

# Aggiornamento giurisprudenziale

n. 12 / 2020

## I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

**Corte di Cassazione, 5 novembre 2020, n. 24647** – servizio di cassette di sicurezza: costituisce primaria connotazione funzionale del servizio imprenditoriale delle cassette di sicurezza l'assicurare al cliente una compiuta segretezza dei beni ivi custoditi.

**Corte di Cassazione, 5 novembre 2020, n. 24798** – cessione di rapporti giuridici ex art. 58 T.U.B.: la cessionaria che agisca per far valere un credito acquisito con la cessione ex art. 58 T.U.B. ha l'onere di dimostrare l'inclusione del credito oggetto di causa nell'operazione di cessione.

**Corte di Cassazione, 27 ottobre 2020, n. 23570** – intermediazione finanziaria: la dichiarazione in forma scritta dell'investitore che, informato dell'inadeguatezza dell'operazione, la autorizzi comunque espressamente costituisce presunzione che l'intermediario abbia assolto il dovere di informazione ex art. 29 Reg. Consob 11522/1998.

## II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

**Corte di Cassazione, 9 novembre 2020, n. 25056** – responsabilità degli amministratori di società di capitali: di fronte a comportamenti degli amministratori che si assumono illeciti e che di per sé non sono vietati dalla legge o dallo statuto, è l'onere (i) della società dimostrare, oltre all'atto compiuto dall'amministratore, la violazione del dovere di lealtà o di diligenza da parte di quest'ultimo e (ii) dell'amministratore provare gli ulteriori fatti idonei ad escludere (o attenuare) la sua responsabilità.

**Tribunale di Genova, 12 novembre 2020, n. 6695** – società quotate: nel caso in cui venga deliberata un'operazione che preveda l'esclusione dalla quotazione di una categoria di azioni, non è garantito il diritto di recesso ai sensi dell'art. 2437-quinquies c.c. in capo agli azionisti, se agli stessi è stata riconosciuta la possibilità di convertire le proprie azioni in azioni di altra categoria ammesse a negoziazione su un mercato regolamentato.



**Tribunale di Milano, 5 novembre 2020, n. 6983** – impugnazione di delibere assembleari di società di capitali: l'annullamento della delibera assembleare non può aver luogo se la deliberazione impugnata è sostituita da un'altra.

### III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDSUALI

**Corte di Cassazione, 23 novembre 2020, n. 26568** – scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo ex art. 169-bis l.f.: i) l'accertamento con efficacia di giudicato circa l'esistenza, l'entità e il rango del credito relativo all'indennizzo cui ha diritto il contraente che abbia subito lo scioglimento va effettuato nelle forme della cognizione ordinaria; ii) il credito relativo all'indennizzo dovuto per lo scioglimento ha natura concorsuale; iii) l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dal contratto pendente presuppone che, al momento della presentazione della domanda di concordato, esso non abbia avuto compiuta esecuzione da entrambe le parti, avuto riguardo alle prestazioni principali del sinallagma contrattuale e iv) il giudice, ai fini del giudizio di ammissibilità della domanda di concordato, è tenuto a verificare che il debitore, nel formulare un piano che contempli l'autorizzazione allo scioglimento dal contratto pendente, a norma dell'art. 169-bis legge fall., abbia agito conformemente ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto.

**Corte di Cassazione, 20 novembre 2020, n. 26520** – azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c.: sussiste l'interesse ad agire del creditore individuale, che - a seguito del sopravvenuto fallimento del debitore e del subentro del curatore nell'azione - sia rimasto in causa e abbia insistito nella domanda, nel caso in cui il fallimento manifesti disinteresse a coltivare la revocatoria.

**Corte di Cassazione, 11 novembre 2020, n. 25317** – fideiussione: il fideiussore che, escusso dal creditore garantito, non abbia provveduto al pagamento del debito, non è legittimato a proporre l'istanza di fallimento ai sensi dell'art. 6 l.f. contro il debitore principale.

**Corte di Cassazione, 9 novembre 2020, n. 25025** – requisiti di non fallibilità ex art. 1, comma 2, l.f.: il giudice può considerare sia le scritture contabili provenienti dall'impresa debitrice, sia qualunque altra documentazione che nel concreto possa risultare utile.

## I. DIRITTO BANCARIO E FINANZIARIO

**Corte di Cassazione, 5 novembre 2020, n. 24647 – servizio di cassette di sicurezza: costituisce primaria connotazione funzionale del servizio imprenditoriale delle cassette di sicurezza l'assicurare al cliente una compiuta segretezza dei beni ivi custoditi.**

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 24647, pubblicata in data 5 novembre 2020](#), chiamata a decidere sulla responsabilità di un istituto di credito per un presunto furto del contenuto di alcune cassette di sicurezza, si è pronunciata sul tema della legittimità del deferimento del giuramento suppletorio ex art. 2736 c.c. al cliente della banca da parte del giudice.

Anzitutto la Corte ha richiamato il proprio consolidato orientamento, secondo cui la decisione di ammettere il giuramento suppletorio «è rimessa al prudente apprezzamento del giudice del merito. La sussistenza in concreto della c.d. *semiplena probatio*, di conseguenza, non è sindacabile in sede di legittimità se non sotto il profilo dell'**adeguatezza della motivazione**».

*«Rispetto a quest'ultimo profilo (della adeguatezza, appunto) questa Corte non ha mancato di sottolineare che quella nella specie (del giuramento suppletorio) rimessa al giudice del merito è una discrezionalità dai tratti assai ampi, supportabile anche dalla presenza di semplici indizi e presunzioni, quand'anche non fornite dei requisiti della gravità, della precisione e della concordanza».*

Nella specie la Corte ha ritenuto adeguata la motivazione del giudice di merito, precisando che - ai fini della valutazione della predetta «*adeguatezza della motivazione*» della decisione di ammettere il giuramento suppletorio nell'ambito di controversie aventi per oggetto il servizio di cassette di sicurezza - deve tenersi conto che «*costituisce primaria connotazione funzionale del servizio imprenditoriale delle cassette di sicurezza l'assicurare al cliente una compiuta segretezza (nei confronti di ogni altro soggetto, banca predisponente il servizio compresa) circa i beni che, tempo per tempo, ritenga di immettere, ovvero ritirati, dalla materialità della cassetta che gli è stata assegnata. Una simile peculiarità, in effetti, appare propriamente destinata a riflettere luce anche sulle dinamiche probatorie dei giudizi che, per un verso o per altro, coinvolgono il detto servizio imprenditoriale*».

**Corte di Cassazione, 5 novembre 2020, n. 24798 – cessione di rapporti giuridici ex art. 58 T.U.B.: la cessionaria che agisca per far valere un credito acquisito con la cessione ex art. 58 T.U.B. ha l'onere di dimostrare l'inclusione del credito oggetto di causa nell'operazione di cessione.**

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 24798, pubblicata in data 5 novembre 2020](#), si è pronunciata sul tema dell'onere della prova della titolarità del credito fatto valere in giudizio dall'asserita cessionaria, a seguito di un'operazione di cessione di rapporti giuridici ex art. 58 T.U.B.

Al riguardo la Corte ha chiarito che *«la parte che agisca affermandosi successore a titolo particolare della parte creditrice originaria, in virtù di un'operazione di cessione in blocco ex art. 58 d.lgs. n. 385 del 1998, ha l'onere di dimostrare l'inclusione del credito oggetto di causa nell'operazione di cessione in blocco, in tal modo fornendo la prova documentale della propria legittimazione sostanziale, a meno che il resistente non l'abbia esplicitamente o implicitamente riconosciuta».*

**Corte di Cassazione, 27 ottobre 2020, n. 23570 – intermediazione finanziaria: la dichiarazione in forma scritta dell'investitore che, informato dell'inadeguatezza dell'operazione, la autorizzi comunque espressamente costituisce presunzione che l'intermediario abbia assolto il dovere di informazione ex art. 29 Reg. Consob 11522/1998.**

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 23570, pubblicata in data 27 ottobre 2020](#), si è pronunciata in tema di responsabilità dell'intermediario finanziario per inadempimento all'obbligo ex art. 29 Reg. Consob 11522/1998.

Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, un investitore, reso edotto sulle caratteristiche di un investimento e sulla sua inadeguatezza rispetto al proprio profilo, aveva comunque espressamente autorizzato per iscritto l'intermediario a dare corso all'operazione, salvo poi citarlo in giudizio per presunto inadempimento dell'obbligo ex art. 29 Reg. Consob 11522/1998.

La Corte, dopo aver richiamato il disposto dell'art. 29 Reg. Consob 11522/1998 (il quale recita testualmente: *«1. Gli intermediari autorizzati si astengono dall'effettuare con o per conto degli investitori operazioni non adeguate per tipologia, oggetto, frequenza o dimensione. 2. Ai fini di cui al comma 1, gli intermediari autorizzati tengono conto delle informazioni di cui all'articolo 28 e di ogni altra informazione disponibile in relazione ai servizi prestati. 3. Gli intermediari autorizzati, quando ricevono da un investitore disposizioni relative ad una operazione non adeguata, lo informano di tale circostanza e delle ragioni per cui non è opportuno procedere alla sua esecuzione. Qualora l'investitore intenda comunque dare corso all'operazione, gli intermediari autorizzati possono eseguire l'operazione stessa solo sulla base di un ordine impartito per iscritto ovvero, nel caso di ordini telefonici, registrato su nastro magnetico o su altro supporto equivalente, in cui sia fatto esplicito riferimento alle avvertenze ricevute»*), ha anzitutto precisato che:

- a) *«la norma non contempla (...) un divieto assoluto a carico dell'intermediario di dare seguito alle operazioni non adeguate, ma, al contrario, ne consente il compimento a condizione però che l'investitore, informato delle ragioni per le quali l'intermediario non reputi l'operazione adeguata, ne autorizzi l'esecuzione e questa sua volontà esterni a mezzo di un ordine scritto o su un altro supporto equivalente in cui sia esplicitato il riferimento alle avvertenze ricevute»;*
- b) *non «può ipotizzarsi che la banca, autorizzata dal cliente, a cui siano state rese le informative del caso, all'esecuzione di un'operazione non adeguata possa sottrarsi dal darvi corso recedendo dal contratto».*

La Corte, proseguendo nel suo ragionamento, ha chiarito quanto segue:

- a) *«la sottoscrizione, da parte del cliente, della clausola in calce al modulo d'ordine, contenente la segnalazione d'inadeguatezza dell'operazione sulla quale egli è stato avvisato, è idonea a far presumere assolto l'obbligo previsto in capo all'intermediario dall'art. 29, comma 3, del reg. Consob n. 11522 del 1998, tuttavia, a fronte della contestazione del cliente, il quale allegghi l'omissione di specifiche informazioni, grava sulla banca l'onere di provare, con qualsiasi mezzo, di averle specificamente rese»;*
  
- b) *«nel quadro di applicazione dell'articolo 29 del regolamento Consob n. 11522 del 1998, la segnalazione di inadeguatezza ivi contemplata al terzo comma, laddove si riferisce ad "esplicito riferimento alle avvertenze ricevute", non richiede l'indicazione del contenuto delle informazioni al riguardo somministrate dall'intermediario; in tal caso, e cioè in mancanza di indicazione del contenuto delle informazioni omesse, la sottoscrizione da parte del cliente della segnalazione di inadeguatezza non incide sul riparto del relativo onere di allegazione e prova, né tantomeno costituisce prova dell'adempimento, da parte dell'intermediario, dell'obbligo informativo posto a suo carico, ma fa soltanto presumere che l'obbligo sia stato assolto, sicché, ove il cliente allegghi quali specifiche informazioni siano state omesse, grava sull'intermediario l'onere di provare, con ogni mezzo, che invece quelle informazioni siano state specificamente rese, ovvero non fossero dovute».*

In conclusione, la Cassazione ha enunciato i seguenti principi:

- 1) *«allorchè si faccia luogo al compimento di un'operazione inadeguata occorre che l'intermediario, valutati gli elementi di giudizio in suo possesso in adesione alla regola "know your customer" di cui all'art. 28, comma 1, Reg. Consob 11522/1998, offra all'investitore in assolvimento degli obblighi di informazione attiva di cui al medesimo art. 28, comma 2, incarnazione della regola "know your product", nell'individualizzato colloquio verbale, mirato ad un'effettiva spiegazione e reale comprensione dei termini e delle ragioni dell'inadeguatezza rilevata dall'intermediario che deve aver luogo prima che l'operazione sia posta in essere, tutte le informazioni in grado di renderlo edotto delle ragioni per le quali reputi che l'operazione sia inadeguata in modo che anche riguardo ad essa la scelta che l'investitore effettuerà possa dirsi che sia avvenuta in modo consapevole»;*
  
- 2) *«qualora, ricevute le informazioni intese ad evidenziare l'inadeguatezza dell'operazione, l'investitore intenda insistere per la sua esecuzione e l'autorizzi perciò in forma espressa, la dichiarazione che egli renda al riguardo in forma scritta è fonte di una presunzione che l'intermediario abbia assolto il dovere di informazione specificatamente gravante su di sé in relazione alle operazione inadeguate»;*

- 3) *«la presunzione che in tal modo si determina non vale, tuttavia, a sollevare l'intermediario dall'onere di provare di aver assolto il dovere di informazione ove l'investitore alleghi che talune informazioni, in grado di orientarne diversamente le scelte e di farlo desistere dall'intraprendere l'operazione rivelatasi pregiudizievole se ne fosse stato a conoscenza, gli siano state taciute, ricadendo in tal caso sull'intermediario l'onere di provare che le informazioni asseritamente taciute sono state invece rese o che sono altrimenti irrilevanti».*

## II. DIRITTO SOCIETARIO E COMMERCIALE

**Corte di Cassazione, 9 novembre 2020, n. 25056 – responsabilità degli amministratori di società di capitali: di fronte a comportamenti degli amministratori che si assumono illeciti e che di per sé non sono vietati dalla legge o dallo statuto, è l'onere (i) della società dimostrare, oltre all'atto compiuto dall'amministratore, la violazione del dovere di lealtà o di diligenza da parte di quest'ultimo e (ii) dell'amministratore provare gli ulteriori fatti idonei ad escludere (o attenuare) la sua responsabilità.**

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 25056, pubblicata in data 9 novembre 2020](#), si è pronunciata sulla ripartizione dell'onere della prova nell'ambito di un'azione di responsabilità promossa da una società di capitali nei confronti dei suoi amministratori per violazione dei doveri di diligenza e lealtà.

Anzitutto, la Corte ha rilevato che *«all'amministratore di una società non può essere imputato, a titolo di responsabilità, di aver compiuto scelte inopportune dal punto di vista economico, atteso che una tale valutazione attiene alla discrezionalità imprenditoriale e può pertanto eventualmente rilevare come giusta causa di sua revoca, ma non come fonte di responsabilità contrattuale nei confronti della società: ne consegue che il giudizio sulla diligenza dell'amministratore nell'adempimento del proprio mandato non può mai investire le scelte di gestione o le modalità e circostanze di tali scelte, anche se presentino profili di rilevante alea economica, ma solo la diligenza mostrata nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi all'operazione da intraprendere, e quindi, l'eventuale omissione di quelle cautele, verifiche e informazioni normalmente richieste per una scelta di quel tipo, operata in quelle circostanze e con quelle modalità».*

La Corte ha poi precisato che *«la natura contrattuale della responsabilità degli amministratori e dei sindaci verso la società comporta che questa abbia soltanto l'onere di dimostrare la sussistenza delle violazioni ed il nesso di causalità fra queste ed il danno verificatosi, mentre incombe sugli amministratori e sindaci l'onere di dimostrare la non imputabilità del fatto dannoso, fornendo la prova positiva, con riferimento agli addebiti contestati, dell'osservanza dei doveri e dell'adempimento degli obblighi loro imposti».*

La Corte ha altresì osservato che *«ove i comportamenti degli amministratori che si assumono illeciti non siano in sé vietati dalla legge o dallo statuto e l'obbligo di astenersi dal porli in essere discenda dal dovere di lealtà, coincidente col precetto di non agire in conflitto di interessi con la società amministrata, o dal dovere di diligenza, consistente nell'adottare tutte le misure necessarie alla cura degli interessi sociali a lui affidati, l'illecito è integrato dal compimento dell'atto in violazione di uno dei menzionati doveri: per modo che in tal caso l'onere della prova dell'attore non si esaurisce nella dimostrazione dell'atto compiuto dall'amministratore, ma investe anche quegli elementi di contesto dai quali è possibile dedurre che lo stesso implica violazione del dovere di lealtà o di diligenza. Si tratta di un principio che è*

*conforme all'insegnamento della dottrina, per la quale il contenuto di siffatti obblighi di carattere generale può specificarsi solo con riferimento alle circostanze del caso concreto, onde l'attore ha l'onere di fornire la prova del fatto che la condotta da lui tenuta ne costituisca, avendo riguardo alle dette circostanze, inadempimento. Pertanto, **in relazione alla mancata osservanza, da parte dell'amministratore, dell'obbligo di diligenza, chi agisce in giudizio deve dare dimostrazione di quegli elementi di contesto dai quali è possibile inferire la violazione del predetto dovere, che è definito dall'art. 2392 c.c. (avendo ovviamente riguardo alle diverse versioni della norma che si sono succedute nel tempo)**».*

*Alla luce di quanto sopra, secondo la Corte, «se, infatti, l'onere di dar prova degli elementi di contesto inerisce al fatto costitutivo dedotto in lite, che è l'illecito dell'amministratore, l'attore (nella specie, la società) adempie a tale **onere probatorio** dando dimostrazione di quelle condotte che, nella particolare contingenza, denotano l'inosservanza, da parte di quel soggetto, del dovere di lealtà o di diligenza che a lui fa capo. Una volta che tale prova è stata acquisita al processo, **compete all'amministratore evocato in giudizio allegare e provare gli ulteriori fatti - consistenti in cautele, informazioni, verifiche (...) - che sono idonei ad escludere (o attenuare) la sua responsabilità colpevole**: diversamente, il detto soggetto sarebbe totalmente dispensato dell'onere di provare la non imputabilità del fatto dannoso, in deroga alla regola posta dall'art. 1218 c.c. e l'attore, a fronte del conclamato inadempimento del debitore, sarebbe tenuto a dare positiva dimostrazione di tutte le circostanze - della congerie più disparata e dal numero potenzialmente indefinito - che, in via ipotetica e astratta, si rivelino idonee a comprovare ulteriori profili di negligenza dello stesso obbligato».*

**Tribunale di Genova, 12 novembre 2020, n. 6695 – società quotate: nel caso in cui venga deliberata un'operazione che preveda l'esclusione dalla quotazione di una categoria di azioni, non è garantito il diritto di recesso ai sensi dell'art. 2437-quinquies c.c. in capo agli azionisti, se agli stessi è stata riconosciuta la possibilità di convertire le proprie azioni in azioni di altra categoria ammesse a negoziazione su un mercato regolamentato.**

Il Tribunale, con [sentenza n. 6695, pubblicata in data 12 novembre 2020](#), si è pronunciato in merito alla sussistenza o meno del diritto di recesso degli azionisti di una società quotata in relazione ad una delibera assembleare inerente alla conversione facoltativa di azioni di risparmio in azioni ordinarie e al raggruppamento delle medesime azioni, impugnata dagli azionisti di risparmio (con contestuale richiesta di sospensione dell'esecuzione della deliberazione ex art. 2378 c.c.).

Anzitutto, con riferimento all'operazione di raggruppamento di azioni, il Tribunale ha richiamato un precedente della Corte di Appello di Milano, il quale *«ne ha ravvisato la conformità con l'interesse sociale, quale quello di una gestione azionaria flessibile, tale da consentire, in un mercato fortemente concorrenziale, la realizzazione di operazioni straordinarie, nonché in presenza dell'opportunità di rendere meno onerosa la gestione amministrativa del titolo azionario (...). Analogo orientamento è stato espresso da questo*

*Tribunale in occasione [di un altro] raggruppamento di azioni (...) giudicato coerente con l'interesse sociale in quanto volto ad "ovviare agli inconvenienti causati dalla partecipazione alla società di soci titolari di azioni per un esiguo ammontare di capitale"».*

Il Tribunale ha altresì ritenuto che «– ai fini della comparazione di cui all'art. 2378 comma 4 cc – il pregiudizio [lamentato dagli azionisti] (...) non possa giustificare il sacrificio del preminente **interesse sociale** (c.d. proper business purpose) all'efficacia della delibera impugnata, la quale:

- a) *garantisce un più agevole funzionamento assembleare necessario alla realizzazione di operazioni strategiche (...)*
- b) *consente la riammissione alle quotazioni borsistiche del titolo (...), con indubbi benefici quantomeno in termini di immagine commerciale della banca e di ricollocazione della stessa sul mercato finanziario».*

Il Tribunale ha dunque escluso la sussistenza del *periculum in mora*, sottolineando che «l'eventuale **danno alle ragioni degli azionisti di risparmio** apparirebbe comunque pienamente reintegrabile in via risarcitoria (...). A tal fine è noto che "La sospensione della esecuzione di delibere impuginate può essere disposta ex art. 2378 cc quarto comma dal giudice della relativa causa di merito valutando comparativamente il pregiudizio che subirebbe il ricorrente dalla esecuzione e quello che subirebbe la società dalla sospensione della esecuzione della deliberazione, vale a dire operando una comparazione di interessi di per sé autonoma rispetto all'apprezzamento del fumus, nel senso che, anche in presenza di fumus di fondatezza della impugnazione, laddove il pregiudizio della società convenuta risulti più grave di quello dell'impugnante, non dovrà essere accolta la richiesta cautelare di sospensione, la tutela della posizione dell'impugnante restando comunque affidata, in caso di irreversibilità della esecuzione della delibera, ai meccanismi risarcitori previsti dal sistema normativo, il quale nella materia in esame prevede altri casi in cui la tutela reale - rappresentata dall'annullamento della delibera - recede rispetto alla tutela risarcitoria" (Tribunale di Milano, 03/02/2020)».

Il Tribunale ha altresì rilevato l'insussistenza del *fumus boni iuris* dell'impugnazione, rilevando quanto segue.

Con riferimento al motivo di impugnazione degli azionisti di risparmio relativo al mancato riconoscimento del diritto di recesso ex art 2437 *quinquies* c.c. (comportante l'obbligatoria comunicazione del valore delle azioni ex art. 2437 *ter* c.c.) rispetto ad un raggruppamento che – rendendo esiguo il numero delle azioni di risparmio – comporterebbe di fatto l'esclusione delle azioni di risparmio dalla quotazione, il Tribunale ha osservato che «il diritto di recesso discende da una elencazione di ipotesi di natura tassativa (artt. 2437 e 2437 *quinquies* cc), come ritenuto costantemente dalla giurisprudenza. (...) [D]etto ciò (...) la delibera impugnata non "comporta" l'esclusione dalla negoziazione delle azioni di risparmio e quindi non integra la fattispecie di cui all'art. 2437 *quinquies* cc, con conseguente inapplicabilità dell'art. 2437 *ter* cc. Non va dimenticato infatti che la stessa delibera consente – prima del

*raggruppamento - la conversione delle azioni di risparmio (...). Ciò quindi: da una parte non consente di affermare che il raggruppamento determini necessariamente l'esclusione dalla negoziazione di dette azioni; dall'altra parte impone di concludere che l'esclusione dalla negoziazione costituisca primariamente l'effetto della libera decisione dei soci di non convertire le azioni di risparmio in azioni ordinarie».*

Quanto al motivo di impugnazione inerente alla mancata previsione del diritto di recesso per quegli azionisti detentori di frazioni di azioni non raggruppabili, con conseguente perdita dello *status socii* limitatamente ai "resti" derivanti dal raggruppamento, il Tribunale, richiamando la posizione già sostenuta dalla Corte d'Appello di Milano del 14/01/2013, ha rilevato che *«l'eventuale perdita della qualità di socio da parte di coloro che non hanno integrato il numero delle azioni possedute fino ad un quoziente intero in applicazione del rapporto di raggruppamento non discende direttamente dalla delibera di raggruppamento, ma dalla decisione del socio di non accedere al mercato dei resti, realizzandosi così una situazione simile a quella del socio che decida di non partecipare ad un'operazione di ricostituzione del capitale integralmente perduto».*

Infine, in relazione alla lamentata violazione dell'art. 146 TUF per la mancata sottoposizione della delibera impugnata all'assemblea speciale degli azionisti di risparmio, il Tribunale ha affermato che *«quanto alla **conversione**, questa non è obbligatoria – bensì facoltativa – e quindi non è idonea – neppure in astratto – a recare pregiudizio ai diritti degli azionisti di risparmio; con riguardo al **raggruppamento**, si ritiene che - conformemente alla posizione espressa dalla giurisprudenza (...) la violazione all'art. 2376 c.c. (e art. 146 TUF che impone, appunto, l'approvazione da parte dell'assemblea speciale degli azionisti di risparmio) sia ravvisabile esclusivamente allorché la delibera dell'assemblea concerna solamente gli azionisti di risparmio, "e non quando la delibera abbia inciso unitariamente su tutti i soci"».*

**Tribunale di Milano, 5 novembre 2020, n. 6983 – impugnazione di delibere assembleari di società di capitali: l'annullamento della delibera assembleare non può aver luogo se la deliberazione impugnata è sostituita da un'altra.**

Il Tribunale di Milano, con [sentenza n. 6983, pubblicata in data 5 novembre 2020](#), si è pronunciato in merito annullabilità della delibera assembleare di società di capitali (la "prima delibera"), nell'ipotesi in cui la stessa sia stata sostituita in corso di causa con un'altra delibera (la "seconda delibera"), che – benché a sua volta ritenuta invalidità - non sia stata impugnata.

La questione sottoposta all'attenzione del Tribunale attiene alla portata della disciplina ex art. 2377, ottavo comma, c.c. per la quale *"l'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto. In tal caso il giudice provvede sulle spese di lite, ponendole di norma a carico della società, e sul risarcimento dell'eventuale danno".*

Secondo gli attori «*al giudice della prima impugnazione spetterebbe in ogni caso di sindacare la validità della delibera "sostitutiva", anche se non autonomamente impugnata (...)*», dovendo concludersi «*quindi per l'impossibilità di adozione nel caso di specie di pronuncia di cessazione della materia del contendere, date le diverse conclusioni delle parti quanto alla validità della seconda delibera e, quindi, quanto al verificarsi dell'effetto sostitutivo ex art. 2377 cc*».

La società convenuta, al contrario, ha affermato «*che la cessazione della materia del contendere sia la pronuncia necessariamente conseguente all'adozione di delibera sostitutiva di quella impugnata, al giudice della prima impugnazione essendo preclusa la valutazione della validità o meno della seconda delibera che non sia stata a sua volta impugnata*».

Al riguardo il Tribunale ha rilevato che «*non sia decisivo il richiamo al tenore dell'ottavo comma dell'art. 2377 cc, il quale si risolve in una ricognizione dell'effetto sostitutivo di delibere successive a quella impugnata dal socio, effetto di per sé comportante il venir meno della utilità della impugnazione per l'attore, la delibera impugnata essendo già stata, appunto, privata di effetti dalla sua sostituzione endo-societaria. Vero è poi che ex art. 2377 cc tale effetto sostitutivo può dirsi realizzato solo laddove la seconda delibera sia "stata presa in conformità della legge e dello statuto", vale a dire sia stata presa validamente: ma anche questa precisazione contenuta nella norma va coordinata con il sistema di efficacia degli atti endosocietari e in particolare delle delibere assembleari, le quali, secondo il principio di cui al primo comma sempre dell'art. 2377 cc, se prese "in conformità della legge e dello statuto" "vincolano tutti i soci, ancorché non intervenuti o dissenzienti", la loro eventuale invalidità essendo poi accertabile in sede giudiziale solo a mezzo di impugnazione soggetta ai limiti temporali e di legittimazione previsti ancora dall'art. 2377 cc e dagli artt. 2379, 2379 ter e 2434 bis cc (nonché, per le srl, dall'art. 2479 ter cc), con la conseguenza che le delibere assembleari la cui invalidità non sia stata azionata attraverso specifica impugnazione rimangono di per sé efficaci nell'ambito endo-societario*».

«*Da tale ricostruzione del sistema discende dunque, ad avviso del Tribunale, la non divisibilità dell'orientamento giurisprudenziale richiamato dagli attori: se il socio impugnante la prima delibera non ha impugnato anche la delibera sostitutiva, questa è di per sé destinata a rimanere efficace nell'ambito endo-societario nonostante l'impugnante ne abbia eccepito la invalidità in sede processuale, con il che viene meno (non già la materia del contendere ma) lo stesso interesse ad agire rispetto alla prima impugnazione, al cui accoglimento non potrebbe conseguire alcun effetto utile per l'attore, data la già avvenuta sostituzione in ambito endo-societario del deliberato censurato con altro comunque efficace*».

Il Tribunale ha poi osservato che «*nel giudizio relativo alla impugnazione della prima delibera non possa trovar luogo alcuna valutazione delle eccezioni (...) relative alla invalidità della delibera sostitutiva che non sia stata a sua volta impugnata, tale valutazione essendo assorbita dalla constatazione*

*del venir meno dell'interesse ad agire dell'attore: la valutazione ex art. 2377 cc ottavo comma del giudice della prima impugnazione deve invece limitarsi alla verifica dell'effettiva portata sostitutiva della seconda delibera, vale a dire della effettiva rimozione del contenuto della prima da parte della seconda disponente sul medesimo oggetto».*

*Alla luce di quanto argomentato, il Tribunale ha infine rilevato che «a riprova di tale conclusione sistematica può del resto richiamarsi anche la disciplina ex art.2377 cc settimo comma, per la quale "L'annullamento delle deliberazioni ha effetto rispetto a tutti i soci ed obbliga gli amministratori ... a prendere i conseguenti provvedimenti sotto la propria responsabilità": l'obbligo di adeguamento endo-societario consegue infatti, secondo tale norma, propriamente solo all'annullamento della delibera impugnata, sicché, nel caso si seguisse l'orientamento qui disatteso, la delibera sostitutiva rimarrebbe comunque efficace pur essendo stata valutata incidentalmente invalida nel giudizio di impugnazione relativo a quella sostituita, con la conseguenza che, ancora una volta, si perverrebbe alla conclusione della inutilità per l'impugnante dell'annullamento della prima delibera».*

### III. DIRITTO DELLE PROCEDURE CONCORDSUALI

**Corte di Cassazione, 23 novembre 2020, n. 26568 – scioglimento dei contratti pendenti nel concordato preventivo ex art. 169-bis l.f.: i) l'accertamento con efficacia di giudicato circa l'esistenza, l'entità e il rango del credito relativo all'indennizzo cui ha diritto il contraente che abbia subito lo scioglimento va effettuato nelle forme della cognizione ordinaria; ii) il credito relativo all'indennizzo dovuto per lo scioglimento ha natura concorsuale; iii) l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dal contratto pendente presuppone che, al momento della presentazione della domanda di concordato, esso non abbia avuto compiuta esecuzione da entrambe le parti, avuto riguardo alle prestazioni principali del sinallagma contrattuale e iv) il giudice, ai fini del giudizio di ammissibilità della domanda di concordato, è tenuto a verificare che il debitore, nel formulare un piano che contempli l'autorizzazione allo scioglimento dal contratto pendente, a norma dell'art. 169-bis legge fall., abbia agito conformemente ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto.**

La Corte di Cassazione, con [sentenza n. 26568, pubblicata in data 23 novembre 2020](#), si è pronunciata sul tema dello scioglimento dei contratti pendenti ex art. 169-bis l.f. nel concordato preventivo.

*La Corte ha, anzitutto, ricordato che «l'art. 169-bis, comma 2, legge fall. prevede in favore del terzo contraente pregiudicato dallo scioglimento, un vero e proprio diritto ad un indennizzo e come il legislatore abbia espressamente voluto (...) che tale indennizzo sia equivalente al risarcimento del danno conseguente al mancato adempimento del contratto di cui sia stato autorizzato lo scioglimento, sì da non poter essere immotivatamente surrogato da crediti di natura meramente restitutoria, (...) pena lo svuotamento del già debole presidio posto dalla norma a tutela del terzo contraente, per bilanciare l'evidente favor legislatoris per la soluzione concordataria».*

*Inoltre, la Corte ha affermato che «il secondo comma dell'art. 169-bis legge fall. dispone inequivocabilmente che il credito in questione è soddisfatto come credito anteriore al concordato, così assimilandolo a tutti gli altri crediti concorsuali, per i quali nel concordato preventivo non vi è (...) una fase di vero e proprio accertamento, essendone la "verifica" funzionale non già alla selezione delle posizioni concorrenti ai fini della partecipazione al riparto dell'attivo, bensì solo alla individuazione dei creditori aventi diritto al voto e dei crediti da computare ai fini del calcolo delle maggioranze richieste per l'approvazione della proposta concordataria», come confermato dall'art. 176, comma 1, l.f.*

*Di conseguenza, «l'eventuale accertamento su entità e natura dei crediti ammessi al voto nel concordato preventivo ha natura meramente incidentale e delibativa, in quanto strumentale al calcolo delle maggioranze necessarie, senza potersi in alcun modo ritenere preclusa la prosecuzione o l'instaurazione di un ordinario giudizio di cognizione su esistenza, entità e*

*rango (privilegiato o chirografario) del credito, il cui esito costituirà definitivamente «la base su cui deve operarsi la c.d. falcidia concordataria».*

*Ad avviso della Corte, queste sono le ragioni sottese all'affermazione del principio per cui «è inammissibile, per difetto di interesse ad impugnare, il ricorso per cassazione avverso il decreto di omologa del concordato preventivo con il quale il creditore contesti l'entità o il rango (privilegiato o chirografario) di un suo credito, come determinato ai fini del calcolo delle maggioranze richieste per l'approvazione della proposta, dovendosi accertare sempre nelle forme della cognizione ordinaria le ragioni creditorie vantate nei confronti del debitore in concordato».*

Pertanto, la Corte ha affermato il seguente principio di diritto: **«in tema di concordato preventivo, l'accertamento con efficacia di giudicato circa l'esistenza, l'entità e il rango del credito relativo all'indennizzo cui ha diritto il terzo contraente che abbia subito lo scioglimento del contratto, a norma dell'art. 169-bis legge fall., va effettuato, come per tutti i restanti crediti concorsuali, nelle forme della cognizione ordinaria, fermo restando in capo al giudice delegato e al tribunale, in sede di omologazione, il potere di ammettere in tutto o in parte i crediti contestati, ai soli fini del voto e del calcolo delle maggioranze, ai sensi dell'art. 176 legge fall.».**

Con riferimento alla natura del credito da indennizzo ex art. 169-bis l.f., la Corte ha richiamato una precedente pronuncia di legittimità, nella quale si è affermato che *«il credito relativo all'indennizzo dovuto per lo scioglimento del contratto ha sempre natura concorsuale, a prescindere dal fatto che la facoltà di scioglimento sia stata esercitata da parte del debitore al momento della proposizione della domanda di ammissione alla procedura o in un momento successivo».* Ciò, ad avviso della Corte, trova conferma nell'attuale formulazione dell'art. 169-bis l.f.

La Corte ha, quindi, enunciato il seguente principio di diritto: **«in tema di concordato preventivo, il credito relativo all'indennizzo dovuto per lo scioglimento del contratto a norma dell'art. 169-bis legge fall. ha natura concorsuale, in quanto va soddisfatto come credito anteriore al concordato, anche quando la facoltà di scioglimento sia stata esercitata dal debitore successivamente al deposito del ricorso di cui all'art. 161 legge fall., come chiarito con le modifiche apportate all'art. 169-bis legge fall. dall'art. 8 del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito dalla l. 6 agosto 2015, n. 132, avente sul punto natura sostanzialmente interpretativa. Infatti, tale ultima previsione ha altresì chiarito che la collocazione in prededuzione può essere riservata solo al credito derivante da eventuali prestazioni contrattuali eseguite «legalmente e in conformità agli accordi o agli usi negoziali, dopo la pubblicazione della domanda ai sensi dell'articolo 161».**

La Corte ha, poi, affrontato la questione relativa alla nozione di contratti pendenti, aderendo alla tesi della dottrina maggioritaria secondo cui la modifica legislativa del 2015 relativa alla rubrica - da "Contratti in corso di esecuzione" in "Contratti pendenti" - e, soprattutto, il tenore del primo comma dell'art. 169-bis l.f. *«chiarisc[ono] che deve trattarsi di contratti ancora*

*ineseguiti o non compiutamente eseguiti alla data di presentazione del ricorso (...) da entrambe le parti, come si legge nell'incipit dell'analogo art. 72 legge fall., cui il legislatore ha evidentemente voluto uniformare il testo della norma in disamina». Inoltre, tale tesi maggioritaria è stata recentemente avallata dalla giurisprudenza di legittimità.*

La Corte ha, quindi, enunciato il seguente principio di diritto: *«in tema di concordato preventivo, l'autorizzazione alla sospensione o allo scioglimento dal contratto pendente, a norma dell'art. 169-bis legge fall., presuppone che, al momento della presentazione della domanda di concordato preventivo, esso **non abbia avuto compiuta esecuzione da entrambe le parti, avuto riguardo alle prestazioni principali del sinallagma contrattuale**; ne consegue che l'istituto non è applicabile ai contratti a prestazioni corrispettive in cui una delle parti abbia già compiutamente eseguito la propria prestazione (fattispecie relativa a contratto preliminare di compravendita in cui, prima del deposito del ricorso ex art. 161 legge fall., il promissario acquirente aveva già versato l'intero prezzo, era stato immesso nella detenzione dell'immobile così che aveva promosso giudizio ex art. 2932 cod. civ. per ottenere la prestazione del consenso dell'altra parte alla stipulazione del contratto definitivo di compravendita)».*

Infine, la Corte ha affermato che *«la scelta del legislatore di sottoporre ad autorizzazione giudiziale il potere del debitore di sciogliersi dai contratti pendenti è evidentemente funzionale all'esigenza di scongiurare che egli possa farli venir meno per ragioni opportunistiche, nel perseguimento di interessi esorbitanti da una corretta regolazione della crisi d'impresa, attraverso l'abuso dello strumento concordatario. Il controllo svolto in prima battuta dal giudice delegato, e successivamente dal tribunale, si inserisce dunque all'interno di quella più ampia valutazione preordinata a verificare le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo, prima fra tutte la fattibilità (...) del piano - non di rado fortemente condizionata dallo scioglimento dei contratti in corso -, in ultima analisi diretta a tutelare l'interesse pubblicistico al regolare svolgimento, oltre che al buon esito, della procedura concorsuale».*

Analogo orientamento emerge dalla Direttiva UE 2019/1023, che (...) *«segnala espressamente la necessità di evitare abusi dei quadri di ristrutturazione, (...) accanto all'obiettivo di garantire un giusto equilibrio tra i diritti del debitore e quelli dei creditori (...) e **assicurare che i creditori non subiscano inutili pregiudizi o siano ingiustamente pregiudicati**, dovendo l'autorità giudiziaria verificare se il debitore agisca in malafede o con l'intento di arrecare pregiudizio o, in generale, se agisca contro le aspettative legittime della massa dei creditori». Più in generale, ad avviso della Corte, «tutta la Direttiva è permeata dal riferimento alla necessità di evitare un ingiusto pregiudizio nei confronti dei creditori, proprio nella consapevolezza dell'enorme favor messo in campo, anche a livello unionale, per le ristrutturazioni che salvaguardino la continuità aziendale».*

Alla luce di quanto sopra, la Corte ha, infine, enunciato il seguente principio di diritto: *«in tema di concordato preventivo, **il giudice**, ai fini del giudizio di*

ammissibilità della domanda di concordato preventivo, è **tenuto**, in linea con i principi della normativa unionale in tema di ristrutturazione preventiva, a **verificare che il debitore, nel formulare un piano che contempli l'autorizzazione allo scioglimento dal contratto pendente, a norma dell'art. 169-bis legge fall., abbia agito conformemente ai principi di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, in modo da evitare che ne derivi un ingiusto pregiudizio a carico dell'altro contraente, con conseguente abuso dello strumento concordatario (fattispecie relativa a scioglimento dal contratto preliminare di compravendita in cui, prima del deposito del ricorso ex art. 161 legge fall., il promissario acquirente aveva già versato l'intero prezzo, era stato immesso nella detenzione dell'immobile e aveva promosso giudizio ex art. 2932 cod. civ., subendo una quantificazione dell'indennizzo in misura corrispondente alla mera restituzione del prezzo versato, oggetto di falcidia concordataria nella misura dell'85%)».**

**Corte di Cassazione, 20 novembre 2020, n. 26520 – azione revocatoria ordinaria ex art. 2901 c.c.:** sussiste l'interesse ad agire del creditore individuale, che - a seguito del sopravvenuto fallimento del debitore e del subentro del curatore nell'azione - sia rimasto in causa e abbia insistito nella domanda, nel caso in cui il fallimento manifesti disinteresse a coltivare la revocatoria.

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 26520, pubblicata in data 20 novembre 2020](#), si è pronunciata sul tema della sussistenza o meno dell'interesse ad agire del creditore individuale che abbia promosso l'azione revocatoria e che - a seguito del sopravvenuto fallimento della società debitrice e del subentro del curatore nell'azione - sia rimasto in causa e abbia insistito nella domanda, qualora il fallimento subentrante manifesti disinteresse a coltivare la revocatoria.

La Corte ha, anzitutto, ricordato che:

**a)** *«qualora sia stata proposta un'azione revocatoria ordinaria per fare dichiarare inopponibile ad un singolo creditore un atto di disposizione patrimoniale compiuto dal debitore e, in pendenza del relativo giudizio, a seguito del sopravvenuto fallimento del debitore, il curatore subentri nell'azione in forza della legittimazione accordatagli dall'art. 66 legge fallimentare, accettando la causa nello stato in cui si trova, la legittimazione e l'interesse ad agire dell'attore originario vengono meno, onde la domanda da lui individualmente proposta diviene improcedibile ed egli non ha altro titolo per partecipare ulteriormente al giudizio»;*

**b)** *«il sopravvenuto fallimento del debitore non determina l'improcedibilità dell'azione revocatoria ordinaria promossa da un singolo creditore al fine di far dichiarare a sé inopponibile un atto di disposizione compiuto dal debitore sul proprio patrimonio, quando il curatore del fallimento non manifesti la volontà di subentrare in detta azione, né altrimenti risulti aver intrapreso, con riguardo a quel medesimo atto di disposizione, altra analoga azione a norma della L. Fall., art. 66».*

Inoltre, la Corte ha richiamato la pronuncia, a Sezioni Unite, n. 29420/2008 nella quale si è affermato che:

- a) *«il curatore subentra nella medesima azione già precedentemente promossa dal singolo creditore e che, pertanto, non si è in presenza di due azioni, ma sempre dell'unica azione originaria, nella quale il curatore è subentrato avvalendosi di una speciale legittimazione sostitutiva rispetto a quella del singolo creditore»;*
- b) *«il maggiore ostacolo ad ammettere la possibile coesistenza delle due azioni» è costituito dalla «finalità dell'azione revocatoria, la quale, pur non essendo di per sé (...) un'azione esecutiva, ha tuttavia come sua finalità tipica ed essenziale quella di consentire il soddisfacimento esecutivo del creditore sul cespite patrimoniale del quale il debitore si sia spogliato»;*
- c) *«posto che il sopravvenuto fallimento ed il subentro del curatore nell'azione fanno necessariamente sì che quel medesimo cespite, in caso di accoglimento della domanda da parte del giudice, sia ormai destinato (...) al soddisfacimento della intera massa dei creditori, onde esso dovrà essere appreso a fini esecutivi dal curatore ed il singolo creditore potrà fruire del ricavato dell'esecuzione soltanto secondo le regole del riparto concorsuale, appare evidente come l'ipotetica prosecuzione dell'azione individuale sia priva di un utile sbocco e come, di conseguenza, non possa più ravvisarsi alcun interesse attuale e concreto dell'originario attore ad ulteriormente coltivarla in parallelo all'azione del fallimento»;*
- d) *«anche le autorevoli voci di dottrina che sostengono la possibilità di coesistenza dell'azione individuale con quella del curatore del fallimento sottolineando la distinzione tra la fase della cognizione e quella della successiva esecuzione, riconoscono che la domanda del singolo creditore non ha alcuna possibilità di condurre poi ad un'utile iniziativa esecutiva a beneficio del creditore medesimo fintantoché sussista la possibilità che sugli stessi beni agiscano esecutivamente gli organi del fallimento e che ciò conferma come, sin dal momento del subentro nell'azione del curatore fallimentare, l'interesse ad agire del creditore individuale, se di fatto non cessa del tutto, diviene quanto meno soltanto ipotetico e residuale, giacché un'eventuale pronuncia negativa del giudice sulla domanda revocatoria fatta propria dal curatore non potrebbe non segnare anche la sorte della domanda del singolo creditore, e, viceversa, una pronuncia giudiziale positiva sarebbe inesequibile da parte di quest'ultimo, dovendo egli cedere il passo all'attività esecutiva degli organi del fallimento».*

In conclusione, la Corte, alla luce di quanto sopra, ha ritenuto che *«l'interesse ad agire del creditore individuale (che sia rimasto in causa e che abbia insistito nella domanda ex art. 2901 c.c.) deve poter riacquistare concretezza ed attualità nel caso in cui il fallimento manifesti disinteresse a coltivare la revocatoria».*

**Corte di Cassazione, 11 novembre 2020, n. 25317 – fideiussione: il fideiussore che, escusso dal creditore garantito, non abbia provveduto al pagamento del debito, non è legittimato a proporre l'istanza di fallimento ai sensi dell'art. 6 l.f. contro il debitore principale.**

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 25317, pubblicata in data 11 novembre 2020](#), si è pronunciata sul tema della legittimazione del fideiussore a proporre istanza di fallimento contro il debitore principale ai sensi dell'art. 6 l.f.

Nel caso sottoposto all'attenzione della Corte, il fideiussore-ricorrente aveva esercitato nei confronti del debitore principale un'azione ai sensi dell'art.1953 c.c., all'esito della quale aveva ottenuto un decreto ingiuntivo contro il debitore «*prima ancora di avere provveduto al pagamento del debito*», e, successivamente, aveva proposto istanza di fallimento ex art. 6 l.f.

La Suprema Corte ha anzitutto richiamato i seguenti principi, pacifici in giurisprudenza, secondo cui:

- a) *«in tema di concorso di creditori, ex art. 61, comma 2, l. fall., il fideiussore non ha un credito di regresso prima del pagamento e dunque non può essere ammesso con riserva per un credito condizionale; potrà invece essere ammesso al passivo solo dopo il pagamento, in surrogazione del creditore, considerata la natura concorsuale del credito di regresso»;*
- b) *«la rinsinuazione al passivo del credito del coobbligato può aver luogo solo se e nella misura in cui sia già avvenuto il pagamento, che configura il fatto costitutivo del diritto al regresso o della modifica in sede di surrogazione o della sua assunzione, nel rapporto principale, della veste di unico creditore, in quanto l'ammissione al passivo dei crediti con riserva esige una situazione soggettiva non dispiegabile con pienezza soltanto per difetto di elementi accidentali esterni»;*
- c) con riferimento al concordato preventivo, ove – ha precisato la Corte – *«la partecipazione del fideiussore al procedimento è meglio ed espressamente indicata dallo stesso legislatore, con l'attribuzione del mero diritto d'intervento all'adunanza, ai sensi dell'art.174, co.4, l.f.»*, *«il fideiussore del proponente non ha diritto di voto, atteso che l'art. 174, comma 4, l.fall. consente soltanto il suo intervento nell'adunanza e che prima del pagamento egli non ha un credito di regresso nei confronti del debitore, potendo esercitare verso di lui solo l'azione di rilievo, ex art. 1953 c.c., che mira ad ottenere un "facere" e non un "dare"».*

La Corte ha quindi affermato che *«per contro, ed allora, il limite dell'azione di rilievo di cui all'art.1953 c.c. resta governato da un possibile petitum di solo facere, e non di dare, dovendosi escludere che il fideiussore, prima di avere pagato e così onorando la garanzia, possa conseguire con quell'iniziativa e a propria volta il pagamento da parte del debitore garantito; si può così ripetere - con Cass. 3538/1984 - che la norma "consente al fideiussore, prima di aver pagato, ed a tutela delle proprie ragioni di regresso suscettibili di essere pregiudicate dallo stato d'insolvenza del debitore principale, di agire contro*

*quest'ultimo, affinché lo liberi dall'impegno fideiussorio, mediante pagamento diretto del creditore od ottenendo rinuncia del creditore alla fideiussione (cosiddetto rilievo per liberazione), ovvero affinché presti garanzia idonea ad assicurare le suddette ragioni (cosiddetto rilievo per cauzione)».*

Tanto premesso, tornando al tema della «condizione legittimante l'istanza di fallimento di cui all'art. 6 l.f. », la Corte ha chiarito che essa «prescinde (...) dal contenuto della pretesa di credito e dal tipo di azione in altra sede giudiziale intrapresa a sua tutela, operando anche quando essa non integri una prestazione monetaria e **purchè tuttavia l'oggetto del credito sia tale da potersi convertire, all'instaurazione del concorso, in una posizione soggettiva astrattamente ammissibile al passivo**, quale non sarebbe il fare cui solo può pervenire l'iniziativa spiegata ex art.1953 c.c. e sempre che, come non avvenuto nella specie, una pronuncia condannatoria ad un dare non sia comunque - per autonome ragioni - divenuta definitiva».

In conclusione, la Cassazione ha affermato il seguente principio di diritto: «il fidejussore che, escusso dal creditore garantito, non abbia provveduto al pagamento del debito, non è legittimato, ai sensi dell'art. 6 l.f., a proporre l'istanza di fallimento contro il debitore principale per il solo fatto di averlo convenuto in giudizio con l'azione di rilievo ex art. 1953 c.c., atteso che tale azione non lo munisce di un titolo astrattamente idoneo ad attribuirgli la qualità di creditore concorsuale in caso di apertura del fallimento; deve escludersi, per altro verso, che il diritto del fidejussore al regresso (o alla surrogazione nella posizione del creditore principale) possa sorgere, ancorché in via condizionale, anteriormente all'adempimento dell'obbligazione di garanzia».

**Corte di Cassazione, 9 novembre 2020, n. 25025 – requisiti di non fallibilità ex art. 1, comma 2, l.f.: il giudice può considerare sia le scritture contabili provenienti dall'impresa debitrice, sia qualunque altra documentazione che nel concreto possa risultare utile.**

La Corte di Cassazione, con [ordinanza n. 25025, pubblicata in data 9 novembre 2020](#), si è pronunciata in ordine alla valutazione da parte del giudice della documentazione comprovante la sussistenza dei requisiti di non fallibilità ex art. 1, comma 2, l.f.

Anzitutto, la Corte ha precisato che «se il bilancio di esercizio rimane il canale privilegiato per la valutazione di cui all'art. 1 comma 2, ciò è solo nel senso che la sua funzione specifica è proprio quella di rappresentare la situazione patrimoniale e finanziaria dell'impresa a cui fa riferimento, secondo quanto puntualizzato dalla norma dell'art. 2423 comma 2 cod. civ.».

Inoltre, la Corte ha sottolineato che «a contare in proposito non è, dunque, l'effettiva sussistenza di un dato, particolare documento. A contare è, piuttosto, la rappresentazione storica dei fatti e dei dati economici e patrimoniali dell'impresa medesima, comunque questa sia raggiungibile. Con la conseguente **possibilità di avvalersi dell'intero arco documentale costituito dalle scritture contabili provenienti dalla medesima impresa del cui fallimento si discute** (ivi compresa pure la c.d. corrispondenza d'impresa di cui all'art.

*2220 cod. civ.), come pure di qualunque altra documentazione, formata da terzi o dalla parte stessa, che possa nel concreto risultare utile».*

Ciò premesso, la Corte ha rilevato come, nella specie, parte della documentazione prodotta dalla reclamante - seppur non considerata inattendibile - non sia stata presa in considerazione dalla sentenza dichiarativa di fallimento impugnata. In particolare, tale sentenza *«non risulta prendere in nessuna considerazione la documentazione riprodotta degli accertamenti che sono stati condotti dalla Guardia di Finanza nell'ambito della istruttoria prefallimentare: accertamenti che, per loro natura, comunque si sottraggono a valutazioni generali di (in)attendibilità».*

Inoltre, la Corte ha rilevato che *«non vi è da dubitare della potenziale decisività della documentazione appena sopra indicata, e il cui esame è stato omesso dal giudice del merito. Tanto quella contabile, tanto quella tratta dagli accertamenti prefallimentari della Guardia di Finanza, viene ad avere a proprio oggetto diretto, e centrale, l'attività imprenditoriale svolta dalla società, poi dichiarata fallita, e le relative consistenze patrimoniali».*

In conclusione, la Cassazione - in ragione dell'omesso esame dei documenti contabili prodotti dalla società e delle copie informali di bilanci, nonché degli accertamenti posti in essere dalla Guardia di Finanza - ha cassato la sentenza impugnata, inviando la controversia alla Corte di Appello.