

Aggiornamento giurisprudenziale

n. 10 / 2021

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 13 settembre 2021, n. 24641 – obbligo di consegna di copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni ex art. 119 TUB: può essere esercitato in sede giudiziale attraverso l'istanza di cui all'articolo 210 c.p.c., a condizione che la documentazione sia stata precedentemente richiesta alla banca, che senza giustificazione non vi abbia ottemperato; la stessa documentazione non può essere acquisita in sede di consulenza tecnica d'ufficio contabile.

Corte di Cassazione, 8 settembre 2021, n. 24161 – suddivisione di finanziamento in quote e correlativo frazionamento di ipoteca ex art. 39 T.U.B.: il provvedimento presidenziale di cui al comma 6-ter dell'art. 39 TUB ha una funzione attuativa, conseguente all'avvenuto accertamento della sussistenza delle condizioni sulla base delle quali il frazionamento può e deve essere realizzato, pur nell'assenza della pur dovuta attività della banca creditrice, e, pertanto, è definitivo nel limite e segno della situazione fattuale così determinatasi.

Corte di Cassazione, 6 settembre 2021, n. 24015 – Interest Rate Swap: la rimodulazione del contratto quadro stipulato da un investitore con la società incorporante dell'intermediario non è idonea a sanare l'invalidità del contratto quadro da questo stipulato con il medesimo investitore in assenza di contratto quadro.

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 27 settembre 2021, n. 26199 – invalidità delle delibere assembleare: è inesistente la delibera assembleare di società di capitali assunta con la sola partecipazione di soggetti privi della qualità di socio della stessa.

Corte di Cassazione, 20 settembre 2021, n. 25317 – azione di responsabilità nei confronti di un amministratore di S.r.l.: (i) è sempre necessaria la nomina di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c. nell'interesse

della società e (ii) i poteri del curatore speciale sono conferiti per un periodo temporale delimitato ed auspicabilmente provvisorio, fino alla nomina di un nuovo organo gestorio che non sia in conflitto di interessi.

Corte di Cassazione, 3 settembre 2021, n. 23881 – responsabilità per i debiti da parte della azienda cessionaria nei confronti dei terzi creditori: è sufficiente l'annotazione dei debiti nelle scritture contabili ai fini della responsabilità della cessionaria nei confronti dei terzi, non essendo necessaria la sottoscrizione delle stesse.

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDATARIE

Corte di Cassazione, 14 settembre 2021 n. 24725 – 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) il curatore fallimentare è legittimato ad agire contro la banca sia per il danno diretto all'impresa sia per il pregiudizio all'intero ceto creditorio a causa della perdita della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c. (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, 13 settembre 2021, n. 24633 – socio apparente e socio occulto: l'estensione del fallimento di un imprenditore individuale ad un altro soggetto non può essere giustificata dal contemporaneo accertamento della qualità di socio apparente e di socio occulto.

Corte di Cassazione, 6 settembre 2021, n. 24056 - consecuzione di procedure: ai fini dell'ammissione di un credito in via meramente chirografaria e non ipotecaria il giudice dell'opposizione allo stato passivo può accertare in concreto la consecuzione di procedure tra il concordato preventivo ed il successivo fallimento.

I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

Corte di Cassazione, 13 settembre 2021, n. 24641 – obbligo di consegna di copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni ex art. 119 TUB: può essere esercitato in sede giudiziale attraverso l'istanza di cui all'articolo 210 c.p.c., a condizione che la documentazione sia stata precedentemente richiesta alla banca, che senza giustificazione non vi abbia ottemperato; la stessa documentazione non può essere acquisita in sede di consulenza tecnica d'ufficio contabile.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 24641, pubblicata in data 13 settembre 2021](#), si è pronunciata sull'obbligo dell'istituto di credito di consegnare copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni ex art. 119 TUB. In particolare, la Cassazione ha affrontato la questione «*se il cliente possa avanzare la domanda per così dire "al buio" riservando di proporre in sede giudiziale, solitamente per il tramite dell'articolo 210 c.p.c., l'istanza di deposito in giudizio, da parte della banca, degli estratti conto dell'ultimo decennio, necessari a fornire il supporto probatorio, sia pur soltanto ipotetico, alla domanda in tal modo per l'istante esplorativamente avanzata*».

La Corte ha quindi precisato che «*sulla questione (...) la giurisprudenza di merito (...) è largamente schierata per una lettura che, con diverse argomentazioni, escluda la possibilità di avvalersi del quarto comma dell'articolo 119 direttamente in sede giudiziale, se non sia stata preventivamente avanzata alla banca l'istanza prevista dalla norma, e la banca non abbia ottemperato nel termine*».

Quanto all'orientamento della giurisprudenza di legittimità sul punto, la Corte ha ricostruito le due posizioni contrastanti, chiarendo poi che è corretta quella per cui «*il cliente, o chi per lui, ha certo diritto di ottenere gli estratti conto direttamente dalla banca, ma non per il tramite del giudice, ai sensi dell'articolo 210 c.p.c., salvo che, in ossequio alla consolidata giurisprudenza di questa Corte formatasi con riguardo a tale disposizione, una volta effettuata la richiesta alla banca, questa non si sia resa inadempiente al proprio obbligo*».

La Corte ha argomentato sul punto come segue:

- a) «*in generale, è ovvio ritenere che, laddove il legislatore ponga una determinata disciplina sostanziale, quale quella dettata dal quarto comma dell'articolo 119, essa non vada ad impattare sulla complessiva disciplina processuale fissata dal codice di rito, nella quale si colloca anche l'articolo 210 c.p.c., salvo che, naturalmente, non sia lo stesso legislatore a disporre espressamente in tal senso*»: «*è, cioè (...) lo stesso legislatore a far "saltare", con apposita disposizione, il congegno processuale altrimenti applicabile. Il che non è ravvisabile nel quarto comma dell'articolo 119, secondo la regola fondamentale di cui subito si dirà*»;

- b) *«ed invero, l'articolo 12 delle preleggi esige tuttora che nell'applicare la legge non si possa ad essa attribuire altro senso che quello "fatto palese dal significato proprio delle parole, secondo la connessione di esse", oltre che dalla intenzione del legislatore»;*
- c) *«nel nostro caso, non v'è, nel tenore letterale dell'articolo 119, quarto comma, alcun elemento, di segno positivo, dal quale desumere che il cliente possa, per così dire di default, ottenere a lite pendente la consegna degli estratti conto "attraverso qualunque mezzo si mostri idoneo allo scopo" (...), ivi compreso l'ordine di esibizione impartito dal giudice ai sensi dell'articolo 210 c.p.c., ordine che, viceversa, alla stregua della giurisprudenza di questa Corte di cui meglio si dirà più avanti, non può avere ad oggetto nient'altro che documenti che la parte non possa procurarsi da sé»;*
- d) *«eppure un'espressa previsione del legislatore sul punto sarebbe stata più che necessaria, e per una ragione ancor più profonda che la semplice e sola ricaduta sull'articolo 210 c.p.c.. Difatti, dire che è la banca, su istanza del cliente - che, beninteso, rivesta il ruolo dell'attore per i fini della dichiarazione di nullità parziale del contratto di conto corrente e ripetizione di indebitato, od altro del genere -, a dover produrre su ordine del giudice gli estratti conto che il cliente non abbia né prodotto, né preventivamente richiesto con esito negativo, sta a significare che è la banca a dover offrire, in giudizio, il supporto probatorio della domanda attrice, il che scardina le regole del riparto degli oneri probatori siccome definite dalla fondamentale disposizione dettata dall'articolo 2697 c.c., applicato alla materia dei contratti di conto corrente bancario: basterà citare Cass. 2 maggio 2019, n. 11543 (con l'ampia giurisprudenza ivi richiamata), in cui si osserva che, ove sia il correntista ad agire giudizialmente per l'accertamento giudiziale del saldo e la ripetizione delle somme indebitamente riscosse dall'istituto di credito, è esso correntista, attore in giudizio, a doversi far carico della produzione dell'intera serie degli estratti conto»;*
- e) *«ma l'articolo 119, quarto comma, non è norma sull'onere della prova, bensì come si è visto è norma dettata per lo scopo della trasparenza bancaria: la sua formulazione e ratio non consente di desumere che il legislatore abbia inteso consentire al cliente di richiedere, senza limite 18 alcuno, la consegna degli estratti conto a lite pendente, grazie all'intervento del giudice»;*
- f) *«è principio del tutto saldo, nella giurisprudenza di questa Corte, che l'esibizione a norma dell'articolo 210 c.p.c. non può in alcun caso supplire al mancato assolvimento dell'onere della prova a carico della parte istante (...), sicché l'ordine in questione può essere impartito ad una delle parti del processo con esclusivo riguardo a documenti (o altre cose) la cui acquisizione al processo sia necessaria, e cioè atti concernenti la controversia, i. e. atti o documenti specificamente individuati o individuabili, dei quali sia noto, o almeno assertivamente indicato, un preciso contenuto, influente per la decisione della causa»;*

- g) «grava sulla parte che invochi l'intervento officioso del giudice l'onere di allegare e provare l'esistenza di una situazione eccezionale che legittimi l'utilizzo di tali poteri, ovvero l'impossibilità o particolare difficoltà di assolvere altrimenti all'onere probatorio (...). In ogni caso, l'ordine di esibizione di un documento non può essere disposto allorquando l'interessato può di propria iniziativa acquisirne una copia e produrla in causa»;
- h) «ergo, se il cliente, o chi per lui, ha esercitato il diritto di cui al quarto comma dell'articolo 119, e la banca non vi ha ottemperato, l'ordine di esibizione è, in presenza dei presupposti ora indicati, indubbiamente impartito in conformità alla previsione normativa. Se il cliente non ha effettuato la preventiva richiesta, inadempita, non vi sono margini per l'ordine di esibizione di cui all'articolo 210 c.p.c.».

«Quanto all'utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio» la Corte ha precisato che «non è consentito al consulente nominato dal giudice di sostituirsi alla parte, andando a ricercare aliunde i dati che devono essere oggetto di riscontro da parte sua, che costituiscono materia di onere di allegazione e di prova (ovvero gli atti e i documenti che siano nella disponibilità della parte che agisce e dei quali essa deve avvalersi per fondare la sua pretesa), e che non gli siano stati forniti, magari acquisendoli dalla parte che non li aveva tempestivamente prodotti, in quanto in questo modo il giudice verrebbe impropriamente a supplire al carente espletamento dell'onere probatorio, in violazione sia dell'articolo 2697 c.c., che del principio del contraddittorio (...). Il giudice, pertanto, non deve disporre la consulenza ogni qual volta si avveda che la richiesta della parte tende a sopperire alla deficienza della prova, ovvero a compiere un'indagine esplorativa alla ricerca di elementi, fatti o circostanze non provate (...). Il corretto espletamento dell'incarico affidato al consulente non comporta alcun potere di supplenza, da parte di quest'ultimo, rispetto al mancato assolvimento, da parte dei contendenti, dei rispettivi oneri probatori».

In conclusione la Corte ha enunciato il seguente principio di diritto:

«il diritto spettante al cliente, a colui che gli succede a qualunque titolo o che subentra nell'amministrazione dei suoi beni, ad ottenere, a proprie spese, copia della documentazione inerente a singole operazioni poste in essere negli ultimi dieci anni, ivi compresi gli estratti conto, sancito dall'articolo 119, quarto comma, del decreto legislativo 1 o settembre 1993, n. 385, recante il testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia, può essere esercitato in sede giudiziale attraverso l'istanza di cui all'articolo 210 c.p.c., in concorso dei presupposti previsti da tale disposizione, **a condizione che detta documentazione sia stata precedentemente richiesta alla banca, che senza giustificazione non vi abbia ottemperato**; la stessa documentazione non può essere acquisita in sede di consulenza tecnica d'ufficio contabile, ove essa abbia ad oggetto fatti e situazioni che, essendo posti direttamente a fondamento della domanda o delle eccezioni delle parti, debbano necessariamente essere provati dalle stesse».

Corte di Cassazione, 8 settembre 2021, n. 24161 – suddivisione di finanziamento in quote e correlativo frazionamento di ipoteca ex art. 39 T.U.B.: il provvedimento presidenziale di cui al comma 6-ter dell'art. 39 TUB ha una funzione attuativa, conseguente all'avvenuto accertamento della sussistenza delle condizioni sulla base delle quali il frazionamento può e deve essere realizzato, pur nell'assenza della pur dovuta attività della banca creditrice, e, pertanto, è definitivo nel limite e segno della situazione fattuale così determinatasi.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza interlocutoria n. 24161, pubblicata in data 8 settembre 2021](#), si è pronunciata sul tema della impugnabilità dell'atto pubblico di frazionamento di cui all'art. 39-ter T.U.B. e, nel rimettere la questione «*alla discussione in pubblica udienza presso la sezione che è tabellarmente competente*», ha ripercorso l'evoluzione normativa dell'istituto della suddivisione di finanziamento in quote e correlativo frazionamento di ipoteca con lo scopo di individuare le caratteristiche principali dell'istituto.

La Cassazione ha anzitutto ricordato che «*nella versione originaria del testo unico del 1993, il comma 6 dell'art. 39 si limitava a evocare un "diritto" del debitore e del terzo acquirente "alla suddivisione del finanziamento in quote e, correlativamente, al frazionamento dell'ipoteca a garanzia"*».

La Corte, richiamando il proprio precedente n. 7453/2013, ha quindi precisato che «*in un simile sistema, che pur stava evolvendo rispetto al passato, si mostrava ancora corretto impostare il tema del(la suddivisione del debito e del) frazionamento dell'ipoteca a servizio di mutuo fondiario in termini di atto di "rinuncia" del creditore garantito alla regola della c.d. "indivisibilità dell'ipoteca" e così focalizzare lo stesso su un "atto unilaterale" posto in essere da questi, "anche se dovuto a richiesta dell'avente diritto" e dotato di "contenuto vincolato"*».

La Corte ha poi ricordato che «*la successiva evoluzione della normativa di riferimento è tuttavia venuta e immutare questo stato di cose*».

«*In particolare, la norma dell'art. 7 d.lgs. n.122/2005, oltre a rivisitare il testo dell'art. 6, ha propriamente inteso ridisegnare la struttura conformativa del preesistente diritto al frazionamento dell'ipoteca, a mezzo dell'introduzione dei commi 6 bis, 6 ter e 6 quater dell'art. 39 del testo unico: così stabilendo in modo preciso termini, modi e contenuti vincolati del dovuto frazionamento e prevedendo, inoltre, una positiva modalità di realizzazione del(la suddivisione del debito e del) frazionamento della garanzia per il caso in cui banca non vi abbia provveduto, secondo quanto per contro impostole dalla legge (nel ricorrere di determinate condizioni)*».

«*Tale mutamento normativo*», ha rilevato la Corte, «*non si pone solo (o tanto) come strumento di protezione del debitore del mutuo e dei terzi acquirenti delle singole unità abitative, risultando altresì (se non soprattutto) funzionale ad agevolare l'effettiva commercializzazione degli immobili gravati dalla garanzia ipotecaria: così perseguendo in modo peculiare lo scopo di facilitare il rimborso fisiologico del credito erogato dalla banca mutuante, in luogo di un*

rientro dall'esposizione realizzato per il mezzo dell'effettuazione di vendite forzate dei beni assoggettati a garanzia. Sì che l'istituto del frazionamento dell'ipoteca viene in via ulteriore ad allontanarsi da una prospettiva fissata su un atto unilaterale di rinuncia del creditore all'indivisibilità della garanzia reale, per perseguire sempre più l'ottica dell'effettiva realizzazione del diritto di suddivisione e frazionamento del debitore e del terzo acquirente».

Tanto premesso, la Corte ha chiarito che *«in presenza delle condizioni stabilite dalla legge (...) se la banca non gode oggi di discrezionalità nello svolgimento della relativa attività, pure risulta predisposta un'apposita procedura di (suddivisione e) frazionamento per il caso di inerzia della medesima; procedura che, per sua propria natura, può anche prescindere dalla partecipazione del creditore bancario. Più precisamente, dal combinato disposto dei commi 6 bis e 6 ter dell'art. 39 TUB emerge che, nell'attuale, il diritto (del debitore, del terzo acquirente o assegnatario) all'effettivo conseguimento della suddivisione del debito e del frazionamento della garanzia possiede un'articolazione bifasica: all'esecuzione affidata alla cura del creditore potendo così "subentrare", nel difetto della medesima, altra e coattiva modalità di soddisfacimento del detto diritto».*

«Ciò posto, ben potrebbe apparire riduttivo, allora, ritenere che oggetto del provvedimento presidenziale, di cui al comma 6 ter dell'art. 39 TUB, sia quello di mera designazione di un notaio per provvedere all'effettuazione della suddivisione e del frazionamento. In realtà, la detta nomina appare possedere, nel contesto della disciplina complessivamente espressa nei commi 6 ss. dell'art. 39 TUB, una funzione attuativa e conseguente all'avvenuto svolgimento di un precedente (in via logica) - e centrale - accertamento. Che, per l'appunto, consiste nella verifica relativa alla compiuta sussistenza di tutte le condizioni sulla base delle quali il frazionamento può e deve essere realizzato nell'assenza della pur dovuta attività della banca creditrice: nel compiuto riscontro, perciò, delle condizioni che comportano il transito dalla prima fase, come affidata a una gestione creditoria, alla seconda, di attuazione coattiva della pretesa. Con la conseguenza ulteriore che l'accertamento così compiuto dal decreto presidenziale sembra pure proporsi come definitivo, nel limite e segno della situazione fattuale così determinatasi: potendo lo stesso essere nel caso rimesso in discussione solo da sopravvenute e determinanti circostanze di fatto».

Tutto ciò premesso, la Corte, constatata *«la peculiare delicatezza e complessità delle problematiche che la questione della suddivisione del debito e del frazionamento dell'ipoteca, viene a sollevare»* e la *«peculiare rilevanza della questione»*, a norma dell'art. 380 bis, comma 3, cod. proc. civ., ha ritenuto *«di non potere ravvisare evidenze decisorie tali da consentire la definizione del ricorso presso la c.d. sezione filtro»*, rimettendolo *«alla discussione in pubblica udienza presso la sezione che è tabellarmente competente»*.

Corte di Cassazione, 6 settembre 2021, n. 24015 – Interest Rate Swap: la rimodulazione del contratto quadro stipulato da un investitore con la società incorporante dell'intermediario non è idonea a sanare l'invalidità

del contratto quadro da questo stipulato con il medesimo investitore in assenza di contratto quadro.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 24015, pubblicata in data 6 settembre 2021](#), si è pronunciata in tema di validità del contratto di *interest rate swap*, concluso in assenza accordo-quadro, nella peculiare ipotesi in cui l'intermediario con cui è stato stipulato il derivato sia stato incorporato da un'altra società, con la quale il cliente aveva in essere un valido contratto-quadro, rimodulato a seguito dell'incorporazione.

Sul punto la Corte ha formulato il seguente principio di diritto:

«in tema di contratto di interest rate swap concluso senza accordo-quadro redatto per iscritto con un intermediario, il quale in seguito sia stato incorporata in altra società intermediaria, già legata al medesimo investitore da un valido contratto-quadro, la c.d. rimodulazione del contratto originario di swap - mediante il recesso anticipato dell'investitore e la contestuale conclusione di un nuovo contratto direttamente con l'intermediario incorporante - comporta che il requisito della forma scritta del contratto-quadro ex art. 23 t.u.f. sussista solo con riguardo alla nuova operazione, lasciando permanere l'invalidità della prima per difetto di tale requisito».

II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 27 settembre 2021, n. 26199 – invalidità delle delibere assembleare: è inesistente la delibera assembleare di società di capitali assunta con la sola partecipazione di soggetti privi della qualità di socio della stessa.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 26199, pubblicata in data 27 settembre 2021](#), si è pronunciata in tema di inesistenza della delibera assembleare.

In via preliminare, la Corte ha affermato che *«benchè la riforma di cui al d.lgs. n. 6 del 2003 abbia inteso scongiurare, attraverso apposite previsioni di fattispecie di invalidità, che la giurisprudenza potesse ampliare a dismisura il novero delle deliberazioni inesistenti (...) la inesistenza resta una categoria logica e non una (possibile) fattispecie giuridica: sicché su di essa è impossibile per la legge incidere in modo definitivo. Ciò spiega perché, anche dopo la riforma tutta ispirata a dare pieno accoglimento alle esigenze di stabilità delle decisioni della organizzazione e di funzionalità e certezza dell'azione della società, vi sono state ipotesi che, nella giurisprudenza di merito, si è continuato a qualificare, piuttosto pacificamente, in termini di deliberazioni inesistenti. Tutto ciò a definitiva riprova che la inesistenza emerge quando la forma di invalidità legislativamente riconosciuta non può essere dichiarata o accertata per il decorso di un termine positivamente previsto e della conseguente inutilità di ogni sforzo legislativo volto ad estirpare definitivamente la categoria della inesistenza dal diritto giurisprudenziale in presenza di un siffatto termine».*

La Corte - dopo aver illustrato le varie opinioni dottrinali in materia di inesistenza delle delibere assembleari - ha aderito a *«quella incline a configurare - sebbene in via del tutto residuale - la categoria della inesistenza della delibera assembleare esclusivamente allorquando lo scostamento della realtà dal modello legale risulti così marcato da impedire di ricondurre l'atto alla categoria stessa di deliberazione assembleare, e cioè in relazione alle situazioni nelle quali l'evento storico al quale si vorrebbe attribuire la qualifica di deliberazione assembleare si è realizzato con modalità non semplicemente difformi da quelle imposte dalla legge o dallo statuto sociale, ma tali da far sì che la carenza di elementi o di fasi essenziali non permetta di scorgere in esso i lineamenti tipici dai quali una deliberazione siffatta dovrebbe esser connotata nella sua materialità».*

La Corte ha precisato che *«[n]on convince appieno, invece, il contrario indirizzo che muove dalla convinzione che, per l'esistenza della fattispecie, un solo requisito sia necessario e sufficiente: la «parvenza» di delibera, vale a dire la formale, esteriore, apparente provenienza della decisione dalla maggioranza del capitale sociale richiesta dalla legge o dallo statuto».*

La Corte ha, poi, affermato che *«le ipotesi di nullità oggi considerate dall'art. 2379 cod. civ. si riferiscono ai casi in cui ci si trovi in presenza di un atto*

formale comunque imputabile alla società (mancata convocazione dell'assemblea; mancanza di verbale; impossibilità o illiceità dell'oggetto). Il tutto presuppone, dunque, che si sia tenuta un'assemblea della società che, seppure non convocata, sia qualificabile come tale, cioè abbia visto la presenza (rectius: la partecipazione ad essa) quanto meno di un socio della società medesima. Invece, nell'ipotesi estrema di "assemblea" caratterizzata dalla presenza (rectius: partecipazione alla stessa) esclusivamente di soggetti privi della qualifica di soci, la deliberazione da essa eventualmente espressa nemmeno potrebbe ragionevolmente considerarsi alla stregua di un atto astrattamente imputabile alla società, così da essere estraneo alla categoria di cui agli artt. 2377 e ss. cod. civ. In definitiva, non basta una votazione, purchessia, per potere configurare l'esistenza di una deliberazione societaria, essendo, per contro, necessario che la stessa provenga da un'assemblea della società che sia effettivamente qualificabile (perché partecipata da almeno uno dei suoi soci) come tale».

Con riferimento al caso di specie - riguardante due deliberazioni assunte dall'assemblea di una società composta di un solo soggetto affermatosi titolare del 99,5% del capitale sociale, ma in realtà privo della qualità di socio al momento dell'assunzione delle deliberazioni - ha affermato che *«la partecipazione di soggetti non legittimati è stata risolta dalla nuova disposizione, stabilendo che la deliberazione non può essere annullata per la partecipazione all'assemblea di persona non legittimata, ove non sia stata determinante ai fini della regolare costituzione dell'assemblea: ciò presupponendo, peraltro, che sia individuabile una deliberazione, secondo il suo essenziale procedimento e contenuto, insussistente, invece, laddove l'unico soggetto presente, apparentemente titolare del 99,5% del capitale sociale, non sia un socio».*

La Corte ha, poi, sostenuto che *«la stessa disposizione di cui all'art. 2377, comma 5, n. 1, cod. civ. (...) è relativa ad una vicenda concernente il quorum costitutivo dell'assemblea: nell'odierna fattispecie, invece, nemmeno è a parlarsi di quorum costitutivo posto che, come si è detto, si è al cospetto di un atto nemmeno materialmente definibile come delibera assembleare, essendo il risultato di "riunioni" svoltesi, esclusivamente, tra soggetti rivelatisi affatto privi della qualifica di soci della [società]».*

La Corte ha concluso che *«l'inesistenza delle deliberazioni in esame emerge nella sua dimensione di fatto, in termini tali da escludere qualunque possibile giudizio di validità o invalidità, che necessariamente dovrebbe presupporre quanto meno un fantasma di realtà giuridica».*

La Corte ha, infine, affermato il seguente principio di diritto *«E' inesistente la delibera assembleare di società di capitali assunta con la sola partecipazione di soggetti privi della qualità di socio della stessa».*

Corte di Cassazione, 20 settembre 2021, n. 25317 – azione di responsabilità nei confronti di un amministratore di S.r.l.: (i) è sempre necessaria la nomina di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c. nell'interesse della società e (ii) i poteri del curatore speciale sono

conferiti per un periodo temporale delimitato ed auspicabilmente provvisorio, fino alla nomina di un nuovo organo gestorio che non sia in conflitto di interessi.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 25317, pubblicata in data 20 settembre 2021](#), si è pronunciata sulla necessità di nomina di un curatore speciale ex art. 78 c.p.c. nell'interesse della società in caso di azione di responsabilità promossa nei confronti di un amministratore di s.r.l.

La Corte ha innanzitutto premesso che *«l'art. 78 c.p.c. richiede la nomina del curatore speciale all'incapace o all'ente collettivo, nei casi di conflitto di interessi fra rappresentato e rappresentante»* e che *«il conflitto di interessi di cui alla norma in discorso (...) presuppone una relazione di incompatibilità di interessi, non essendo integrata la nozione per la mera presenza di interessi fra di loro concorrenti: ed esiste conflitto di interessi tra rappresentante e rappresentato quando i rispettivi interessi siano anche solo potenzialmente antitetici. Ciò avviene ogni qualvolta vi sia la possibilità che il potere rappresentativo sia esercitato dal rappresentante in contrasto con l'interesse del rappresentato, essendo il primo portatore d'interesse personale ad un esito della lite diverso da quello vantaggioso per il secondo»*.

La Corte ha poi riscontrato che *«[l]a situazione si verifica nell'ipotesi di cui all'art. 2476 c.c., dove è litisconsorte necessaria la società; pertanto, poiché l'amministratore sta in giudizio in proprio, quale legittimato passivo della domanda di risarcimento del danno, sussiste sempre il conflitto di interessi con la società, dal medesimo amministratore rappresentata. Poiché il conflitto va valutato in astratto e non in concreto, resta indifferente la posizione di fatto assunta dalla società, in persona del suo amministratore, legittimato passivo dell'azione risarcitoria: sussiste, per definizione, una situazione di incompatibilità fra l'interesse della società a vedere reintegrato il suo patrimonio, diminuito dagli atti inadempienti dell'amministratore, e l'interesse di questi a preservare il patrimonio personale da ogni pretesa»*.

La Corte ha poi osservato che *«presupposti per la nomina del curatore speciale sono, ai sensi dell'art. 78 c.p.c., il fatto che «manca la persona a cui spetta la rappresentanza o l'assistenza» oppure «quando vi è conflitto di interessi col rappresentante»*. Per la prima evenienza, il primo comma dell'art. 78 c.p.c. ha cura di precisare che il curatore viene nominato *«finché subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza»*. Per il caso del conflitto di interessi, manca una espressa disposizione in tal senso. Tuttavia, la ratio dell'istituto, come sopra esposta, non può che condurre alla medesima conclusione. Invero, ai sensi dell'art. 75 c.p.c., le persone giuridiche stanno in giudizio per mezzo di chi le rappresenta a norma di legge o statuto. Per le società di capitali, si tratta di cd. rappresentanza organica: l'amministratore, nominato dall'assemblea, agisce imputando direttamente alla società l'attività, oltre agli effetti dell'atto compiuto; e la norma menzionata enuncia, appunto, la regola secondo cui, grazie al legale rappresentante, la società ha la legittimazione processuale, oltre ad essere titolare della legittimazione ad agire, volta per volta attiva o passiva».

La Corte ha, inoltre, affermato che «[m]ediante lo strumento dell'art. 78 c.p.c. (...) il legislatore contempla un caso affatto diverso e speciale: posto che — ferma restando la titolarità del diritto in capo alla società — viene con esso conferita ad un curatore estraneo all'ente la legittimazione processuale a stare in giudizio, con la funzione di gestire provvisoriamente gli interessi processuali della società. La norma conferisce al curatore speciale la legittimazione processuale sottratta all'incapace o, per quanto ora interessa, all'amministratore della società in conflitto di interessi».

La Corte ha poi precisato che «[s]i tratta, pertanto, di un potere soltanto provvisorio e «finché subentri colui al quale spetta la rappresentanza o l'assistenza». E non potrebbe essere diversamente, dato che al soggetto viene temporaneamente conferita la rappresentanza nel processo: onde l'istituto del curatore speciale, di cui agli art. 78 ss. c.p.c., si pone su di un piano diverso, rispetto a quelle altre disposizioni, in cui al curatore speciale competono i poteri negoziali».

La Corte ha poi sostenuto che «[l]'indicazione generale, contenuta nell'art. 78, comma 1, c.p.c., è allora nel senso che i poteri del curatore sono conferiti per un periodo temporale delimitato ed auspicabilmente provvisorio: come è, del resto, confermato dalla disposizione dell'art. 80, comma 2, c.p.c., che impone la comunicazione della nomina al pubblico ministero, perché provochi, quando occorre, i provvedimenti per la costituzione della normale rappresentanza o assistenza. Infine, il curatore speciale diviene destinatario di un mandato, quale figura generale dell'agire per conto altrui, per il quale l'art. 1722 c.c. pone [quale] la causa di estinzione il compimento, da parte del mandatario, dell'affare per il quale è stato conferito».

La Corte ha infine concluso che «una volta ripristinata la normale situazione in capo al legale rappresentante nominato dai soci, ed in assenza di qualsiasi caducazione della relativa deliberazione per eventuali vizi della stessa (fra cui, se del caso, per conflitto interessi del socio ex art. 2373 c.c., per conto proprio o di terzi, o per abuso di potere della maggioranza, ecc.) su domanda dei soggetti all'uopo legittimati, resta radicato il potere rappresentativo in capo all'organo sociale, così ricostituito, non essendovi ulteriori situazioni di conflitto validamente dedotte. Il giudice del processo, cui sia chiesto di accertare la nuova situazione, non può dunque che operare tale verifica ed aprire alla partecipazione al processo della società, in persona del soggetto che ne abbia la rappresentanza legale su designazione dei soci. Così come, sino al momento della nomina del curatore speciale, il rappresentante in conflitto non è un falsus procurator, ma lo diviene dopo la nomina stessa, ed il giudice può utilizzare lo strumento dell'art. 182, comma 2, c.p.c., concedendo un termine per regolarizzare la costituzione, del pari il curatore speciale che abbia speso poteri rappresentativi diviene falsus dopo la nomina del nuovo organo gestorio. Dopo tale momento, dunque, il giudice deve provvedere ad assegnare alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza; mentre l'unica possibilità di statuire un perdurante incarico in capo al curatore speciale risiede nel conflitto di interessi in capo anche al nuovo rappresentante della società, ove dedotto ed adeguatamente dimostrato dalla parte interessata».

Corte di Cassazione, 3 settembre 2021, n. 23881 – responsabilità per i debiti da parte della azienda cessionaria nei confronti dei terzi creditori: è sufficiente l'annotazione dei debiti nelle scritture contabili ai fini della responsabilità della cessionaria nei confronti dei terzi, non essendo necessaria la sottoscrizione delle stesse.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 23881, pubblicata in data 3 settembre 2021](#), si è pronunciata in tema di responsabilità per i debiti in capo alla cessionaria nella fattispecie di cessione d'azienda.

La Corte ha affermato che «la mancata sottoscrizione dei libri contabili obbligatori da parte del cedente dell'azienda non è impeditiva del riconoscimento del credito vantato da un terzo nei confronti di detto cedente, il cui debito si trasmette al cessionario accollante, potendo detto credito essere provato anche attraverso altri riscontri e pure mediante presunzioni. Solo l'iscrizione nei libri contabili obbligatori dell'azienda è propriamente un elemento costitutivo essenziale della responsabilità dell'acquirente dell'azienda per i debiti ad essa inerenti».

La Corte ha altresì richiamato ed aderito ad un suo costante orientamento secondo il quale «in tema di cessione d'azienda, la disposizione di cui all'art. 2560, secondo comma, c.c., secondo cui l'acquirente risponde dei debiti inerenti all'esercizio dell'azienda ceduta soltanto se essi risultino dai libri contabili, è dettata non solo dall'esigenza di tutelare i terzi creditori, già contraenti con l'impresa e, peraltro, sufficientemente garantiti pure dalla norma di cui al primo comma del medesimo art. 2560 c.c., ma anche da quella di consentire al cessionario di acquisire adeguata e specifica cognizione dei debiti assunti, specificità che va esclusa nell'ipotesi in cui i dati riportati nelle scritture contabili siano parziali e carenti nell'indicazione del soggetto titolare del credito, non potendosi in alcun modo integrare un'annotazione generica delle operazioni mediante ricorso ad elementi esterni di riscontro».

III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORSUALI

Corte di Cassazione, 14 settembre 2021 n. 24725 – 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) il curatore fallimentare è legittimato ad agire contro la banca sia per il danno diretto all'impresa sia per il pregiudizio all'intero ceto creditorio a causa della perdita della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c. (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. 24725, pubblicata in data 14 settembre 2021](#), è tornata a pronunciarsi – dopo l'ordinanza del 30 giugno 2021 n. 18610 (oggetto di commento nel nostro [Aggiornamento Giurisprudenziale n. 7/2021](#)) – in tema di abusiva concessione del credito. In particolare, la Corte si è soffermata su (i) la distinzione tra finanziamento lecito e abusivo; (ii) la legittimazione del curatore fallimentare ad agire, ai sensi dell'art. 146 l.f., contro le banche per il danno da queste cagionato al patrimonio del fallito mediante abusiva concessione del credito; (iii) la concorrente responsabilità degli organi sociali con le banche finanziatrici.

In primo luogo, la Suprema Corte ha preliminarmente chiarito che, ai fini dell'accertamento della responsabilità per abusiva concessione del credito, si rende necessario *«individuare lo spazio ammissibile per il finanziamento lecito»*. Ed invero, quel che rileva ai fini della distinzione tra finanziamento lecito ed abusivo *«non è (...) il fatto in sé che l'impresa finanziata sia in istato di crisi o d'insolvenza, pur noto al finanziatore, onde questi abbia così cagionato un ritardo nella dichiarazione di fallimento»*, né che il finanziamento sia stato concesso nell'ambito di una procedura di risoluzione della crisi dell'impresa. Al contrario, ***«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 secondo luogo, la Corte ha ribadito il principio secondo cui ***«il curatore è legittimato ad agire nei confronti della banca per i danni cagionati alla società fallita, ove il fallimento deduca, a fondamento della sua pretesa, la responsabilità del finanziatore verso il soggetto finanziato per il pregiudizio diretto, causato al patrimonio di questo dall'attività di finanziamento»***.

La Cassazione, sul punto, ha ritenuto opportuno precisare che:

- a) ***«il curatore non è legittimato all'azione di risarcimento del danno diretto patito dal singolo creditore per l'abusiva concessione del credito quale strumento di reintegrazione del suo patrimonio singolo»***;
- b) ***«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»;

- c) in questo secondo caso, «**si tratta di un danno al patrimonio dell'impresa**, con la conseguente diminuita garanzia patrimoniale della stessa, ai sensi dell'art. 2740 c.c., scaturita dalla concessione abusiva del credito, che abbia permesso alla stessa di rimanere immeritatamente sul mercato, continuando la propria attività ed aumentando il dissesto, donde il danno riflesso a tutti i creditori»;
- d) «**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 (...) del pari avranno visto progressivamente aggravarsi l'insufficienza patrimoniale della società, con pregiudizio alla soddisfazione dei loro crediti»;
- e) «**l'azione si inserisce, pertanto, nell'ambito di quelle a legittimazione attiva della curatela**: in tal senso, si vedano L.Fall., art. 146 e il D.Lgs. n. 14 del 2019, art. 255 quest'ultimo espressamente attributivo al curatore della legittimazione alle azioni, fra l'altro, di cui all'art. 2394 c.c. e art. 2476 c.c., comma 6 (...) e all'art. 2497 c.c. (...). Come si osserva, **al curatore sono attribuite azioni relative al risarcimento del danno al patrimonio sociale, nell'interesse dei creditori**».

Ciò chiarito, la Corte ha poi precisato che «**al curatore appartiene sia la legittimazione attiva a richiedere al finanziatore c.d. abusivo il risarcimento per i danni diretti cagionati alla società, sia quella per i danni indiretti alla massa dei creditori**. In entrambi i casi, il curatore non fa altro che agire a reintegrazione del patrimonio sociale pregiudicato dall'abusiva concessione del credito».

Con riferimento al titolo di responsabilità del finanziatore nei confronti dell'impresa fallita, la Suprema Corte ha sostenuto che «**la responsabilità verso il fallito è a titolo precontrattuale ex art. 1337 c.c.**» se «**la banca avrà contrattato senza il rispetto delle prescrizioni speciali e generali che ne presidiano l'agire**»; «**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**».

Sul titolo di responsabilità verso la massa dei creditori, invece, la Corte ha affermato che «**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)**».

Infine, sul concorso degli organi sociali con la banca finanziatrice, la Corte ha stabilito che **«la responsabilità della banca abusiva finanziatrice, inoltre, può porsi in concorso con quella degli organi sociali L.Fall., ex art. 146.** 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».**

In conclusione, la Suprema Corte ha enunciato i seguenti principi di diritto:

- a) **«non integra abusiva concessione di credito la condotta della banca che, pur al di fuori di una formale procedura di risoluzione della crisi dell'impresa, abbia assunto un rischio non irragionevole, operando nell'intento del risanamento aziendale ed erogando credito ad un'impresa suscettibile, secondo una valutazione ex ante, di superamento della crisi o almeno di proficua 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 ai detti scopi»;**
- b) **«il curatore fallimentare è legittimato ad agire contro la banca per la concessione abusiva del credito, in caso di illecita nuova finanza o di mantenimento dei contratti in corso, che abbia cagionato una diminuzione del patrimonio del soggetto fallito, per il danno diretto all'impresa conseguito al finanziamento e per il pregiudizio all'intero ceto creditorio a causa della perdita della garanzia patrimoniale ex art. 2740 c.c.»;**
- c) **«la responsabilità in capo alla banca, qualora abusiva finanziatrice, può sussistere in concorso con quella degli organi sociali di cui alla L.Fall., art. 146, in via di solidarietà passiva ai sensi dell'art. 2055 c.c., quali fatti causatori del medesimo danno, senza che, peraltro, sia necessario l'esercizio congiunto delle azioni verso gli organi sociali e verso il finanziatore, trattandosi di mero litisconsorzio facoltativo».**

Corte di Cassazione, 13 settembre 2021, n. 24633 – socio apparente e socio occulto: l'estensione del fallimento di un imprenditore individuale ad un altro soggetto non può essere giustificata dal contemporaneo accertamento della qualità di socio apparente e di socio occulto.

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 24633, pubblicata in data 13 settembre 2021](#), si è pronunciata sul tema della corretta individuazione della figura del **“socio occulto”** e del **“socio apparente”**.

In particolare, nella fattispecie sottoposta al vaglio della Corte i giudici di merito avevano dichiarato il fallimento di una società - ritenuta «*esistente e regolarmente iscritta nel Registro delle Imprese*» - tra un imprenditore (già dichiarato fallito) e un soggetto terzo, che formalmente assumeva la veste di contabile della ditta, ma che era stato qualificato come «socio occulto» e, in quanto tale, illimitatamente responsabile.

La Suprema Corte - esaminata la fattispecie - ha anzitutto ritenuto erronea l'affermazione dei giudici di secondo grado per cui «*non si verte in tema di prova dell'esistenza di una società di fatto (tra i cui elementi probanti vi sono la costituzione di un fondo patrimoniale comune, l'alea comune di guadagni e perdite e l'esteriorizzazione del vincolo societario di fronte ai terzi), bensì di prova della qualità di socio occulto di una società già esistente e regolarmente iscritta nel Registro delle Imprese, essendo in realtà pacifico che non vi fosse una società iscritta al Registro delle Imprese*».

Ciò premesso in ordine alla qualificazione della società fallita in termini di società di fatto, la Corte ha poi affermato che - pur muovendo dichiaratamente dalla premessa che presuppone l'esistenza di un socio occulto di società palese - «*l'iter argomentativo del decisum assume al contrario che*» il contabile «*avesse palesato ai terzi la sua qualità di socio di fatto di una società occulta, apparendo all'esterno come l'unico soggetto che gestiva la cassa, intratteneva rapporti con le banche e con i fornitori, però spendendo il nome della ditta; in altri termini, ciò che emerge dalla trama motivazionale è piuttosto la qualità di socio "apparente" del ricorrente, ovvero di soggetto come tale ritenuto dai terzi*».

In conclusione, la Corte ha ritenuto necessario che «*sulla base degli elementi di prova disponibili, il giudice a quo espliciti la sussunzione dei fatti di causa nel fenomeno della società di fatto, declinando la posizione dell'odierno ricorrente alternativamente in termini di socio occulto ovvero socio apparente della società*», «*quale società semplicemente irregolare ovvero occulta*». In relazione a tale profilo, la Corte ha ribadito il principio per cui «*al fine dell'applicazione dell'art. 147 della legge fallimentare, è sufficiente il riscontro, oltre che della situazione normale di una società che esista nella realtà e come tale operi nei rapporti con i terzi, anche delle situazioni anomale costituite dalla società meramente apparente nei confronti dei terzi, pure se inesistente nei rapporti interni, e dalla società occulta, cioè realmente esistente, ma non esteriorizzata. Queste due ultime situazioni, peraltro, in relazione alla diversità di presupposti, si pongono su un piano alternativo. Ne consegue che l'estensione del fallimento di un imprenditore individuale ad altro soggetto, previo riscontro di una società di fatto, non può essere contraddittoriamente giustificata in base al contemporaneo accertamento, in detto soggetto, della qualità di socio apparente e di socio occulto*».

Corte di Cassazione, 6 settembre 2021, n. 24056 - consecuzione di procedure: ai fini dell'ammissione di un credito in via meramente chirografaria e non ipotecaria il giudice dell'opposizione allo stato

passivo può accertare in concreto la consecuzione di procedure tra il concordato preventivo ed il successivo fallimento.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 24056, pubblicata in data 6 settembre 2021](#), si è pronunciata sul potere del giudice dell'opposizione allo stato passivo di accertare i presupposti per l'applicazione della disciplina in tema di consecuzione di procedure tra concordato preventivo e fallimento.

Sul punto, la Corte ha preliminarmente affermato che:

- a) nel vigore della precedente normativa – *«in cui identico era il presupposto del concordato preventivo e del fallimento sul piano normativo»* – era *«da tempo rilevato che la c.d. consecuzione fra le procedure concorsuali implica che esse siano originate da un medesimo unico presupposto, costituito dallo “stato d'insolvenza”. La consecuzione si sostanzia nella considerazione unitaria della procedura di concordato preventivo, cui è succeduta quella di fallimento, con retrodatazione del termine iniziale del periodo sospetto per la revocatoria fallimentare»*;
- b) *«la questione non muta nel successivo regime»* di cui la *«l. n. 51 del 2006, ha fornito l'interpretazione autentica del novellato art. 160 l. fall., disponendo che “per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza”»*; mentre la *«l. n. 134 del 2012, aggiungendo il comma 2 dell'art. 69-bis l. fall., per il caso che alla domanda di concordato segua il fallimento, ha precisato che i termini per le revocatorie “decorrono dalla data di pubblicazione della domanda di concordato nel registro delle imprese”»*;
- c) *«pertanto, la conclusione della comunanza di presupposto oggettivo non è mutata, per il caso di consecuzione, neppure nel passaggio alle nuove norme, giacché anche in queste l'accesso al concordato non esclude l'insolvenza. Ove il dissesto sia accertato con la successiva dichiarazione di fallimento, resta intatta la logica unitaria, per quanto il procedimento resti articolato in diversi momenti; il che consente, infine, di rapportare quel medesimo dissesto alla data della prima procedura; l'unitarietà non recede ove sussista uno iato temporale nella successione dei procedimenti, essendo infine manifestazione di un'unica crisi d'impresa»*;
- d) *«se, quindi, il concordato preventivo può essere proposto dall'imprenditore in stato di crisi, ove **al concordato segua il fallimento, la sequenza dà luogo ad una procedura unitaria, che ha inizio con la prima, onde essa viene assunta come base cronologica di riferimento per individuare la disciplina delle azioni revocatorie**»*.

Premesso quanto precede, la Corte ha poi affermato che:

- a) *«nessuna disposizione prevede che l'accertamento della unitarietà dello stato di crisi e dello stato d'insolvenza debba avvenire sempre*

e solo con la sentenza dichiarativa di fallimento. Questa, come previsto per legge, è tenuta ad accertare e ad argomentare circa i presupposti per la dichiarazione di fallimento, in primis sullo stato di insolvenza, ai sensi dell'art. 5 l. fall., quale situazione di inadempimento od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni, e che deve sussistere al momento in cui si opera detto accertamento. Alla sentenza stessa, invece, non è richiesto pure di accertare - per il caso di successione delle procedure - che il presupposto del concordato preventivo fosse già la medesima situazione di insolvenza poi riscontrata al momento dell'apertura del fallimento»;

- b) «ciò vuol dire che quell'accertamento, ai fini precipui della disciplina delle azioni revocatorie fallimentari, dovrà essere compiuto dal giudice chiamato a pronunciarsi, quale specifico thema decidendum, sulla unitarietà della situazione di insolvenza: in particolare, dal giudice dell'opposizione allo stato passivo. E, al riguardo, se la successiva dichiarazione di fallimento può essere la conseguenza di quel medesimo stato d'insolvenza che abbia costituito il fondamento oggettivo del concordato preventivo, l'accertamento deve svolgersi in concreto».**

In conclusione, la Suprema Corte ha affermato il seguente principio di diritto: **“non è precluso al giudice dell'opposizione allo stato passivo fallimentare, ai sensi dell'art. 98 l. fall., accertare, in concreto, la consecuzione di procedure tra il concordato preventivo ed il successivo fallimento, ai fini dell'ammissione del credito in via meramente chirografaria e non ipotecaria, non rilevando, in contrario, la circostanza che la sentenza dichiarativa di fallimento abbia accertato lo stato di insolvenza quale presupposto del medesimo, senza indagare, altresì, se esso preesistesse alla domanda di concordato preventivo, quale suo specifico presupposto».**