanziaria e/o degli enti previdenziali e assistenziali - ivi prevista quale presupposto della omologazione della transazione fiscale e contribuiva da parte del Tribunale - ricorra soltanto quando tali soggetti non si pronuncino sulle proposte loro formulate ovvero anche quando, come nel caso di specie, si pronuncino rigettando la proposta sempre che, come le medesime norme richiedono, la loro adesione sia "determinante" ai fini del raggiungimento delle maggioranze di cui all'art. 177 L.F.*».

In proposito, il Tribunale ha esposto le due interpretazioni che si sono sviluppate in giurisprudenza:

- a) secondo una prima **interpretazione**, maggiormente **estensiva**, «*sia l'espressione "anche in mancanza di adesione" (utilizzata sia nel comma 2 dell'art. 63 CCII, sia nel novellato comma 4 dell'art. 182 bis L. F., con riguardo all'accordo di ristrutturazione), quanto l'espressione "anche in mancanza di voto" (utilizzata sia nel decreto correttivo al CCII, sia nel novellato comma 4 dell'art. 180 L.F., a proposito del concordato preventivo) possono essere intese non solo come assenza di risposta da parte dell'Erario o degli enti previdenziali ma, anche, come risposta negativa. Infatti, anche il rigetto della proposta, dà luogo alla "mancanza di adesione", così come il voto negativo corrisponde alla "mancanza di voto", cioè alla mancanza di un voto che consenta l'approvazione della proposta di concordato, giungendo alla conclusione che se proprio si volesse far derivare da tali espressioni un'incertezza interpretativa, questa dovrebbe essere superata sulla base della ratio delle norme di cui trattasi, che conduce, appunto, alla conclusione testé esposta*»;
- b) secondo un'altra **interpretazione**, più **restrittiva**, invece «*alle locuzioni "mancanza di voto" e "mancanza di adesione" dovrebbe attribuirsi solo il significato di "mancata espressione della volontà", con conseguente possibilità per il Tribunale di omologare a fronte di*

silenzio serbato dagli enti impositori e non anche nell'ipotesi di dissenso espresso. Il voto negativo, secondo tale orientamento, è esso stesso un voto espresso, in base al combinato disposto degli articoli 177 e 178 L.F. non incisi dalla novella (d.lgs. 12 gennaio 2019, n. 14). Deporrebbe, infatti, in tal senso, la necessità di un consenso espresso della maggioranza per addivenire all'approvazione della proposta, come previsto dal ripetuto art. 178 L.F. Un ulteriore elemento a favore dell'interpretazione restrittiva sarebbe dato dal fatto che l'intervento suppletivo del tribunale troverebbe una sua plausibile giustificazione di fronte all'inerzia del creditore, ma non di certo in presenza di una manifestazione di voto negativa, in cui il creditore ha effettuato il suo apprezzamento in ordine alle valutazioni esposte dal professionista attestatore, anche circa la maggiore convenienza della procedura così come proposta, rispetto all'alternativa fallimentare».

Alla luce della ricostruzione di cui sopra, il Tribunale ha aderito alla **interpretazione più estensiva**, sulla scorta delle seguenti considerazioni:

- a) «il dato letterale ostativo è in realtà solo apparente, dal momento che **nella mancanza di voto o nella mancata adesione rientrano non solo il silenzio ma anche il diniego espresso.** Ed infatti nel sistema attuale del concordato preventivo l'astensione, il silenzio o il mancato voto del creditore sono sempre parificati, nel calcolo delle maggioranze, al voto contrario»;
- b) «è chiara la volontà del legislatore di assicurare alle imprese debentrici una reale tutela giurisdizionale contro i provvedimenti di rigetto delle proposte di transazione, emessi dall'Amministrazione finanziaria e dagli enti previdenziali e assistenziali in contrasto con i principi affermati dall'art. 182 ter L.F. o fondati su valutazioni errate, ad es. perché la proposta di transazione, conforme alle previsioni di tale articolo, è in realtà obiettivamente conveniente per l'Erario»;
- c) «quanto al timore che il carattere selettivo della disposizione, limitata soltanto all'amministrazione finanziaria, possa porsi in contrasto con il principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., va rilevato che trattasi di un timore agevolmente superabile, considerato che **la diversità di trattamento è comunque giustificata sulla base della diversa natura del soggetto creditore, nonché del relativo credito** (spesso di notevole entità e dunque decisivo o determinante), e che, sotto altri profili, proprio tale diversa natura è alla base di una normativa di maggior favore per l'amministrazione rispetto agli altri creditori (si pensi alla disciplina del trattamento dei crediti tributari e contributivi negli accordi di ristrutturazione e nel concordato preventivo)».

In conclusione, il Tribunale di Pescara ha dunque ribadito come «il parere negativo alla proposta espresso dall'Agenzia delle Entrate (...) non sia ostativo all'applicazione» del c.d. cram down.